



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN
(Expte. S/DC/0504/14 AIO)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Miguel Sánchez Blanco. Vicesecretario del Consejo.

En Madrid, a 26 de mayo de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado esta resolución en el Expediente S/0504/14 AIO incoado por la Dirección de Competencia de la misma Comisión, contra distintas empresas fabricantes y comercializadoras de productos absorbentes para la incontinencia, así como una federación intersectorial de empresas de tecnología sanitaria, y representantes y directivos de las mismas, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 26 de junio de 2013 ARBORA & AUSONIA, S.L.U (A&A) y THE PROCTER & GAMBLE COMPANY (P&G) presentaron ante la actualmente extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) una **solicitud de exención del pago de la multa** a los efectos del artículo 65 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) o, en su caso, subsidiariamente, de reducción del importe de la multa, a los efectos del artículo 66 de la LDC, que pudiera imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) consistente en acuerdos para la fijación de precios, condiciones comerciales y de dispensación en el mercado español de la fabricación, distribución y dispensación de productos absorbentes

para la incontinencia grave de la orina en adultos (AIO) (folios 1 a 397 del expediente).

Esta solicitud de clemencia fue completada en fechas sucesivas: 9 de agosto (folios 424 a 861), 27 de octubre (folios 869 a 936), 21 de noviembre (folios 937 a 971) y 16 de diciembre de 2013 (folios 972 a 977) y el 31 de enero (folios 3647 a 3673) y 28 de mayo de 2014 (folios 5263 a 5274) y el 18 de septiembre de 2015 (folios 14032 a 14047).

2. El 27 de enero de 2014 la Dirección de Competencia (DC) de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) concedió la **exención condicional** a A&A y a su matriz P&G en virtud del artículo 65.1.a) de la LDC, por haber sido las primeras empresas en aportar elementos de prueba que, a juicio de la DC, le permitían ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 40 de la Ley 3/2013 en relación con el cártel descrito en la citada solicitud de exención del pago de la multa.
3. Los días 28, 29 y 30 de enero de 2014 la DC llevó a cabo **inspecciones** simultáneas en las sedes de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE), la Federación Nacional de Asociaciones de Mayoristas Distribuidores de Especialidades Farmacéuticas y Productos Parafarmacéuticos (FEDIFAR), la Asociación Profesional Nacional de Fabricantes de Apósitos Médico-Sanitarios (ANFAMS), la Federación Española de Empresas y Tecnología Sanitaria (FENIN) y en las empresas SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L (SCA) y LABORATORIOS INDAS, S.A.U (INDAS).
4. Entre enero y junio de 2014 la DC realizó los siguientes requerimientos de información:
 - Con fecha 29 de enero de 2014 a ALGODONES DEL BAGÉS, S.A.U (ALBASA), A&A, P&G, BARNA IMPORT MEDICA, S.A. (BARNA), LABORATORIOS HARTMANN, S.A. (HARTMANN) y ONTEX PENINSULAR, S.A.U. (ONTEX) (folios 3632 a 3639). BARNA (folios 3794 a 3802), HARTMANN (folios 3803 a 3842), ONTEX (folios 3856 a 3863), A&A y P&G (folios 3923 a 4855) y ALBASA (folios 3864 a 3922) presentaron escritos de contestación al requerimiento de información.
 - El 11 de abril de 2014 a INDAS, TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A (TEXPOL) y SCA (folios 5146 a 5151). Se recibió contestación de TEXPOL (25 de abril, folios 5210 a 5215), SCA (30 de abril, folios 5222 a 5230) e INDAS (6 de mayo, folios 5233 a 5251).
 - El 22 de abril de 2014 a PROCTER & GAMBLE ESPAÑA (P&G ESPAÑA), que fue contestado el 23 de abril de 2014 (folios 5205 a 5209).
 - El 30 de abril de 2014 a ALBASA (folios 5216 a 5218) y TEXPOL (folios 5219 a 5221). El 19 de mayo de 2014 se recibió la contestación de TEXPOL (folios 5252 a 5257) y el 23 de mayo de ALBASA (folios 5258 a 5262).

- Con fecha 29 de mayo de 2014 a FENIN, FEFE, ANFAMS y FEDIFAR (folios 5284 a 5286). Los días 11, 20 y 23 de junio siguientes se recibieron las contestaciones de FEDIFAR (folios 6175 a 6219), ANFAMS (folios 6226 a 6260) y FENIN (folios 6261 a 6694), y FEFE (folios 6695 a 6752).a los requerimientos de información realizados.
5. El 28 de mayo de 2014 A&A, P&G y P&G ESPAÑA solicitaron que la solicitud de exención condicional presentada en nombre de A&A y P&G se hiciera extensible a P&G ESPAÑA, que desde el 1 de julio de 2013 era la sucesora económica de A&A en materia de AIO (folios 5263 a 5274).

El 2 de junio de 2014 **se amplió la exención condicional**, concedida el 27 de enero a A&A y P&G, a P&G ESPAÑA.
 6. Los días 11 y 12 de junio de 2014 se realizaron nuevas **inspecciones** en las sedes del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos (CGCOF) y del Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Farmacéuticos (CACOF).
 7. El 2 de septiembre de 2014 la DC, sobre la base de la información reservada realizada, observó la existencia de indicios racionales de la existencia de conducta prohibida por la LDC, por lo que de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, acordó la **incoación del expediente sancionador S/DC/0504/14 AIO** por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y en el artículo 1 de la LDC, por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en la fijación de precios, condiciones comerciales y de dispensación en el mercado de la fabricación, comercialización y distribución de productos absorbentes para la incontinencia grave de la orina en adultos (folios 6783 a 6798).
 8. El 4 de septiembre de 2014 la DC notificó a ANFAMS, FENIN, FEDIFAR, INDAS (folios 6818 a 6820) y SCA (folios 6879 a 6881) el acuerdo de incorporación de la documentación procedente de las inspecciones realizadas en sus sedes los días 28, 29 y 30 de enero de 2014, concediéndoles un plazo de diez días para solicitar, en su caso, la confidencialidad de aquellos documentos que considerasen oportunos, aportando las correspondientes versiones censuradas de los mismos.
 9. El 5 de septiembre de 2014 se notificó a FEFE el acuerdo de incorporación de la documentación en formato papel recabada en la inspección realizada en su sede los días 28 y 29 de enero de 2014, así como al CGCOF y al CACOF la incorporación de la documentación procedente de las inspecciones realizadas en sus sedes los días 11 y 12 de junio de 2014, concediéndoles un plazo de diez días para solicitar, en su caso, la confidencialidad de aquellos documentos que considerasen oportunos, aportando las correspondientes versiones censuradas de los mismos.
 10. Durante la segunda quincena del mes de septiembre la DC recibió las siguientes solicitudes de confidencialidad sobre la documentación recabada en las inspecciones realizadas:
 - El 16 de septiembre ANFAMS solicitó la confidencialidad de los documentos recabados en la inspección realizada en su sede los días 28,

29 y 30 de enero de 2014, aportando las correspondientes versiones censuradas (folios 7940 a 7961).

- El 17 de septiembre el CGCOF presentó solicitud de confidencialidad de los documentos recabados en la inspección realizada en su sede los días 11 y 12 de junio de 2014, aportando versión censurada (folios 8620 a 8920).
- El 22 de septiembre SCA solicitó la confidencialidad de los documentos recabados en la inspección realizada en su sede los días 28, 29 y 30 de enero de 2014, aportando las correspondientes versiones censuradas (folios 11056 a 11076).
- El 23 de septiembre INDAS solicitó la confidencialidad de los documentos recabados en la inspección realizada en su sede los días 28, 29 y 30 de enero de 2014, aportando las correspondientes versiones censuradas (folios 11077 a 11300).
- El 24 de septiembre FENIN solicitó la confidencialidad de los documentos recabados en la inspección realizada en su sede los días 28, 29 y 30 de enero de 2014, aportando versión censurada (folios 11499 a 11793).

11. El 26 de noviembre de 2014 la DC acordó **denegar en parte la confidencialidad solicitada** por INDAS con fecha 23 de septiembre de 2014 (folios 11909 a 11943).

El 11 de diciembre de 2014 INDAS interpuso **recurso** ante el Consejo de la CNMC contra el acuerdo de 26 de noviembre de 2014 de la DC denegando la confidencialidad de determinada información recabada en la inspección realizada en su sede los días 28, 29 y 30 de enero de 2014 (R/AJ/0409/14 LABORATORIOS INDAS).

El 19 de diciembre de 2014 la DC acordó la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento hasta el día siguiente de la resolución del Consejo de la CNMC que resolviese el recurso interpuesto por INDAS (folios 12026 a 12047).

El 5 de marzo de 2015, tras **desestimar** la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC el **recurso** interpuesto por INDAS el 11 de diciembre de 2014, mencionado *supra* en Antecedente de Hecho número 32, la DC acordó reanudar el cómputo del plazo máximo para resolver el procedimiento (folios 13208 a 13225).

12. Durante la instrucción del expediente la DC realizó los siguientes requerimientos de información:

- El 10 de octubre de 2014 se requirió a SCA la transcripción y traducción de unas notas manuscritas en inglés recabadas en su inspección y sobre las que había solicitado confidencialidad (folios 11853 a 11858). El 22 de octubre de 2014 SCA contestó al requerimiento de información, solicitando la confidencialidad de parte de esta contestación y aportando versión censurada (folios 11869 a 11890).

- El 28 de noviembre de 2014 la DC requirió información al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (folios 11944 a 11946).
- El 21 de enero de 2015 la DC requirió información a DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL (DOMTAR) (matriz de INDAS), P&G, ONTEX ES HOLDCO, S.A. (ONTEX ES) (matriz de ONTEX y ONTEX ID), SCA GROUP HOLDING B.V (SCA GROUP) (matriz de SCA) y a PAUL HARTMANN ESPAÑA S.L.U (PAUL HARTMANN) (matriz de HARTMANN) (folios 12051 a 12074). Entre el 29 de enero y el 6 de febrero de 2015 se recibieron las contestaciones de SCA GROUP (folios 12264 a 12267), PAUL HARTMANN (folios 12281 a 12345), DOMTAR (folios 12346 a 12372), P&G (folios 12386 a 12418) y ONTEX ES (folios 12466 a 12474). El 30 de enero de 2015 la DC requirió información a la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana, al Servicio Gallego de Salud y a la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León (folios 12268 a 12280).
- El 6 de febrero de 2015 la DC requirió información al Servicio Catalán de Salud, a la Consejería de Sanidad del Gobierno del Principado de Asturias, al Servicio Andaluz de Salud, al Servicio Aragonés de Salud, al Servicio Cántabro de Salud, a la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, al Servicio Extremeño de Salud, a la Consejería de Salud del Gobierno Vasco, al Servicio Canario de Salud, a la Consejería de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja, a la Consejería de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia, a la Consejería de Salud del Gobierno de las Islas Baleares y a la Consejería de Salud del Gobierno de Navarra (folios 12421 a 12465).
- En diversas fechas se recibió contestación a los requerimientos de información formulados procedente de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana (folios 12492 a 12498, completados posteriormente con respuesta adicional, folios 13241 a 13390), del Servicio Andaluz de Salud (folios 12502 a 12503), de la Gerencia Regional de Salud de Castilla-León (folios 12504 a 12511), de la Consejería de Salud del Gobierno Vasco al requerimiento de información realizado (folios 12514 a 12587), del Servicio Gallego de Salud (folios 12589 a 12694), del Servicio Extremeño de Salud (folios 12695 a 12852), de la Consejería de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja (folios 12855 a 12929), de la Consejería de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia (folios 12938 a 12999), del Servicio Catalán de Salud (folios 13000 a 13001), el Servicio Aragonés de Salud (folios 13002 a 13205), la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de Castilla-La Mancha (folios 13206 a 13207), de la Consejería de Sanidad del Gobierno del Principado de Asturias (folios 13227 a 13238), el Servicio Canario de Salud (folios 13476 a 13477), el Servicio Cántabro de Salud (folios 13482 a 13525), la Dirección General de Salud del Gobierno de Navarra (folios 13531 a 13605) y de la Consejería de Salud del Gobierno de las Islas Baleares (folios 13697 a 13701).

- El 26 de febrero de 2015 se requirió información a la Dirección General de Contratación y Patrimonio de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid (folios 12930 a 12932) y a la Dirección General de Gestión Económica y de Compras de Productos Sanitarios y Farmacéuticos del Servicio Madrileño de Salud (folios 12933 a 12935).
 - Con fecha 6 de abril de 2015 se recibió contestación de la Dirección General de Gestión Económica y de Compras de Productos Sanitarios y Farmacéuticos del Servicio Madrileño de Salud (folios 13448 a 13451), que fue complementada el siguiente 7 de mayo (folios 13526).
 - El 3 de junio de 2015 la DC requirió información a la Sociedad Cooperativa Farmacéutica Española (COFARES), al Grupo Farmanova Sociedad Cooperativa Andaluza (FARMANOVA), a Española De Desarrollo e Impulso Farmacéutico, S.A. (EDIFA) y a Alliance Healthcare España Holdings, S.L. (ALLIANCE). Las contestaciones de FARMANOVA (folios 13633 a 13637), COFARES (folios 13638 a 13660), ALLIANCE (folios 13678 a 13684) y EDIFA (folios 13685 a 13686), se recibieron entre el 16 y el 24 de junio de 2015 tras solicitar, en su caso, ampliación de plazo y confidencialidad de la información aportada (COFARES y ALLIANCE) y proporcionar versión confidencial de la misma (ALLIANCE, folios 13689 a 13695).
 - Con fecha 15 de septiembre de 2015 se volvió a requerir información al Servicio Cántabro de Salud (folios 14027 a 14031), que fue contestada el 2 de octubre de 2015 (folios 14052 a 14075).
 - El 23 de septiembre de 2015 la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León aportó nueva información (folios 14049 a 14051).
13. Con fecha de 10 de julio de 2015 la DC solicitó al solicitante de exención que se pronunciara sobre la confidencialidad de la documentación presentada en el ámbito de su solicitud de exención del pago de la multa, que así lo hizo con fecha de 23 de julio de 2015 (folios 13898 a 13958). El 17 de agosto de 2015 se resolvió la confidencialidad solicitada por el solicitante de exención (folios 13961 a 13968).
14. Durante la instrucción del expediente la DC acordó en dos ocasiones la ampliación de la incoación realizada el 2 de septiembre de 2014:
- El 25 de agosto de 2015 acordó la **ampliación de la incoación por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas asimismo en el artículo 101 del TFUE** (folios 13977 a 13979).
 - El 7 de octubre de 2015 acordó la **ampliación de la incoación** contra D. Jordi Bozal de Febrer y D. Javier Martín Ocaña, Coordinadores del Grupo de Trabajo de Absorbentes de Incontinencia de Orina (GTAIO) y representantes, respectivamente, de ARBORA & AUSONIA, S.L.U. (actual PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A.) y LABORATORIOS INDAS, S.A.U., y contra D^a. AAA, Directora Técnica de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), desde 1997 a 2002 y Secretaria General de FENIN desde 2002 hasta la actualidad y D^a. BBB, Directora Técnica de FENIN desde el año 2002 hasta la actualidad, al

desprenderse de la documentación obrante en el expediente su participación en el diseño e implementación de las conductas investigadas.

15. Tras la **notificación el 28 de diciembre de 2015 de la Propuesta de Resolución**, se tuvo constancia de su recepción ese mismo día por A&A, P&G ESPAÑA y P&G; el 29 de diciembre por D. Jordi Bozal de Febrer, HARTMANN y PAUL HARTMANN ESPAÑA, S.L.U.; el 30 de diciembre por SCA, SCA GROUP HOLDING B.V, ONTEX, ONTEX ID y ONTEX ES HOLDCO, S.A.; el 4 de enero de 2016 por ALBASA, TEXPOL, INDAS, DOMTAR y D. Javier Martín Ocaña; el 5 de enero por FENIN, D^a. AAA y D^a. BBB y el 11 de enero de 2016 por BARNA IMPORT MEDICA.
16. El 5 de enero de 2016 tuvieron acceso al expediente TEXPOL (folio 23632) e INDAS (folio 23636), el 12 de enero FENIN (folio 23650), D. Jordi Bozal de Febrer (folio 23652) y D. Javier Martín Ocaña (folio 23654) y el 20 de enero DOMTAR (folio 24653).
17. Entre el 15 y el 20 de enero de 2016 tuvieron entrada los siguientes escritos de alegaciones a la Propuesta de Resolución:
 - El 15 de enero las alegaciones presentadas por A&A (folios 23697 a 23698), P&G (folios 23699 y 23700) y P&G ESPAÑA, aportando ésta última versión confidencial (folios 23704 a 23707) y versión censurada (folios 23708 a 23711). El 19 de enero, con sello de correos de fecha 15 de enero el escrito de alegaciones de D. Jordi Bozal de Febrer (folios 23712 a 23763). El 19 de enero los escritos de alegaciones de SCA y SCA GROUP HOLDING B.V, aportando versión censurada y versión confidencial (folios 23764 a 23959) y de ONTEX, ONTEX ID y ONTEX ES HOLDCO, S.A., aportando igualmente versión censurada y versión confidencial (folios 23960 a 24652).
 - El 20 de enero de 2016, con sello de correos de fecha 15 de enero, escrito de alegaciones de HARTMANN y PAUL HARTMANN ESPAÑA, S.L.U., aportando versión confidencial (folios 24655 a 24695) y versión censurada (folios 24696 a 24736).
18. El día 22 de enero de 2016, al amparo del artículo 50.5 de la LDC, la DC elevó al Consejo de la CNMC su **Informe y Propuesta de Resolución** y se remitió el expediente al mismo para su resolución.
19. Tras la remisión de la PR, y dentro del plazo establecido para ello, han tenido entrada los escritos de alegaciones a la PR de AAA y BBB (folios 25052 a 25093), INDAS, que incluye versión confidencial y anexos (folios 25097 a 25413), Javier Martín Ocaña (folios 25414 a 25446), FENIN (folios 25447-25490), ALGODONES DEL BAGES, que incluyen versión confidencial y anexos (folios 25491 a 25649), TEXPOL (folios 25650-25670), BARNA IMPORT, que incluye versión confidencial y anexo (folios 25671-25831), DOMTAR LUX (FOLIOS 25834 A 25883),
20. Con fecha 2 de febrero de 2016 INDAS solicitó acceso al expediente, del que tomó vista con fecha 12 de febrero de 2016. Con fecha de 1 de marzo de 2016

ALGODONES DEL BAGES solicitó acceso al expediente, del que tomó vista el 9 de marzo.

21. Con fecha 3 de marzo de 2016, se acordó por la Sala de Competencia de la CNMC, de conformidad con el artículo 37.2 c) de la LDC, la **remisión a la Comisión Europea del Informe Propuesta**, la cual tuvo lugar el 4 de marzo de 2016, lo que supuso la suspensión con tal fecha del plazo máximo para resolver el expediente, lo cual fue notificado a las interesadas.

Con fecha 10 de marzo de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerimiento de información del volumen de negocios total en 2015 de las empresas incoadas, o la mejor estimación disponible.

Superado el plazo previsto en el Acuerdo de 3 de marzo, la **suspensión** acordada **se levantó** con fecha **4 de abril de 2016**, continuando el cómputo del plazo para dictar Resolución.

22. El 19 de abril FENIN y ONTEX ES HOLDCO tomaron vista del expediente, al que habían solicitado acceso el 6 y el 8 de abril de 2016. Asimismo, ALBASA solicitó acceso al expediente el 26 de abril y tomó vista del mismo el 5 de mayo.

23. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 26 de mayo de 2016.

24. Son interesados:

1. FEDERACION ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN).
2. ARBORA & AUSONIA, S.L.U.
3. PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A.
4. THE PROCTER & GAMBLE COMPANY.
5. LABORATORIOS INDAS, S.A.U.
6. DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL.
7. SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L.
8. SCA GROUP HOLDING, B.V.
9. LABORATORIOS HARTMANN, S.A.
10. PAUL HARTMANN ESPAÑA, S.L.U.
11. ONTEX PENINSULAR, S.A.U.
12. ONTEX ID, S.A.U.
13. ONTEX ES HOLDCO, S.A.
14. BARNA IMPORT MEDICA, S.A.
15. TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A.
16. ALGODONES DEL BAGES, S.A.U.

17. D. Jordi Bozal de Febrer, en su calidad de representante de ARBORA & AUSONIA, S.L.U. y Coordinador del GTAIO.

18. D. Javier Martín Ocaña, en su calidad de representante de LABORATORIOS INDAS, S.A.U. y Coordinador del GTAIO.

19. D^a AAA, en cuanto Directora Técnica y Secretaria General de FENIN.

20. D^a BBB, Directora Técnica de FENIN.

II. LAS PARTES

Las partes implicadas en el presente expediente, tal y como consta en el PCH de la DC, son las siguientes:

1. FEDERACION ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN)

FENIN es una federación intersectorial fundada en 1977 que 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.

a) Organización y estructura

Respecto a su estructura orgánica y funcional se diferencian los Órganos de Gobierno (Asamblea General, Junta Directiva, Comité Ejecutivo y Presidencia), de carácter decisorio, y la Organización Ejecutiva, de gestión técnica, que es dirigida por la Secretaría General y estudia, coordina y gestiona las actividades y servicios que ofrece a las empresas asociadas¹.

Son miembros de FENIN las siguientes empresas que desarrollan su actividad en el ámbito de la comercialización de absorbentes para la incontinencia grave de la orina en adultos (AIO): Laboratorios Indas, S.A.U (desde 1981), Ontex Peninsular, S.A. (desde 1999), Laboratorios Hartmann, S.A. (desde 1994), SCA Hygiene Products, S.L. (desde 1996, con denominación SCA Mölnlycke, S.A.), Textil Planas Oliveras, S.A. (desde 1995) y Barna Import Médica, S.A. (desde 2003), y también fueron miembros aunque actualmente ya no lo son Arбора & Ausonia, S.L. (desde 1988 a 2013), Imbrand España S.L., Promotora Roc, S.A. (desde 1997 a 2002), B. Braun-Dexon, S.A. y Precisión Vascular Systems Europe, S.A.².

En cuanto a su estructura territorial, FENIN tiene su sede central en Madrid y cuenta con delegaciones territoriales, como es el caso de Cataluña, y otras sin sede, en las que un miembro de la Junta Directiva asume la representatividad de los intereses de la

¹ Información obtenida de la página web de FENIN www.fenin.es incorporada al expediente (folios 13398 a 13401).

² Contestación de FENIN al requerimiento de información realizado (folios 6291 y 6262).

Federación en esa Comunidad Autónoma (Andalucía, Valencia y Galicia). Además, se organiza en sectores horizontales y verticales.

Dentro de los sectores verticales, organizados según la tipología de los productos, en los que se dividen los órganos de gobierno, se encuentran los siguientes: i) Cardiología, Neurocirugía y Tratamiento del dolor, ii) Dental, iii) Diagnóstico in Vitro, iv) Efectos y Accesorios, v) E-Health, vi) Implantes, vii) Nefrología, viii) Ortopedia, ix) Productos Sanitarios de un solo uso, x) Oftalmología, xi) Terapias respiratorias domiciliarias y gases medicinales, xii) Tecnología y Sistemas de Información Clínica y xiii) Pymes. Entre ellos, teniendo en cuenta los hechos objeto de investigación en este expediente sancionador, interesa especialmente el de Efectos y Accesorios pues en él se enmarca la actividad del Grupo de Trabajo de Absorbentes de Incontinencia de Orina (GTAIO).

b) Grupo de Trabajo de AIO (GTAIO)

En relación con las reuniones del 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 regulatorio³.

Se tiene conocimiento de que dicho Grupo GTAIO fue creado en 1994⁴ y de acuerdo con la información disponible en las actas de las denominadas reuniones de Directivos recabadas en las inspecciones y aportadas, en su caso, por las incoadas, así como por las contestaciones a los requerimientos de información, han sido miembros del GTAIO:

- Arbora & Ausonia S.L., al menos desde junio de 1997 hasta 2013⁵, representada en las reuniones del GTAIO por el Director de la Unidad de Negocio de Incontinencia de la empresa.
- Laboratorios Indas, S.A.U, al menos desde junio de 1997⁶, representada en las reuniones del GTAIO por su Director General (que es también Consejero Delegado), la Directora de Área de Ventas y, en ocasiones, la Directora del Departamento de I+D .
- SCA Hygiene Products, S.L. (anteriormente denominada Mölnlycke Health Care, S.L), al menos desde junio de 1997⁷, en cuya representación han participado en las reuniones del GTAIO el Director Comercial de Incontinencia, el Director de Relaciones Institucionales y el Jefe Regional de Ventas.

³ Contestación de FENIN al requerimiento de información realizado (folios 6266 y 6267).

⁴ Anexo al informe de la reunión del GTAIO celebrada el 2 de diciembre de 1997 recabado en la inspección realizada en la sede de FENIN (folio 10355) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folio 6606).

⁵ Acta de la reunión del GTAIO de 5 de junio de 1997, aportada por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6619 a 6622).

⁶ Acta de la reunión del GTAIO de 5 de junio de 1997, aportada por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6619 a 6622).

⁷ Acta de la reunión del GTAIO de 5 de junio de 1997, aportada por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6619 a 6622).

- Laboratorios Hartmann, S.A., al menos desde junio de 1997⁸, representada en las reuniones del GTAIO por su Director General y por su Director de Ventas y Marketing.
- Imbrand España S.L., desde 1998⁹ hasta 1999¹⁰.
- Promotora Roc S.A., desde 1998¹¹ hasta 2001¹².
- Ontex Peninsular, S.A., desde 1999 hasta noviembre de 2012¹³, en cuya representación ha asistido a las reuniones del GTAIO el Director Comercial del Canal Sanitario.
- Ontex ID, S.A.U, desde noviembre de 2012¹⁴, representada igualmente en las reuniones del GTAIO por el Director Comercial del Canal Sanitario.
- Chicco Española, desde 1999¹⁵ hasta 2000¹⁶.
- Tyco Healthcare, desde 2001¹⁷ hasta 2006¹⁸.
- Textil Planas Oliveras, S.A., con regularidad desde 2001¹⁹, en cuyo nombre han asistido a las reuniones del GTAIO el Director General y Administrador único de dicha empresa y de Algodones del Bages, S.A.U (ALBASA), la Directora de Ventas y Marketing de TEXPOL-ALBASA y posteriormente Directora Ejecutiva de ALBASA y la Directora de División de ALBASA.

⁸ Acta de la reunión del GTAIO de 5 de junio de 1997, aportada por FENIN en contestación al requerimiento (folios 6619 a 6622).

⁹ Acta de la reunión del GTAIO de 13 de enero de 1998, aportada por FENIN en contestación al requerimiento realizado (folios 6596 a 6600).

¹⁰ Acta de la reunión del GTAIO celebrada el 29 de septiembre de 1999, recabado en la inspección de FENIN (folios 10397 y 10398) y aportada por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6480 a 6484).

¹¹ Acta de la reunión del GTAIO de 13 de enero de 1998, aportada por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6596 a 6600).

¹² Acta de la reunión del GTAIO del 25 de julio de 2001, aportada por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6428 y 6429).

¹³ Acta de la reunión del GTAIO de 29 de septiembre de 1999, aportada por FENIN (folios 6480 a 6484) y por ONTEX (folio 3863), en contestación a los requerimientos de información realizados.

¹⁴ Contestación de ONTEX al requerimiento de información realizado (folio 3863).

¹⁵ Acta de la reunión del GTAIO de 22 de diciembre de 1999, recabada en la inspección realizada en la sede de FENIN (folio 10398) y aportada por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6453 a 6454).

¹⁶ La última reunión del GTAIO en la que se tiene constancia que participa CHICCO ESPAÑOLA es la de 8 de febrero de 2000 (folios 6438 a 6440).

¹⁷ Acta de la reunión del GTAIO de 25 de julio de 2001, aportada por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6428 y 6429).

¹⁸ Acta de la reunión del GTAIO de 6 de marzo de 2006, aportada por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6380 y 6381).

¹⁹ Según las actas aportadas por FENIN en contestación al requerimiento de información, TEXPOL participa en la reunión del GTAIO de 2 de diciembre de 1998 (folio 6523), asistiendo con regularidad hasta el 25 de julio de 2001 (folios 6428 a 6429).

- Barna Import Médica, S.A., desde 2003²⁰, representada por su Administrador solidario así como por la Directora de la División de Incontinencia de la empresa en las reuniones del GTAIO.

Desde su creación el GTAIO ha contado con un Coordinador elegido entre sus miembros, habiendo ejercido dicho cargo el representante de A&A hasta abril de 2012, fecha en la que fue sustituido por el representante de INDAS. El Coordinador del GTAIO ha desarrollado una labor fundamental en el funcionamiento del este grupo, adoptando un papel proactivo e impulsor de los acuerdos adoptados por este grupo, siendo el nexo de comunicación con FENIN, fundamentalmente con su Directora Técnica.

Por último, además de las denominadas reuniones de Directivos del GTAIO, también se han celebrado puntualmente reuniones de personal de carácter técnico del GTAIO²¹.

D^a. AAA²², Directora Técnica de FENIN desde 1997 a 2002 y Secretaria General desde 2002 hasta la actualidad, ha sido incoada, a los efectos de aplicar la sanción prevista en el artículo 63.2 de la LDC, por su participación directa en la configuración, diseño e implementación de las conductas objeto de investigación en este expediente.

En el mismo sentido, se ha ampliado la incoación contra D^a. BBB²³, Directora Técnica de FENIN desde el año 2002 hasta la actualidad, por su participación directa en la configuración, diseño e implementación de las conductas objeto de investigación en este expediente sancionador desde el año 2002 hasta la actualidad.

2. ARBORA & AUSONIA, S.L.U

ARBORA & AUSONIA, S.L.U (A&A), con sede en Avenida de Bruselas, 24, 28108 Alcobendas (Madrid), hasta julio de 2013 se dedicaba a la fabricación y comercialización de productos absorbentes en los sectores de higiene infantil y familiar, femenina y de incontinencia grave en adultos. Hasta el 22 de octubre de 2012 estaba controlada al 50% por P&G y por el Grupo Agrolimen, adquiriendo en ese momento P&G el control exclusivo sobre A&A, iniciándose un proceso de integración de ambas entidades que culminó el 1 de julio de 2013. El proceso de integración no ha supuesto la extinción jurídica de A&A, si bien mantiene una actividad marginal, pues P&G ESPAÑA ha pasado a comercializar los productos comercializados hasta esa fecha por A&A, incluyendo los productos para la incontinencia grave de la marca Lindor Ausonia, asumiendo las funciones y actividad

²⁰ Contestación de BARNA al requerimiento de información realizado (folio 3802).

²¹ Información aportada por el solicitante de exención del pago de la multa (folio 461) e informe de la reunión del GTAIO de 15 de septiembre de 1998, aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6543 a 6552).

²² El nombre propio ha sido modificado por existir sentencia firme que anula la sanción impuesta en virtud del artículo 63.2 de la LDC por lo que la publicación de su nombre propio no está amparada por el artículo 69 de la LDC.

²³ El nombre propio ha sido modificado por existir sentencia firme que anula la sanción impuesta en virtud del artículo 63.2 de la LDC por lo que la publicación de su nombre propio no está amparada por el artículo 69 de la LDC.

de distribución de AIO en España desarrolladas por A&A en el canal farmacia y en el institucional, así como sus recursos humanos y materiales en su práctica totalidad²⁴.

Así pues, desde el 1 de julio de 2013 A&A se limita a gestionar una cartera de derechos de propiedad industrial, entre los que se incluyen los relativos a las marcas de AIO comercializadas actualmente por P&G ESPAÑA. Estos derechos están en la actualidad licenciados a una entidad perteneciente al grupo P&G²⁵. En 2012 A&A facturó 563 millones €²⁶.

A&A formó parte de FENIN desde 1988 hasta el 1 de julio de 2013²⁷, fecha de su integración en P&G, y del GTAIO al menos desde 1997, siendo su representante el Coordinador de dicho Grupo hasta el 18 de abril de 2012, Vicepresidente de la Junta Directiva de Efectos y Accesorios hasta 2012 y Vicepresidente de FENIN desde 2010 hasta diciembre de 2012²⁸.

A los efectos de aplicar la sanción prevista en el artículo 63.2 de la LDC, se ha ampliado la incoación contra D. Jordi Bozal de Febrer, Director de la Unidad de Negocio de Incontinencia desde 1996 hasta 2012 de A&A y Coordinador del GTAIO desde 1994 hasta abril de 2012, por su participación directa, en cuanto Coordinador del GTAIO desde el 1994 hasta abril de 2012, en el diseño e implementación de las conductas objeto de investigación en este expediente sancionador.

3. PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A.

P&G ESPAÑA, S.A. (P&G ESPAÑA) es el segundo mayor fabricante de AIO en España tras la adquisición en 2013 del 100% de A&A²⁹. Desde el 1 de julio de 2013, P&G España ha sucedido en la práctica a A&A, asumiendo sus recursos humanos y materiales en su práctica totalidad. La titularidad de las plantas de producción de A&A ha sido atribuida a una filial del grupo P&G mientras que los derechos de propiedad industrial, permanecen en poder de A&A³⁰. En 2014 P&G ESPAÑA facturó 102 millones €³¹.

4. THE PROCTER & GAMBLE COMPANY

P&G España y A&A están controladas indirectamente al 100% por The Procter & Gamble Company, sociedad de derecho estadounidense matriz del Grupo Procter & Gamble³².

²⁴ Contestación de A&A y P&G al requerimiento de información realizado (folios 3941 a 3951).

²⁵ Contestación de P&G España al requerimiento de información realizado (folio 5208).

²⁶ Información obtenida de la página web www.informa.es e incorporada al expediente (folio 12119).

²⁷ Memorándum interior de A&A (folio 908) y comunicación de baja en FENIN (folio 481), aportados por A&A en su solicitud de exención del pago de la multa.

²⁸ Contestación de A&A y P&G España (folios 3949 y 3950) y FENIN (folio 6262) a los requerimientos de información realizados.

²⁹ Decisión de la Comisión Europea de 27 de agosto de 2012 en el asunto COMP/M.6678 PROCTER & GAMBLE/ARBORA, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6678_20120827_20310_2627741_EN.pdf.

³⁰ Contestación de P&G España al requerimiento de información realizado (folio 5209).

³¹ Información obtenida de la Base de datos Informa e incorporada al expediente (folio 13820).

³² Contestación de P&G España al requerimiento de información realizado (folio 3941 y 3943).

Según la última Memoria Anual publicada en su página web, en 2014 tuvo una facturación de 83.062 millones de dólares³³.

5. LABORATORIOS INDAS, S.A.U.

INDAS, ubicada en el Camino Cerro de los Gamos, 1 Edificio 3, 3ª planta 28224 POZUELO (Madrid), se dedica a la fabricación y venta de productos sanitarios e higiénicos, siendo su actividad principal la fabricación y venta de productos de incontinencia de adultos, incluyendo absorbentes para la incontinencia grave y leve de orina³⁴. El 22 de mayo de 2013, tras la autorización de la CNC (Expte. C-0503/13 INDAS/ALBASA), INDAS adquirió el 100% de ALBASA, convirtiéndose en su accionista único desde la citada fecha. En 2014 facturó 193 millones €³⁵, siendo el primer fabricante de AIO en España, con una cuota de mercado del 40%³⁶.

INDAS forma parte de FENIN desde 1981 y del GTAIO al menos desde 1997, habiendo sido el representante de dicha empresa el Coordinador del GTAIO desde abril de 2012 y Vicepresidente de FENIN desde 2013³⁷.

A los efectos de aplicar la sanción prevista en el artículo 63.2 de la LDC, se ha ampliado la incoación contra D. Javier Martín Ocaña, Director General de INDAS desde 2007 hasta la actualidad y Coordinador del GTAIO desde abril de 2012, por su participación directa, como Coordinador del GTAIO desde el año 2012 hasta 2014, en el diseño e implementación de las conductas objeto de investigación en este expediente sancionador.

6. DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL.

El 2 de enero de 2014 DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL adquirió el 100% de TASK MORAZA, S.L., sociedad titular del 100% de INDAS³⁸.

7. SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L.

SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L. (SCA), situada en la Avenida de Europa 22, Parque Empresarial La Moraleja 28108 (Alcobendas) Madrid, es la tercera empresa comercializadora de AIO en España por cuota de mercado.

Su objeto social es la importación y venta de productos de uso sanitario y doméstico, productos de higiene femenina y pañales y la fabricación, manipulación y venta de

³³ Información obtenida de la Memoria Anual 2014 de The P&G Company e incorporada al expediente (folio 13819).

³⁴ Contestación de INDAS al requerimiento de información realizado (folio 7862).

³⁵ Información obtenida de la Base de datos Informa e incorporada al expediente (folio 13756).

³⁶ Información obtenida de la página web <http://www.indas.com/es/grupo-indas/INDAS-en-Cifras/> (folio 13976).

³⁷ Contestación de INDAS al requerimiento de información realizado (folios 7871 y 7872).

³⁸ Contestación de INDAS al requerimiento de información realizado (folio 7861).

productos derivados del papel tisú. En España no realiza actividades de fabricación de AIO, sino que se dedica exclusivamente a su comercialización³⁹.

SCA en 2013 facturó 543 millones de euros⁴⁰.

SCA forma parte de FENIN al menos desde 1996 y del GTAIO al menos desde 1997, bajo su antigua denominación, SCA Mölnlycke, S.A. A partir de 1998, tras una reestructuración interna de la compañía en la que tuvo lugar la fusión de SCA Hygiene Paper y SCA Mölnlycke, S.A., comenzó a asistir a las reuniones del GTAIO bajo la denominación SCA⁴¹.

8. SCA GROUP HOLDING, B.V.

Desde el 9 de enero de 2014 SCA GROUP HOLDING B.V, con sede en Holanda, pasó a ser titular del 100% del capital social de SCA⁴².

9. LABORATORIOS HARTMANN, S.A.

LABORATORIOS HARTMANN, S.A. (HARTMANN), situada en C/Carrasco i Formiguera, 48, 08302 Mataró (Barcelona), es la filial española del grupo alemán HARTMANN dedicada, entre otras cosas, a la fabricación, importación y exportación, distribución y comercialización de productos sanitarios⁴³. En 2013 HARTMANN facturó 60 millones de euros⁴⁴.

HARTMANN pertenece a FENIN desde 1994⁴⁵ y al GTAIO desde al menos 1997.

10. PAUL HARTMANN ESPAÑA, S.L.U.

PAUL HARTMANN ESPAÑA, S.L.U, que comparte sede con HARTMANN, es la actual titular del 99,5% de las acciones del capital social de HARTMANN⁴⁶. Ambas forman parte del grupo alemán HARTMANN.

11. BARNA IMPORT MEDICA, S.A.

BARNA, situada el Paseo de la Campsa, 66, 08940, Cornellà de la Llobregat (Barcelona) y constituida en 1985, tiene como objeto social la fabricación, importación, exportación, representación, distribución y comercialización de material sanitario y de higiene,

³⁹ Contestación de SCA al requerimiento de información realizado (folio 5227).

⁴⁰ Información obtenida de la Base de datos INFORMA e incorporada al expediente (folio 13850).

⁴¹ Información obtenida del SCA ANNUAL REPORT 1997 (folios 13619 y 13620) y listado de asistentes a la reunión del GTAIO de 16 de junio de 1998, aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folio 6567).

⁴² Contestación de SCA al requerimiento de información realizado (folio 5223).

⁴³ Contestación de HARTMANN al requerimiento de información realizado (folio 3812).

⁴⁴ Información obtenida de la Base de datos Informa e incorporada al expediente (folio 13739).

⁴⁵ Contestación de FENIN al requerimiento de información realizado (folio 6261).

⁴⁶ Contestación de HARTMANN al requerimiento de información realizado (folio 11491).

productos farmacéuticos, productos ortopédicos y de geriatría, suministros para la cirugía y curas, aparatos de rehabilitación y electromedicina, material de prevención laboral, botiquines, mobiliario de uso clínico, parafarmacia y dermofarmacia y productos dietéticos⁴⁷.

En relación con el mercado de AIO, su actividad se centra en la comercialización al mercado institucional, principalmente a geriátricos, y al mercado farmacéutico. En 2013 facturó 22 millones de euros⁴⁸.

BARNA forma parte de FENIN desde 2003 y asiste desde entonces a las reuniones del GTAIO⁴⁹.

12. ONTEX PENINSULAR, S.A.U.

Desde su constitución en 1989 hasta enero de 2011, ONTEX ha desarrollado la actividad de fabricación y comercialización de productos higiénico-sanitarios. A partir de dicha fecha, ONTEX circunscribe su actividad a la fabricación de productos, pasando la distribución de los mismos a ser realizada por otra empresa perteneciente al Grupo Ontex, ONTEX ID S.A.U.⁵⁰. El Grupo Ontex es una empresa multinacional de origen belga que cuenta en España con una planta de producción y una oficina de ventas ubicadas en C/Fresno s/n, Valverde del Majano, E-40140, Segovia. En 2013 ONTEX alcanzó los 82 millones de euros de facturación⁵¹.

ONTEX se incorporó a FENIN en 1999 y es miembro del GTAIO desde entonces⁵².

13. ONTEX ID, S.A.U.

Desde enero de 2011 ONTEX ID, S.A.U., anteriormente denominada ID MÉDICA ESPAÑA, asume dentro del Grupo Ontex la distribución de los productos higiénico-sanitarios que, hasta ese momento, habían sido comercializados por ONTEX. En 2013 ONTEX ID facturó 116 millones de euros⁵³.

A partir de noviembre de 2012, el representante del grupo ONTEX en el GTAIO es un directivo de ONTEX ID⁵⁴.

14. ONTEX ES HOLDCO, S.A.

⁴⁷ Contestación de BARNA al requerimiento de información realizado (folio 3799).

⁴⁸ Información obtenida de la Base de datos Informa e incorporada al expediente (folio 13721).

⁴⁹ Contestación de BARNA al requerimiento de información realizado (folio 3802).

⁵⁰ Contestación de ONTEX al requerimiento de información realizado (folio 3859).

⁵¹ Información obtenida de la Base de datos Informa e incorporada al expediente (folio 13801).

⁵² Contestación de ONTEX (folio 3863) y de FENIN (folio 6261) a los requerimientos de información realizados.

⁵³ Información obtenida de la Base de datos Informa e incorporada al expediente (folio 13785).

⁵⁴ Contestación de ONTEX al requerimiento de información realizado (folio 3863).

ONTEX ES HOLDCO, S.A. es propietaria del 100% de ONTEX y de ONTEX ID, formando todas ellas parte del Grupo Ontex, empresa multinacional cuya sede central se encuentra en Bélgica⁵⁵.

15. TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A.

TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A. (TEXPOL), ubicada en C/Avinyó s/n, 08243 Manresa, Barcelona, es una empresa cuya actividad se centra principalmente en la fabricación de apósitos y vendas para uso sanitario y su comercialización exclusivamente en el sector hospitalario. En 1996 obtuvo la titularidad de diferentes códigos de producto financiado (cupón precinto) de AIO y desde entonces hasta 2013 se ha dedicado también a la comercialización de AIO, fabricados en exclusiva por ALBASA (empresa perteneciente a la familia Planas Oliveras, también propietaria de TEXPOL), en el sector hospitalario. El 22 de mayo de 2013 INDAS adquirió el negocio de incontinencia que venía desarrollando la familia Planas Oliveras a través de ALBASA, TEXPOL y BLACTESA, cediendo TEXPOL a ALBASA la titularidad de los cupones precinto y renunciando a comercializar AIO⁵⁶. En 2013 TEXPOL facturó 17 millones de euros⁵⁷.

TEXPOL es miembro de FENIN desde 1995⁵⁸, si bien no se incorporó al GTAIO hasta 2001⁵⁹.

16. ALGODONES DEL BAGES, S.A.U (ALBASA)

ALBASA, ubicada en C/Frederic Mompou, s/n, 08295 St. Vicenç de Castellet, Barcelona, comenzó su actividad centrada en la fabricación y comercialización del algodón, aunque a partir de 1996 desarrolló una segunda línea de negocio dedicada a la fabricación y comercialización de AIO en el sector farmacéutico⁶⁰. Cuando ALBASA amplió su negocio a la fabricación de AIO es TEXPOL, perteneciente también a la familia Planas Oliveras, la que solicitó y obtuvo en interés de ALBASA la autorización administrativa para su venta (cupón precinto). De este modo, a partir de 1996 ALBASA fabrica AIO y los comercializa bajo marca TEXPOL en el sector farmacéutico y es el proveedor exclusivo de AIO para TEXPOL para su comercialización en el sector hospitalario⁶¹. Con fecha 22 de mayo de 2013 INDAS adquirió ALBASA⁶². En 2013 ALBASA facturó 10 millones de euros⁶³.

ALBASA no ha sido miembro de FENIN, aunque TEXPOL representaba también los intereses de ALBASA en FENIN. De hecho los directivos que participaban en las

⁵⁵ Contestación de ONTEX al requerimiento de información realizado (folio 3858).

⁵⁶ Contestaciones de TEXPOL a los requerimientos de información realizados (folios 5212 y 5253).

⁵⁷ Información obtenida de la Base de datos Informa e incorporada al expediente (folio 13868).

⁵⁸ Contestación de FENIN al requerimiento de información realizado (folio 6261).

⁵⁹ Informe de la reunión del GTAIO de 25 de julio de 2001 entre cuyos asistentes consta un directivo de TEXPOL (folio 6428).

⁶⁰ Contestación de ALBASA al requerimiento de información realizado (folio 3877).

⁶¹ Contestaciones de TEXPOL (folio 5252) y de ALBASA (folio 5260) a los requerimientos de información realizados.

⁶² Contestación de ALBASA al requerimiento de información realizado (folio 3876).

⁶³ Información obtenida de la base de datos INFORMA e incorporada a este expediente (folio 13706).

reuniones del GTAIO en representación de TEXPOL siempre han sido directivos de ALBASA⁶⁴, precisamente porque ALBASA era la empresa fabricante y comercializadora de AIO en el sector farmacéutico y, por tanto, la que tenía un mayor interés en formar parte de dicho Grupo.

III. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE AIO

Los absorbentes para la incontinencia de la orina en adultos son productos respecto de los que cabe diferenciar, por su capacidad de absorción, entre absorbentes para la incontinencia grave y para la incontinencia leve. Únicamente los primeros son productos sanitarios financiados por el Sistema Nacional de Salud (SNS) mediante el denominado sistema de reembolso y, por tanto, se encuentran sometidos a una mayor regulación tanto en lo referido a su precio como a los canales para su dispensación.

Los absorbentes para la incontinencia grave de la orina en adultos (AIO) pertenecen al grupo de productos sanitarios conocidos como *efectos y accesorios*, regulándose en la Orden de 16 de octubre de 1979 los efectos y accesorios incluidos como parte de la prestación farmacéutica de la Seguridad Social. En esta Orden se definían los efectos y accesorios como aquellos artículos que sin tener la consideración de medicamentos se utilizan en la práctica habitual para llevar a efecto un tratamiento terapéutico o ayudar al enfermo en los efectos indeseados del mismo, su fabricación es seriada y se dispensan en las oficinas de farmacia. Esta norma señalaba como requisito para la inclusión de un producto en la prestación farmacéutica la realización de una oferta previa al Instituto Nacional de la Salud (INS) por los fabricantes o importadores de dichos productos, señalando asimismo que el INS, consultados los fabricantes o importadores existentes y la corporación farmacéutica, establecería los precios máximos de cada uno de los tipos y calidades de aquellos efectos y accesorios que no tuviesen un precio fijado por la Administración del Estado. Según consta en el documento denominado “HISTÓRICO ABSORBENTES COMO PRESTACIÓN FARMACÉUTICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL”⁶⁵, los AIO fueron incluidos por primera vez en la prestación farmacéutica del SNS en 1983, fijándose el PVP IVA⁶⁶ máximo de los AIO por la extinta Comisión Asesora de Efectos y Accesorios en febrero de 1988, de acuerdo con la citada Orden de 16 de octubre de 1979. Desde dicha fecha, las únicas modificaciones que ha experimentado este PVP IVA máximo de los AIO han sido las sucesivas subidas del IVA (en enero de 1995, julio de 2010 y septiembre de 2012) y la rebaja del 20% del PVP IVA recogida en el RDL 8/2010⁶⁷.

⁶⁴ Información obtenida de la página web es.linkedin.com e incorporada a este expediente (folios 13406 a 13407).

⁶⁵ Documento denominado “HISTÓRICO ABSORBENTES COMO PRESTACIÓN FARMACÉUTICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL”, recabado en la inspección realizada en la sede de INDAS (folios 1771 a 1781).

⁶⁶ Precio de venta al público incrementado con el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

⁶⁷ Contestación del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad al requerimiento de información realizado (folio 11987).

Por otra parte, desde principios de los años '90 comienzan a convocarse concursos de ámbito nacional por el INSALUD (4/89, 5/90 y 6/92) y posteriormente de ámbito autonómico para suministro de AIO a residencias, centros de salud y ambulatorios⁶⁸.

El 11 de noviembre de 1995 el INSALUD convocó un concurso de suministro DT 5/95 de AIO para la adquisición de este material, que sería entregado por los fabricantes directamente a los centros dependientes de INSALUD.

El precio para la adjudicación del concurso se fijó unilateralmente por el INSALUD resultando ser extremadamente bajo según criterio de los fabricantes y a través de FENIN se presentó recurso contencioso-administrativo nº 2642/95, contra la Resolución de 30 de octubre de 1995 de la Directora General del INSALUD por la que se convocó dicho concurso, así como contra la Resolución de 22 de febrero de 1996 de la Directora General del INSALUD que adjudicaba este concurso a determinadas empresas y la Resolución de 23 de diciembre de 1996 del Director General de Presupuestos e Inversiones del INSALUD por el que se desestimaba el recurso interpuesto por FENIN contra el expediente de contratación por el procedimiento negociado número 29/1996 tramitado por la Dirección Provincial de Baleares para el suministro de AIO⁶⁹. Este recurso fue finalmente desestimado por el Tribunal Supremo⁷⁰, así como también el recurso contencioso-administrativo nº 2338/1995, interpuesto por A&A contra el Pliego de Cláusulas Administrativas para contratación directa de suministros de AIO aprobado por la Dirección General del INSALUD el 25 de mayo de 1995 en el territorio de las Islas Baleares y la Resolución de 8 de septiembre de 1995 que desestimó el recurso contra la adjudicación del contrato en virtud de dicho pliego⁷¹, confirmando el fallo de otros tribunales en relación a que los AIO pueden ser comercializados fuera de las farmacias.

De hecho, en enero de 1996 se aprobó el Real Decreto 9/1996, de 15 de enero, por el que se regula la selección de los efectos y accesorios, su financiación con fondos de la Seguridad Social o fondos estatales afectos a la sanidad y su régimen de suministro y dispensación a pacientes no hospitalizados (RD 9/1996), definiéndose en su artículo 2 los efectos y accesorios como aquellos productos sanitarios de fabricación seriada que se obtienen en régimen ambulatorio, incluyendo en su anexo los absorbentes para la incontinencia urinaria..

La aprobación de este RD marcó un punto de inflexión en la dispensación de efectos y accesorios a pacientes no hospitalizados, pues estableció que podría realizarse tanto a través de la oficina de farmacia como mediante entrega directa por los centros o servicios, propios o concertados, de la red asistencial sanitaria o socio-sanitaria.

⁶⁸ Documento denominado "HISTÓRICO ABSORBENTES COMO PRESTACIÓN FARMACÉUTICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL", recabado en la inspección realizada en la sede de INDAS (folios 1771 a 1781).

⁶⁹ "Exposición de Motivos. Absorbentes de Incontinencia de Orina", recabado en la inspección de FENIN (folios 3329 y 3330).

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2004, nº recurso 3652/2000, confirmando la sentencia de 3 de diciembre de 1999 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el recurso contencioso administrativo 2642/95.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2008, nº recurso 2897/2005, confirmando la sentencia de 28 de mayo de 2003 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el recurso contencioso administrativo 2338/95.

Por lo que respecta a su adquisición por la Administración para realizar dicha entrega directa, el artículo 5 del RD 9/1996 indicaba que el INSALUD y las Comunidades Autónomas (CC.AA) con competencias podrán adquirirlos conforme a la normativa vigente al respecto. Por tanto, a partir de este momento y con base en la previsión expresa de este RD 9/1996, se confirma que el canal farmacia no es exclusivo para la dispensación de productos sanitarios calificados como efectos y accesorios a pacientes no hospitalizados, de modo que tanto el INSALUD como las CC.AA con competencias en la materia a dicha fecha podrían realizar una entrega directa de AIO en los centros sanitarios o socio-sanitarios tras su adquisición mediante un proceso de licitación, o bien establecer la dispensación por las oficinas de farmacia, a través de un concierto con los Colegios Oficiales de Farmacéuticos autonómicos o provinciales. El RD 9/1996 regulaba también en su artículo 9 el procedimiento y requisitos para la inclusión de los efectos y accesorios en la prestación farmacéutica del SNS. Para ello, el fabricante debía solicitarlo a la unidad correspondiente del Ministerio de Sanidad (actualmente, la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del SNS y Farmacia). Para la inclusión de dicho producto sanitario en la financiación del SNS se valorarían, entre otros aspectos, su conformidad con la legislación vigente, el cumplimiento con las especificaciones técnicas determinadas por el Ministerio de Sanidad y que su precio, a efectos de financiación, no superara los precios máximos aceptados por el citado Ministerio para cada tipo de efecto y accesorio de las mismas características. Así pues, en caso de que el producto sanitario sea incluido en la prestación farmacéutica del SNS, el PVP IVA vendría determinado por el Ministerio de Sanidad y será el que conste en el Nomenclátor, una base de datos de carácter público disponible a través de la web de dicho Ministerio, que proporciona información sobre los productos incluidos en la prestación farmacéutica del SNS (dispensables a través de oficinas de farmacia), incluido el PVP IVA de dichos productos.

No obstante, el 13 de mayo de 1997 se firmó un Acuerdo Marco entre Fabricantes, Distribuidores y Oficinas de Farmacia y el INSALUD en materia de Absorbentes de Incontinencia de Orina, comprometiéndose el INSALUD a garantizar en su territorio que la dispensación de AIO para pacientes domiciliarios se realizará a través del canal farmacéutico a cambio de un descuento del 11% sobre el PVP. A esa fecha ya no formaban parte del territorio INSALUD, pues las competencias sanitarias habían sido transferidas, las CC.AA de Cataluña, Andalucía, País Vasco, Valencia, Navarra, Galicia y Canarias, culminando en 2001 el proceso de transferencia de competencias en materia sanitaria a las CC.AA, que había dado comienzo en 1981⁷².

Como consecuencia de ello, en 2002 el INSALUD es sustituido por el INGESA y a partir de entonces son las CC.AA, que hasta entonces habían pertenecido al INSALUD, a través de sus propios servicios de salud, las que estarán obligadas a facilitar a los usuarios del SNS un conjunto de prestaciones sanitarias, entre las que se encuentra la prestación farmacéutica.

Esta obligación deriva del artículo 43 de la Constitución, que reconoce el derecho a la protección de la salud y establece que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y de la Ley 16/2003,

⁷² Información obtenida de la web <http://www.ingesa.msc.es/organizacion> (folios 13402 a 13405).

de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (Ley 16/2003), que establece acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias, definiendo un núcleo común de actuación del SNS y de los servicios de salud que lo integran. Así, la Ley 16/2003 establece en su artículo 10.1 que “Las prestaciones que establece esta ley son responsabilidad financiera de las comunidades autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el actual sistema de financiación autonómica, sin perjuicio de la existencia de un tercero obligado al pago [...]” y en su artículo 33, respecto a la colaboración de las oficinas de farmacia, señala que “el Ministerio de Sanidad establecerá los criterios generales y comunes para el desarrollo de la colaboración de las oficinas de farmacia, por medio de conciertos que garanticen a los ciudadanos la dispensación en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional, independientemente de su comunidad autónoma de residencia”. La prestación farmacéutica se garantiza por tanto mediante la firma por parte de las Administraciones Sanitarias Autonómicas de conciertos con los Colegios Oficiales de Farmacéuticos. Estos conciertos, que son instrumentos de naturaleza jurídico-pública, establecen el régimen de colaboración entre las oficinas de farmacia y los servicios de salud de las distintas CC.AA en lo referente a la prestación de servicios profesionales inherentes a la prestación farmacéutica y se fijan las condiciones económicas para dicha prestación.

Posteriormente la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (Ley 29/2006), dispuso en su artículo 90.1 que corresponde al Consejo de Ministros establecer el precio industrial de los productos sanitarios que vayan a ser incluidos en la prestación farmacéutica del SNS y que se dispensen, a través de receta oficial, en territorio nacional. Esta Ley segmentó el precio de venta al público (PVP) de los productos sanitarios en:

- precio industrial máximo cobrado por el fabricante (PVL),
- margen de distribución (cobrado por el mayorista), y
- margen de dispensación (cobrado por la farmacia).

Esta segmentación del PVP se condicionaba a la aprobación de una normativa estatal que regulase los márgenes de distribución y dispensación, norma que sigue sin estar aprobada⁷³, por lo que todos los operadores en la cadena de distribución de productos sanitarios (comercializadores, distribuidores y farmacéuticos), entre ellos los AIO, tienen libertad para negociar los precios, debiendo ser fijados por los agentes económicos en virtud de su autonomía empresarial.

Así lo ha confirmado el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en su contestación al requerimiento de información realizado: “Por tanto, a falta de la norma que establezca los márgenes comerciales, según lo dispuesto en el artículo 90.8 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, los márgenes de distribución y dispensación son libres, pudiendo ser fijados por los agentes económicos.”⁷⁴

⁷³ Escrito del MSSI en contestación al requerimiento de información realizado (folios 11985 a 12012).

⁷⁴ Escrito del MSSI, op. cit.

En el artículo 1.1.1. del anexo V del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento para su actualización (en adelante, RD 1030/2006), relativo a la cartera de los servicios comunes de la prestación farmacéutica para pacientes no hospitalizados, se incluyen los efectos y accesorios, sector al que pertenecen los AIO, que dispongan del correspondiente mercado CE y para los que, de acuerdo con la normativa vigente, se resuelva su financiación y condiciones de dispensación en el SNS, correspondiendo a las CC.AA fijar los procedimientos de acceso a las prestaciones y organizar la forma en la que se hace efectiva su prestación, conforme lo previsto en el artículo 2 del RD 1030/2006, y en sus propias normas de organización y funcionamiento.

La normativa que regula la comercialización de los AIO es el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios. En este RD 1591/2009 se regulan las garantías sanitarias y los requisitos que deben cumplir dichos productos para poder ser puestos en el mercado, así como la autorización de las instalaciones de fabricación por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS). Según la clasificación realizada por este Real Decreto, los AIO se incluirían en la denominada clase I, por tratarse de productos no invasivos y, por tanto, no necesitan ser evaluados de conformidad por un organismo independiente, sino que la declaración de conformidad de los mismos la efectúa el propio fabricante antes de su puesta en el mercado a través de una auto declaración CE de conformidad, en las condiciones que se establecen en el capítulo III y en el anexo VII del citado Real Decreto.

A su vez, el 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), dispuso en su artículo 11 una revisión de los precios de los productos sanitarios, indicando que “[e]l precio de venta al público de los productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud se reducirá en un 7,5%, a excepción del precio de los absorbentes de incontinencia de orina cuya reducción será del 20%”.

Dicho RDL 8/2010 modificó así mismo el artículo 90 de la Ley 29/2006 estableciendo que “Las cuantías económicas correspondientes a los conceptos de la distribución y dispensación de los medicamentos y de dichos productos sanitarios y, en su caso, de las deducciones aplicables a la facturación de los mismos al Sistema Nacional de Salud son fijados por el Gobierno (...)”.

Como se ha anticipado, dado que dicha normativa regulatoria de los márgenes de distribución y dispensación de los productos sanitarios a la que se referían tanto la Ley 29/2006 como el RDL 8/2010 sigue sin estar aprobada, los operadores económicos intervinientes tienen libertad para negociar los precios que consideren adecuados.

En lo relativo a los AIO, hasta el año 2010 los conciertos firmados en todas las CC.AA recogían un descuento a realizar a la Administración sobre el PVP IVA fijado en el Nomenclátor del SNS que oscilaba entre el 11% -que fue el fijado en el citado Acuerdo Marco de 13 de mayo de 1997 firmado por el INSALUD- y un 20% del PVP sin IVA. A

partir de 2010, este descuento fue eliminado en todas las CC.AA, salvo en Andalucía, Cataluña, Galicia, Canarias y Asturias⁷⁵.

Posteriormente el Real Decreto-Ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud (RDL 9/2011), crea las agrupaciones homogéneas y el sistema de precios menores aplicable a medicamentos y productos sanitarios. Respecto a los productos sanitarios, esta norma modifica el artículo 85 de la Ley 29/2006, en el sentido de ordenar la prescripción de los productos sanitarios para pacientes no hospitalizados por denominación genérica, debiendo el farmacéutico dispensar la presentación de menor precio de acuerdo con las agrupaciones homogéneas que determine la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios.

La aplicación de esta norma a los productos sanitarios supone no solo la desaparición de la prescripción bajo marca comercial sino que además impone al farmacéutico la dispensación de la presentación de precio menor correspondiente a la agrupación homogénea a la que pertenezca el producto. No obstante, respecto a los AIO, aún no se han creado agrupaciones homogéneas de estos productos por lo que en la actualidad pueden seguir prescribiéndose y dispensándose bajo marca comercial.

Finalmente el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (RDL 16/2012), estableció en su artículo 4. Siete una modificación del artículo 90.9 de la precitada Ley 29/2006 señalando que:

“El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad establecerá el precio de venta al público de los medicamentos y productos sanitarios financiados mediante la agregación del precio industrial autorizado, que tiene carácter de máximo, y de los márgenes correspondientes a las actividades de distribución mayorista y dispensación al público”.

Dicha norma modifica el artículo 8 de la Ley 16/2003, pasando la prestación farmacéutica a formar parte de la denominada “cartera común suplementaria del SNS”, que incluye todas aquellas prestaciones cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y están sujetas a aportación del usuario. Asimismo, se aprueba que el denominado “copago farmacéutico” afecte también a los pensionistas, principales consumidores de los AIO financiados por el SNS, que a partir de entonces tendrán que pagar un 10% del PVP del medicamento o producto sanitario financiado y dispensado en oficina de farmacia a través de receta médica, con un tope máximo de aportación mensual de entre 8 y 60 euros, dependiendo de sus ingresos.

La adquisición de AIO para su suministro a pacientes hospitalizados se realiza a través de licitaciones públicas, mientras que el suministro a pacientes no hospitalizados se puede realizar, como ya se ha indicado, bien a través de la oficina de farmacia o bien mediante entrega directa por los centros o servicios de la red asistencial sanitaria o socio-sanitaria de productos previamente adquiridos mediante licitación pública, siendo

⁷⁵ Cuadro denominado “Tratamiento de los AIO en los Conciertos de las Oficinas de Farmacia, julio de 2013”, remitido por el CGCOF a FENIN, recabado en las inspecciones de FENIN (folios 10154 a 10158) y del CGCOF (folios 8148 a 8142).

aplicable el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

En síntesis, y conforme a lo señalado, de acuerdo con la Orden de 16 de octubre de 1979, la dispensación de AIO a pacientes no hospitalizados se incluyó por primera vez en la prestación farmacéutica del SNS en 1983, fijándose el PVP IVA máximo de cada uno de sus tipos y calidades por la Comisión Asesora de Efectos y Accesorios en febrero de 1988 tras la oferta previa presentada por los fabricantes o importadores de dicho producto⁷⁶. Desde dicha fecha, las únicas modificaciones que ha experimentado este PVP IVA máximo de los AIO han sido las sucesivas subidas del IVA (en enero de 1995, julio de 2010 y septiembre de 2012) y la rebaja del 20% del PVP IVA recogida en el RDL 8/2010. Posteriormente, el vigente RD 9/1996 estableció expresamente que dicha dispensación podría realizarse a través de la oficina de farmacia y mediante entrega directa por los centros o servicios, propios o concertados, de la red asistencial sanitaria o socio-sanitaria, tras su adquisición a través del correspondiente procedimiento de licitación pública y así se confirmó por el Tribunal Supremo tras los recursos interpuestos por FENIN y los fabricantes contra algunas de las licitaciones públicas convocadas⁷⁷. En cuanto a los márgenes de los AIO dispensados a través del canal farmacia, la Ley 29/2006 dispuso en su artículo 90.1 que corresponde al Consejo de Ministros establecer el precio industrial de los productos sanitarios que vayan a ser incluidos en la prestación farmacéutica del SNS y que se dispensen, a través de receta oficial, en territorio nacional y en su artículo 90.9 que el Ministerio de Sanidad establecerá el precio de venta al público de los medicamentos y productos sanitarios financiados mediante la agregación del precio industrial autorizado, que tiene carácter de máximo, y de los márgenes correspondientes a las actividades de distribución mayorista y dispensación al público. Dado que la norma estatal que regulase los márgenes de distribución y dispensación sigue sin estar aprobada, fabricantes, distribuidores y farmacéuticos deben fijar dichos márgenes en virtud de su autonomía empresarial.

IV. EL MERCADO AFECTADO

En los párrafos correspondientes del PCH (142 a 171), la DC describe el funcionamiento del mercado relevante -de producto y geográfico-, exponiendo con posterioridad la estructura de dicho mercado, distinguiendo entre la oferta y la demanda.

a) Mercado de producto

El mercado de producto relevante afectado por las conductas objeto de investigación en este expediente sancionador es el de la comercialización de productos absorbentes para la incontinencia grave de la orina en adultos (AIO) financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados, cuya distribución y dispensación se realiza a través del canal farmacéutico.

⁷⁶ Documento denominado “HISTÓRICO ABSORBENTES COMO PRESTACIÓN FARMACÉUTICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL”, recabado en la inspección realizada en la sede de INDAS (folios 1771 a 1781).

⁷⁷ Sentencias del TS de 26 de octubre de 2004, recurso 3652/2000, confirmando la sentencia de 3 de diciembre de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y de 12 de marzo de 2008, recurso 2897/2005, confirmando la sentencia de 28 de mayo de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Según lo dispuesto en el RD 9/1996, los AIO financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados (pacientes domiciliarios y residentes en centros socio-sanitarios) pueden ser comercializados por las empresas fabricantes e importadoras de AIO exclusivamente a través de dos canales: canal farmacéutico y canal institucional.

Los fabricantes y/o importadores de AIO son el primer eslabón de la cadena de comercialización a través del canal farmacéutico, vendiendo estos productos al denominado Precio Venta Laboratorio (PVL) a las empresas distribuidoras mayoristas de productos farmacéuticos y sanitarios, que son el eslabón intermedio y que, tras añadir al PVL un margen de distribución para formar el Precio Venta Farmacia (PVF) y también denominado en ocasiones Precio Venta Almacén (PVA), llevan a cabo la distribución de estos productos a las oficinas de farmacia, que se encargan de la dispensación de los AIO financiados por el SNS al usuario final del producto, el paciente no hospitalizado.

El margen obtenido por la oficina de farmacia se calcula como porcentaje sobre el PVP de estos productos determinado en el Nomenclátor del SNS. Dichos márgenes aplicables por los distintos agentes son libres, a falta de un RD que desarrolle la Ley 29/2006 en materia de márgenes de los productos sanitarios. Por otra parte, puesto que se trata de productos financiados por el SNS que se dispensan con receta, su pago sólo es asumido en parte por el usuario final siendo el resto financiado por la correspondiente Administración sanitaria a través del denominado sistema de reembolso⁷⁸.

Desde el año 1997, los Colegios Oficiales de Farmacéuticos (COF) han negociado con la Administración competente -primero con el INSALUD, mediante un Acuerdo Marco, y posteriormente con los Servicios Autonómicos de Salud, mediante los conciertos farmacéuticos- la realización de determinados descuentos, que han oscilado entre el 11% y el 20% sobre el PVP IVA, que deben ser reembolsados a las farmacias en su factura mensual, siendo el canal farmacia el canal habitual para la dispensación de los AIO a los pacientes domiciliarios en todas las CC.AA.

Por su parte la comercialización de los AIO a través del canal institucional se realiza mediante la convocatoria de licitaciones públicas a las que se presentan empresas fabricantes y/o importadoras de AIO. En este caso no participan ni los distribuidores mayoristas farmacéuticos ni las oficinas de farmacia, pues es la Administración convocante de la licitación la encargada de hacer llegar los AIO a los pacientes no hospitalizados mediante entrega directa en los centros o servicios, propios o concertados, de la red asistencial sanitaria o socio-sanitaria, esto es, a través de los centros de salud en el caso de los pacientes domiciliarios o de las propias residencias en el caso de los pacientes socio-sanitarios. Este es el canal mayoritariamente utilizado para la dispensación de AIO a los pacientes no hospitalizados residentes en centros socio-sanitarios públicos o concertados.

⁷⁸ Para la implementación de este sistema, mensualmente el farmacéutico envía a la correspondiente administración sanitaria todas las recetas con el cupón precinto del producto dispensado adherido a la misma, la Administración comprueba su validez, calcula el precio que tiene que compensar a la farmacia y le emite un pago.

En cuanto a los precios, ha de distinguirse en función del canal de venta de los AIO, ya sea el canal farmacia o el canal institucional.

En el canal farmacia, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (MSSI) establece un precio máximo de financiación para cada tipo de producto y el PVP IVA del producto concreto se fija en el momento de incluirlo en el sistema de reembolso a través del catálogo de Efectos y Accesorios del SNS. Como ya se ha indicado, en el documento denominado “HISTÓRICO ABSORBENTES COMO PRESTACIÓN FARMACÉUTICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL”⁷⁹ consta que los AIO fueron incluidos por primera vez en la prestación farmacéutica del SNS en 1983. El PVP IVA máximo de los AIO se fijó por la extinta Comisión Asesora de Efectos y Accesorios en febrero de 1988, de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de 16 de octubre de 1979.

Este PVP IVA máximo era muy elevado, de hecho según consta en el documento anteriormente mencionado, en 1991 el INSALUD convocó a FENIN para solicitarle la reducción del precio de los AIO, presentando un análisis del precio de adjudicación del concurso 5/90 para demostrar sobrevaloraciones de estos productos en el canal farmacia de entre el 45% y el 51%.

Desde 1988 las únicas modificaciones que han experimentado estos precios han sido las sucesivas subidas del IVA en enero de 1995, julio de 2010 y septiembre de 2012 y la rebaja del 20% del PVP IVA recogida en el RDL 8/2010⁸⁰.

A falta de una norma que desarrolle el mandato de la Ley 29/2006 relativo a la fijación por el Gobierno de los márgenes de los productos sanitarios, los márgenes de comercialización de los AIO son libres, es decir cada empresa individualmente y siguiendo su política comercial fija el margen correspondiente.

No obstante, las diferencias de PVP IVA de los AIO pertenecientes a las mismas categorías (anatómico, rectangular, elástico, diario o nocturno) fabricados por los distintos laboratorios e incluidos en el Nomenclátor del SNS son muy reducidas y, en la mayor parte de los casos los laboratorios han fijado el PVP máximo señalado por el MSSI.

En el canal institucional, los AIO son adquiridos a través de licitaciones públicas, fijándose por la Administración pública convocante los precios máximos en cada licitación pública, de acuerdo con los requisitos técnicos y económicos que hayan sido establecidos. Así pues, el precio final del AIO licitado vendrá determinado por la oferta económica adjudicataria de la licitación, la cual estará a su vez determinada por la calidad del producto, las características del AIO, el volumen de suministro, etc.

b) Mercado geográfico

Dicho mercado comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, siendo las condiciones de competencia suficientemente homogéneas y que puede

⁷⁹ Documento denominado “HISTÓRICO ABSORBENTES COMO PRESTACIÓN FARMACÉUTICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL”, recabado en la inspección de INDAS (folios 1771 a 1781).

⁸⁰ Contestación del MSSI al requerimiento de información realizado (folio 11987).

distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevaecientes son sensiblemente distintas a aquéllas. Así lo ha definido tanto el Consejo de la extinta CNC⁸¹ - de acuerdo con la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03, DOUE de 9 de diciembre de 1997)-, como reiterada jurisprudencia del TJUE⁸².

Por otro lado, como señaló el Consejo de la CNC y confirmó la Audiencia Nacional⁸³, el concepto mercado afectado por la conducta infractora, que puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas, sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva.

En este expediente el mercado geográfico afectado abarca todo el territorio nacional, en la medida en que los hechos objeto de investigación contemplan la comercialización de AIO financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados en todo el territorio nacional, cumpliendo el criterio de afectación al comercio intracomunitario que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE.

c) Estructura del mercado

Por el lado de la **oferta**, hay que señalar que los AIO financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados son comercializados a través del canal farmacéutico por 18 empresas⁸⁴, entre ellas, las incoadas en este expediente, comercializándose los productos de A&A por P&G desde que la adquirió el 1 de julio de 2013 y los de TEXPOL y ALBASA por INDAS desde que adquirió el 100% de ALBASA el 22 de mayo de 2013. Los principales comercializadores de AIO financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados son diversos grupos multinacionales como P&G, SCA, HARTMANN y ONTEX, que compiten con el operador líder nacional, INDAS. Como ya se ha indicado con respecto al canal de venta, los AIO se distribuyen en el canal farmacéutico ([70-80] %) e institucional ([20-30] %), difiriendo las cuotas de mercado de los principales operadores del mercado en función del canal de venta.

⁸¹ Resolución del Consejo de la CNC de 23 de mayo de 2013, Expte. S/0303/10 Distribuidores Saneamiento.

⁸² Entre otras, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, asunto Tetra Pak/Comisión, T-83/91, apartado 91, confirmada en casación por la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, C-333/ 94P.

⁸³ Resoluciones del Consejo de la CNC de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09 Hormigón y productos relacionados; de 23 de mayo de 2013, Expte. S/0303/10 Distribuidores Saneamiento y de 30 de julio de 2013, Expte. S/0380/11 Coches de alquiler, así como sentencias de la Audiencia Nacional de 30 de noviembre y 12 y 27 de diciembre de 2013 y 26 de marzo de 2014, desestimando los recursos interpuestos contra la citada Resolución de 12 de enero de 2012 dictada en el Expte. S/0179/09 Hormigón y productos relacionados.

⁸⁴ ANEXO I de la contestación del MSSl al requerimiento de información realizado (folios 11989 a 12003).

En el canal farmacia los dos primeros competidores, INDAS y A&A (actual P&G ESPAÑA) se encuentran casi igualados, con una cuota de mercado en valor y en volumen de algo más de un 30% cada una.

El siguiente competidor es SCA, con algo más del 20%, seguido por HARTMANN, con aproximadamente un 5% y el resto de competidores tiene cuotas inferiores al 5%. Estas cuotas no han variado sustancialmente en los últimos 5 años.

En cuanto al canal institucional, las cuotas de los principales competidores han experimentado muchas más variaciones en los últimos años y así, hasta el año 2011 el primer competidor era INDAS, con una cuota de mercado superior al 50%, si bien esta cuota ha ido descendiendo en los últimos años hasta llegar al 25% en 2013, a la vez que aumentaba la cuota de mercado de sus competidores más cercanos: SCA ha subido del 16% en 2009 al 32% en 2013 y A&A ha pasado de no tener apenas presencia en este canal a una cuota de mercado del 8% en 2013; ONTEX sería el tercer competidor en importancia en este canal, con una cuota de mercado cercana al 20%, aunque ha descendido en los últimos años hasta situarse en el 13% en 2013.

Por su parte, las cuotas de mercado de las empresas oferentes de AIO financiados por el SNS que no se encuentran incoadas en este expediente sancionador son prácticamente irrelevantes (todas ellas inferiores al 2%)⁸⁵. Teniendo en cuenta los volúmenes y cuotas de mercado de las empresas comercializadoras de AIO incoadas - INDAS, P&G ESPAÑA (antigua A&A), SCA, HARTMANN, ONTEX (actual ONTEX ID), TEXPOL, ALBASA y BARNA IMPORT- **tendrían una cuota conjunta en España de aproximadamente un 95% del mercado farmacéutico de prescripción de AIO**⁸⁶.

Respecto a la **demanda** en este mercado, tal como señala la DC en su PCH (párrafos 166 y siguientes), la incontinencia urinaria es por su gravedad, frecuencia, repercusión y magnitud un grave problema que afecta en España aproximadamente a 2,5 millones de personas y además de ser una patología compleja y de difícil solución, tiene importantes consecuencias para la salud, pues produce un deterioro de la calidad de vida, limita la autonomía personal y produce graves repercusiones psicológicas y sociales. No es una enfermedad en sí misma, sino la consecuencia de una alteración fisiológica que se presenta en algunas enfermedades, siendo un trastorno que afecta sobre todo a las personas de edad avanzada.

Los AIO financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados son el objeto de las prácticas analizadas en este expediente, dirigidos a pacientes adultos que sufren incontinencia grave, normalmente pacientes con patologías crónicas, lo que implica su

⁸⁵ Contestación de SCA (folios 5226 a 5228) y ONTEX (folios 3860 a 3862) a los requerimientos de información realizados.

⁸⁶ De hecho, en el correo electrónico enviado el 26 de julio de 2013 por el Coordinador del GTAIO al Director General de FEDIFAR, con copia a la Directora Técnica de FENIN, se adjuntaba una tabla Excel incluyendo una relación de tipos de AIO (tal como se denominan en el Nomenclátor) y los Códigos Nacionales de dichos productos correspondientes a INDAS, SCA, A&A (actual P&G) y HARTMANN, los PVL y los PVF de dichos productos en las CC.AA de Valencia, Madrid y Castilla-León, señalando que “Las empresas referenciadas suponen algo más del 90% de la cuota de mercado en el canal farmacia según datos de IMS Healthcare a fecha de hoy”. Correo electrónico remitido por el Coordinador del GTAIO al Director General de FEDIFAR y a la Directora Técnica de FENIN el 26 de julio de 2013, recabado en la inspección de FENIN (folio 9818).

utilización durante largos períodos de tiempo, sin prácticamente modificaciones en su prescripción.

Los AIO son comercializados por fabricantes y/o importadoras a través del canal farmacia y del institucional, pues el RD 9/1996 establece que el suministro a pacientes no hospitalizados -domiciliarios y residentes en centros socio-sanitarios públicos y/o concertados-, puede realizarse a través de oficinas de farmacia o mediante entrega directa en centros o servicios, propios o concertados, de la red asistencial sanitaria o socio-sanitaria, tras su adquisición mediante licitación pública por la Administración.

Esto es, se incluyen como clientes finales a los pacientes domiciliarios que obtienen estos AIO a través de su dispensación en el canal farmacia y a los residentes en centros socio-sanitarios, siendo en este último caso los adquirentes directos en un primer momento de dicho producto la Administración Pública convocante de las licitaciones para su adquisición a través del canal institucional. Conviene destacar las singularidades económicas del lado de la demanda que tienen los productos sanitarios sujetos a prescripción médica y a financiación pública, como los AIO, pues el paciente o consumidor final no realiza la decisión de compra respecto a estos productos, sino que se trata de los denominados “bienes de confianza”, en los que la decisión recae en el prescriptor (médico), y existen importantes asimetrías de información entre el paciente-consumidor final y el prescriptor (médico), de un lado, y entre los productores (laboratorios) y prescriptores, de otra, por lo que si los incentivos del prescriptor y paciente no están alineados existen posibilidades de alterar la elección y otros problemas de información asimétrica.

Según la información aportada por las Consejerías de Sanidad y Servicios de Salud de las CC.AA⁸⁷, en la actualidad el suministro a pacientes domiciliarios se realiza en todas ellas a través del canal farmacia con la presentación de receta. El suministro a pacientes residenciados en centros socio-sanitarios, por otra parte, se realiza a través del canal institucional en todas las CC.AA, salvo en Andalucía, País Vasco, Cataluña y Canarias, que lo realizan a través del canal farmacia, y Galicia, donde la integración de los centros socio-sanitarios al procedimiento de contratación centralizada se encuentra todavía en periodo de implantación, por lo que aproximadamente un tercio de sus residencias siguen recibiendo esta prestación a través de oficinas de farmacia.

Los productos sanitarios suponen el 3% de la facturación total de la prestación farmacéutica del SNS, correspondiendo el 97% restante a medicamentos⁸⁸,

⁸⁷ Contestaciones a los requerimientos de información realizados a la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana (folios 12492 a 12495 y 13241 a 13244), Servicio Andaluz de Salud (folios 12502 y 12503), Gerencia Regional de Salud de Castilla y León (folios 12504 a 12511), Consejería de Salud del Gobierno Vasco (folios 12514 a 12516), Servicio Gallego de Salud (folios 12590 a 12606), Servicio Extremeño de Salud (folios 12695 a 12698), Consejería de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja (folios 12858 a 12860), Consejería de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia (folios 12939 a 12945), Servicio Catalán de Salud (folios 13000 y 13001), Servicio Aragonés de Salud (folios 13002 a 13004), Consejería de Sanidad de Castilla la Mancha (folio 13206), Servicio Madrileño de Salud (folios 13448 a 13451), Servicio Canario de Salud (folios 13476 y 13477), Servicio Cántabro de Salud (folios 13482 a 13487) y a la Consejería de Salud del Gobierno de Navarra (folios 13531 a 13533).

⁸⁸ “OBSERVACIONES DE LA FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN) SOBRE LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LOS MÁRGENES CORRESPONDIENTES A LA

constituyendo los AIO la mayor partida del consumo total de productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica del SNS destinados a pacientes no hospitalizados, un 60,37% en 2013. En 2013 el valor del mercado de AIO con cupón precinto dispensados a través del canal farmacia fue **de 264 millones € y en el canal institucional de 71,9 millones €⁸⁹**, por lo que el porcentaje de ventas en la comercialización de AIO en el canal farmacéutico es del 78% y en el canal institucional del 22%.

V. HECHOS PROBADOS

Los hechos acreditados en este expediente relativos al cártel formado por empresas fabricantes y/o importadoras de AIO (en adelante, los fabricantes), con la colaboración de FENIN, se fundamentan en la información aportada por el solicitante de exención - que incluye no sólo su declaración de clemencia, sino pruebas que datan del período en que se produjeron los hechos investigados, tales como resúmenes, anotaciones, correos electrónicos o faxes entre las entidades incoadas-, la recabada en las inspecciones de las fabricantes INDAS y SCA, las Federaciones empresariales FENIN y FEFE, la Federación Nacional de Asociaciones de Mayoristas Distribuidores de Especialidades Farmacéuticas (FEDIFAR), el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos (CGCOF) y el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Farmacéuticos (CACOF), así como la aportada en contestación a los requerimientos de información realizados a las entidades incoadas, al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (MSSI), a los Servicios Autonómicos de Salud y a las empresas distribuidoras COFARES, FARMANOVA, EDIFA y ALLIANCE.

➤ Fijación del Precio Venta Laboratorio de los AIO dispensados a través del canal farmacia

Las actuaciones de este cártel están ligadas y discurren en paralelo a las negociaciones desarrolladas a partir de mediados de los años noventa entre fabricantes, distribuidores y farmacéuticos con el objetivo de evitar la salida del canal farmacia de los AIO destinados a pacientes no hospitalizados. El interés de fabricantes, distribuidores y farmacéuticos en tal mantenimiento radica en que si los AIO destinados a pacientes no hospitalizados dejasen de dispensarse a través de farmacia y pasasen a adquirirse vía licitaciones públicas, distribuidores y farmacéuticos perderían los ingresos que les genera su comercialización a través de dicho canal, teniendo que competir los fabricantes fundamentalmente a través del precio y suministrar dicho producto a unos

DISTRIBUCIÓN Y DISPENSACIÓN, A TRAVÉS DE RECETA OFICIAL, DE LOS PRODUCTOS SANITARIOS INCLUIDOS EN LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD”, recabado en la inspección de FENIN (folios 11226 y 11227).

⁸⁹ Contestación de HARTMANN (folio 3815) y el MSSI (folios 12004 y 12005) a los requerimientos de información realizados.

precio de venta del laboratorio (PVL) más bajos, como se constata en las licitaciones para suministro a hospitales y pacientes residentes en centros socio-sanitarios⁹⁰.

El cártel habría consistido 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.

Por otra parte, las empresas participantes en este cártel se habrían servido de una estrategia de interposición de recursos administrativos y/o contencioso-administrativos frente a las licitaciones públicas convocadas por las Autoridades Sanitarias para la adquisición y posterior entrega directa de AIO a pacientes no hospitalizados con el objetivo de evitar o al menos retrasar el suministro de AIO a pacientes no hospitalizados a través del canal institucional, en sustitución del canal farmacéutico, contemplándose también la negativa concertada al suministro al Servicio Valenciano de Salud (SERVASA).

La **importancia del canal farmacia con relación a la fijación del PVL** deriva de que únicamente para el AIO dispensado en este canal existe un precio regulado por la Administración (PVP IVA), uniforme para todo el territorio nacional, que ha servido como marco tanto para el acuerdo entre los fabricantes de AIO a la hora de fijar su PVL, que se ha mantenido prácticamente inalterado desde mayo de 1997, como entre éstos y los distribuidores y farmacéuticos hasta junio de 2010, pues es sobre dicho PVP IVA sobre el que los agentes de la cadena de distribución de los AIO pactaron sus márgenes desde 1997.

En el canal institucional, sin embargo, los comercializadores de AIO tienen que competir en el marco de las licitaciones públicas convocadas por las Administraciones sanitarias,

⁹⁰ Contestación de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana (folios 12492 a 12495), de la Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla-León (folios 12504 a 12511), del Servicio Gallego de Salud (folios 12590 a 12606), de la Consejería de Sanidad del Gobierno del Principado de Asturias (folios 13227 a 13234), del Servicio Cántabro de Salud (folios 13482 a 13487), de la Consejería de Salud del Gobierno de Navarra (folios 13531 a 13533) y de la Consejería de Salud del Gobierno de las Islas Baleares (folios 13697 a 13701) a los requerimientos de información realizados por la DC.

donde el precio es fijado en cada licitación por la Administración convocante y suele ser un importante criterio de adjudicación.

En este canal los comercializadores de AIO venden sus productos con un PVL considerablemente más bajo, aproximadamente un 50% de media, como se ha constatado en las contestaciones remitidas a los requerimientos de información realizados por la DC a las Administraciones sanitarias competentes.

➤ **Creación del cártel. El Modelo INSALUD**

El origen de este cártel, fijando el PVL y los márgenes comerciales de distribución de los AIO por los diferentes agentes de la cadena de distribución de los AIO, hay que datarlo en 1996, precisamente tras la aprobación del RD 9/1996 y con el objetivo de evitar la salida de la dispensación de los AIO destinados a pacientes no hospitalizados del canal farmacéutico.

En ese momento, los fabricantes, los distribuidores y los farmacéuticos comienzan a negociar un acuerdo de fijación de márgenes que a su vez les permita ofrecer al INSALUD un descuento sobre el PVP de los AIO que sirva a la Administración como incentivo para mantener la dispensación de este producto a través del canal farmacia. El primer contacto entre los representantes de los fabricantes (FENIN y ANFAMS), los distribuidores (FEDIFAR) y los farmacéuticos (CGCOF y FEFE) para la fijación de márgenes del que se tiene conocimiento consta en un documento fechado el 18 de diciembre de 1996 y denominado “BASES DEL ACUERDO SOBRE ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA”, del que se han localizado dos versiones, una para entregar a la Administración y otra denominada “DOCUMENTO INTERNO”, que difieren precisamente en que en la segunda consta un primer compromiso para el reparto de márgenes entre los tres eslabones de la cadena⁹¹.

La postura defendida por FENIN en las negociaciones con el resto de agentes es consensuada previamente por las empresas en el GTAIO, trasladando a través de su Coordinador su posición a FENIN para la firma de los acuerdos en su nombre.

Esta negociación dará lugar a la firma de dos acuerdos el 13 de mayo de 1997:

- El primero, de carácter público y con participación de la Administración, se instrumentó como un Acuerdo Marco entre el INSALUD y los representantes de los tres eslabones de la cadena en el que el INSALUD garantizaba la dispensación de AIO para pacientes domiciliarios a través del canal farmacéutico a cambio de un descuento general del 11% sobre el PVP⁹².

⁹¹ Documento “BASES DEL ACUERDO SOBRE ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA”, recabado en la inspección de FEDIFAR (folios 1387 a 1389).

⁹² Acuerdo Marco entre Fabricantes, Distribuidores y Oficinas de Farmacia y el INSALUD en materia de Absorbentes de Incontinencia de Orina de 13 de mayo de 1997, aportado por el solicitante de exención (folios 63 a 68), recabado en la inspección de FENIN (folios 3317 a 3322) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información (folios 6647 a 6652).

- El segundo, de carácter secreto y, por tanto, no conocido por la Administración, fue firmado por los representantes de los fabricantes, distribuidores y farmacéuticos para asumir de forma conjunta y acordada el porcentaje del descuento sobre el PVP pactado con el INSALUD mediante la fijación del PVL así como de los márgenes comerciales de distribución y dispensación⁹³.

Así se señala en la reunión del GTAIO celebrada el 13 de enero de 1998, en la que se alude explícitamente al mantenimiento de la distribución de los AIO a través del canal farmacia, así como a la impugnación de todos aquellos concursos que pudieran convocarse para su distribución a través del canal institucional⁹⁴:

“(...) Sus objetivos (...) se centran en el mantenimiento de la distribución de los AIO a través de las Oficinas de Farmacia con un nivel de reembolso lo más rentable posible (...)”

[Representante de INDAS y Presidente de ANFAMS] informa que uno de los acuerdos del grupo es la impugnación de todos aquellos concursos que tengan elementos que justifiquen dicha actuación (...) asumiendo el costo a partes iguales entre todos los componentes del Grupo.”

Dichos objetivos se reiteran en la reunión del GTAIO celebrada el 2 de diciembre de 1998⁹⁵:

“OBJETIVOS DEL GRUPO DE TRABAJO DE AIO DE FENIN

* Mantenimiento del esquema actual cupón precinto y su nivel de reembolso

- revisión de clasificación y especificaciones técnicas
- revisión de los niveles de reembolso

* Permanencia en el canal farmacia

- menores costes en la distribución
- mayor agilidad en los cobros

(...) * Contribución en el coste económico de los informes jurídicos y de las acciones encaminadas al cumplimiento de dichos objetivos según el tamaño de la empresa (...)”.

➤ **Acuerdos secretos de fijación de márgenes a nivel autonómico**

⁹³ Acuerdo entre Fabricantes, Distribuidores y Oficinas de Farmacia de 13 de mayo de 1997, aportado por el solicitante de exención (folios 70 a 73) y por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6653 a 6656).

⁹⁴ Informe de la reunión del GTAIO de 13 de enero de 1998, recabado en la inspección de FENIN (folios 10356 a 10360) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6596 a 6600).

⁹⁵ Documentación aportada por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folio 6528).

Cuando las CC.AA van adquiriendo competencias en materia sanitaria, y por tanto dejando de pertenecer al INSALUD, las empresas fabricantes miembros del GTAIO centrarán sus esfuerzos en conseguir en dichos territorios autonómicos el mantenimiento del PVL acordado mediante la réplica del denominado “modelo INSALUD” acordado en 1997, firmándose igualmente acuerdos secretos de fijación de márgenes entre los tres eslabones de la cadena de distribución (fabricantes, distribuidores y farmacéuticos) en paralelo a la firma de Concierdos entre la Administración sanitaria autonómica correspondiente y los Colegios Oficiales de Farmacéuticos en dichas CCAA que garantiza la dispensación de AIO a través del canal farmacia a pacientes no hospitalizados, estableciéndose un descuento en la factura de los AIO que deberá ser realizado por los farmacéuticos a dichas Administraciones autonómicas.

Así, se tiene constancia de la firma de acuerdos secretos para la fijación del PVL y de los márgenes de distribución en Cataluña en 1998⁹⁶, Galicia en 1999 y 2004⁹⁷, en el País Vasco en 2001 y 2007⁹⁸, en Andalucía en 2002⁹⁹, en Aragón en 2003¹⁰⁰ y en Cantabria

⁹⁶ Documento denominado PROPUESTA DE ACTUACIÓN DESBLOQUEO ACUERDO MARCO ASOCIACIONES-INSALUD redactado por el Coordinador del GTAIO y remitido al Secretario General de FENIN, recabado en la inspección de FENIN (folios 3327 a 3328) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6590 a 6591).

⁹⁷ ACUERDO FARMACIAS-DISTRIBUCION-INDUSTRIA (A.I.O.) de 17 de septiembre de 1999, recabado en la inspección de FENIN (folios 3547 a 3548) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6663 a 6664) y Convenio de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma de Galicia de 21 de septiembre de 2004 firmado por los COF provinciales de GALICIA, la distribución farmacéutica (COFANO, SAFA GALÉNICA, S.A., CEFARGAL, COFARES, ROMAN SACO Y COMPAÑÍA, SANAL, FARMANOSA y COFAGA) y los fabricantes (FENIN y ANFAMS), aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 136 a 138) y por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6637 a 6639).

⁹⁸ Convenio de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma del País Vasco de 27 de abril de 2001, recabado en la inspección de FENIN (folios 3552 a 3557) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento realizado (folios 6657 a 6662) y Convenio de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma del País Vasco de 10 de enero de 2007 firmado por el COF de EUSKADI, FENIN y AFARE-EUSFARE, aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 163 a 167), recabado en la inspección de FENIN (folios 3560 a 3564) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6624 a 6628).

⁹⁹ Convenio de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma de Andalucía de 22 de noviembre de 2002 firmado por el CACOF, FENIN, FEDIFAR y ANFAMS, aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 107 a 109), recabado en la inspección de FENIN (folios 3575 a 3577) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6634 a 6636).

¹⁰⁰ Convenio de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma de Aragón de 14 de abril de 2003 firmado por los COF de Huesca, Zaragoza y Teruel, las distribuidoras (FEDIFAR, SAFA GALÉNICA, S.A., COOPERATIVA FARMACÉUTICA ARAGONESA y COOPERATIVA FARMACÉUTICA ESPAÑOLA) y los fabricantes (FENIN y ANFAMS), aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 116 a 119), recabado en la inspección de FENIN (folios 3578 a 3581) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6643 a 6646).

en 2003¹⁰¹. Además, en las CC.AA de Madrid en 2003¹⁰² y Canarias en 2006¹⁰³ también acordaron dichos márgenes, si bien estos acuerdos no quedaron plasmados formalmente en un acuerdo firmado.

En el resto de CC.AA, si bien en algún caso hubo negociaciones para llegar a acuerdos específicos, como fue el caso de Asturias en 2004¹⁰⁴, se siguieron manteniendo las condiciones pactadas en el acuerdo firmado en 1997¹⁰⁵.

Por tanto, desde al menos 1996 hasta junio de 2010, el PVL venía determinado, primero a nivel nacional y posteriormente en el denominado territorio INSALUD y en determinadas CC.AA –Cataluña, Galicia, País Vasco, Andalucía, Aragón y Cantabria, así como en Madrid y Canarias–, por los acuerdos adoptados por los fabricantes de AIO, así como con distribuidores mayoristas y Colegios Oficiales de Farmacéuticos para la fijación de los márgenes de la distribución y farmacia.

En junio de 2010, como consecuencia de la bajada del 20% en el PVP IVA de los AIO tras la aprobación del RDL 8/2010, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, los fabricantes de AIO se negaron a rebajar su margen para asumir un porcentaje de dicha rebaja del PVP y así, mediante la remisión de un burofax a las restantes partes signatarias de los acuerdos firmados en las citadas CC.AA de Cataluña, Galicia, País Vasco, Andalucía, Aragón y Cantabria, dieron por finalizada la fijación de márgenes que habían acordado con farmacéuticos y distribuidores¹⁰⁶.

No se tiene constancia de ningún acuerdo de fijación de márgenes en el que participaran distribuidores y/o farmacéuticos a partir de dicha fecha.

En consecuencia, la DC considera que **la infracción consistente en la fijación de los márgenes comerciales realizada por los mayoristas farmacéuticos distribuidores de AIO y los Colegios Oficiales de Farmacéuticos entre 1996 y 2010 estaría prescrita**, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 de la LDC.

De hecho existen evidencias en este expediente sancionador de que los únicos que mantienen de forma acordada el PVL a partir de 2010 son los fabricantes, como se

¹⁰¹ Convenio de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma de Cantabria de 1 de junio de 2003 firmado por el COF de Cantabria, FEDIFAR, FENIN y ANFAMS, aportado por el solicitante de exención (folios 116 a 119), recabado en la inspección de FENIN (folios 3570 a 3572) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6640 a 6642).

¹⁰² INFORME DE LA REUNIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO DE "ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA", celebrada el 7 de febrero de 2003, recabado en la inspección de FENIN (folios 10409 y 10410) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folio 6415).

¹⁰³ Acta de la reunión mantenida en el COF de Tenerife el 14 de febrero de 2006, recabada en la inspección de FENIN (folios 9300 y 9301).

¹⁰⁴ Correo electrónico con asunto: Acuerdo AIO Asturias, remitido por la Directora Técnica de FENIN a Hartmann, Chicco, SCA, Indas, Texpol, Ontex, Tycohealthcare y A&A el 27 de enero de 2004 (folio 9114) y borrador de Acuerdo de fijación de márgenes en el Principado de Asturias (folios 3628 a 3630), recabados en la inspección de FENIN.

¹⁰⁵ Cuadro "CONCIERTOS COLECTIVOS FARMACÉUTICOS-CCAA ABSORBENTES DE INCONTINENCIA" adjunto al correo electrónico de 1 de marzo de 2007 enviado por la Directora Técnica de FENIN al Coordinador del GTAIO, recabado en la inspección de FENIN (folio 9295).

¹⁰⁶ Cartas de denuncia de los acuerdos, recabadas en la inspección de FENIN (folios 9436 a 9465) y aportadas por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6665 a 6694).

constata, por ejemplo, en la reunión de 18 de julio de 2013 por el Grupo de trabajo de Productos Sanitarios creado en el seno del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos (CGCOF)¹⁰⁷:

“LA BAJADA DEL 20% DEL PVP iva de los AIO QUE SE PRODUCE EN 2010 HA SUPUESTO UN DETRIMENTO NOTABLE EN EL MARGEN PARA LA OFICINA DE FARMACIA, YA QUE LOS FABRICANTES, HAN MANTENIDO SU PVL, LO QUE HA HECHO QUE TODA LA BAJADA RECAIGA SOBRE EL MARGEN DE LA DISTRIBUCIÓN Y DE LA FARMACIA (...)”.

Así, los fabricantes del cártel -A&A (actual P&G ESPAÑA), INDAS, SCA, HARTMANN, ONTEX (actual ONTEX ID), TEXPOL, ALBASA y BARNA IMPORT-, con la colaboración de FENIN, siguieron manteniendo el acuerdo alcanzado respecto al PVL fijado en 1997, así como otra serie de acuerdos dirigidos al mantenimiento del suministro de AIO a pacientes no hospitalizados a través del canal farmacia, al menos hasta las inspecciones realizadas por la DC en enero de 2014.

Las empresas Imbrand España S.L, Promotora Roc, S.A, Chicco Española y Tyco Healthcare no han sido incoadas, pues si bien consta que han sido miembros del GTAIO –Imbrand España S.L en 1998 y 1999, Promotora Roc, S.A entre 1998 y 2001, Chicco Española en 1999 y 2000 y Tyco Healthcare entre 2001 y 2006¹⁰⁸– y han participado en reuniones en las que se alcanzaron acuerdos anticompetitivos, su conducta se considera **prescrita** de acuerdo con el artículo 68 de la LDC.

➤ **El Grupo de Trabajo de Absorbentes para la Orina de FENIN como marco de negociación y adopción de los acuerdos entre fabricantes de AIO**

En la organización y funcionamiento de este cártel ha sido fundamental la participación de FENIN, no sólo convocando y organizando las reuniones del GTAIO, sino también asesorando a los fabricantes participantes en este cártel y verificando la implementación de los acuerdos alcanzados, siendo FENIN la firmante de dichos acuerdos, en representación de los fabricantes de AIO participantes en este cártel, siguiendo las instrucciones y decisiones consensuadas previamente por dichos fabricantes, que se han venido reuniendo en el seno del GTAIO, junto con personal técnico de FENIN.

En cuanto a la periodicidad de las reuniones del cártel, habitualmente se ha venido celebrando una al mes por el GTAIO, las denominadas “reuniones de Directivos”, convocadas por la Directora Técnica de FENIN, normalmente previa instancia del Coordinador –hasta abril de 2012 el representante de A&A y a partir de dicha fecha, el representante de INDAS, que es también el Presidente de la ASOCIACIÓN PROFESIONAL NACIONAL DE FABRICANTES DE APÓSITOS MÉDICO-SANITARIOS

¹⁰⁷ Documento denominado “Guion GT Productos Sanitario V1 18 julio 2013.pdf”, recabado en la inspección del CGCOF (folios 8607 a 8610).

¹⁰⁸ Actas de reuniones del GTAIO de 13 de enero de 1998 (folios 6596 a 6600), 29 de septiembre de 1999 (folios 6480 a 6484) respecto de Imbrand España, S.L.; de 13 de enero de 1998 (folios 6596 a 6600) y 25 de julio de 2001 (folios 6428 y 6429) respecto de Promotora Roc, S.A.; de 22 de diciembre de 1999 (folios 6453 y 6454) y 8 de febrero de 2000 (folios 6438 a 6440) respecto de Chicco Española y de 25 de julio de 2001 (folios 6428 y 6429) y 6 de marzo de 2006 (folios 6380 y 6381) respecto de Tyco Healthcare entre 2001 y 2006, aportadas por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado.

(ANFAMS)¹⁰⁹–, asistiendo generalmente un directivo de máximo nivel de los fabricantes, así como un directivo del departamento comercial de dichas empresas, acompañados eventualmente por personal de carácter técnico.

Así pues, en este cártel los representantes de las empresas que asistían a estas reuniones de directivos del GTAIO y mantenían contactos, eran altos directivos de las mismas, con conocimientos de los aspectos fundamentales de la estrategia corporativa y política comercial de sus empresas. Es especialmente significativo que durante el periodo de vigencia del cártel sus reuniones se mantuvieron al más alto nivel de representación y las personas se sustituían conforme se producían cambios en dichos cargos directivos (Director General, Director Comercial, Director de Ventas, Director de la División de Incontinencia, etc.), junto con directivos de FENIN, fundamentalmente, su Directora Técnica.

Entre 1997 y 2002 las reuniones se convocaban por fax y se celebraban en la sede de FENIN en Madrid y en alguna ocasión en la sede de Barcelona. A partir de 2002 las reuniones se convocarán por correo electrónico y se celebrarán habitualmente con videoconferencia conectando las sedes de Madrid y Barcelona.

A la sede de Barcelona acudían los representantes de las empresas que tienen allí su sede –A&A, HARTMANN, TEXPOL/ALBASA y BARNA–, mientras que a la de Madrid acudían los representantes de ONTEX, SCA, INDAS y el representante de FENIN, que habitualmente era la propia Directora Técnica.

En cuanto a las comunicaciones entre los miembros del cártel fuera de estas reuniones, aunque se tiene constancia de algunas comunicaciones directas entre competidores vía correo electrónico y fax, la mayor parte se realizaba a través de la Directora Técnica de FENIN, que se encargaba de centralizar la información y distribuirla entre los fabricantes miembros del GTAIO.

Además de la precitada reunión de 16 de diciembre de 1996 entre fabricantes (representados por FENIN, AUSONIA, INDAS y SCA, entonces denominada MÖLNLYCKE), farmacéuticos (representados por CGCOF, FEFE y ASECOFARMA) y distribuidores (representados por FEDIFAR), en la que se valoran posibles actuaciones para mantener la dispensación de AIO por el canal farmacia¹¹⁰ y la celebrada el 21 de abril de 1997 entre representantes de los fabricantes, los distribuidores y los farmacéuticos en el CGCOF en la que ya se acuerda una propuesta¹¹¹, consta acreditada en el expediente la celebración de al menos 63 reuniones del GTAIO entre 1997 y 2013¹¹².

Del análisis de las actas disponibles de gran parte de dichas reuniones, queda acreditado que se han adoptado acuerdos relacionados con las prácticas objeto de la investigación

¹⁰⁹ Informe de la reunión del GTAIO de 18 de abril de 2012, aportado por el solicitante de exención (folios 256 a 257) y por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6347 y 6348).

¹¹⁰ Acta de la reunión de 16 de diciembre de 1996, recabada en la inspección de FEDIFAR (folios 1364 a 1367).

¹¹¹ Listado de asistentes a la reunión de 21 de abril de 1997, recabado en la inspección de FEDIFAR (folio 1378).

¹¹² 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).

en al menos 27 reuniones del GTAIO entre el 5 de junio de 1997 y el 6 de septiembre de 2013¹¹³, como se detalla con precisión en el Pliego de Concreción de Hechos y en el Anexo al mismo, con indicación del Acta, y de las entidades asistentes¹¹⁴.

Respecto de los **objetivos del cártel**, obra en el expediente un correo electrónico interno de A&A de 24 de noviembre de 2009, en el que el directivo de dicha empresa representante en el GTAIO y Coordinador de dicho Grupo reconoce explícitamente el acuerdo de fijación del PVL y la importancia que para los fabricantes tiene la distribución de los AIO a través del canal farmacia¹¹⁵:

“MARGENES Y DESCUENTOS EN EL CANAL FARMACEUTICO:

(...) En el PVL los fabricantes nos hemos mantenido en el marco fijado, al que se le añaden otros descuentos con diferentes importes y lógicos conceptos entre empresas ej. Logísticos, Financieros.

(...) En todos los casos, el margen mínimo de los fabricantes es el mismo así como el aplicado por la distribución.

El mantenimiento de la Dispensación de los AI. a través de las oficinas de farmacia, ha asegurado y garantizado la rentabilidad del negocio. La alternativa de dispensación con financiación a las oficinas de farmacia la tenemos en realidades próximas como Italia, donde la distribución se realiza mayoritariamente a través del sistema público **significando precios bajos** y cobros retrasados para los fabricantes.

El mantenimiento del actual status, está permanentemente tensionado, ya que las CCAA intentan desarrollar medidas unilaterales para controlar el gasto farmacéutico (...)

En las áreas donde la prescripción es mayoritariamente SM (sin marca) la farmacia manda, igual que con los genéricos en las especialidades farmacéuticas, dispensando los AI. que mejores condiciones proponga directamente a través de sus fuerzas de venta o indirectamente a través de los mayoristas (...). [énfasis añadido]

Igualmente, el **conocimiento de la ilicitud de los acuerdos** alcanzados se pone de manifiesto al indicarse por FENIN en una carta remitida a la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo el 29 de julio de 2010 que, dado que no existe una regulación de los márgenes de comercialización de los productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica, FENIN no puede establecer ninguna fijación concreta de importes ni trasladarla a las empresas miembros de FENIN, pues ello supondría vulnerar la normativa de competencia, pues de hacerlo,

¹¹³ Detalladas en sus fechas en el párrafo 204 de la PCH elaborada por la DC.

¹¹⁴ Detalladas en sus fechas en el párrafo 204 de la PCH elaborada por la DC.

¹¹⁵ Correo electrónico interno de A&A de 24 de noviembre de 2009, aportado por el solicitante de exención (folios 649 a 654).

constituiría una recomendación colectiva y actuaciones concertadas, debiendo cada fabricante fijar libremente el PVL¹¹⁶:

“En tanto en cuanto no exista una regulación de los márgenes de comercialización de los productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica, desde esta Federación no es posible establecer ninguna fijación concreta de importes ni trasladarla a las empresas pues ello podría considerarse constitutivo de recomendaciones colectivas y actuaciones concertadas que, recuérdese, también están vedadas al resto de los agentes de la cadena: deberá ser cada empresa la que, libremente y en función de su propia realidad empresarial y de los acuerdos previos que ya tenga establecidos con las empresas distribuidoras, decida si debe o no aplicar alguna reducción así como la cantidad de ésta, si bien puede confiar en que en un ejercicio de responsabilidad las empresas harán el máximo esfuerzo para contribuir al mantenimiento de la prestación con absoluta normalidad.”

Las pruebas relativas a la **fijación del precio de los AIO** son múltiples. En la reunión de 16 de diciembre de 1996 los fabricantes (representados por FENIN, AUSONIA, INDAS y SCA, entonces MÖLNLYCKE), los farmacéuticos (representados por el CGCOF y FEFE) y los distribuidores (representados por FEDIFAR y ASECOFARMA), tras ausentarse de dicha reunión los representantes de la Administración, valoran formas de colaboración para garantizar la comercialización de AIO a través del canal farmacia¹¹⁷:

“Para ello se cuenta con un P.V.L. del 51%, que han ofrecido los representantes de ANFANS y FENIN, un margen de 10% para la Distribución Mayorista, y un margen del 25% para la Of de F.

Ejemplo:

P.V.P. i.v.a. actual	10.660
P.V.P. actual	9.963
P.V.L. nuevo (51%)	5.878 (*)
P.V.F. nuevo	6.531
P.V.P. nuevo	8.708
P.V.P. i.v.a. nuevo	9.317 inferior un 12,6% a 10.660

* Aunque los representantes de la industria ofrecieron un P.V.L. del 51% fijaron el precio de una unidad en 73,475 ptas. sin I.V.A. lo que significa (x 80 pañales) un P.V.L.: sin I.V.A. de 5.878. Esto supone un 59% sobre el P.V.P. actual sin I.V.A. (9.963) y un 55% sobre el P.V.P. actual con I.V.A. (10.660).”

¹¹⁶ Carta incluida en la carpeta Comunicaciones post-RDL 8/2010, recabada en la inspección realizada en la sede de FENIN (folios 3205 y 3206).

¹¹⁷ Acta de la reunión de 16 de diciembre de 1996, recabada en la inspección de FEDIFAR (folios 1364 a 1367).

Tras esta reunión representantes de los fabricantes (FENIN y ANFAMS), distribuidores (FEDIFAR) y farmacéuticos (CGCOF y FEFE) redactan un documento fechado el 18 de diciembre de 1996 y denominado “BASES DEL ACUERDO SOBRE ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA”, del que se han localizado dos versiones, una para entregar a la Administración y otra denominada “DOCUMENTO INTERNO”, que difiere precisamente en que en éste consta un primer compromiso para el reparto de márgenes¹¹⁸.

A partir de enero de 1997 los fabricantes, farmacéuticos y distribuidores llevan a cabo una serie de negociaciones para la consecución de un acuerdo de fijación de márgenes que permita a su vez la firma de un convenio con el INSALUD en el que se garantice el mantenimiento de la dispensación de los AIO a través del canal farmacia. Por lo que respecta a los fabricantes, a través del Coordinador del GTAIO facilitan a FENIN, una vez consensuadas entre ellos, las propuestas para incluir en el redactado de dos acuerdos diferenciados, tanto el que se iba a firmar con el INSALUD como el que se firmaría únicamente entre los fabricantes, distribuidores y farmacéuticos fijando los márgenes correspondientes.

Así, el 31 de enero de 1997 el Coordinador del GTAIO –el representante de A&A– remitió un fax a FENIN con asunto "PROPUESTAS ASESORÍA JURÍDICA PARA INCLUIR EN EL REDACTADO A PRESENTAR MINISTERIO/INSALUD AI" al que se adjunta una copia de la propuesta para el INSALUD. En este fax, el Coordinador del GTAIO indica que dicha propuesta ha sido consensuada, debiendo decidirse si son las empresas o FENIN el firmante de este acuerdo¹¹⁹:

“Según lo acordado, adjunto copia de la propuesta [...] y que decidimos consensuadamente incorporar en el redactado final que presentaremos a la Administración (...)

Creo que deberíamos preparar una hoja como FENIN, en la que se recogiese resumidamente quién debe firmar por cada parte y cuál es la sistemática para que sea válido el acuerdo y comprometa (esto está contenido en las 2 primeras hojas), por ejemplo (...)

El asesoramiento en materia de competencia queda corroborado en el documento “PROPUESTA CONJUNTA A LA ADMINISTRACION SANITARIA PARA LA DISTRIBUCION Y DISPENSACION DE LOS ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA A TRAVÉS DE LAS OFICINAS DE FARMACIA”, de 5 de marzo de 1997, en el que se recomienda, con la finalidad de evitar una hipotética imposición de sanciones, notificar el acuerdo al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) solicitando que se declare que dicho acuerdo no es una conducta prohibida por la LDC o, en su defecto, se conceda una autorización singular del artículo 4 de la Ley 16/1989¹²⁰. En este documento se justificaba la conveniencia de presentar dicho acuerdo al SDC:

¹¹⁸ “BASES DEL ACUERDO SOBRE ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA”, recabado en la inspección de FEDIFAR (folios 1387 a 1389).

¹¹⁹ Fax de 31 de enero de 1997 aportado por el solicitante de exención del importe de la multa (folio 959).

¹²⁰ Documento titulado ESQUEMA RELATIVO A LA NOTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA CONJUNTA A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA PARA LA DISTRIBUCIÓN Y DISPENSACIÓN DE LOS

“1.- Se trata de un acuerdo en el que participan todos los sectores involucrados en la comercialización de los AIO, lo que podría facilitar su consideración como un acuerdo que restringe o puede restringir o falsear la competencia en el sentido del artículo 1 de la LDC.

2.- Se trata de un acuerdo que incide en el PVP del producto, lo que pudiera llegar a considerarse que el objeto de dicha propuesta consiste en la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicios de forma concertada entre empresas competidoras.

3.- Se trata de un acuerdo en el ámbito del sector farmacéutico, respecto del cual existe una especial sensibilización por parte de los organismos públicos de defensa de la competencia para evitar prácticas restrictivas.

4.- El hecho de presentar "motu proprio" el acuerdo mejora considerablemente la imagen y credibilidad de las posiciones de las entidades que participan en el mismo y posibilita que, en el eventual supuesto de que algún punto pueda originar algún tipo de duda sobre su adecuación del derecho de la competencia, pueda obtenerse una autorización para llevarlo a la práctica.”

A pesar de la recomendación de notificar el acuerdo ante el Servicio de Defensa de la Competencia, no consta que éste fuera notificado.

El 5 de mayo de 1997 fabricantes, farmacéuticos y distribuidores se reúnen en el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos (CGCOF) para determinar los márgenes con un descuento al INSALUD del 11,5%, con 2 alternativas¹²¹:

“Alternativa 1

PVP IVA – 107

PVP- 100

DTO-11,5

FACTURADO-88,5

OF- 26,7 (29,7 % sobre lo facturado)

PVA -62,03

M. DIST- 3,73 (6%)

PVL - 58,5%

Alternativa 2

PVP IVA – 107

PVP- 100

ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA A TRAVÉS DE LAS OFICINAS DE FARMACIA, recabado en la inspección de FENIN (folios 2989 a 2998).

¹²¹ Anotaciones manuscritas de la reunión de 5 de mayo de 1997, recabadas en la inspección de FENIN (folio 2984).

FACTURADO-88,5

OF- 27,9

PVA - 60,60

M.D- 3,6

PVL – 57 %”.

En ambas alternativas los cálculos de estos márgenes se realizan sobre una base de 100 pesetas. Así, por lo que respecta a la primera alternativa:

- El precio de venta del fabricante al distribuidor (PVL) sería de 58,5 pesetas, esto es, el 58,5% del PVP excluido IVA, es decir, sobre el precio de 100 pesetas.
- El precio cobrado por el distribuidor a las farmacias (PVA) sería de 62,03 pesetas con lo que obtendría un margen del 6% sobre dicho PVA, es decir un beneficio de 3,73 pesetas para el distribuidor por cada AIO vendido.
- El PVP IVA sería de 107 pesetas y sería el precio del AIO que se dispensa en farmacia, con un descuento sobre el PVP sin IVA de 11,5 pesetas, con lo que la farmacia facturaría 88,5 pesetas, por lo que obtendría 26,7 pesetas de beneficio por cada AIO vendido, siendo su margen del 26,7% del PVP excluido IVA, es decir, sobre el precio de 100 pesetas.

Respecto a la segunda alternativa:

- El precio de venta del fabricante al distribuidor (PVL) es de 57 pesetas, el 57 % del PVP excluido IVA, es decir, sobre el precio de 100 pesetas.
- El precio cobrado por el distribuidor a las farmacias (PVA) sería de 60,6 pesetas, con lo que obtendría 3,6 pesetas por cada AIO vendido, es decir, un margen del 5,94% sobre dicho PVA.
- El PVP IVA sería de 107 pesetas y sería el precio del AIO que se dispensa en farmacia, con un descuento sobre el PVP sin IVA de 11,5 pesetas, con lo que la farmacia facturaría 88,5 pesetas, por lo que obtendría 27,9 pesetas de beneficio por cada AIO vendido, siendo su margen del 27,9% del PVP excluido IVA, es decir, sobre el precio de 100 pesetas.

Según consta en las anotaciones realizadas, la alternativa 1 cuenta con la aprobación de fabricantes y distribuidores y la negativa de las farmacias, mientras que la alternativa 2 no es aceptada por los fabricantes.

El 7 de mayo de 1997 vuelven a reunirse en la sede del CGCOF para fijar los márgenes, reduciendo el descuento a ofrecer al INSALUD al 11%¹²²:

“Reunión Colegios del INSALUD; OK a la cesión del 11% del 70%

Dto: 11%

¹²² Anotaciones manuscritas relativas a la reunión de 7 de mayo de 1997, recabadas en la inspección de FENIN (folio 2986).

OF 27%
DIST 6%
FABRIC ?”.

Se señala “Datos entregados 7/5/97 Anexo 1”, lo que permite relacionarlo con el documento recabado junto a dichas notas en la inspección de FENIN, en el que se indica “entregado por el CGCOF el 7/5/97 AIO”, estableciéndose el % de descuento al INSALUD, el PVL (PRECIO INICIAL DEL ABSORBENTE) así como los márgenes de distribución y dispensación¹²³:

“100 Ptas P.V.P.
-11 Ptas. bonificación INSALUD
89 Ptas FACTURACION FARMACIA
-27 ptas (Beneficio Farmacia) = 27% sobre P.V.P.
62 Ptas. DISTRIBUCION
-3,5 ptas. (5,7% margen sobre P.V.A.)
INDUSTRIA
58,5 Ptas., PRECIO INICIAL DEL ABSORBENTE”.

El 9 de mayo de 1997 el Coordinador del GTAIO remitió un fax a la Directora Técnica de FENIN, con asunto "BORRADOR ACUERDO ENTRE PARTES", adjuntando este acuerdo, que denomina documento interno¹²⁴:

"Adjunto el documento entre las partes (doc. interno), ya que el Consejo General envió el escrito del acuerdo con el Insalud a éste el miércoles por la noche y según ellos han prohibido la distribución hasta su aprobación.

¿Podrías hacerme el favor de pasar a limpio este documento del acuerdo, incluyendo las notas que cogiste, y así controlar y evitar posibles cambios del Consejo?".

Por otra parte, ese mismo día 9 de mayo de 1997 el Coordinador del GTAIO remitió otro fax a la Directora Técnica de FENIN, con asunto "TEXTO ACUERDO INSALUD-PARTES", tras haberse consensuado este acuerdo por las empresas del GTAIO, como se indica en dicho fax¹²⁵:

"Una vez consensuada la propuesta enviada en el día de hoy desde el Insalud a Fenin y desde Fenin a las diferentes empresas, relaciono a continuación las sugerencias consensuadas con [...] y [representante de MÖLNLYCKE], con el ruego de que las traslades como Fenin al Insalud."

El 13 de mayo de 1997 el INSALUD, el CGCOF, FENIN, FEFE, FEDIFAR, ANFAMS y la Asociación Española de Cooperativas Farmacéuticas (ASECOFARMA) firmaron un

¹²³ Documento recabado en la inspección realizada en la sede de FENIN (folio 2985)

¹²⁴ Fax aportado por el solicitante de exención del importe de la multa (folio 963).

¹²⁵ Fax aportado por el solicitante de exención del importe de la multa (folio 965).

Acuerdo Marco en el que el INSALUD garantizaba la dispensación de AIO para pacientes domiciliarios a través del canal farmacéutico, a cambio de un descuento del 11% sobre el PVP¹²⁶. En paralelo a este acuerdo, ese mismo día se firmó otro acuerdo secreto entre fabricantes, distribuidores y farmacéuticos representados por FENIN y ANFAMS (fabricantes), FEDIFAR y ASECOFARMA (distribuidores) y el CGCOF y FEFE (por los farmacéuticos), sin la presencia de la Administración, fijando los márgenes que obtendría cada uno de ellos para asumir conjuntamente el citado descuento del 11% sobre el PVP al INSALUD¹²⁷:

“CLAÚSULAS

Primera- La industria asume facturar a un PVL del 58,5 % del PVP.

Segunda- El sector de la distribución se compromete a facturar a un PVA del 62,1%

Tercera- Estas condiciones con carácter general regirán entre la industria, distribución y oficina de farmacia, y se mantendrán durante el periodo de vigencia del Acuerdo firmado con el INSALUD”.

De esta manera en 1997 y en el territorio INSALUD se fijó el PVL y los márgenes de distribución y dispensación de los AIO financiados por el SNS y destinados a pacientes domiciliarios. Así, siguiendo lo acordado, los fabricantes se garantizan mantener un margen del 58,5% del PVP sin IVA para el canal farmacia de distribución.

Del 41,5 % restante los distribuidores se quedarían con un 5,7% de margen fijo sobre su precio de venta de almacén (PVA) (equivalente al 3,6 % del PVP sin IVA) y el porcentaje restante sería el margen de la farmacia, sobre el cual tendría que hacer un descuento del 11 % al INSALUD.

De las evidencias recabadas en la inspección de FENIN se constata que son los fabricantes del cártel los que lideran el proceso de negociación; así en un documento remitido por el Coordinador del GTAIO al Secretario General de FENIN se señalaba¹²⁸:

“El Grupo de Trabajo de AI, representando mayoritariamente a las empresas de FENIN, ha participado a la vez que liderado el proceso negociador entre las diferentes asociaciones de la Distribución Farmacéutica, Consejo General, FEFE e Insalud, hasta alcanzar el PRIMER ACUERDO MARCO.”

Por lo que respecta a las actuaciones posteriores para la renovación de los acuerdos de mayo de 1997, resultan ilustrativas las notas de la reunión de los fabricantes con el

¹²⁶ Acuerdo Marco entre Fabricantes, Distribuidores y Oficinas de Farmacia y el INS en materia de Absorbentes de Incontinencia de Orina aportado por el solicitante de exención (folios 63 a 68), recabado en la inspección de FENIN (folios 3317 a 3322) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6647 a 6652).

¹²⁷ Acuerdo entre Fabricantes, Distribuidores y Oficinas de Farmacia aportado por el solicitante de exención del importe de la multa (folios 70 a 73) y por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6653 a 6656).

¹²⁸ Documento denominado PROPUESTA DE ACTUACIÓN DESBLOQUEO ACUERDO MARCO ASOCIACIONES-INSALUD fechado el 16 de abril de 1998, recabado en la inspección realizada en la sede de FENIN (folio 3327).

INSALUD de 20 de noviembre de 1997, tomadas por el representante en el GTAIO de INDAS, que reflejan la solicitud por la Administración de un descuento mínimo general del 20% sobre el PVP, pues en Cataluña o Navarra (fuera del ámbito INSALUD) los descuentos son mayores y “Además, saben que mediante Concurso, conseguirían más del 40% porque ahora, en algunas áreas, consiguen el 54% de Descuento”¹²⁹:

“(…) NO PUEDEN aceptar el precio de referencia que dio FENIN de 86,60 pts por Elástico T. Grande, porque los Hospitales lo están comprando a 64 pts y al menos quieren que el concurso de Determinación de Tipo nuevo tenga un precio máximo muy parecido al precio real en los Hospitales (…)

En sus anotaciones, el directivo de INDAS señala¹³⁰:

“Esto nos plantea un grave problema a los fabricantes frente a los farmacéuticos (...) vamos a reflexionar en FENIN para contestarles.

nos llamarán los farmacéuticos y los distribuidores y nos pedirán más

(…) En los precios para hospitales creo que debemos ofertarles el precio del canal farmacia + 3% por demora en el pago (…)

En el Informe de la reunión del GTAIO celebrada el 2 de diciembre de 1997, constan una serie de acuerdos adoptados por las empresas miembros del GTAIO relativos a la adopción de una postura común tanto respecto a los concursos públicos (acuerdos nº1 y nº2), y las negociaciones con el resto de agentes de la cadena para la firma de un acuerdo definitivo con el INSALUD (acuerdo nº3)¹³¹:

“Acuerdo N°1: Mantener los niveles máximos del concurso 5/95 en todas las convocatorias a nivel del INSALUD.

Acuerdo N°2: Posponer hasta la celebración de una nueva sesión del grupo de trabajo la respuesta a D. [Subdirector de Obras, Suministros e Instalaciones del INSALUD] en relación a los límites máximos para el nuevo concurso en el área hospitalaria.

Acuerdo N°3: No asistir a la reunión convocada por el CGCOF para el día 3 de diciembre y evitar contactos individuales canalizando todo a través de FENIN. Intentar cerrar el tema antes de fin de año y si no hay respuesta remitir un escrito al INSALUD.”

Asimismo, en dicha reunión celebrada el 2 de diciembre de 1997 se acuerdan acciones de boicot frente a TEXPOL, que aun estando asociada a FENIN no forma parte del

¹²⁹ Notas manuscritas redactadas por el Director General de INDAS, recabadas en la inspección realizada en la sede de INDAS (folios 1760 a 1765).

¹³⁰ Notas manuscritas redactadas por el Director General de INDAS, recabadas en la inspección realizada en la sede de INDAS (folio 1762).

¹³¹ Informe de la reunión del GTAIO de 2 de diciembre de 1997, aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información efectuado (folio 6603).

GTAIO, por sus acciones comerciales “distorsionadoras” del mercado y en perjuicio de los intereses de los fabricantes miembros del GTAIO¹³²:

“(…) se debería tomar un acuerdo sobre la situación que está creando, a las empresas del grupo de trabajo, ciertas actuaciones de mercado llevadas a cabo por la empresa TEXPOL, asociada a FENIN.

(…) Acuerdo N° 5: Solicitar a la Junta Directiva de Material Desechable y posteriormente a la Junta Directiva de FENIN, la toma en consideración de determinadas acciones sobre la empresa TEXPOL, ya que con su actuación está perjudicando los intereses del colectivo (…).

Acuerdo N°7: Solicitar en el seno del Grupo de Trabajo establecido con los farmacéuticos y la distribución, propuestas de actuación con compañías que puedan estar distorsionando el mercado.”

En el fax remitido el 10 de diciembre de 1997 por el Coordinador del GTAIO al Secretario General de FENIN se trasladan los acuerdos adoptados en el GTAIO en relación con TEXPOL, señalando lo siguiente¹³³:

“2. SOLICITUD BAJA TEXPOL

Creo que sería oportuno comentar y establecer los siguientes pasos que deben seguirse para excluir a esta empresa de FENIN.

La decisión de solicitar la exclusión fue consensuada por el Grupo de Trabajo en la última reunión celebrada el 2/12 en Madrid (ver resumen reunión).

Motivos: se basan fundamentalmente en:

(…)2 La política seguida por la empresa, en total contraposición con los acuerdos consensuados en el Grupo de Trabajo con el objetivo de mantener la política de reembolso de los AI. En España en unos niveles de rentabilidad mínima:

a) evitando la bajada de los PVP a través de la permanente negociación con los poderes públicos (…)”.

En un documento fechado en abril de 1998 remitido al Secretario General de FENIN y firmado por el Coordinador del GTAIO, denominado “PROPUESTA DE ACTUACIÓN DESBLOQUEO ACUERDO MARCO ASOCIACIONES-INSALUD”, se hace constar que el acuerdo firmado en mayo de 1997 ha sido utilizado de modelo para la firma de otro en

¹³² Informe de la reunión del GTAIO de 2 de diciembre de 1997, recabado en la inspección de FENIN (folios 10349 a 10355) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información efectuado (folio 6604).

¹³³ Fax remitido por el Coordinador del GTAIO al Secretario General de FENIN el 10 de diciembre de 1997, aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folio 894).

Cataluña, que ya no está incluida en el territorio INSALUD, cuyas condiciones son las siguientes ¹³⁴:

“Este acuerdo, firmado en Madrid, ha sido utilizado de modelo en Catalunya para la firma de otro que difiere substancialmente del inicial en:

1. No es temporal, ya que se extiende hasta el año 2.001.
2. Incluye todo el mercado de AI, su dispensación se reconoce debe efectuarse a través de las farmacias, incluyendo uso domiciliario y suministro a residencias de 3" edad.”

En una carta del Director General de INDAS, fechada el 13 de octubre de 1998, dirigida a la Directora Técnica de FENIN, con copia a los representantes del resto de empresas que formaban parte del GTAIO (A&A, SCA y HARTMANN), se reconoce el acuerdo adoptado por los fabricantes en el ámbito INSALUD y la propuesta para replicar éste en Canarias¹³⁵:

“(…) Mi propuesta es:

*Cerrar un acuerdo como el del INSALUD.

*Que los Fabricantes demos **todos el mismo Descuento** a la Distribución.
Como se hizo en el INSALUD.

*Que los Fabricantes **acordemos si es posible ofertar un precio más alto** que en la Península, considerando los mayores gastos de transporte.”
[énfasis añadidos]

En la reunión del GTAIO de 2 de diciembre de 1998, TEXPOL/ALBASA manifiesta que “a priori” no comparte los objetivos del GTAIO y se ausenta de la reunión¹³⁶, volviendo a partir del 25 de julio de 2001¹³⁷.

En el acta de la reunión del GTAIO de 29 de septiembre de 1999 consta que se ha firmado un Acuerdo entre la industria, la distribución y los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Galicia el 17 de septiembre de 1999, que entrará en vigor de forma paralela al Concierto, con una duración de cuatro años, cuyas condiciones son¹³⁸:

¹³⁴ “PROPUESTA DE ACTUACIÓN DESBLOQUEO ACUERDO MARCO ASOCIACIONES-INSALUD”, recabado en la inspección de FENIN (folios 3327 y 3328) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6590 y 6591).

¹³⁵ Carta firmada por el Director General de INDAS el 13 de octubre de 1998, recabada en la inspección de FENIN (folio 3061).

¹³⁶ INFORME DE LA REUNIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO DE ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA celebrada el 2 de diciembre de 1998, aportado por FENIN en contestación a requerimiento de información realizado (folio 6523).

¹³⁷ Acta de la reunión del GTAIO de 25 de julio de 2001, aportada por FENIN en contestación al requerimiento realizado (folio 6428).

¹³⁸ Informe de la reunión del GTAIO celebrada el 29 de septiembre de 1999 aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 901 y 902), recabado en la inspección de FENIN (folios 10397a 10398) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información efectuado (folio 6481).

“1. Se recoge la aportación cedida por los fabricantes y la distribución a fin de conseguir una deducción de un 12 % del P.V.P., sin impuestos en los AIO facturados por las oficinas de farmacia al SERGAS.

2. El Acuerdo tendrá una duración de cuatro años y comenzará a aplicarse el 1 de Noviembre, fecha en la que entra en vigor el concierto firmado entre el SERGAS y los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Galicia.”

En este acuerdo secreto fijando los márgenes firmado por fabricantes, farmacéuticos y distribuidores en Galicia en septiembre de 1999 se indica¹³⁹:

“CLAUSULAS

PRIMERA: La industria se obliga a facturar a un P.V.L. no superior a un 58,5 % del P.V.P, sin I.V.A.

SEGUNDA: Los almacenes de distribución se obligan a facturar a un P.V.A. no superior a un 62,1% del P.V.P., sin I.V.A.

TERCERA: Estas condiciones con carácter general regirán entre la industria, distribución y oficinas de farmacia y se mantendrán durante el período de vigencia del concierto entre el SERGAS y las oficinas de farmacia anteriormente citado.”

Constan evidencias del seguimiento por INDAS del cumplimiento de los acuerdos adoptados por el cártel, que se ratifican, como el documento redactado antes del 31 de marzo de 2000, calificado como CONFIDENCIAL y firmado por el entonces Director General de INDAS¹⁴⁰:

“Como estoy fuera toda la semana que viene, te envío esta Nota **Confidencial** sobre las incidencias más destacadas de Hartmann para el cumplimiento del Acuerdo.

1. De nuevo, **asumimos todos que desde el 31.3.00 no hay ninguna oferta ni promoción en farmacia.**

2. Si los vendedores comprueban algo, nos lo dirán inmediatamente.

El 18.4.00 nos reuniremos en Fenin Barcelona.

3. Hartmann está facturando en Álava, Guipúzcoa y Vizcaya Precio Insalud. Tiene que ser **precio ACORDADO** y dado por escrito para PAIS VASCO por carta de FENIN. Es más alto = 6.145.

4. Hay venta directa en Farmacias de Cataluña a $7.450 + (10+3) = 5.730$

Precio mínimo debe ser Insalud + Distri

$10.660 - 41.5 = 5.828 + 6\% \text{ Distri} = 6.178$

¹³⁹ ACUERDO FARMACIAS-DISTRIBUCION-INDUSTRIA (A.I.O.) de 17 de septiembre de 1999, recabado en la inspección de FENIN (folios 3547 a 3548) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6663 a 6664).

¹⁴⁰ Nota del Director General de INDAS, recabada en la inspección de INDAS (folio 1768).

5. Canarias

El Agente está facturando a Precio Insalud

Mínimo tiene que ser el normal = PVP — IVA — 29.9% - 12%

10.660 — IVA — 38.4 = 6.145

Creo que **es muy importante para todos que no haya ofertas o promociones** en ningún sitio, desde ya.” [énfasis añadidos]

También se han recabado anotaciones manuscritas de la reunión celebrada el 27 de julio de 2000 en Barcelona por los cuatro miembros fundadores del GTAIO, es decir, A&A, SCA (antes denominada MÖLNLYCKE), HARTMANN e INDAS, indicándose lo siguiente¹⁴¹:

“Acuerdo:

Territorio NO INSALUD

Salida de Coop. a Farmacia. El mínimo debe ser 6.974

MÍNIMO ACORDADO = 6974X12:13= 6.437

como precio de venta de Coop. a Farmacias (...). [énfasis añadido]

En dicha inspección se han recabado asimismo dos faxes enviados por INDAS a A&A, con copia a SCA y HARTMANN, fechados el 29 de septiembre y el 9 de octubre de 2000, a los que adjunta un documento para presentar al Presidente del CGCOF denominado “Subida de Costes de Fabricación de los Absorbentes de Incontinencia de Orina”, con el que se pretende justificar la posición conjunta de los fabricantes para reducir los descuentos aplicados por éstos a distribuidores y farmacéuticos amparándose en la subida de costes¹⁴²:

“El Margen de Distribución, en Territorio Insalud, es actualmente

30%+ 12% = 38.4 + 5% = 41.5%

quedando los márgenes así:

Margen de la Farmacia = 26,8 % S/PVP — 11%

Margen del Distribuidor = 5,8 % S/PVF

La posición de los Fabricantes, es la siguiente:

Al no poder repercutir al INSALUD ni a las CCAA las subidas de costes de Materias Primas, y ante la situación límite de precios de facturación de los fabricantes en relación con los costes, se debe compartir, al menos una parte de la subida con la Distribución.

Para ello, deben reducirse los descuentos actuales, estableciéndose los siguientes:

¹⁴¹ Anotaciones manuscritas recabadas en la inspección de INDAS (folio 1755).

¹⁴² Faxes de 29 de septiembre y 9 de octubre de 2000, recabados en la inspección de INDAS (folios 1690 a 1711).

$(25 + 12) = 36 + 3\% = 38\%$ (Manteniendo la Distribución el 11% de Devolución al Insalud).

Así, quedaría

Margen de la Farmacia = 26,1 % S/PVP — 11%

Margen del Distribuidor = 5,8 % S/PVF

Este planteamiento, con los documentos que avalan la subida de costes de Materias Primas, debe hacerse al Presidente del Consejo de Colegios Farmacéuticos (...).”

En el acta de la reunión del GTAIO de 15 de febrero de 2001 se constata que en el **País Vasco** los farmacéuticos plantean revisar el acuerdo alcanzado con los fabricantes con anterioridad, pues algunas empresas han ofrecido condiciones más ventajosas al Servicio Vasco de Salud (Osakidetza)¹⁴³:

“A continuación MA informa que esta misma mañana D. [representante de la distribución farmacéutica del País Vasco] le ha informado que (...) parece ser que varias empresas han efectuado ofertas de AIO a Osakidetza en condiciones más ventajosas que las actuales, planteando por tanto revisar el acuerdo con FENIN (...).”

Ello derivará en la firma de un acuerdo específico en dicha Comunidad Autónoma el 25 de abril de 2001 fijando el reparto de márgenes entre fabricantes, distribuidores y farmacéuticos en la Comunidad Autónoma del País Vasco con el siguiente clausulado¹⁴⁴:

“CLAUSULAS

Primera.- La industria asume facturar a un precio máximo (P.V.L.) de 58,5% del P.V.P.

Segunda.- El sector de distribución se compromete a facturar a un P.V.A. máximo de 62,1%.

Tercera.- Estas condiciones con carácter general regirán entre la industria, distribución y oficina de farmacia, y se mantendrán durante el período de vigencia del Acuerdo firmado con la Consejería.

Cuarta.- Los A.I.O. facturados por parte de la industria y distribución desde el primero de mayo de 2.001, se ajustarán a los precios del Acuerdo.

Quinta.- Las oficinas de farmacia no sustituirán los A.I.O. prescritos.”

En 2002 las empresas del GTAIO centran sus esfuerzos en **mantener el PVL acordado en 1997 en aquellas CC.AA que van adquiriendo competencias sanitarias**. Así, en la reunión del GTAIO de 3 de octubre de 2002 INDAS informó de su reunión con el

¹⁴³ INFORME DE LA REUNION DEL GRUPO DE TRABAJO DE "ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA", celebrada el 15 de febrero de 2001, recabado en la inspección de FENIN (folios 10399-10400) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información efectuado (folios 6434 a 6435).

¹⁴⁴ Acuerdo de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma del País Vasco de 27 de abril de 2001, recabado en la inspección de FENIN (folios 3552 a 3557) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento realizado (folios 6657 a 6662).

CACOF en relación con el Concierto que van a firmar con el **Servicio Andaluz de Salud (SAS)**, señalándose lo siguiente respecto a los acuerdos firmados en el País Vasco y Galicia¹⁴⁵:

“(...) se propondrá la implementación del modelo INSALUD, tal como se ha hecho con el País Vasco y Galicia. Asimismo se insistirá en la necesidad de que en el acuerdo que se firme conste la defensa de la prescripción con marca tal como figura en el Acuerdo del País Vasco.”

En octubre de 2002 la Directora Técnica de FENIN y el Coordinador del GTAIO se reunieron con los COF de **Andalucía y Madrid**, que les solicitaron una mayor cesión en su PVL que la pactada en el territorio INSALUD. En ambos casos los fabricantes aceptaron ceder un punto más, esto es, su PVL se redujo en un punto respecto a lo pactado, pasando a ser del 57,5% sobre el PVP sin IVA y dejando por tanto el 42,5% restante para distribuidores y farmacéuticos. Así, en el informe de la reunión celebrada con el CACOF de Andalucía el 25 de octubre de 2002 consta lo siguiente¹⁴⁶:

“(...) la industria podría dar un 1% más de lo que se acordó con el INSALUD, es decir se facturaría con un mínimo de un 42.5% de descuento del PVP menos IVA (...)”.

En el informe de la reunión con el COF de Madrid el 23 de octubre de 2002 consta que el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) solicitó un descuento del 18% debido a la diferencia de precios entre los AIO dispensados en el canal farmacia y en el canal institucional¹⁴⁷:

“(...) la Comunidad de Madrid ha solicitado un 18% de descuento sobre el PVP ya que ha observado una diferencia considerable del precio de los AIO entre los que se adquieren a través de oficinas de farmacia y los que se obtienen a través de procedimientos negociados, considerando el Director General de Farmacia y Productos Sanitarios de la Comunidad de Madrid que esta diferencia debería ser estudiada por el Tribunal de la Competencia. Asimismo señala que de no llegar a un acuerdo el Director General de Farmacia les ha manifestado su intención de sacar los AIO de la dispensación farmacéutica.”

En la reunión del GTAIO celebrada el 6 de noviembre de 2002 se informa a todos sus miembros de las reuniones mantenidas con las CC.AA de Andalucía y Madrid, señalándose lo siguiente¹⁴⁸:

¹⁴⁵ INFORME DE LA REUNIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO DE "ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA", celebrada el 31 de octubre de 2002, recabado en la inspección de FENIN (folio 8938) y aportado por FENIN en contestación a requerimiento de información efectuado (folio 6427).

¹⁴⁶ INFORME DE LA REUNIÓN CELEBRADA ENTRE EL CONSEJO DE COLEGIOS OFICIALES DE FARMACÉUTICOS DE ANDALUCIA, FENIN y ANFAMS celebrada el 25 de octubre de 2002, recabado en la inspección de FENIN (folio 8943).

¹⁴⁷ INFORME DE LA REUNIÓN CELEBRADA ENTRE EL COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE MADRID, FENIN y ANFAMS el 23 de octubre de 2002, recabado en la inspección de FENIN (folio 8939).

¹⁴⁸ INFORME DE LA REUNIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO DE "ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA", celebrada el 6 de noviembre de 2002, recabado en la inspección de FENIN (folios 2735 y 2736) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folio 6425).

“Se indica que en ambas negociaciones y con el fin de contribuir al acuerdo final se acordó por parte de la industria aportar un 1% más de descuento del PVP, quedando por tanto un descuento máximo del 42.5 % del PVP (...)

A continuación se establece un intercambio de opiniones entre los presentes con relación a la implementación de ambos acuerdos, proponiendo facturar en todo el territorio nacional con el máximo descuento del 41.5% y posteriormente, según la información que proporcione la distribución, abonar el 1% de las diferencias de las ventas efectuadas en Madrid y Andalucía.”

En cumplimiento de lo acordado por los fabricantes miembros del GTAIO el 22 de noviembre de 2002 se firmó un acuerdo secreto de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma de Andalucía entre los fabricantes, los distribuidores y los farmacéuticos cuyo clausulado se asemeja a los ya firmados en otras CC.AA, siendo similar al firmado en las CC.AA de Galicia y el País Vasco¹⁴⁹:

“CLÁUSULAS

Primera.- La industria asume facturar a un precio máximo (P.V.L.) de 57,50% del P.V.P.

Segunda.- El sector de distribución se compromete a facturar a un P.V.A. máximo de 61 ,04%.

Tercera.- Estas condiciones regirán con carácter general entre la industria, la distribución y la oficina de farmacia, y se mantendrán durante el período de vigencia del Convenio firmado con el Servicio Andaluz de Salud.

Cuarta.- Los A.I.O. facturados por parte de la industria y la distribución desde el primero de enero de 2003, se ajustarán a los precios del Acuerdo.

Quinta.- Las oficinas de farmacia no sustituirán los A.I.O. prescritos.”

Consta la existencia de un acuerdo en Madrid, así como el seguimiento realizado respecto del cumplimiento de los márgenes fijados en dicho acuerdo en las reuniones del GTAIO.

Así, en el INFORME DE LA REUNIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO DE "ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA" de 7 de febrero de 2003 consta lo siguiente¹⁵⁰:

“Se informa que el objetivo de la reunión es revisar las condiciones en las que se está aplicando, por parte de las diferentes empresas, los acuerdos de la Comunidad de Madrid y Andalucía (...).”

¹⁴⁹ Acuerdo de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma de Andalucía de 22 de noviembre de 2002 firmado por el CACOF, FENIN, FEDIFAR y ANFAMS, aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 107 a 109), recabado en la inspección de FENIN (folios 3575 a 3577) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6634 a 6636).

¹⁵⁰ INFORME DE LA REUNIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO DE "ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA" de 7 de febrero de 2003, recabado en la inspección de FENIN (folios 10409 y 10410) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folio 6415).

Como se evidencia, FENIN es la entidad que negocia con el resto de agentes en representación de todas las empresas fabricantes de AIO miembros del GTAIO, si bien son estas empresas las que en las denominadas reuniones de Directivos del GTAIO deciden los términos de los acuerdos a adoptar, actuando FENIN como transmisora de sus decisiones. Así, por ejemplo, se constata en la respuesta dada por el Coordinador del GTAIO a la Directora Técnica de FENIN en un correo electrónico de 29 de enero de 2003 en relación con la posible firma de un convenio con **Cantabria**¹⁵¹:

“También y si lo crees oportuno puedes comentarle los diferentes escenarios que se han conformado y la aportaciones por parte de la Industria.41'5% PVL. No más de salida.”

En esta Comunidad Autónoma los farmacéuticos también piden una cesión mayor por ser mayor el nivel de descuento dispuesto en el Concierto y FENIN se compromete a otorgarles un 1% más (42,5% sobre el PVP sin IVA) si firman una carta en la que se obliguen a no solicitar de la industria ninguna aportación adicional mientras se mantengan los actuales PVP¹⁵² o si el nivel de descuento pactado en su Concierto supera el 14%¹⁵³:

“(…) ayer hable con el presidente de Cantabria y le concrete igual que Madrid si firma la carta, sino firma carta y supera el 14% le daríamos el 1% adicional. En cualquier caso le insistí en formalizarlo con del doc. privado entre Fenin y la Corporación Ftca”.

Por lo que respecta a **Aragón** en 2003 FENIN solicitó instrucciones a las empresas del GTAIO, como se constata en las comunicaciones mantenidas entre la Directora Técnica de FENIN y el Coordinador del GTAIO, que le responde con instrucciones cuando ésta le plantea dudas relativas a los firmantes del acuerdo o la forma que debe adoptar, decantándose por lo que denomina “modelo típico”, es decir, la firma de un Acuerdo privado de fijación de márgenes entre los tres eslabones de la cadena en paralelo al Concierto¹⁵⁴:

“Confirmando. Aunque el cuerpo me pide no involucrar a Indas, sino no lo hacemos puede ser motivo de confrontación (...)

Estoy de acuerdo en firmar el modelo típico mejor que la carta.

Distribucion cuando envíes la propuesta a Zaragoza por mail o por tel. coméntales si quieren involucrar a la Distribucion.

No te olvides de enviar la información a las empresas para que después no digan que maniobramos a sus espaldas.”

¹⁵¹ Correo electrónico remitido por el Coordinador del GTAIO a la Directora Técnica de FENIN el 29 de enero de 2003, recabado en la inspección de FENIN (folio 8957).

¹⁵² Modelo de carta enviada por FENIN a los COF gallegos, recabado en la inspección de FENIN (folio 9159).

¹⁵³ Correo electrónico remitido por el Coordinador del GTAIO a la Directora Técnica de FENIN el 19 de febrero de 2003, recabado en la inspección de FENIN (folio 8958).

¹⁵⁴ Correo electrónico con asunto Re: Acuerdo COF Aragón remitido por el Coordinador del GTAIO a la Directora Técnica de FENIN el 18 de marzo de 2003, recabado en la inspección de FENIN (folio 8960).

Finalmente en Aragón se firmó un acuerdo secreto de fijación de márgenes entre fabricantes, distribuidores y farmacéuticos el 14 de abril de 2003, cuyas cláusulas coinciden con las de los acuerdos firmados en otras CC.AA¹⁵⁵:

“CLÁUSULAS

Primera.- La industria asume facturar a un precio máximo (P.V.L.) de 57,50% del P.V.P. I.V.A. (7% I.V.A. incluido).

Segunda.- El sector de distribución se compromete a facturar a un P.V.A. máximo de 60,91 del P.V.P. I.V.A. (7% I.V.A. incluido).

Tercera.- Estas condiciones regirán con carácter general entre la industria, la distribución y la oficina de farmacia, y se mantendrán durante el período de vigencia del Convenio por el que se fijan las condiciones para la ejecución de la prestación farmacéutica a través de las oficinas de farmacia de Aragón firmado por los Colegios de Farmacéuticos de Aragón y el Departamento de Salud, Consumo y Servicios Sociales de la diputación General de Aragón.

Cuarta.- Los A.I.O. facturados por parte de la industria y la distribución desde el primero de mayo de 2003, se ajustarán a los precios del Acuerdo.

Quinta.- Las oficinas de farmacia no sustituirán los A.I.O. prescritos por los facultativos salvo las excepciones según lo establecido en el punto 1.4 del Anexo A del Concierto por el que se Fijan las Condiciones para la Ejecución de la Prestación Farmacéutica a través de las oficinas de Farmacia de Aragón (texto del Anexo A adjunto al documento).”

Por su parte, las negociaciones en **Cantabria** culminarán con la firma de un acuerdo secreto de fijación de márgenes entre los fabricantes y los representantes de los distribuidores y los farmacéuticos el 1 de junio de 2003, cuyas cláusulas de nuevo coinciden básicamente con los anteriores¹⁵⁶:

“CLÁUSULAS

Primera.- La industria asume facturar a un precio máximo (P.V.L.) de 57,50% del P.V.P.

Segunda.- El sector de distribución se compromete a facturar a un P.V.A. máximo de 60,91%.

¹⁵⁵ Acuerdo de fijación de márgenes en Aragón de 14 de abril de 2003 firmado por los COF de Huesca, Zaragoza y Teruel, las distribuidoras (FEDIFAR, SAFA GALÉNICA, S.A., COOPERATIVA FARMACÉUTICA ARAGONESA y COOPERATIVA FARMACÉUTICA ESPAÑOLA) y los fabricantes (FENIN y ANFAMS), aportado por el solicitante de exención (folios 116 a 119), recabado en la inspección de FENIN (folios 3578 a 3581) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento realizado (folios 6643 a 6646).

¹⁵⁶ Acuerdo de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma de Cantabria de 1 de junio de 2003 firmado por el COF de Cantabria, FEDIFAR, FENIN y ANFAMS, aportado por el solicitante de exención (folios 116 a 119), recabado en la inspección de FENIN (folios 3570 a 3572) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6640 a 6642).

Tercera.- Estas condiciones regirán con carácter general entre la industria, la distribución y la oficina de farmacia, y se mantendrán durante el período de vigencia del Concierto firmado con el Servicio Cántabro de Salud.

Cuarta.- Los A.I.O. facturados por parte de la industria y la distribución desde el primero de julio de 2003, se ajustarán a los precios del Acuerdo.

Quinta.- Las oficinas de farmacia no sustituirán los A.I.O. prescritos.”

En **Asturias** los farmacéuticos se niegan a aceptar la exigencia de los fabricantes de la prescripción con marca comercial, siendo éstas las instrucciones facilitadas por el Coordinador del GTAIO a la Directora Técnica de FENIN en un correo electrónico de 2 de febrero de 2004¹⁵⁷:

“Si no la aceptan NO firmamos nada. Hay que mantenerse inflexibles en este punto (...)”.

Aunque consta la existencia de un borrador de acuerdo secreto de fijación de márgenes para Asturias¹⁵⁸, este desencuentro entre fabricantes y farmacéuticos en relación a la obligatoriedad de la prescripción de AIO con marca llevará a que no se firme el citado acuerdo. Esta importancia que los fabricantes otorgan a seguir manteniendo la prescripción de AIO con marca a través del canal farmacia queda patente en el correo electrónico remitido por el Coordinador del GTAIO a la Directora Técnica de FENIN en marzo de 2004, relativo a un posible acuerdo en Galicia¹⁵⁹:

“(...) creo que es importante insistir que FENIN firmara siempre y cuando se mantenga la libertad de prescripción y NO se cambiara en la farmacia. Si no es así haremos como en Castilla la Mancha. Nada.”

Un nuevo acuerdo de fijación de márgenes entre fabricantes, distribuidores y farmacéuticos en **Galicia** se firmó el 21 de septiembre de 2004 en sustitución del firmado en 1999, con similar clausulado a los anteriormente firmados¹⁶⁰:

“Primera- La industria asume facturar a un precio máximo, P.V.L., sin IVA, de 57,50% del P.V.P., sin IVA.

Segunda.- El sector de distribución se compromete a facturar a un P.V.F., sin IVA, máximo de 60,91% del P.V.P., sin IVA.

¹⁵⁷ Correo electrónico remitido por el Coordinador del GTAIO a la Directora Técnica de FENIN el 2 de febrero de 2004, con asunto RE: Acuerdo AIO Asturias, recabado en la inspección de FENIN (folio 9125).

¹⁵⁸ Borrador de Acuerdo de fijación de márgenes en Asturias, recabado en la inspección de FENIN (folios 3628 a 3630).

¹⁵⁹ Correo electrónico con asunto Re: Noticias Galicia/ CONCIERTO SERGAS remitido por el Coordinador del GTAIO a la Directora Técnica de FENIN con fecha 29 de marzo de 2004 recabado en la inspección realizada en FENIN (folio 9148).

¹⁶⁰ Acuerdo de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma de Galicia de 21 de septiembre de 2004 firmado por los COF provinciales de GALICIA, la distribución farmacéutica (COFANO, SAFA GALÉNICA, S.A., CEFARGAL, COFARES, ROMAN SACO Y COMPAÑÍA, SANAL, FARMANOSA y COFAGA) y los fabricantes (FENIN y ANFAMS), aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 136 a 138) y por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6637 a 6639).

Tercera.- Estas condiciones regirán con carácter general entre la industria, la distribución y la oficina de farmacia, y se mantendrán durante el período de vigencia del Concierto firmado con el Servicio Gallego de Salud.

Cuarta.- Los A.I.O. facturados por parte de la industria y la distribución desde el primero de octubre de 2004, se ajustarán a los precios del Acuerdo.

Quinta.- Las oficinas de farmacia no sustituirán los A.I.O. prescritos.”

En el caso de **Canarias**, en 2006 los farmacéuticos comunicaron a FENIN que se había firmado un nuevo Concierto, y aunque no se llegó a un texto firmado, se acordó la fijación de márgenes, como se refleja en un acta de la reunión mantenida en el COF de Tenerife el 14 de febrero de 2006, siendo las condiciones acordadas las mismas que en la Península¹⁶¹:

“Las condiciones a aplicar a los AI por parte de los fabricantes serán las mismas que en la península, es decir, un descuento mínimo de un 42,5 % del PVP de AI puesto en la península”.

Este acuerdo trasladado a los farmacéuticos es adoptado previamente por los fabricantes en la reunión del GTAIO que tiene lugar el 16 de enero de 2006, indicándose en el acta de dicha reunión lo siguiente¹⁶²:

“Tras un intercambio de opiniones se acuerda trasladar a la corporación farmacéutica las condiciones de dispensación de los AI en el resto de las Comunidades Autónomas, no pudiendo establecer condiciones especiales para Canarias, por tanto el descuento mínimo sería de un 42,5 % del PVP puesto en la Península o de un 37,5 % si se añade el coste logístico.”

Con respecto a los márgenes aplicados en **Madrid**, resulta ilustrativo el correo electrónico con asunto “Nuevos Márgenes distribución”, enviado por ONTEX a INDAS el 3 de noviembre de 2006 y compartido con el resto de miembros del GTAIO pues ha sido aportado por A&A en su solicitud de exención y también localizado en la inspección realizada en FENIN, en el que se indica que hay que defender el nivel de precios existente en ese momento¹⁶³:

“He preparado la tabla de Excel que te adjunto y que te pediría que revises, por si hay algún error.

Partiendo de la situación de la Comunidad de Madrid, en la que se abona a las farmacias con un descuento del 13%, y teniendo en cuenta nuestros

¹⁶¹ Informe de la reunión de 14 de febrero de 2006 entre FENIN y los COF de Tenerife y Gran Canaria, recabado en la inspección de FENIN (folios 9300 y 9301).

¹⁶² INFORME DE LA REUNIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO DE "ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA de 16 de enero de 2006, recabado en la inspección de FENIN (folio 9350) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento realizado (folio 6375).

¹⁶³ Fax remitido por FENIN a A&A, adjuntando correo electrónico y fichero adjunto enviado por ONTEX a INDAS el 3 de noviembre de 2006, aportado por A&A en su solicitud de exención (folios 158 y 159) y recabado en la inspección de FENIN (folios 2568 y 2569).

precios oficiales de venta, el margen total para la distribución es de un 33,9%.

En el supuesto que comentábamos ayer el margen pasaría a ser 35,5%, por lo que manteniendo nuestros precios de venta, el PVP sin iva de un Snoche sería de 53,38€. Esta cifra creo que es la que me decías que le habían aprobado a SCA.

Si partimos de los tradicionales precios Insalud, el PVP sería algo mayor, y en cualquiera de los dos casos la C. Madrid tendría que abonar más que actualmente a las farmacias.

Ni que decir tiene que tenemos que defender el actual nivel de precios, y que a la luz del nuevo decreto habría que anular los conciertos (...)."

En cuanto al PVL fijado, precisamente junto con el correo electrónico anteriormente citado, A&A aportó en su solicitud de exención una tabla denominada "BPR Mayo 06 FY 0506 ESTRUCTURA PRECIOS ABSORBENTES INCONTINENCIA" en la que se constata que a dicha fecha el PVL aplicado por los fabricantes a nivel general y en las CC.AA de Madrid, Andalucía, Galicia, País Vasco, Cataluña y Navarra oscila en todo caso entre el 58,5% y el 57,5% sobre el PVP sin IVA¹⁶⁴:

BPR Mayo 06 FY 0506 ESTRUCTURA PRECIOS ABSORBENTES INCONTINENCIA							
	General 11% dto PVP PVL 41,5%	Madrid 13% dto PVP PVL 42,5%	Andalucía 20% dto PVP PVL 42,5%	SERGAS 14% dto PVP PVL 41,5%	País Vasco 14% dto PVP PVL 41,5%	Cataluña 22% dto PVP PVL 41,5%	Navarra 11% dto PVP PVL 41,5%
PVP (ex-IVA)	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
Descuento PVP % s/PVP (exIVA)	11,0%	13,0%	20,0%	14,0%	14,0%	22,0%	11,0%
P. Venta Farmacia % s/ PVP exIVA	89,0%	87,0%	80,0%	86,0%	86,0%	78,0%	89,0%
Margen Farmacia % s/PVP (exIVA)	27,0%	26,1%	19,1%	26,5%	24,0%	20,0%	27,0%
% s/PV Farmacia	30,3%	30,0%	23,8%	29,9%	27,9%	24,4%	30,3%
P. Venta Mayorista % s/ PVP exIVA	62,0%	60,9%	60,9%	62,0%	62,0%	62,0%	62,0%
Margen Canal Mayorista % s/PV Mayorista	5,65%	5,65%	5,65%	5,65%	5,65%	5,65%	5,65%
PVL % s/PVP (exIVA)	58,5%	57,5%	57,5%	58,5%	58,5%	58,5%	58,5%

Detalle márgenes y descuentos							
	General	Madrid	Andalucía	SERGAS	País Vasco	Cataluña	Navarra
Descuento PVP ex IVA	11,0%	13,0%	20,0%	14,0%	14,0%	22,0%	11,0%
Margen farmacia s/PVP ex IVA	27,0%	26,1%	19,1%	26,5%	24,0%	20,0%	27,0%
Margen mayorista s/PV Mayorista	5,65%	5,65%	5,65%	5,65%	5,65%	5,65%	5,65%
PVL fabricantes s/PVP ex IVA	58,5%	57,5%	57,5%	58,5%	58,5%	58,5%	58,5%

Coincide básicamente la tabla anterior con el contenido de la tabla recabada junto al citado correo electrónico en la inspección de FENIN, denominada "ESCENARIOS ESTRUCTURA PRECIOS ABSORBENTES INCONTINENCIA". En dicha tabla se determina tanto el PVL como los márgenes correspondientes a la distribución y la farmacia.

Así, la segunda columna de dicha tabla, denominada "General", refleja el acuerdo pactado en el territorio INSALUD en 1997, con un descuento del 11% y un PVL acordado por los fabricantes del 58,5% del PVP sin IVA, mientras que el resto de columnas hacen

¹⁶⁴ Tabla denominada BPR Mayo 06 FY 0506 ESTRUCTURA PRECIOS ABSORBENTES INCONTINENCIA aportada por el solicitante de exención del pago de la multa (folio 160).

referencia a la situación en las CC.AA en las que se habían firmado acuerdos específicos, como es el caso de Andalucía (descuento del 20% y un PVL acordado por los fabricantes del 57,5% del PVP sin IVA), Madrid, Aragón y Cantabria (descuento del 13% y un PVL acordado por los fabricantes del 57,5% del PVP sin IVA), Galicia (descuento del 11,5% y un PVL acordado por los fabricantes del 58,5% del PVP sin IVA), el País Vasco (descuento del 14% y un PVL acordado por los fabricantes del 58,5% del PVP sin IVA), Cataluña (descuento del 18% y un PVL acordado por los fabricantes del 58,5% del PVP sin IVA) y Navarra (con el mismo descuento del 11% del INSALUD). Del análisis del cuadro se concluye que los fabricantes aplican un PVL que oscila, en todo caso, entre el 58,5% y el 57,5% sobre el PVP sin IVA, conforme a lo acordado por éstos¹⁶⁵:

ESCENARIOS ESTRUCTURA PRECIOS ABSORBENTES DE INCONTINENCIA

		General 11% dto PVP PVL 41,5%	Andalucía 20% dto PVP PVL 42,5%	Madrid, Aragón Cantabria 13% dto PVP PVL 42,5%	Galicia 11,5% dto PVP PVL 41,5%	País Vasco 14% dto PVP PVL 41,5%	Navarra 11% dto PVP PVL 41,5%	Cataluña 18% dto. PVP PVL 41,5%
PVP (ex IVA)		100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
Descuento PVP	% s/PVP (exIVA)	11%	20%	13%	11,5%	14%	11%	18%
P. Venta Farmacia	% s/PVP exIVA	89%	80%	87%	88,5%	86%	89%	82%
Margen Farmacia	% s/PVP (exIVA)	27%	19,1%	26,1%	26,5%	24%	27%	20%
	% s/PV Farmacia	30%	23,8%	30%	29,9%	27,9%	30,3%	24,4%
P. Venta Mayorista	% s/PVP exIVA	62%	60,9%	60,9%	62%	62%	62%	62%
Margen Canal Mayorista	% s/PV Mayorista	5,65%	5,65%	5,65%	5,65%	5,65%	5,65%	5,65%
PVL	% s/PVP (exIVA)	58,5%	57,5%	57,5%	58,5%	58,5%	58,5%	58,5%

Los datos recogidos en la citada tabla quedan corroborados en el correo electrónico enviado por INDAS a la Directora Técnica de FENIN el 14 de noviembre de 2006, en el que se indica lo siguiente¹⁶⁶:

“(…) Una vez revisada en detalle la propuesta debatida en el GT de AIO, de ofrecer el 42,5 % de dto. s/PVP (S.I.), como precio de cesión del fabricante, consideramos que a pesar de que es la práctica habitual para CCAA como Madrid, Aragón, Cantabria, Galicia, Asturias y Andalucía, en

¹⁶⁵ Tabla denominada ESCENARIOS ESTRUCTURA PRECIOS ABSORBENTES INCONTINENCIA, recabada en la inspección de FENIN (folio 2570).

¹⁶⁶ Correo electrónico de 14 de noviembre de 2006 enviado por INDAS a la Directora Técnica de FENIN, recabado en la inspección de INDAS (folio 6980).

las que estamos aportando ese 1,71 % adicional, todavía existen otras muchas donde trabajamos en el antiguo 41,5 % de dto. s/PVP (S.I.), por lo que la propuesta sería ofrecer directamente este último (41,5 %) como PV de cesión a nivel nacional, es decir, que fuese el 58,5 % s/PVP (...)."

El 10 de enero de 2007 se firmó el nuevo acuerdo entre los farmacéuticos del **País Vasco** (COF de Euskadi y la Asociación de Farmacias del País Vasco) y los fabricantes (FENIN), fijando los márgenes de farmacéuticos y fabricantes en sustitución del firmado el 27 de abril de 2001¹⁶⁷:

" (...) Primera.- La industria asume facturar a un precio máximo (P.V.L.) de 57,5% del P.V.P.

Segunda.- El sector de distribución se compromete a facturar a un P.V.A. máximo de 60,91%.

Tercera.- Estas condiciones con carácter general regirán entre la industria, distribución y oficina de farmacia, y se mantendrán durante el período de vigencia del Acuerdo firmado con la Consejería.

Cuarta.- Los A.I.O. facturados por parte de la industria y distribución desde el primero de febrero de 2.007, se ajustarán a los precios del Acuerdo.

Quinta.- Las oficinas de farmacia no sustituirán los A.I.O. prescritos".

➤ **Acuerdos autonómicos: recapitulación**

Así pues, en las CC.AA citadas se reprodujo el "modelo INSALUD", esto es, en paralelo o con posterioridad a la firma del Concierto autonómico que garantiza la prestación farmacéutica, los fabricantes (FENIN y ANFAMS), distribuidores (FEDIFAR y/o por las distribuidoras más representativas de su ámbito autonómico) y farmacéuticos (representados por los COF autonómicos o provinciales) acordaron la fijación de sus respectivos márgenes:

- CATALUÑA: Acuerdo de 1998 de fijación de márgenes de AIO¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Correo electrónico con asunto Acuerdo Al País Vasco y Concierto Murcia, enviado el 7 de febrero de 2007 por la Directora Técnica de FENIN a A&A, SCA, TYCO HEALTHCARE, HARTMANN, ONTEX, TEXPOL, INDAS y BARNA, adjuntando texto del acuerdo, recabado en la inspección de FENIN (folios 9230 a 9240).

¹⁶⁸ PROPUESTA DE ACTUACIÓN DESBLOQUEO ACUERDO MARCO ASOCIACIONES-INSALUD, redactado por el Coordinador del GTAIO y remitido al Secretario General de FENIN, recabado en la inspección realizada en FENIN (folios 3327 y 3328) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información efectuado (folios 6590 a 6591).

- GALICIA: ACUERDO de fijación de márgenes de AIO de 17 de septiembre de 1999¹⁶⁹ y de 21 de septiembre de 2004 firmados por los COF provinciales de GALICIA, la distribución y los fabricantes¹⁷⁰.
- PAÍS VASCO: Acuerdo de fijación de márgenes de AIO 25 de abril de 2001¹⁷¹ y de 10 de enero de 2007 firmados por el COF de EUSKADI, FENIN y AFARE-EUSFARE¹⁷².
- ANDALUCÍA: Acuerdo de 22 de noviembre de 2002 de fijación de márgenes de AIO firmado por el CACOF, FENIN, FEDIFAR y ANFAMS¹⁷³.
- ARAGÓN: Acuerdo de fijación de márgenes de AIO de 14 de abril de 2003 firmado por los COF de Huesca, Zaragoza y Teruel, las distribuidoras FEDIFAR, SAFA GALÉNICA, S.A., COOPERATIVA FARMACÉUTICA ARAGONESA, COOPERATIVA FARMACÉUTICA ESPAÑOLA y las asociaciones de fabricantes FENIN y ANFAMS¹⁷⁴.
- CANTABRIA: Acuerdo de 1 de junio de 2003 de fijación de márgenes de AIO firmado por el COF de Cantabria, FEDIFAR, FENIN y ANFAMS¹⁷⁵.

¹⁶⁹ ACUERDO FARMACIAS-DISTRIBUCION-INDUSTRIA (A.I.O.) de 17 de septiembre de 1999, recabado en la inspección de FENIN (folios 3547 a 3548) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6663 a 6664).

¹⁷⁰ Acuerdo de 21 de septiembre de 2004, firmado por los COF provinciales de GALICIA, la distribución (COFANO, SAFA GALÉNICA, S.A., CEFARGAL, COFARES, ROMAN SACO Y COMPAÑÍA, SANAL, FARMANOSA y COFAGA) y los fabricantes (FENIN y ANFAMS), aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 136 a 138) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento realizado (folios 6637 a 6639).

¹⁷¹ Acuerdo de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma del País Vasco de 27 de abril de 2001, recabado en la inspección de FENIN (folios 3552 a 3557) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6657 a 6662).

¹⁷² Acuerdo de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma del País Vasco de 10 de enero de 2007 firmado por el COF de EUSKADI, FENIN y AFARE-EUSFARE, aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 163 a 167), recabado en la inspección de FENIN (folios 3560 a 3564) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6624 a 6628).

¹⁷³ Acuerdo de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma de Andalucía de 22 de noviembre de 2002 firmado por el CACOF, FENIN, FEDIFAR y ANFAMS, aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 107 a 109), recabado en la inspección de FENIN (folios 3575 a 3577) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6634 a 6636).

¹⁷⁴ Acuerdo de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma de Aragón de 14 de abril de 2003 firmado por los COF de Huesca, Zaragoza y Teruel, las distribuidoras (FEDIFAR, SAFA GALÉNICA, S.A., COOPERATIVA FARMACÉUTICA ARAGONESA y COOPERATIVA FARMACÉUTICA ESPAÑOLA) y los fabricantes (FENIN y ANFAMS), aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 116 a 119), recabado en la inspección realizada en la sede de FENIN (folios 3578 a 3581) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia (folios 6643 a 6646).

¹⁷⁵ Acuerdo de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma de Cantabria de 1 de junio de 2003, firmado por el COF de Cantabria, FEDIFAR, FENIN y ANFAMS, aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 116 a 119), recabado en la inspección de FENIN (folios 3570 a 3572) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6640 a 6642).

Todos estos acuerdos siguen un esquema similar: fijación por los fabricantes de un PVL del 57,50% del PVP sin IVA y el compromiso de las oficinas de farmacia de no sustituir los AIO prescritos a los pacientes domiciliarios.

Los acuerdos firmados en Andalucía y el País Vasco se diferencian en que incluyen el suministro de AIO a centros socio-sanitarios a través del canal farmacia.

Así pues, los fabricantes a través del acuerdo de mayo de 1997 aplicable en el territorio INSALUD y los adoptados posteriormente en las citadas CCAA, consiguen, actuando de forma concertada, el mantenimiento del PVL fijado en 1997, como se constata en el siguiente cuadro, enviado por la Directora Técnica de FENIN al Coordinador del GTAIO el 1 de marzo de 2007¹⁷⁶:

CONCIERTOS COLECTIVOS FARMACÉUTICOS-CCAA ABSORBENTES DE INCONTINENCIA

	DESCUENTO PVP FARMACIA	FECHA IMPLANTACION	DESCUENTO PVP INDUSTRIA
ANDALUCÍA	20%	ENERO-2003 Convenio con FENIN	42.5%
PAIS VASCO	16%	ENERO-2007 Convenio con FENIN	42.5%
GALICIA	14%	NOVIEMBRE-2004 Convenio con FENIN	42.5%
NAVARRA	11%		41.5%
CATALUÑA	18% (TRAMOS)		41.5%
VALENCIA	-		-
CANARIAS	8% (TRAMOS)	ENERO-2006	42.5%
INSALUD	11%	MAYO-1997 Convenio con FENIN	41.5%
MADRID	13% (TRAMOS)	ENERO-2005	42.5%
ARAGÓN	13%	MAYO-2003 Convenio con FENIN	42.5%
CANTABRIA	13%	JULIO-2003 Convenio con FENIN	42.5%

¹⁷⁶ "CONCIERTOS COLECTIVOS FARMACÉUTICOS-CCAA ABSORBENTES DE INCONTINENCIA" adjunto al correo electrónico de la Directora Técnica de FENIN al Coordinador del GTAIO de 1 de marzo de 2007, recabado en la inspección de FENIN (folio 9295).

	DESCUENTO PVP FARMACIA	FECHA IMPLANTACION	DESCUENTO PVP INDUSTRIA
ASTURIAS	13%	ENERO-2004 (condición no válida)	41.5%
CASTILLA-LA MANCHA	12%	ENERO-2004 (12%)	41.5%
CASTILLA LEÓN	11%		41.5%
EXTREMADURA	11%		41.5%
LA RIOJA	11%		41.5%
MURCIA	11%		41.5%
BALEARES	11%		41.5%

Como se observa en el cuadro, el PVL aplicado por los fabricantes oscila entre el 58,5% y el 57,5% del PVP sin IVA (correspondiente al descuento PVP industria del 41,5% y del 42,5%, respectivamente), apreciándose que precisamente en aquellas CC.AA en las que ha habido acuerdo específico entre farmacéuticos y fabricantes, los fabricantes cedieron un punto porcentual a lo acordado en 1997, incluso aunque no se llegara a firmar un acuerdo formal, como fue el caso de Madrid y Canarias. En el correo electrónico enviado por INDAS a sus distribuidores el 29 de julio de 2008, adjuntando un documento en el que se recogen los márgenes acordados, en 2008 los descuentos acordados por los fabricantes siguen oscilando entre el 41,5% y el 42,5%, lo que supone que todos ellos aplican un PVL que oscila entre el 58,5% y el 57,5% del PVP¹⁷⁷:

“Como veis los precios acordados por parte de la industria son prácticamente los mismos, independientemente del acuerdo que cada Comunidad tenga acordado en los diferentes conciertos con el colectivo farmacéutico. Hay una diferencia entre lo que denominamos precio Insalud y precio Madrid, por eso que los descuentos acordados sobre PVP-IVA sean del 41,5 ó del 42,5 %.”

En marzo de 2009 FENIN se reúne con los COF de la Comunidad Valenciana, según consta en el correo electrónico enviado por la Directora Técnica de FENIN a los miembros del GTAIO en el que les reenvía comentarios realizados por SCA sobre el informe de dicha reunión. En el correo electrónico enviado por SCA a la Directora Técnica de FENIN “para que se lo haga llegar al resto de miembros” al objeto de frenar una circular del COF de Valencia que promueve la libre sustitución de los AIO por los farmacéuticos, se señala el margen a aplicar en esa Comunidad Autónoma¹⁷⁸:

¹⁷⁷ Correo electrónico enviado por la Directora del Área de Ventas de INDAS a COFARES el 29 de julio de 2008, recabado en la inspección de INDAS (folios 6992 a 6994).

¹⁷⁸ Correo electrónico con asunto Re Informe reunión COF Comunidad Valenciana enviado por SCA a la Directora Técnica de FENIN y reenviado por ésta a SCA, HARTMANN, INDAS, A&A, BARNA, TEXPOL y ONTEX el 6 de marzo de 2009, recabado en las inspecciones de FENIN (folios 9352 y 9353) e INDAS (folios 7042 a 7043).

“1. (...) circular nº 15 de fecha de 26 de febrero del 2009 enviada por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia, en el que se interpretaba de manera incorrecta por parte de éste colectivo la potestad y su total libertad para la sustitución en el caso de los absorbentes (AIU) (...).

2. Consideramos preocupante que todavía a estas alturas se hable “del 41,5% ó 42,5%” como descuento total del PVP sin IVA, ya que por el nivel de concierto (equivalente al 12%) no justifica nunca un descuento superior al 41,5% (...).”

➤ **Mantenimiento del acuerdo entre fabricantes de AIO tras la reducción del PVP de los AIO por el Real Decreto-Ley 8/2010**

El punto de inflexión en la relación entre fabricantes, distribuidores y farmacéuticos se produce con 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, puesto que tras dicha aprobación se produce un cambio radical en el elemento que hasta entonces habían servido como marco para el acuerdo entre todos ellos, ya que en dicha norma se establece una reducción del 20% en el PVP IVA de los AIO.

Ante esta nueva situación, generada por tal cambio normativo, los fabricantes miembros del cártel adoptaron de nuevo una posición común para la defensa de sus intereses, que consta en el documento denominado “RD 8/10 SITUACION Y PLANTEAMIENTO PROCESO NEGOCIADOR RESPECTO AI”, en cuyos ANTECEDENTES se señala que el acuerdo adoptado en mayo de 1997 se basaba en¹⁷⁹:

“1/ Asegurar un margen mínimo inicialmente cifrado en el 41'5% del PVP que se amplió con posterioridad al 42'5%. Lo que significaba la fijación de un PVL mínimo (...).”

2/La aportación vía descuentos inicialmente del 11% del PVP de los farmacéuticos al sistema sanitario”.

En dicho documento se realiza una PROPUESTA DE ACTUACION MIENTRAS NO EXISTA UN MARCO REGULATORIO DE MARGENES PARA PS”:

“1/ Finalización de las aportaciones vía Conciertos. Deben implementarlo los firmantes. No puede hacerlo Fenin.

2/ Mantener el PVL. Actual que asegura un margen superior, al que lógicamente se le sumaran en mayor o menor medida otras condiciones propias de la gestión. Descuentos Financieros, Logísticos etc.”.

Por su parte, farmacéuticos y distribuidores reconociendo la existencia de un PVL único fijado por los fabricantes en el seno del GTAIO, intentan que sean los fabricantes los que asuman su parte proporcional del descuento del 20% sobre el PVP IVA acordado por dicho RDL 8/2010.

¹⁷⁹ Documento denominado “RD 8/10 SITUACION Y PLANTEAMIENTO PROCESO NEGOCIADOR RESPECTO AI”, aportado por el solicitante de exención del pago del importe de la multa (folios 54 a 55) y recabado en la inspección de FENIN (folios 2172 a 2174).

Así, en un correo electrónico remitido el 4 de mayo de 2010 por un directivo de Alliance Healthcare y miembro del CGCOF a la Directora Técnica del CGCOF en relación a los márgenes de los productos sanitarios financiados, reconoce que el PVL establecido por los fabricantes es un precio de tarifa único para todos los distribuidores¹⁸⁰:

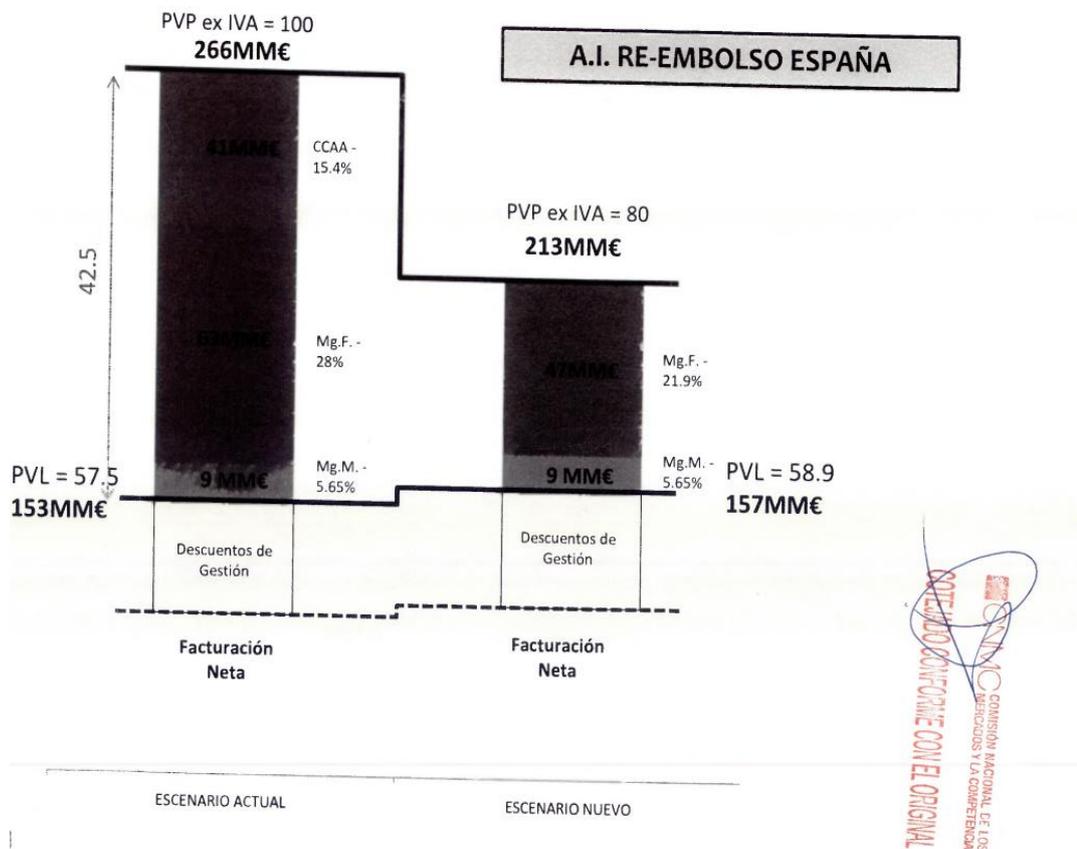
“Estos artículos tienen un precio fijado por la Administración (el PVP IVA), y otro establecido por los fabricantes (el PVL). No tienen un margen definido para distribución y farmacia, por lo que cada mayorista puede poner su precio de venta en el punto que quiera, y aplicar después los descuentos o recargos que contemplen sus condiciones comerciales. Las diferencias de condiciones entre almacenes son mínimas, y además cada farmacia puede obtener descuentos o recargos diferentes en función de varios parámetros (número de unidades por línea, importe por línea, volumen total de compra, pronto pago, ofertas especiales, etc.). Sin embargo, se supone que los fabricantes tienen un precio de tarifa único para todos los distribuidores.

(...) Evidentemente, a los fabricantes de productos sanitarios no les va a hacer mucha gracia que reclamemos para ellos los mismos márgenes que para los medicamentos. Tal y como queda la Ley de Garantías, el PVP se mantiene, por lo que cada punto que ganemos farmacias + almacenes es un punto que pierden ellos (...).”

Como se refleja en unos gráficos recabados en la inspección de FENIN, los fabricantes miembros del cártel entendieron que era esencial, por un lado, mantener de forma consensuada el PVL pactado en 1997 y, por otro, que las CC.AA eliminasen los descuentos en AIO pactados con los correspondientes COF en los Conciertos, de una media del 15,4% y que los márgenes medios de los farmacéuticos disminuyesen del 28% al 21,9%¹⁸¹:

¹⁸⁰ Correo electrónico de 4 de mayo de 2010, recabado en la inspección realizada en la sede del CGCOF (folio 5712).

¹⁸¹ Gráfico contenido en la carpeta “GTAIO GESTIONES RDL 8/2010”, recabados en la inspección de FENIN (folio 2177).



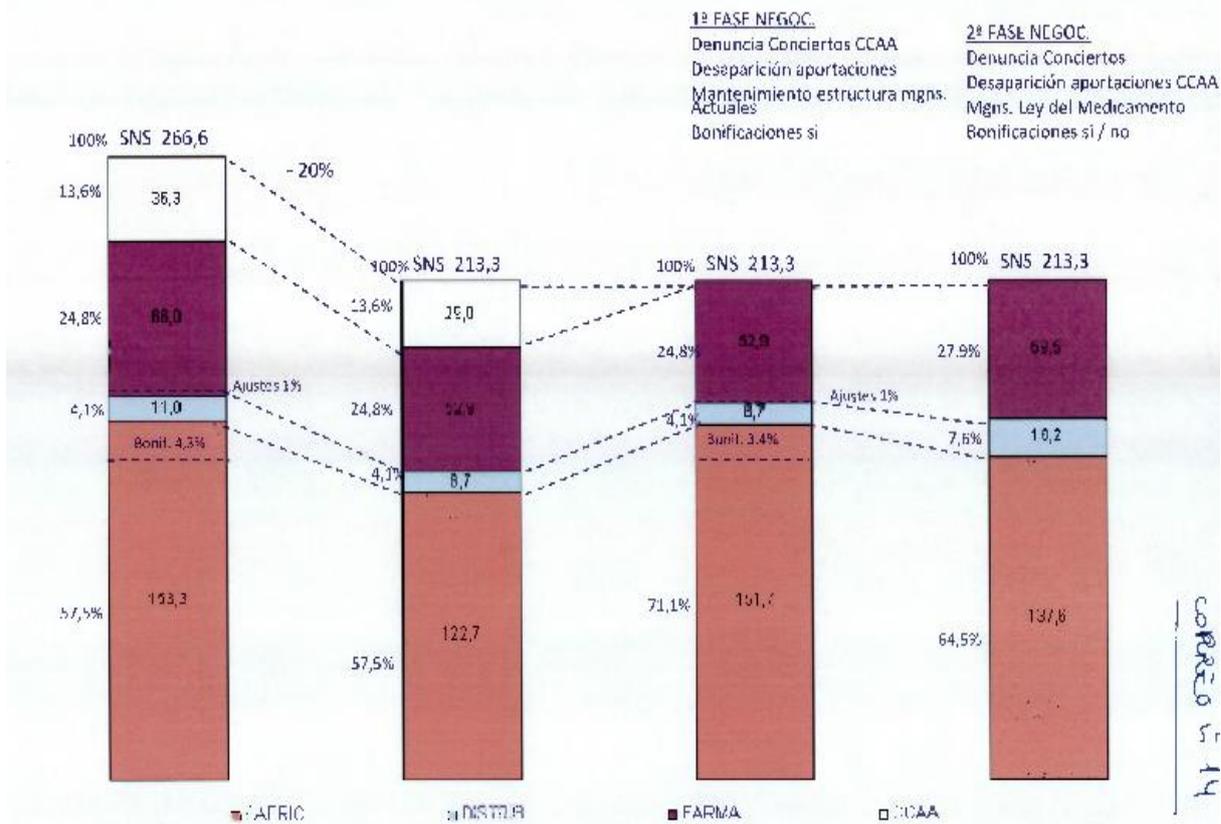
De este modo, todo lo que no se cedía a las CC.AA a través de los descuentos recogidos en los Conciertos más la parte de margen que perdían los farmacéuticos, pasaría a formar parte del margen de los fabricantes, que se vería incrementado del 57,5% al 58,9% (sobre el PVP ex IVA), con lo que sus ingresos se mantendrían prácticamente inalterados e incluso, según los cálculos realizados por ellos, se incrementarían ligeramente.

Gráficos con cálculos muy similares han sido recabados también en la inspección de INDAS, como el que se adjunta a continuación, en el que se indica que se deberían denunciar los Conciertos con las CC.AA, manteniendo la estructura de márgenes fijada¹⁸².

¹⁸² Gráfico en fichero adjunto al correo electrónico interno de INDAS de 25 de mayo de 2010, con asunto RV: SNS_MERCADO + INDAS.ppt, recabado en la inspección de INDAS (folio 11924).

MERCADO A.I.O. (SNS)

Datos en M €



De hecho, el 9 de junio de 2010 los fabricantes, representados por FENIN y ANFAMS, remiten sendas cartas al CGCOF y a FEDIFAR instando a los COF a denunciar las cláusulas de los Conciertos relativas a los descuentos en materia de AIO, señalando expresamente que si estos Conciertos no son denunciados por los correspondientes COF antes del 25 de junio de 2010 ellos se verán obligados a denunciar los convenios tripartitos firmados en paralelo a dichos Conciertos en los que los que fijaban sus márgenes¹⁸³:

“(…) antes del 25 de junio fecha de entrada en vigor del nuevo RD consideramos que resulta imprescindible se proceda a la denuncia por cada COF del correspondiente Concierto suscrito con la Administración Sanitaria de su CCAA en relación con los AIO incluidos en la prestación farmacéutica del SNS. En caso contrario, en nuestra condición de parte de los Convenios y en defensa de los intereses de nuestros asociados que tenemos legal y estatutariamente encomendados, nos veremos forzados a invocar y aplicar

¹⁸³ Cartas con ASUNTO: DENUNCIA/MODIFICACION DE LOS CONCIERTOS SUSCRITOS CON LAS COMUNIDADES AUTONOMAS RELATIVOS A ABSORBENTES DE INCONTINENCIA (AIO) de 9 de junio de 2010, remitidas al CGCOF y a FEDIFAR y firmadas por la Secretaria General de FENIN y el Presidente de ANFAMS y representante de INDAS en el GTAIO, recabadas en las inspecciones de FENIN (folios 2141 a 2146), CGCOF (folios 5658 a 5660) y FEDIFAR (folios 1348 a 1350).

la cláusula "rebus sic stantibus" y dicho incumplimiento del art. 90-1 0 de los citados Convenios. "op.cit", a fin de denunciar cada uno de los citados Convenios".

La situación de tensión y la necesidad de coordinación entre los miembros del cártel para afrontar las negociaciones con el CGCOF y defender su postura de forma consensuada se evidencia en un correo electrónico de 16 de junio de 2010, enviado por Coordinador del GTAIO a la Secretaria General y a la Directora Técnica de FENIN, insistiendo en la necesidad de que perdure el acuerdo de mayo de 1997, y en la respuesta dada al mismo por el representante de INDAS y a su vez Presidente de ANFAMS¹⁸⁴:

"(...) en base al doc. que se formalizo en Mayo 97 entre todos los componentes de la cadena y las patronales para el caso concreto de los AI.

(...) 3/Coordinación: A la vista de la noticia que adjunto en el doc. creo que merecería la pena seguir también coordinados en los medios para intentar trasladar mensajes claros. Me temo que con el encabezamiento que hace referencia a AI. nos estamos haciendo un flaco favor."

En las reuniones mantenidas con los farmacéuticos, representados por el CGCOF, para comunicarles su intención consensuada de no modificar el PVL y solicitarles que denunciasen la parte de los Conciertos relativa a los descuentos en AIO, los fabricantes ofrecen un nuevo acuerdo de márgenes, como consta en el Acta del Pleno del CGCOF celebrado el 23 de junio de 2010¹⁸⁵:

"Además, se han mantenido cuatro reuniones con FENIN, los días 28 de mayo y 8, 14 y 18 de junio para trabajar el impacto en las farmacias de las medidas aprobadas en el RDL 8/2010 relativas a los productos sanitarios: bajada de precios del 7,5% a productos sanitarios (PS) y un 20% a absorbentes de incontinencia de orina (AIO).

Según el criterio expuesto por FENIN, estos descuentos no los van a repercutir en los precios de venta del laboratorio, ya que, según su opinión, los fabricantes no tienen obligación de hacerlo, por lo tanto, la farmacia comprará los productos sanitarios y los AIO al mismo precio que lo está haciendo en este momento, pero tendrá que dispensarlos a PVP con el descuento correspondiente.

Nos remitieron un escrito que se dio inmediato traslado a los Colegios, en el que quedaba reflejada la interpretación de FENIN de que la modificación introducida en el artículo 90 de la Ley de Garantías (Fijación del precio) - por el RDL 8/2010 - anulaba los acuerdos suscritos a nivel autonómico entre los Colegios y las Consejerías de Sanidad (...).

¹⁸⁴ Correo electrónico de 16 de junio de 2010, con Asunto: COORDINACION Y PROPUESTA PARA EL PROXIMO 18 y Carácter: Confidencial, enviado por el Coordinador del GTAIO al representante de INDAS, a la Secretaria General y a la Directora Técnica de FENIN y respuesta del representante de INDAS, recabado en la inspección de INDAS (folio 7131).

¹⁸⁵ Acta de Pleno del CGCOF celebrada el 23 de junio de 2010, recabada en la inspección del CGCOF (folios 8528 y 8529).

Por ello, FENIN sugería la denuncia o anulación de los descuentos aplicados en los AIO que figuren en los conciertos, puesto que entienden que con la bajada del 20% del PVP de los AIO quedan incorporados los descuentos actuales a nivel autonómico.

A lo anterior se suma, la problemática de la falta de desarrollo de la Ley de Garantías, en lo que se refiere a la fijación de precio máximo de financiación y de márgenes comerciales para la Distribución y la Farmacia.

FENIN pretende unificar ambas cuestiones y llegar a un acuerdo en el establecimiento de márgenes comerciales que sitúan en un 21'9% para la Farmacia y en un 4'1% para la Distribución.

Por parte de FEDIFAR y el Consejo General se defiende que se deberían aplicar márgenes similares a los del medicamento (...).

Tanto por lo que respecta a la no modificación de los PVL como en lo relativo a la denuncia de los Conciertos por parte de los COF, los fabricantes miembros del GTAIO solicitaron la elaboración de diversos informes jurídicos que hiciesen una interpretación de las normas que avalase su posición para después presentarlos no solo ante el resto de agentes interesados sino también ante la propia Administración.

Según consta en el expediente, las asesorías jurídicas de INDAS, de FENIN y de A&A trabajaron de forma conjunta para redactar un modelo de carta a remitir al CGCOF y a FEDIFAR en la que se enumeraban una serie de argumentos jurídicos para la rescisión de los Conciertos y se invitaba a los COF a denunciar la parte de dichos Conciertos relativa a los AIO¹⁸⁶.

En este mismo sentido, que reafirma la colaboración entre los farmacéuticos y los distribuidores a la hora de negociar con los fabricantes, se ha localizado en la inspección realizada en FEDIFAR un correo electrónico posterior a la aprobación del RDL 8/2010 con asunto "Presentación para CGCOF 18jun10" al que se adjunta un fichero electrónico con una presentación denominada Márgenes en Productos Sanitarios donde, entre otras, destacan las siguientes frases que revelan de nuevo la existencia de un PVL fijado por los fabricantes¹⁸⁷:

"Dado que se trata de una negociación con los fabricantes y que el margen del distribuidor depende de varios factores (forma de facturar, escala comercial, etc.), se trabajará sobre el margen total que queda entre el PVL al que factura el fabricante y el PVP sin IVA marcado en el cartonaje. Es decir, un margen que engloba los de la oficina de farmacia y la distribución (...)

¹⁸⁶ Documentación contenida en una carpeta denominada «GTAIO GESTIONES RDL 8/2010», recabada en la inspección de FENIN (folios 2141 a 2189).

¹⁸⁷ Presentación denominada Márgenes en Productos Sanitarios 18-jun-2010 adjunta al correo electrónico de 18 de junio de 2010 con asunto Presentación para CGCOF 18jun10, recabado en la inspección realizada en la sede de FEDIFAR (folios 11439 a 11466).

En la actualidad, el conjunto oficina de farmacia más distribución trabaja los efectos y accesorios con un margen en torno al 28%, claramente inferior al de los medicamentos (33,38%).

(...)

Probablemente, la estrategia de los fabricantes de AIO será la de dar por firme la situación a fecha de hoy, con los descuentos actuales, calcular un promedio nacional y recalcular el PVL basándose en ese promedio.”

Los fabricantes siguieron adoptando una postura negociadora comercial uniforme destinada a mantener el PVL de los AIO, tras la aprobación del RDL 8/2010¹⁸⁸:

“De acuerdo con lo que hemos hablado al final de la reunión, te envío un resumen de cuál es la situación actual, y de cuál podría ser nuestra línea de comunicación. Por favor contrástalo con el resto de empresas del grupo:

1. Como consecuencia del R.D que ha supuesto una bajada del PVP de los AIO, desde Fenin se considera que: los convenios referentes los absorbentes, incluidos en los distintos conciertos C.A – Colegios de farmacéuticos, deben ser denunciados y cancelados (...)

2. Por nuestra parte se informó a los distintos Consejos de Colegios farmacéuticos sobre nuestra postura, instándoles en el mismo escrito a denunciar dichos convenios ya que las empresas de Fenin considerarían que los mismos no continuarían en vigor desde el mismo momento de la implantación del R.D a fecha 25 de junio de 2010.

3. Con fecha de hoy, se envía un nuevo escrito a los Consejos de Colegios Farmacéuticos confirmándoles que desde el día 1 de Julio consideramos que dichos convenios no están en vigor y por lo tanto tampoco lo está el compromiso de mantener el 42% ó 42,5% del PVP como margen para el canal farmacéutico.

4. Dado que no existe ninguna normativa referente a los precios de venta a laboratorio, o sobre los márgenes a aplicar, consideramos que cada empresa es libre de aplicar su propia política comercial de manera individualizada (...).”

Ante la falta de acuerdo entre fabricantes, farmacéuticos y distribuidores, los fabricantes, representados por FENIN y ANFAMS, remitieron burofaxes el 29 de junio de 2010 a los Presidentes de los Colegios de Farmacéuticos firmantes de los acuerdos de fijación de márgenes suscritos en Andalucía (CACOF), Aragón (COF de Zaragoza, Teruel y Huesca), Galicia (COF de A Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra), País Vasco (COF de Euskadi) y Cantabria (COF de Cantabria), dando por finalizados los acuerdos¹⁸⁹:

¹⁸⁸ Correo electrónico enviado el 28 de junio de 2010 por ONTEX a la Directora Técnica de FENIN, recabado en la inspección de FENIN (folio 9434).

¹⁸⁹ Correo electrónico enviado el 29 de junio de 2010 por la Directora Técnica de FENIN a SCA, INDAS, CHICCO, HARTMANN, A&A, BARNA, TEXPOL Y ONTEX, recabado en la inspección de FENIN (folios 9435 a 9465) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6665 a 6694).

“(…) les comunicamos que, al amparo de los argumentos expuestos, FENIN y ANFAMS, por medio del presente escrito, y con los anunciados efectos desde el 25 de junio de 2010, denuncian, extinguen y dejan sin eficacia, el acuerdo sobre descuentos suscrito (…).”

La posición concertada de los fabricantes respecto al mantenimiento del PVL fijado queda acreditada en el Acta de la COMISIÓN DE COORDINACIÓN AUTONÓMICA del CGCOF de 30 de junio de 2010¹⁹⁰:

“Con carácter general, los fabricantes no tienen intención de aplicar la reducción del 7'5% o del 20% en el caso de los AIO, en el PVL, por lo que la medida se convertirá en una bajada de margen.

(…) Al no existir una norma que establezca los márgenes de la Distribución y la Farmacias, los fabricantes no mantienen una postura clara y uniforme de asumir la parte que les corresponde de los citados descuentos. Operan con un margen real, que no legal, que no están dispuestos a modificar.

De llevarse a la práctica, la bajada de precio para los tres agentes de la cadena, se va a convertir en una medida sobre la Distribución y la Farmacia.”

A lo largo del verano de 2010 continúan las desavenencias entre fabricantes, por un lado, y farmacéuticos y distribuidores, por otro, debido a la negativa de los fabricantes a rebajar su PVL asumiendo una parte del descuento del 20% fijado por el RDL 8/2010¹⁹¹:

“A la vista de la actitud de los fabricantes, que no aceptan bajar el PVL ni un céntimo y que dicen que una bajada los llevaría a la quiebra, quise informarme sobre en qué condiciones venden a la Administración. Así que pedí datos al Servicio Aragonés de Salud (Salud). Y el Salud me ha elaborado el informe que os adjunto

Lo acabo de recibir y no lo he estudiado a fondo, pero está claro que los descuentos superiores al 60% sobre PVP son normales. Y los fabricantes no pierden dinero con estas ventas...

Esto demuestra que su margen es mucho mayor que el que dicen, y que tienen colchón para reducir su PVL.”

En el informe elaborado por el Servicio de Farmacia del Servicio Aragonés de Salud, se recogen unos cuadros relativos a los precios de compra de los AIO destinados a las residencias de mayores en dicha CA comparándolos con los precios que estos productos tienen en el canal farmacia, concluyéndose¹⁹²:

¹⁹⁰ Acta de la COMISIÓN DE COORDINACIÓN AUTONÓMICA del CGCOF celebrada el 30 de junio de 2010 recabada en la inspección del CGCOF (folios 8556 a 8557).

¹⁹¹ Correo electrónico con Asunto: Precios AIO, enviado el 15 de julio de 2010 por Alliance Healthcare al Director General de FEDIFAR y a miembros del CGCOF, recabado en la inspección del CGCOF (folio 5583).

¹⁹² INFORME DEL SERVICIO DE FARMACIA DEL SERVICIO ARAGONÉS DE SALUD SOBRE CONDICIONES ECONÓMICAS DE ADQUISICIÓN DIRECTA DE ABSORBENTES DE INCONTINENCIA URINARIA EN LA COMUNIDAD DE ARAGÓN, adjunto al correo electrónico con Asunto: Precios AIO,

“El descuento que se produce mediante la compra directa sobre los precios medios de los distintos tipos de absorbentes es el siguiente:

Descripción	Media adquisición directa	Media PVP farmacia	Descuento medio
DIA RECTANGULAR	10,00 €	29,90 €	-67%
DIA ANATOMICO NORMAL	11,92 €	34,71 €	-66%
DIA ANATOMICO ELASTICO	17,60 €	37,86 €	-54%
NOCHE ANATOMICO NORMAL	16,67 €	50,19 €	-67%
NOCHE ANATOMICO ELASTICO TALLA MEDIANA	20,48 €	50,19 €	-59%
NOCHE ANATOMICO ELASTICO TALLA GRANDE	20,84 €	50,19 €	-58%
SUPER NOCHE ANATOMICO NORMAL	19,32 €	58,73 €	-67%
SUPER NOCHE ANATOMICO ELASTICO TALLA GRANDE	23,60 €	58,73 €	-60%

Teniendo en cuenta el perfil de consumo, se obtiene que la adquisición directa de absorbentes de incontinencia urinaria en Aragón supone un ahorro medio del 65% sobre el PVP antes de descuentos.”

De hecho, los fabricantes del cártel consiguieron el mantenimiento del PVL fijado, a pesar de la bajada del 20% del PVP. Así se acredita en el acta de la reunión mantenida entre el CGCOF y FENIN el 28 de febrero de 2011¹⁹³:

“Aplicación de lo establecido en el RDL 8/2010. Los fabricantes siguen suministrando los productos sanitarios sin asumir la reducción de precios establecida (7’5% en productos sanitarios y el 20% en AIO).”

Por otra parte, en 2011 se producen algunas desavenencias puntuales entre los fabricantes participantes en este cártel pues algunos de sus miembros parecen estar realizando actuaciones que otros consideran perjudiciales para la defensa a “capa y espada” del PVL fijado por ellos.

Así, en un correo electrónico fechado el 11 de marzo de 2011 remitido por el Coordinador del GTAIO, D. Jordi Bozal, a la Directora Técnica de FENIN se adjunta un fichero adjunto con las bonificaciones a farmacias ofertadas por una de las empresas miembros del GTAIO, señalando lo siguiente (énfasis añadidos)¹⁹⁴:

“Defendemos desde hace casi un año el mismo PVL 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.”

enviado el 15 de julio de 2010 por un directivo de Alliance Healthcare al Director General de FEDIFAR y a miembros del CGOF, recabado en la inspección del CGCOF (folios 5584 y 5585).

¹⁹³ Acta de la reunión de 28 de febrero de 2011 entre el CGCOF y FENIN, recabada en la inspección del CGCOF (folio 8603).

¹⁹⁴ 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). Destacado propio

Los **precios de los AIO dispensados por el canal farmacéutico son mucho más elevados** que los adquiridos en el canal institucional para pacientes en centros socio-sanitarios (aproximadamente un 50% superiores de media), como se ha constatado en los escritos de contestación de las Consejerías de Sanidad y/o Servicios de Salud de las CC.AA a los requerimientos de información de la DC, que confirman el ahorro que les supone la dispensación a pacientes a través del canal institucional con respecto al canal farmacia, al margen de eficiencia logística y calidad de la prestación para el paciente. Así, la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de la Generalitat Valenciana ha indicado lo siguiente¹⁹⁵:

“El número total de unidades de absorbentes suministradas desde la central de compras de la Conselleria a los pacientes institucionalizados en centros sociosanitarios en el año 2014, ha sido de 27.967.736 con un importe de 6.599.724,11 €, siendo por tanto el precio medio de la unidad de absorbente 0,24 €.

Si en los centros sociosanitarios, estas 27.967.736 unidades de absorbentes, se hubieran suministrado a través de receta médica oficial de la Conselleria de Sanidad, el coste para la administración hubiera sido de 13.424.513,28€. Por tanto, con el programa de suministro directo Supro, se ha generado un ahorro que en el caso de los AIO supone más de 6 millones de euros, un 50% aproximadamente.”

La Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León aportó los siguientes datos¹⁹⁶:

Denominación	Nº UDS / AÑO	PRECIO UNITARIO (SIN IVA)	IMPORTE MÁXIMO ESTIMADO ANUAL (SIN IVA)
Absorbente rectangular absorción 600/900	1.002.000,00	0,138	138.276,00
Absorbente anatómico absorción 600/900	17.727.000,00	0,149	2.641.323,00
Absorbente anatómico elástico absorción 600/900	140.000,00	0,207	28.980,00
Absorbente anatómico absorción 900/1200	2.866.000,00	0,178	510.148,00
Absorbente anatómico elástico absorción 900/1200	4.616.000,00	0,246	1.135.536,00
Absorbente anatómico absorción > 1200	1.119.000,00	0,207	231.633,00
Absorbente anatómico elástico absorción >1200	6.840.000,00	0,287	1.963.080,00
Total importe			6.648.976,00

Puede observarse como el ahorro obtenido por la diferencia entre el precio de licitación: 6.648.976 € y el de adjudicación (especificado en el apartado

¹⁹⁵ Contestación de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana al requerimiento de información (folios 12492 a 12495).

¹⁹⁶ Contestación de la Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León al requerimiento de información (folios 12504 a 12511).

2.e) de este informe) 6.209.258 €, ambos precios sin IVA, alcanza los 439.718 €.

Teniendo en cuenta los datos ofrecidos por la Dirección Técnica de Farmacia, si dichos AIO se hubiesen adquirido a través del canal farmacia, los precios habrían sido los siguientes:

Denominación	Nº Unidades/ año	Precio unitario (sin IVA) Farmacia	Importe máximo anual
Absorbente rectangular absorción 600/900	1.002.000,00	0,29	291.490,91
Absorbente anatómico absorción 600/900	17.727.000,00	0,35	6.123.872,73
Absorbente anatómico elástico absorción 600/900	140.000,00	0,35	49.636,36
Absorbente anatómico absorción 900/1200	2.866.000,00	0,50	1.433.000,00
Absorbente anatómico elástico absorción 900/1200	4.616.000,00	0,50	2.308.000,00
Absorbente anatómico absorción >1200	1.119.000,00	0,60	671.400,00
Absorbente anatómico elástico absorción >1200	6.840.000,00	0,60	4.104.000,00
		Total.....	14.981.400,00

En consecuencia, el ahorro obtenido a través de la Compra Centralizada será para 2015 de 8.151.217 € (resultado de restar al precio que se habría pagado a través del canal farmacia el precio de adjudicación, IVA incluido, especificado en el apartado 2.e) de este informe: 6.830.183,80€).”

El Servicio Gallego de Salud también aportó datos de ahorro comparando los precios de compra derivados de las licitaciones públicas para las unidades suministradas para pacientes en residencias socio-sanitarias en 2012 y los precios de dispensación en las oficinas de farmacia para determinadas categorías de AIO, resumiendo sus conclusiones en el siguiente cuadro¹⁹⁷:

Producto	Nº Paquetes de 80 ud.	Nº Unidades	Precio de adjudicación con IVA (10%)			Farmacias con IVA (Descuento aportaciones usuario y Concierto Colegios Farmacéuticos)		
			Precio unitario	Precio paquete 80	Total euros/año	Precio unitario	Precio paquete 80	Total euros/año
I	47.311	3.784.880	0,1595	12,76	603.688,36	0,33	26,42	1.249.956,62
II	11.990	959.200	0,185	14,8	177.452,00	0,48	38,45	461.015,50
III	32.309	2.584.700	0,2262	18,096	584.659,14	0,57	45,65	1.474.894,44
IV	804	64.320	0,264	21,12	16.980,48	0,27	21,98	17.671,92
V	12.465	997.200	0,2915	23,32	290.683,80	0,48	38,49	479.777,85
VI	90.575	7.246.000	0,3003	24,024	2.175.973,80	0,57	45,91	4.158.298,25
				Total	3.849.437,58		Total	7.841.614,58

¹⁹⁷ Contestación del Servicio Gallego de Salud al requerimiento de información realizado (folios 12590 a 12606).

Por tanto, el ahorro producido en 2012 debido al suministro directo de AIO por el Servicio Gallego de Salud a los residentes en centros socio sanitarios fue de 3.992.177,00 €”.

La Consejería de Sanidad del Gobierno del Principado de Asturias señaló lo siguiente en su escrito de contestación en relación a la adquisición de AIO para su dispensación a pacientes no hospitalizados¹⁹⁸:

“La adquisición centralizada de AIO para su dispensación a pacientes no hospitalizados por canales alternativos a la farmacia (...) presenta importantes ahorros respecto a la disposición a través del canal farmacia, tanto económicos como en términos de eficiencia logística y calidad de la prestación para el paciente:

Desde el punto de vista económico, el siguiente cuadro muestra la diferencia de precios existente entre ambos canales de dispensación, así como el ahorro generado en 2014 en el Servicio de Salud del Principado de Asturias:

Asorbentes (paquetes de 80)	2014				
	Precio SESPA	Cantidad	Precio Colegio	Cantidad	Ahorro SESPA
Pañal anatómico absorción alta	19,40 €	22.714,00	46,38 €	22.714,00	612.823,72 €
Pañal anatómico absorción moderada	18,64 €	17.571,00	38,64 €	17.571,00	351.420,00 €
Pañal anatómico absorción leve	13,39 €	5.447,00	22,84 €	5.447,00	51.474,15 €
Pañal anatómico con elásticos absorción alta	24,02 €	62.111,00	46,38 €	62.111,00	1.388.801,96 €
Pañal anatómico con elásticos absorción moderada	20,67 €	31.476,00	38,64 €	31.476,00	565.623,72 €
Pañal anatómico con elásticos absorción leve	18,40 €	1.668,00	27,40 €	1.668,00	15.012,00 €

Datos de ahorro similares respecto a la utilización del canal institucional para el suministro a pacientes en centros sociosanitarios se desprenden de la contestación remitida por el Servicio Cántabro de Salud¹⁹⁹:

“El suministro de AIO a través de los Contratos de Suministro y Distribución de AIO para pacientes institucionalizados en centros sociosanitarios, ha supuesto un ahorro efectivo estimado en:

¹⁹⁸ Contestación de la Consejería de Sanidad del Gobierno del Principado de Asturias al requerimiento de información realizado (folios 13227 a 13234).

¹⁹⁹ Contestación del Servicio Cántabro de Salud al requerimiento de información realizado (folios 13482 a 13487).

AÑO	AHORRO (€)
2014	1.542.518
2013	1.753.445
2012	1.606.604
2011	1.584.565
2010	1.311.844
2009	1.439.576
2008	1.250.008
2007	798.250

El ahorro ha sido calculado sobre el coste de la misma prestación a través de receta médica y dispensación en oficina de farmacia (PVP IVA). Muestra una media de ahorro para el sistema sanitario del 48%”.

Igualmente la Consejería de Salud del Gobierno de Navarra ha aportado datos que cuantifican el ahorro económico obtenido en el año 2014 por la dispensación de los AIO a los residentes en centros socio-sanitarios a través del canal institucional en vez del canal farmacia²⁰⁰:

Modelo AIO	Unidades consumidas Año 2014	Precio adjudicación Euros	Precio Nomenclator Euros	Diferencia precio Euros	Ahorro Euros
Día rectangular	214.480	0,1674	0,3244	0,157	33.673
Día anatómico	964.320	0,1773	0,3893	0,212	204.435
Día anatómico con elásticos	11.600	0,231	0,3893	0,1583	1.836
Noche anatómico	666.000	0,2112	0,5489	0,3377	224.908
Noche anatómico con elásticos	1.754.880	0,2915	0,5489	0,2574	451.706
Supernoche anatómico	225.120	0,2365	0,6588	0,4223	95.068
Supernoche con elásticos	1.298.560	0,3135	0,6588	0,3453	448.392
TOTAL	5.134.960				1.460.020

➤ **Estrategias de mantenimiento del suministro de AIO para pacientes no hospitalarios a través del canal farmacia.**

Para la consecución del objetivo de mantener el suministro de los AIO a pacientes no hospitalarios a través del canal farmacéutico, tras la fijación del PVL, las empresas miembros del GTAIO concertaron en el seno de dicho grupo tanto los términos de las negociaciones llevadas a cabo con el resto de agentes como la línea a seguir respecto a los concursos públicos convocados por diferentes Administraciones sanitarias para la adquisición y posterior suministro de AIO a pacientes no hospitalizados, acordando la presentación de recursos administrativos y contencioso-administrativos contra los concursos públicos convocados a partir de los años '90, primero por el INSALUD y

²⁰⁰ Contestación de la Consejería de Salud del Gobierno de Navarra al requerimiento de información (folios 13531 a 13533).

posteriormente por las Administraciones sanitarias autonómicas²⁰¹, con la intención de frenar o al menos demorar dichos expedientes de licitación pública para suministro de AIO a residencias, centros de salud y ambulatorios.

El 11 de noviembre de 1995 el INSALUD convocó un concurso de suministro DT 5/95 de AIO para la adquisición de este material, marcando las mismas especificaciones técnicas de los productos incluidos en la prestación farmacéutica, que sería entregado por los fabricantes directamente a los centros dependientes de INSALUD. El precio para la adjudicación del concurso se fijó unilateralmente por el INSALUD resultando ser extremadamente bajo según criterio de los fabricantes y a través de FENIN se presentó recurso contencioso-administrativo²⁰². Este recurso fue finalmente desestimado por el Tribunal Supremo²⁰³. La convocatoria de este concurso junto con la posterior publicación del RD 9/1996²⁰⁴ marcaron el comienzo de la actuaciones seguidas por los fabricantes para conseguir mantener los AIO destinados a pacientes no hospitalizados en el canal farmacia, centradas por una parte en las negociaciones con los otros agentes de la cadena para fijar los márgenes de los AIO dispensados a través del canal farmacia, analizadas con anterioridad y, por otra, en la interposición de recursos administrativos y/o contencioso-administrativos frente a los concursos públicos para la adquisición y suministro directo de AIO.

De hecho, el acuerdo firmado en el ámbito del INSALUD en 1997 tenía como objetivo prioritario el mantenimiento de la dispensación de AIO a través del canal farmacia.

Así, el 11 de abril de 1997 el Coordinador del GTAIO envió un fax con asunto "PROPUESTA SIGUIENTES PASOS NEGOCIACIÓN INSALUD" a MÖLNLYCKE, INDAS, HARTMANN, FENIN y FEFE en el que señalaba que este acuerdo garantizaría la comercialización de AIO a través del canal farmacia, explicitando los objetivos perseguidos frente al concurso de suministro DT 5/95 de AIO convocado por el INSALUD²⁰⁵:

“(…) 2. Garantizarnos inmediatamente la vuelta de todos los absorbentes de incontinencia a la Farmacia para dispensación a los pacientes domiciliarios (+/- 70% mercado)

3. Creación de un grupo de trabajo para discutir abiertamente soluciones de futuro sin límite:

- Características técnicas de productos.

²⁰¹ Documento denominado “HISTÓRICO ABSORBENTES COMO PRESTACIÓN FARMACÉUTICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL”, recabado en la inspección realizada en la sede de INDAS (folios 1771 a 1781).

²⁰² Documento “Exposición de Motivos. Absorbentes de Incontinencia de Orina”, recabado en la inspección de FENIN (folios 3329 y 3330).

²⁰³ Sentencia del TS de 26 de octubre de 2004, nº recurso 3652/2000, confirmando la sentencia de 3 de diciembre de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el recurso contencioso administrativo 2642/95.

²⁰⁴ Real Decreto 9/1996, de 15 de enero, por el que se regula la selección de los efectos y accesorios, su financiación con fondos de la Seguridad Social o fondos estatales afectos a la sanidad y su régimen de suministro y dispensación a pacientes no hospitalizados.

²⁰⁵ Fax de 11 de abril de 1997 aportado por el solicitante de exención del importe de la multa (folios 888 y 889).

- Participación en el redactado de nuevos concursos de homologación, diferenciando canales y precios para los mismos.
- Posibilidad de dejar el concurso de homologación como un marco de referencia y volver el suministro de AI., incluyendo residencias privadas, a las Farmacias en función del descuento global propuesto.
- Plantear criterios de racionalización y prescripción.
- Y un largo etcétera...

OBJETIVO:

(...) 1. Descuento del 11'5% de la facturación de las recetas de AI a partir del mes de Mayo hasta Septiembre (periodo transitorio).

2. Que el 5/95 quede atenuado, no extendiéndose su aplicación a suministros de Centros de Salud y domiciliarios, posibilitando incluso la entrega de AI. A pequeñas residencias privadas a través de las Farmacias hasta Septiembre (...)."

En el Informe de la reunión del GTAIO de 2 de diciembre de 1997 constan los acuerdos adoptados respecto a los concursos públicos²⁰⁶:

“Acuerdo N°1: Mantener los niveles máximos del concurso 5/95 en todas las convocatorias a nivel del INSALUD.

Acuerdo N°2: Posponer hasta la celebración de una nueva sesión del grupo de trabajo la respuesta a D. [Subdirector de Obras, Suministros e Instalaciones del INSALUD] en relación a los límites máximos para el nuevo concurso en el área hospitalaria.”

En la reunión del GTAIO de 13 de enero de 1998 se explicitan los objetivos del mantenimiento de la distribución de los AIO a través del canal farmacia y la impugnación de los concursos que pudieran convocarse²⁰⁷:

“(...) Sus objetivos (...) se centran en el mantenimiento de la distribución de los AIO a través de las Oficinas de Farmacia con un nivel de reembolso lo más rentable posible (...)

[Representante de INDAS y Presidente de ANFAMS] informa que uno de los acuerdos del grupo es la impugnación de todos aquellos concursos que tengan elementos que justifiquen dicha actuación (...) asumiendo el costo a partes iguales entre todos los componentes del Grupo.”

La importancia para los fabricantes de que el acuerdo adoptado en el territorio INSALUD en mayo de 1997 fuese definitivo queda patente en el documento “PROPUESTA DE ACTUACIÓN DESBLOQUEO ACUERDO MARCO ASOCIACIONES-INSALUD”, de abril

²⁰⁶ Informe de la reunión del GTAIO de 2 de diciembre de 1997, aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información efectuado (folio 6603).

²⁰⁷ Informe de la reunión del GTAIO de 13 de enero de 1998, recabado en la inspección de FENIN (folios 10356 a 10360) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6596 a 6600).

de 1998 remitido al Secretario General de FENIN y firmado por el Coordinador del GTAIO, cuyo objetivo es²⁰⁸:

“(...) 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”.

La consecución este acuerdo definitivo es un elemento determinante que evitará la convocatoria de concursos, en beneficio de la dispensación de AIO a través del canal farmacia:

“Nuestros objetivos, como empresas fabricantes de AI representadas en FENIN, deben ser:

1. Conseguir y propiciar la firma de un Acuerdo DEFINITIVO entre la Corporación Farmacéutica y el Insalud. antes del 1 de Julio, que evite la convocatoria de concursos al amparo de la legislación vigente, lo que afectará a la calidad asistencial y la prestación del producto, preconizando la dispensación farmacéutica, como la mejor alternativa al modelo de concursos (...)”.

Este documento será compartido con los fabricantes miembros de GTAIO en la reunión de 13 de mayo de 1998, adjuntándose como anexo al informe de dicha reunión, en el cual se destaca el “(...) mérito de este grupo de trabajo ya que gracias a su actuación proactiva ha mantenido la distribución de estos productos a través de las Oficinas de Farmacia impidiendo su salida hacia los Centros de Atención Primaria”, siendo uno de los objetivos del GTAIO garantizar la “coherencia negociadora” ante la Administración²⁰⁹:

“3.1. Coherencia negociadora.

(...) uno de los temas de debate de este foro de trabajo así como uno de sus objetivos ha sido la necesidad de mantener una postura de coherencia evitando actuaciones que la Administración pueda tomar como punto de referencia para futuras negociaciones.”

La falta de autonomía de los fabricantes en relación con la interposición de recursos frente a licitaciones públicas para la adquisición de AIO queda acreditada en el informe de la reunión del GTAIO que tiene lugar el 13 de mayo de 1998 cuando se refiere a la actuación de INDAS, adjudicataria de un concurso en Canarias, frente al que ha interpuesto recurso-contencioso FENIN y cuando la citada empresa se persona en el

²⁰⁸ “PROPUESTA DE ACTUACIÓN DESBLOQUEO ACUERDO MARCO ASOCIACIONES-INSALUD”, recabado en la inspección de FENIN (folios 3327 y 3328) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento realizado (folios 6590 y 6591).

²⁰⁹ Informe de la reunión del GTAIO de 13 de mayo de 1998 (folios 6585 a 6589) y documento adjunto denominado PROPUESTA DE ACTUACIÓN DESBLOQUEO ACUERDO MARCO ASOCIACIONES-INSALUD (folios 6590 a 6591), aportados por FENIN en contestación al requerimiento de información efectuado.

procedimiento en contra de FENIN y desde dicha Federación se le piden explicaciones, abandona su posición, “manteniendo su adhesión al acuerdo adoptado por FENIN”²¹⁰.

En la reunión del GTAIO de 8 de octubre de 1998 se acuerda negar el suministro, tras la solicitud realizada por el Servicio Valenciano de Salud (SERVASA) a varias empresas adjudicatarias de un concurso para el suministro de AIO en dicha CA para que suministren dichos productos a residencias privadas y domicilios particulares²¹¹:

“(...) coincidiendo todos en la negativa a la entrega domiciliaria y estableciéndose divergencias en cuanto al suministro a residencias privadas (...)

En este sentido se adopta como Acuerdo N°4 que FENIN remita la carta preparada por la Asesoría Jurídica enviando copia a las empresas con objeto de que, en base a ese escrito, las empresas respondan a la solicitud cursada por el Servicio de Servicios y Asistencia Farmacéutica de la citada Consejería negándose a dicho suministro”.

En relación con esta iniciativa, en un fax del Coordinador del GTAIO a la Directora Técnica de FENIN de 28 de octubre de 1998 se indica²¹²:

“El lunes 26 se mantuvo una reunión (...) con la Consellería de Sanitat Valenciana (...).

El objetivo es neutralizar las entregas de AI a las residencias privadas y algunos domicilios, amparándose en un concurso de homologación (...).”.

Y con la conformidad de los fabricantes, FENIN interpuso recurso contra el citado concurso (CP 300/98), colaborando las empresas en el pago de la factura del despacho de abogados²¹³.

En 1999 las empresas miembros del cártel siguen adoptando acuerdos en el seno del GTAIO para mantener una postura común en relación con los concursos públicos (canal institucional). Así se evidencia en el Informe de la reunión del GTAIO celebrada el 29 de septiembre de 1999, en el que se indica²¹⁴:

“1. Coherencia en los descuentos tanto en la entrega domiciliaria como en las residencias.

²¹⁰ Informe de la reunión del GTAIO de 13 de mayo de 1998, aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folio 6588).

²¹¹ INFORME DE LA REUNIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO DE ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA celebrada el 8 de octubre de 1998, aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folio 6534).

²¹² Fax de 28 de octubre de 1998, aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folio 897).

²¹³ Faxes de 27 de octubre de 1998, recabados en una carpeta denominada “CARPETA GTAIO 5. IMPUGNACIONES Y CONCURSOS” recabada en la inspección de FENIN (folios 3095 a 3101) e INFORME DE LA REUNIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO DE ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA celebrada el 2 de diciembre de 1998, aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folio 6526).

²¹⁴ Informe de la reunión del GTAIO celebrada el 29 de septiembre de 1999 aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folio 904), recabado en la inspección de FENIN (folios 10397a 10398) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información efectuado (folio 6484).

2. Mantener la misma posición en próximas convocatorias de concursos públicos.”

En la reunión celebrada el 6 de octubre de 1999 se solicita a ONTEX, que según consta acaba de adquirir ID MEDICA ESPAÑA y ha entrado a formar parte también del GTAIO, que aclare su postura respecto a los objetivos del GTAIO²¹⁵:

“El Sr. [representante de SCA] dice que los objetivos de trabajo del grupo le dan cohesión y es necesario conocer la postura de ID MEDICA ESPAÑA en el tema que nos ocupa, y a nivel general sobre los principios que rigen el grupo: defensa del sistema de reembolso, canal de distribución farmacéutica, etc.

El Sr. [representante de INDAS] insiste en esta misma línea de trabajo solicitando a los representantes de ID MEDICA ESPAÑA su posición favorable a la línea estratégica del grupo (...).

El Sr. [representante de A&A] indica que en algunos casos para conseguir los objetivos trazados es imprescindible la vía legal para disponer de jurisprudencia que sirva de aval para encauzar los temas. Alude a las sentencias favorables de Baleares, etc. que sirven como referencia de trabajo, y como justificación de la orientación positiva del grupo.”

La denominada “vía legal” consiste precisamente en la interposición recursos administrativos y/o contencioso-administrativos para conseguir frenar la convocatoria de concursos públicos o su adjudicación para el suministro de AIO, como parte de su estrategia para mantener la dispensación de AIO a través del canal farmacia. Así, en la reunión del GTAIO celebrada el 11 de noviembre de 1999, la Directora Técnica de FENIN presentó la propuesta de la asesoría jurídica sobre el concurso convocado por Resolución núm. 1258/99 del Servicio Navarro de Salud por la que²¹⁶:

“(...) recomiendan su impugnación al alterar el canal de dispensación farmacéutico”.

Con relación a dicho concurso, en el Informe de la reunión del GTAIO de 22 de diciembre de 1999 se solicita a ONTEX que aclare su posición respecto a la interposición de dicho recurso a lo que su representante contesta indicando que²¹⁷:

“(...) En relación con el Concurso de Navarra señala que en su opinión **la forma de ir en contra de los concursos es no presentándose a los mismos.**” [énfasis añadido]

²¹⁵ Informe de la reunión del GTAIO de 6 de octubre de 1999, recabado en la inspección de FENIN (folios 2656 a 2659) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información efectuado (folios 6471 a 6474).

²¹⁶ Informe de la reunión del GTAIO celebrada el 11 de noviembre de 1999, recabado en la inspección realizada en la sede de FENIN (folios 2678 a 2681) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folio 6466).

²¹⁷ Informe de la reunión del GTAIO celebrada el 22 de diciembre de 1999, recabado en la inspección realizada en la sede de FENIN (folio 10398) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6453 y 6454).

No obstante, consta en el citado informe que el resto de las empresas consideran que la interposición de dicho recurso es un mecanismo para el cumplimiento de los objetivos comunes de los integrantes del GTAIO:

“(…) Por parte de los presentes se indica que a pesar de la situación de competencia de las empresas que integran este grupo, el objetivo de estas reuniones es compartir las ideas básicas del grupo y poner en marcha los mecanismos necesarios para el cumplimiento de los objetivos suscritos por todos los integrantes de este grupo de trabajo. En relación con el concurso de Navarra se clarifica que existen determinados acuerdos que no pueden ser adoptados por las empresas y si la Asesoría Jurídica considera que existen elementos de impugnación, el grupo de trabajo toma en consideración interponer el correspondiente recurso.”

En relación con la interposición de dicho recurso constan en el expediente los faxes donde se solicita a los miembros del GTAIO, a excepción de ONTEX, su conformidad con respecto tanto a la interposición de este recurso como a la colaboración en el pago de su factura²¹⁸.

En el año 2004, los COF de Galicia informaron a los fabricantes de que el Servicio Gallego de Salud (SERGAS) pretendía convocar un concurso público para suministro de AIO a pacientes domiciliarios debido a las diferencias de precios entre el canal farmacéutico y el institucional, si bien, según consta en el informe de la reunión del GTAIO celebrada el 1 de abril de 2004, al final dicho concurso no llegará a celebrarse manteniéndose la dispensación de los AIO a través del canal farmacia mediante su inclusión en el Concierto de un descuento del 14% sobre el PVP²¹⁹:

“(…) la idea del SERGAS era la publicación de un Concurso Público para el suministro de los AI de ámbito domiciliario, dadas las diferencias que han encontrado entre el PVP de los AI distribuidos a través de Oficina de Farmacia y de los precios de estos mismos productos cuando los adquieren mediante Concursos Públicos.

(…) finalmente la corporación farmacéutica ha llegado a un acuerdo con el SERGAS en materia de AI por el cual se mantiene la distribución a través de Oficina de Farmacia, vía receta, con una cesión de un 14% sobre el PVP, debiendo aportar la industria por tanto un punto adicional.”

A partir de finales de 2010 y tras la aprobación del RDL 8/2010, los fabricantes miembros del cártel del GTAIO muestran de nuevo una creciente preocupación por las convocatorias de licitaciones públicas para la adquisición de AIO realizadas por diversas CC.AA, puesto que la extensión de este sistema de adquisición de AIO a través de concursos podría llegar a suponer la salida definitiva de los AIO del canal farmacia y, con

²¹⁸ Faxes fechados el 12 de enero de 1999 relativos a la impugnación del concurso de suministro de AIO convocado por el Servicio Navarro de Salud, recabados en una carpeta denominada “CARPETA GTAIO 5. IMPUGNACIONES Y CONCURSOS” en la inspección de FENIN (folios 3042 a 3048).

²¹⁹ INFORME DE LA REUNIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO DE "ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA" de 1 de abril de 2004, recabado en la inspección de FENIN (folios 10435 a 10437) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folio 6405).

ello, la imposibilidad de mantener el PVL acordado en 1997. Para frenar estas convocatorias deciden interponer recursos a través de FENIN, como ha manifestado el solicitante de clemencia²²⁰ y se corrobora en el correo electrónico interno de A&A de 13 de diciembre de 2010, en el que se adjunta un informe en el que se indica con relación a los concursos convocados por diversas CC.AA que el objeto es²²¹:

"(...) 1) ser consistentes con el mensaje que como A&A y representantes del Grupo de AI de Fenin hemos mantenido estos últimos 7 meses, defendiendo los PVL pre RD. (...). El precio de licitación de los concursos de las CCAA, puede marcar la expectativa de precios de las administraciones Estatales/Autonómicas y afectar/contaminar un posible margen en el próximo y prometido RD.

2) (...) a la vista de las convocatorias [de concursos para la adquisición de AIO por las comunidades autónomas], se ha decidido en el Grupo de AI de Fenin, recurrir las convocatorias en las que se identifique base legal para hacerlo."

Todos los recursos interpuestos por FENIN en materia de AIO a partir de diciembre de 2010 constan en el "Informe sobre los recursos interpuestos por el Grupo de Trabajo de Absorbentes de Incontinencia de Orina en el año 2010"²²², elaborado por la Directora Técnica de FENIN, que se va actualizando y enviando a los miembros del GTAIO periódicamente.

Así, la Directora Técnica de FENIN convoca a los miembros del GTAIO para que decidan sobre la impugnación de concursos públicos, como consta en un correo electrónico de 2 de diciembre de 2010, en el que la Directora Técnica de FENIN se dirige a los miembros del GTAIO informándoles de que la asesoría jurídica ha analizado los pliegos de un concurso convocado por la Comunidad Autónoma de Extremadura y está analizando los de otro convocado en Navarra²²³.

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 GTAIO²²⁴:

²²⁰ Información aportada por A&A en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 469).

²²¹ Correo electrónico interno de A&A de 13 de diciembre de 2010, adjuntando el documento denominado Informe quincenal área productos de incontinencia (29 noviembre-10 diciembre), aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folio 13953).

²²² Documento denominado "Informe sobre los recursos interpuestos por el Grupo de Trabajo de Absorbentes de Incontinencia de Orina en el año 2010", fechado el 15 de julio de 2011, aportado por el solicitante de exención (folios 828 a 830).

²²³ 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).

²²⁴ 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, recabados en la inspección de SCA (folios 10720 a 10723).

“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.”

En el mismo sentido, en las inspecciones de FENIN²²⁵, INDAS²²⁶ y SCA²²⁷ 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.

Por otra parte, las asesorías jurídicas de A&A, INDAS y FENIN redactaron unos modelos de aportaciones económicas de las empresas para presentar a la Administración, cuyo objetivo era evitar la convocatoria de concursos²²⁸:

“Tal y como acordamos en la última reunión del GT de AI, adjunto remito los dos modelos de aportaciones de las empresas de AI a la financiación y sostenibilidad del sistema sanitario elaborados por las Asesoría Jurídica de FENIN, de ANFAMS y de A& A con el fin de que se mantenga el nivel de la prestación y el canal de la oficina de farmacia y evitar, e la medida de los posible, la convocatoria de concursos públicos.”

Igualmente existen otros elementos de prueba que acreditan que el principal objeto de estos recursos no es el cumplimiento de la legalidad, sino fundamentalmente el bloqueo de expedientes de licitación pública para la adquisición de AIO, como el correo

²²⁵ 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).

²²⁶ Documento denominado Derramas GT 070213.xlsx adjunto al correo electrónico remitido el 7 de febrero de 2013 por la Directora Técnica de FENIN a los miembros del GTAIO, en copia oculta (folio 7538) y documento denominado Cuadro derramas 090913.xlsx adjunto al correo electrónico remitido el 10 de septiembre de 2013 por la Directora Técnica de FENIN a los miembros del GTAIO, en copia oculta (folio 7749), recabados en la inspección de INDAS.

²²⁷ Documento denominado CUADRO IMPUGNACIONES GT AIO 2012 feb.doc.pdf adjunto al correo electrónico remitido el 28 de febrero de 2012 por la Directora Técnica de FENIN a los miembros del GTAIO, en copia oculta (folio 10847) y documento denominado Derramas GT 070213.xlsx adjunto al correo electrónico remitido el 7 de febrero de 2013 por la Directora Técnica de FENIN a los miembros del GTAIO, en copia oculta (folio 10928), recabados en la inspección de SCA.

²²⁸ 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).

electrónico interno de A&A de 2 de mayo de 2011, indicando el Coordinador del GTAIO lo siguiente²²⁹:

“(...) desde mi pto de vista se repite el mismo peligro/problema de otras convocatorias recientes de CCAA.

1/ Los AI. Que admiten o solicitan, son los mismos que los que están incluidos en la financiación/prestación farmacéutica.

2/ en cto a los lugares de entrega, estamos de nuevo ante la peligrosa indefinición (...)

En definitiva considero que debemos iniciar las acciones necesarias para aclarar y o bloquear esta convocatoria si previamente no se determina que serán objeto de suministro Únicamente centros públicos (...)

Si no lo hacemos estaremos dando por bueno que el SERGAS fija un PVL de los AI para las residencias”.

También consta el correo electrónico remitido por la Directora Técnica de FENIN a todos los miembros del GTAIO el 4 de mayo de 2011 relativo a la posible interposición de recurso contencioso-administrativo contra el citado Acuerdo Marco convocado por el SERGAS, para bloquear dicho expediente, indicando textualmente que²³⁰:

“Si lo que se pretende es bloquear este expediente, lo estratégicamente más adecuado sería interponer directamente el contencioso, en plazo en que ya no sea posible al SERGAS rectificar los pliegos (....), solicitando la medida cautelar de suspensión (...)”.

En 2012 algunas CC.AA, concretamente Cantabria, Castilla-León y Valencia, comenzaron a realizar experiencias piloto de entrega domiciliaria de AIO entre sus medidas de ahorro y racionalización del gasto farmacéutico. Para tratar de frenar dichas actuaciones y evitar el efecto contagio con otras CC.AA, los fabricantes condicionaron a través de FENIN la retirada de los recursos contencioso-administrativos interpuestos a la eliminación de estos proyectos de ahorro de las diversas Administraciones.

Así por ejemplo, en el caso de Cantabria, 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 siguiente²³¹:

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

²²⁹ Correo electrónico interno de A&A con asunto RE: AM SERGAS fechado el 2 de mayo de 2011, aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folio 241).

²³⁰ Correo electrónico remitido el 4 de mayo de 2011 por la Directora técnica de FENIN a los miembros del GTAIO, en copia oculta, aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 244 y 245).

²³¹ Informe reunión Consejera de Sanidad de Cantabria y reunión Presidenta del COF de Cantabria recabado en la inspección de FENIN (folios 9593 a 9594).

(...) 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.”

Por otra parte, como reacción a la iniciativa emprendida por la Administración Sanitaria de Castilla-León destinada a distribuir los AIO directamente a domicilio, evitando la dispensación por el canal farmacéutico, 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 PVP²³²:

Conjunto de Efectos y Accesorios (CEA) de CYL Ago,2012

% MGN s/PVP S.I.		Absorb. Inc.Orina Sup-Noc Anat Elast T.GRANDE 80 u. B03805	Absorb. Inc. Orina Día Anat 80 u. B03772	
		PVP I.I.(*)	10	51,74
		PVP S.I.	47,04	27,79
28,4%		PV F armacia (**)	37,18	21,97
		PV L aboratorio	35,03	20,70
		Bonif. Media -10	-3,50	-0,73
		PV M edio real	31,53	19,97

(*) Incluye el tipo de IVA 10%

(**) PVF Cofares. Podría haber diferencias con otros almacenes.

Los fabricantes, representados por FENIN, contactarán con los farmacéuticos, representados por el CGCOF, presentando este documento en la reunión celebrada el 14 de diciembre de 2012 en la sede de CGCOF, en la que participaron representantes del CGCOF, de los COF de Castilla-León y Cantabria, la Directora Técnica de FENIN y

²³² Documento 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).

los miembros del GTAIO²³³. En un correo electrónico interno de A&A fechado el 18 de diciembre de 2012 se alude a esta reunión señalando lo siguiente²³⁴:

“Se consiguió el objetivo de aunar esfuerzos entre los fabricantes y las farmacias para convencer al Ministerio de que no es eficiente la dispensación de AIO directamente a los pacientes.

Es un primer paso. En enero debemos preparar una reunión entre los fcos. y las consejerías cántabra y castellanoleonesa para **frenar sus intenciones de ahorro** por entrega directa.” [énfasis añadido]

Que la intención de los fabricantes miembros del GTAIO cuando interponen un recurso a través de FENIN es paralizar o al menos demorar la entrada en vigor de los expedientes de contratación pública se evidencia de nuevo en un correo electrónico interno de SCA que resume la reunión del GTAIO celebrada el 11 de febrero de 2013 y que, en relación al Acuerdo Marco del INGESA, señala lo siguiente²³⁵:

“- Se planteará directamente un recurso contencioso administrativo, ya que si se interpusiera uno especial en materia de contratación podrían corregir los pliegos con nuestras alegaciones y en 4 meses estar publicando una versión nueva.”

En esta etapa en FENIN son mucho más cuidadosos en el modo en que se redactan las actas y además éstas suelen ser revisadas por su asesoría jurídica interna antes de ser remitidas a los miembros del GTAIO.

Así, el abogado interno de FENIN responde a la Directora Técnica de FENIN en relación con el informe de la reunión del GTAIO de 29 de mayo de 2013 instándola a hacer resúmenes menos detallados y señalando lo siguiente²³⁶:

“(…) me veo en la necesidad de pedirlos que cuidéis mucho los mensajes que se puedan estar dando sobre este asunto, con la finalidad de que no puedan ser malinterpretados y se pueda percibir que participamos de una coordinación de distintos agentes para no sacar adelante un proyecto jurídicamente válido (…)”.

Así, el informe redactado por la Directora Técnica de FENIN es corregido por el abogado interno de FENIN, que eliminó aquellas frases que podían resultar conflictivas desde el punto de vista del cumplimiento de la normativa de competencia, sustituyéndolas por otras de carácter más neutro, como se constata en el documento adjunto al citado correo

²³³ Correo electrónico con asunto Re: Documento AIO presentado en la reunión del 14 diciembre en la sede del CGCOF, remitido el 26 de diciembre de 2012 por el Vicepresidente del CGCOF a la Directora Técnica de FENIN con copia a representantes del COF de Cantabria y del CGCOF así como a A&A, SCA, HARTMANN, INDAS, ONTEX, BARNA, TEXPOL y a la Secretaria General de FENIN, recabado en la inspecciones de INDAS (folio 7485) y del CGCOF (folios 5488 a 5503).

²³⁴ Correo electrónico interno de A&A de 18 de diciembre de 2012, aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folio 323).

²³⁵ Correo electrónico interno de SCA de 13 de febrero de 2013, con asunto Minutes R FENIN_11 Feb 2013, recabado en la inspección de SCA (folio 10929).

²³⁶ Correo electrónico remitido el 30 de mayo de 2013 por el abogado de FENIN a la Directora Técnica de FENIN y al Coordinador del GTAIO, recabado en la inspección de FENIN (folio 9790).

electrónico, en el que el abogado interno de FENIN realiza una serie de correcciones que marca en amarillo y tacha aquellas frases que considera que se deben eliminar, añadiendo destacadas en amarillo aquellas otras por las que debe sustituirse²³⁷:

“Con la finalidad de que puedan manifestar su posición al respecto, se propone solicitar al Ministerio la participación de FEDIFAR en dicha reunión y la posibilidad de contactar previamente con el CGCOF y FEDIFAR para conocer cuál es su posición en relación con las iniciativas puestas en marcha por las diferentes CCAA y poder llevar una posición consensuada a la reunión.” (...)

Se propone la posibilidad 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 con la finalidad de **que puedan ser tenidas en consideración para que pueda servir como argumentos de la industria contra las manifestaciones publicadas** por la Agencia Valenciana de Salud en relación con el ahorro y las ventajas que supone la entrega domiciliaria de estos productos y, si se considera oportuno, elaborar una nota de prensa para enviar a los medios”.

El 26 de julio de 2013 la Directora Técnica de FENIN envió un correo electrónico al Coordinador del GTAIO y al asesor jurídico interno de FENIN con determinados párrafos resaltados en amarillo para su revisión antes de su envío a los miembros del GTAIO, en el que se resumen una serie de reuniones mantenidas con FEDIFAR, con el CGCOF y con el INGESA, señalando lo siguiente²³⁸:

“(Asesor jurídico interno de FENIN) he marcado en amarillo los párrafos que me parecen más delicados desde el punto de vista de competencia así como la información que te ha dado hoy (...)”.

Dicho correo electrónico es revisado y corregido por el asesor jurídico de FENIN, que propone una redacción alternativa en la que se eliminan, completan o modifican todos aquellos párrafos cuyo contenido pudiera suponer una vulneración del Derecho de la Competencia.

A modo de ejemplo el párrafo redactado por la Directora Técnica de FENIN indicaba “La idea es consensuar un nuevo modelo que tanto las CCAA como el Ministerio puedan aceptar, y poder detener las distintas iniciativas de entrega a domicilio, concursos públicos o agrupaciones homogéneas que ya se han puesto en marcha a nivel regional”, y una vez revisado por el asesor jurídico de FENIN dicho párrafo indicaba: “El Ministerio de Sanidad quiere estudiar la posibilidad de implementar un nuevo modelo, válido tanto para las CCAA como para el Ministerio que permita homogeneizar la forma en que los

²³⁷ Versión corregida por el abogado interno de FENIN del Informe de la reunión del GTAIO de 29 de mayo de 2013 adjunta al correo electrónico remitido el 30 de mayo de 2013 por el abogado interno de FENIN a la Directora Técnica de FENIN y al Coordinador del GTAIO (folios 9792 y 9793) y enviada por correo electrónico el 31 de mayo de 2013 por la Directora Técnica de FENIN a A&A, SCA, INDAS, HARTMANN, ONTEX, BARNA, ALBASA y TEXPOL (folios 9798, 9800 y 9801), recabados en la inspección de FENIN.

²³⁸ Correo electrónico con asunto Informes reuniones miércoles 24 julio y reunión GT AIO 5 ó 6 septiembre, enviado el 26 de julio de 2013 por la Directora Técnica de FENIN al Coordinador del GTAIO y al asesor jurídico de FENIN, recabado en la inspección de INDAS (folios 7564 y 7565).

AIOs se ponen a disposición de los usuarios, pues en la actualidad existen diferentes métodos a nivel regional”²³⁹. Finalmente, una vez corregido según las directrices dadas para eliminar de dicho documento aquellas cuestiones que podrían confirmar su vulneración del Derecho de la Competencia, la Directora Técnica de FENIN envió el correo electrónico a los miembros del GTAIO el 31 de julio de 2013²⁴⁰.

Por todo lo señalado la DC entiende acreditado que las empresas del GTAIO de FENIN -A&A (actual P&G ESPAÑA), INDAS, SCA, HARTMANN, ONTEX (actual ONTEX ID), TEXPOL/ALBASA y BARNA IMPORT-, con la colaboración de la propia FENIN, han formado parte de un cártel de fijación del precio de venta de laboratorio (PVL) 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 institucional, al menos, hasta enero de 2014, coincidiendo con las inspecciones realizadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- COMPETENCIA PARA RESOLVER

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete “*aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia*”. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de “*resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio*”, y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “*la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio*”.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento sancionador corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

En el presente expediente sancionador esta Sala debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la DC, que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución,

²³⁹ Cadena de correos electrónicos con asunto Re: Informes reuniones miércoles 24 julio y reunión GT AIO 5 ó 6 septiembre intercambiados por la Directora Técnica de FENIN, el abogado de FENIN y el Coordinador del GTAIO, fechados entre el 26 y el 30 de julio de 2013, recabados en la inspección de INDAS (folios 7563 a 7565).

²⁴⁰ Correo electrónico con asunto Propuesta fecha reunión GT AIO 6 septiembre e informes reuniones semana pasada, enviado el 31 de julio de 2013 por la Directora Técnica de FENIN a SCA, HARTMANN, INDAS, ONTEX, BARNA, ALBASA y TEXPOL, recabado en las inspecciones de FENIN (folios 9825 a 9826) y SCA (folios 10941 a 10942).

si las prácticas investigadas constituyen una infracción de los artículos 1 de la LDC 1989 y de la LDC 2007, así como del artículo 101 del TFUE, consistente en acuerdos de fijación de precios así como de las condiciones de distribución y dispensación de AIO financiados por el SNS destinados a pacientes no hospitalizados. Conforme a la instrucción realizada por la DC, las empresas y la Federación incoada, así como las personas físicas a las que se extiende la incoación habrían acordado *“la fijación del PVL de los AIO financiados por el SNS y distribuidos a través del canal farmacia y su mantenimiento hasta enero de 2014 así como la implementación de una estrategia destinada a evitar o al menos retrasar el suministro de AIO a pacientes no hospitalizados a través del canal institucional en sustitución del canal farmacéutico mediante la interposición de recursos administrativos y/o contencioso-administrativos frente a las licitaciones públicas convocadas por las Autoridades Sanitarias para la adquisición y posterior entrega directa de AIO a pacientes no hospitalizados.”*

En lo relativo a la normativa aplicable, de acuerdo con la Disposición transitoria primera de la LDC, los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio, lo que no obsta en caso de infracciones continuadas realizadas durante la vigencia de la anterior Ley de Defensa de la Competencia, Ley 16/1989, y la actualmente vigente, a que la calificación de las prácticas descritas se realice teniendo en cuenta los períodos de vigencia de cada una de estas Leyes.

La DC considera que la conducta analizada es una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC. Entiende la DC que dicha conducta se corresponde con la definición legal de cártel, en cuanto que consistió en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de precios así como de las condiciones de distribución comercial. Se trataría por tanto de una infracción muy grave, con una extensión en el tiempo que varía de unos incoados a otros.

Como ha señalado reiteradamente el Consejo de la CNC en sus resoluciones²⁴¹, criterio que esta Sala de competencia comparte plenamente (recientemente, en la Resoluciones de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 Palés, y de 4 de diciembre de 2014, Expte. S/0453/2 Rodamientos Ferroviarios), resultaría indiferente aplicar uno u otro precepto legal debiendo optarse por una de las dos leyes si bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, deberá ser aquella que sea más beneficiosa para el infractor en el caso concreto, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable.

El carácter más favorable de la aplicación de la Ley 15/2007 ha sido reconocido en anteriores ocasiones no sólo por el Consejo de la CNC y de la CNMC sino también por la Audiencia Nacional, que en su sentencia de 2 de abril de 2014 (recurso 194/2011, de L'OREAL ESPAÑA S.A. y L'OREAL S.A.), ha señalado lo siguiente:

²⁴¹ Entre las más recientes, resoluciones del Consejo de la CNC de 23 de febrero de 2012, Expte. S/0244/10 Navieras Baleares, y de 15 de octubre de 2012, Expte. S/0318/10 Exportación de sobres.

“En el siguiente motivo afirma la actora que la CNC ha realizado una indebida aplicación retroactiva de la Ley 15/2007. Frente a ello conviene destacar que la conducta imputada se habría iniciado el 8 de febrero de 1989, se habría prolongado durante la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007, hasta el 28 de febrero de 2008.

Puesto que la incoación del expediente se produjo el 16 de junio de 2008, su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, pues así resulta, sensu contrario, de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del citado texto legal, en el que se señala que “Los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.”

Pero en cuanto al derecho material, debe señalarse que sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de ambas leyes sea idéntica, lo cierto es que el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007, es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la anterior Ley 16/1989. Así resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la especialmente destacable en este supuesto la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención o reducción de la sanción.

Por tanto, como quiera que ambas leyes sancionaban exactamente las mismas conductas, el tratamiento de éstas es idéntico así como la cuantificación de la multa, pues en ambas se señala que la cuantía podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal, no se puede afirmar que la nueva Ley sea más perjudicial para la actora que la antigua”.

Esta apreciación de la Ley 15/2007 como ley más favorable resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención del pago de la multa o la reducción del importe de la multa en aplicación del programa de clemencia, introducido precisamente por la Ley 15/2007.

Considera esta Sala que la aplicación del artículo 65 de la LDC no puede entenderse como un mero aspecto procesal, sino sustantivo y que precisamente la posibilidad de beneficiarse de su aplicación en casos de cártel es uno de los aspectos que determina que la norma de aplicación en el presente procedimiento sancionador sea la Ley 15/2007

por entender que resulta más favorable a las partes. Así también se ha señalado por la extinta CNC en diversas resoluciones²⁴².

En atención al carácter más beneficioso de Ley 15/2007, ésta es la norma aplicable al presente procedimiento sancionador. No obstante, la condición de asociación de una de las incoadas, FENIN, cuya conducta se desarrolla también durante la vigencia de la Ley 16/1989, obligará a analizar en el fundamento correspondiente a la determinación de la multa la aplicación a la misma del régimen más favorable de la Ley 16/1989 a esos solos efectos. Lo mismo cabe señalar respecto de determinación de la multa correspondiente a las personas físicas incoadas que habrían participado en la conducta con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la LDC 2007, dada la diferencia más favorable, también para el caso de representantes y directivos, de la Ley 16/1989 respecto del importe máximo de sanción para tales supuestos.

TERCERO.- PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Finalizada la instrucción del expediente, teniendo en cuenta la información obrante en el mismo, la DC entiende acreditada la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE consistente en acuerdos de fijación de precios así como de las condiciones de distribución y dispensación de AIO financiados por el SNS destinados a pacientes no hospitalizados.

Señala la DC en su PCH (párrafo 207) que “Así pues, FENIN junto con las empresas del GTAIO -A&A (actual P&G ESPAÑA), INDAS, SCA, HARTMANN, ONTEX (actual ONTEX ID), TEXPOL/ALBASA y BARNA IMPORT- han llevado a cabo una infracción única y continuada constitutiva de cártel consistente en la fijación del PVL de los AIO financiados por el SNS y distribuidos a través del canal farmacia y su mantenimiento hasta enero de 2014 así como la implementación de una estrategia destinada a evitar o al menos retrasar el suministro de AIO a pacientes no hospitalizados a través del canal institucional en sustitución del canal farmacéutico mediante la interposición de recursos administrativos y/o contencioso-administrativos frente a las licitaciones públicas convocadas por las Autoridades Sanitarias para la adquisición y posterior entrega directa de AIO a pacientes no hospitalizados. Así, la convocatoria de concursos a partir de los años ´90 y la aprobación del RD 9/1996, que posibilita que los AIO destinados a pacientes no hospitalizados se dispensen a través de la red de asistencia sanitaria o socio-sanitaria, marcará el comienzo de una serie de acuerdos entre fabricantes, distribuidores y farmacéuticos, cuyo objetivo final era mantener la dispensación de AIO a través del canal farmacia, fijándose por los fabricantes en mayo de 1997 el PVL, coincidiendo con los recursos que empezarán a interponer a dichas licitaciones públicas.”

²⁴² RCNC de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/08 Transitarios; RCNC de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08 Peluquería Profesional; RCNC de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09 Bombas de Fluidos; RCNC de 21 de noviembre de 2012, Expte S/0317/10 Material de archivo; RCNC de 15 de febrero 2013, Expte. S/0343/11 Manipulado papel.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 50.4 de la LDC, la Dirección de Competencia ha propuesto al Consejo lo siguiente:

- **“Primero.** Que se declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE por los acuerdos de fijación de precios así como de las condiciones de distribución y dispensación de AIO financiados por el SNS destinados a pacientes no hospitalizados adoptados e implementados por ARBORA & AUSONIA, S.L.U. (sucedida por PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A.) y solidariamente su matriz THE PROCTER & GAMBLE COMPANY, LABORATORIOS INDAS, S.A.U y solidariamente su matriz DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL, SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L. y solidariamente su matriz SCA GROUP HOLDING B.V., LABORATORIOS HARTMANN, S.A. y solidariamente su matriz PAUL HARTMANN ESPAÑA, S.L.U., BARNA IMPORT MEDICA, S.A., ONTEX PENINSULAR, S.A.U, ONTEX ID, S.A.U. y solidariamente la matriz de ambas ONTEX ES HOLDCO, S.A., TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A. y ALGODONES DEL BAGES, S.A.U, con la colaboración de la FEDERACION ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN), a través de los contactos y las reuniones entre representantes de dichas empresas en el seno del GTAIO de FENIN desde, al menos, diciembre de 1996 hasta enero de 2014, que entra dentro de la definición de cártel.
- **Segundo.** Que esta conducta colusoria se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.”

La DC considera responsables de dicha infracción a ARBORA & AUSONIA, S.L.U. (sucedida por PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A.) y solidariamente su matriz THE PROCTER & GAMBLE COMPANY, LABORATORIOS INDAS, S.A.U y solidariamente su matriz DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL, SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L. y solidariamente su matriz SCA GROUP HOLDING B.V, LABORATORIOS HARTMANN, S.A. y solidariamente su matriz PAUL HARTMANN ESPAÑA, S.L.U., BARNA IMPORT MEDICA, S.A., ONTEX PENINSULAR, S.A.U., ONTEX ID, S.A.U. y solidariamente la matriz de ambas ONTEX ES HOLDCO, S.A., TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A. y ALGODONES DEL BAGES, S.A.U., con la colaboración de la FEDERACION ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN). Asimismo, la DC considera responsables a cuatro directivos de las entidades incoadas.

La DC propone que se exima del pago de la multa a ARBORA & AUSONIA, S.L.U., PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A, y su matriz THE PROCTER & GAMBLE COMPANY, así como al directivo de ARBORA & AUSONIA, S.L.U. incoado, D. Jordi Bozal de Febrer, en virtud de lo previsto en el artículo 65 de la LDC.

Con fecha 27 de enero de 2016, la DC elevó su Informe con propuesta de resolución al Consejo de la CNMC, en la que propone, como se ha explicado, que se declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC, el artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 101 del TFUE, y que la conducta colusoria que entiende acreditada se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC, constitutiva de cártel.

CUARTO.- VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

4.1.- Antijuridicidad de la conducta

El artículo 1 de la LDC prohíbe *“todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio” [...] c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. [...]”*.

Asimismo, la disposición adicional cuarta 2 de la LDC señala que *“se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”*.

Esta Sala de Competencia constata que el expediente contiene suficientes evidencias y elementos probatorios para acreditar la efectiva comisión de las conductas que se imputan. Esas pruebas incluyen la declaración de clemencia, la información recabada en las inspecciones realizadas y la aportada a resultados de los correspondientes requerimientos de información realizados a las empresas incoadas, a Administraciones Públicas a las mercantiles incoadas suministran AIOs y a otras entidades del sector.

Sin perjuicio de que, en el apartado relativo a la responsabilidad, esta Sala se pronunciará sobre la concreta individualización de las imputaciones realizadas a cada una de las entidades y personas incoadas, aquí corresponde valorar si las prácticas investigadas constituyen una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y de la Ley 16/1989, y artículo 101 del TFUE, constitutiva de cártel, consistente en acuerdos por los fabricantes agrupados en el grupo de trabajo de absorbentes (GTAIO) de FENIN y presentes en el mercado de la comercialización de los AIO financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados, al objeto de la fijación del precio de venta de laboratorio (PVL) de tales AIO dispensados a través del canal farmacia. Además, para la consecución de tal objetivo, los participantes en este cártel habrían promovido el mantenimiento de la dispensación de los AIO a través del canal farmacéutico mediante una estrategia de interposición de recursos, administrativos y contencioso-administrativos, para evitar o retrasar el suministro de AIO a pacientes no hospitalizados a través del canal institucional en lugar del canal farmacia²⁴³.

A través de la instrucción realizada, la DC ha presentado evidencias suficientes, procedentes de fuentes diversas, que acreditan de modo contundente la existencia de tal infracción de cártel, instrumentalizado mediante los mecanismos reseñados *supra* en

²⁴³ Tal y como se ha expuesto en los epígrafes III y IV, relativos al régimen jurídico y al mercado afectado, se distingue entre AIO para pacientes hospitalizados y AIO para pacientes domiciliarios y residenciales, y dentro de los AIO para pacientes no hospitalizados, los que se suministran vía canal farmacia y los adquiridos a través del canal institucional.

el epígrafe V, destinado a hechos probados, así como la participación en la conducta descrita de las entidades y personas incoadas.

Muchas de las evidencias incluidas en el expediente son tan claramente expresivas de la naturaleza y finalidad del acuerdo adoptado por las entidades incoadas, que resulta indiscutible y meritorio el objeto anticompetitivo de la conducta desarrollada durante el período, al menos, desde diciembre 1996 hasta enero de 2014. A título de ejemplo, cabe reseñar de nuevo el correo electrónico interno de A&A de 24 de noviembre de 2009, en el que el directivo de dicha empresa representante en el GTAIO y Coordinador de dicho Grupo reconoce explícitamente el acuerdo de fijación del PVL y la importancia que para los fabricantes tiene la distribución de los AIO a través del canal farmacia²⁴⁴:

“MARGENES Y DESCUENTOS EN EL CANAL FARMACEUTICO:

(...) **En el PVL los fabricantes nos hemos mantenido en el marco fijado**, al que se le añaden otros descuentos con diferentes importes y lógicos conceptos entre empresas ej. Logísticos, Financieros.

(...) **En todos los casos, el margen mínimo de los fabricantes es el mismo** así como el aplicado por la distribución.

El mantenimiento de la Dispensación de los AI. a través de las oficinas de farmacia, ha asegurado y garantizado la rentabilidad del negocio.

La alternativa de dispensación con financiación a las oficinas de farmacia la tenemos en realidades próximas como Italia, donde la distribución se realiza mayoritariamente a través del sistema público **significando precios bajos** y cobros retrasados para los fabricantes.

El mantenimiento del actual status, está permanentemente tensionado, ya que las CCAA intentan desarrollar medidas unilaterales para controlar el gasto farmacéutico (...) [énfasis añadidos]

Asimismo, en la carta del Director General de INDAS, de octubre de 1998, dirigida a la Directora Técnica de FENIN, con copia a los representantes del resto de empresas que formaban parte del GTAIO (A&A, SCA y HARTMANN), se reconoce el acuerdo adoptado por los fabricantes en el ámbito INSALUD y la propuesta para replicar éste en Canarias²⁴⁵:

“(...) Mi propuesta es:

*Cerrar un acuerdo como el del INSALUD.

*Que los Fabricantes demos **todos el mismo Descuento** a la Distribución.

Como se hizo en el INSALUD.

²⁴⁴ Correo electrónico interno de A&A de 24 de noviembre de 2009, aportado por el solicitante de exención (folios 649 a 654).

²⁴⁵ Carta firmada por el Director General de INDAS el 13 de octubre de 1998, recabada en la inspección de FENIN (folio 3061).

*Que los Fabricantes **acordemos si es posible ofertar un precio más alto** que en la Península, considerando los mayores gastos de transporte.”
[énfasis añadidos]

También, en el correo electrónico de marzo de 2011 remitido por el Coordinador del GTAIO, D. Jordi Bozal, a la Directora Técnica de FENIN, BBB, con copia a la Secretaria General de FENIN y al asesor jurídico interno de la Federación, se adjunta un fichero con las bonificaciones a farmacias ofertadas por una de las empresas miembros del GTAIO, señalando lo siguiente (énfasis añadidos)²⁴⁶:

“Defendemos desde hace casi un año el mismo PVL 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.”

La DC formula en su propuesta de resolución una imputación que se deriva de la información y documentación recabada, y de la detallada exposición de hechos acreditados respecto de los acuerdos, de fijación de precios y condiciones de distribución y dispensación de AIO financiados por el SNS destinados a pacientes no hospitalizados, adoptados e implementados por las incoadas.

El carácter secreto de los acuerdos, adoptados y llevados a la práctica a través de contactos y reuniones entre representantes de las empresas incoadas y la asociación en el seno del GTAIO de FENIN, se ha puesto de manifiesto en la instrucción llevada a cabo por la DC, constando en el expediente tanto la estrategia desarrollada por los partícipes en el cártel como correos electrónicos en los que se deduce directamente la naturaleza confidencial y secreta de tales acuerdos de fijación de precios y de condiciones de distribución de los AIO. Resulta manifiesto que el objetivo perseguido y alcanzado con la conducta infractora exigía el mantenimiento de ese secreto respecto de las Administraciones adquirentes de los AIO.

En la instrucción se han recabado igualmente pruebas del seguimiento sobre el cumplimiento de los acuerdos adoptados por el cártel, como se manifiesta en el documento redactado antes del 31 de marzo de 2000, calificado como CONFIDENCIAL y firmado por el Director General de INDAS²⁴⁷:

*“Como estoy fuera toda la semana que viene, te envío esta Nota Confidencial sobre las **incidencias más destacadas de Hartmann para el cumplimiento del Acuerdo.***

1. De nuevo, asumimos todos que desde el 31.3.00 no hay ninguna oferta ni promoción en farmacia.

2. Si los vendedores comprueban algo, nos lo dirán inmediatamente.

El 18.4.00 nos reuniremos en Fenin Barcelona.

²⁴⁶ Correo electrónico recabado en la inspección de FENIN (folios 9555 a 9557).

²⁴⁷ Nota del Director General de INDAS, recabada en la inspección de INDAS (folio 1768).

3. Hartmann está facturando en Álava, Guipúzcoa y Vizcaya Precio Insalud. Tiene que ser precio ACORDADO y dado por escrito para PAIS VASCO por carta de FENIN. Es más alto = 6.145.

4. Hay venta directa en Farmacias de Cataluña a $7.450 + (10+3) = 5.730$

Precio mínimo debe ser Insalud + Distri

$10.660 - 41.5 = 5.828 + 6\% \text{ Distri} = 6.178$

5. Canarias

El Agente está facturando a Precio Insalud

Mínimo tiene que ser el normal = PVP — IVA — 29.9% - 12%

$10.660 - \text{IVA} - 38.4 = 6.145$

Creo que es muy importante para todos que no haya ofertas o promociones en ningún sitio, desde ya.”

En función de las evidencias recabadas en la instrucción, esta Sala de Competencia considera acreditada la existencia de una práctica prohibida por los artículos 1 de las leyes 16/1989 y 15/2007 y el artículo 101 del TFUE, consistente en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de precios y condiciones de distribución y dispensación de absorbentes para la incontinencia severa de adultos financiados por el Sistema Nacional de Salud y destinados a pacientes no hospitalizados.

Si bien cada una de las conductas que se imputa a las incoadas tiene entidad para constituir una infracción de los artículos 1 de la Ley 16/1989 y de la LDC y el artículo 101 del TFUE, la Sala coincide con la DC en apreciar que se dan los elementos de continuidad, complementariedad y coordinación entre sí, que justifican que el conjunto de actuaciones y prácticas desarrolladas por los partícipes en el cártel objeto de este expediente y descritas en la presente resolución, se califiquen como una infracción única y continuada, que se prolonga desde diciembre de 1996 hasta enero de 2014, coincidiendo con las inspecciones simultáneas realizadas por la DC.

Respecto de la calificación de las prácticas acreditadas en este expediente como infracción única y continuada, hay que recordar que la jurisprudencia comunitaria ha señalado que para que quede acreditada la misma, se debe producir la concurrencia en el comportamiento de las empresas incoadas de una serie de elementos. Así, *“para acreditar la existencia de una infracción única y continuada, la Comisión debe probar, en particular, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, citada en el apartado 33 supra, apartado 87). [36] En efecto, las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia si se acredita que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede*

constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo (sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartados 4027 y 4112). [37] Así pues, de esa jurisprudencia se deduce que deben concurrir tres requisitos para acreditar la participación en una infracción única y continuada, a saber la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.” (STG de 16 de junio de 2011, asuntos acumulados T-204/08 y T-212/08, sobre el mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica).

En el ámbito nacional, el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, define como infracción continuada *“la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”*.

La jurisdicción contenciosa, al revisar las resoluciones de la autoridad de la competencia en las que se ha aplicado la figura de la infracción única y continuada, ha refrendado los anteriores criterios y la concreta aplicación al caso de los mismos²⁴⁸.

En el presente supuesto, los hechos acreditados ponen de manifiesto que el objetivo común perseguido por las empresas incoadas, a través de los acuerdos adoptados en el GTAIO de FENIN conforme a lo descrito, era la fijación coordinada de un PVL de los AIO muy superior al que hubiera derivado de una licitación competitiva.

Tanto las conductas de fijación de precios y condiciones de dispensación de AIO como la estrategia de interposición de recursos administrativos y contencioso-administrativos, contra los concursos públicos para la adquisición y suministro de AIO a pacientes no hospitalizados, tratan de evitar la sustitución del canal farmacia por el institucional para tal suministro, y configuran una infracción única y continuada. Efectivamente, se trata de una pluralidad de acciones complementarias cometidas por idénticas empresas competidoras, en el seno de la federación sectorial, mediante un comportamiento repetido y extendido en el tiempo que se prolongó desde al menos diciembre de 1996 hasta enero de 2014, infringiendo el mismo precepto administrativo, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión y utilizando métodos comunes con la misma finalidad, siendo su objetivo último conseguir mantener el PVL acordado para estos productos y la rentabilidad asociada al mismo a través de la dispensación de AIO vía el canal farmacia, intentando frenar cualquier tipo de iniciativa, fundamentalmente proveniente de la Administración a través de licitaciones públicas, que pudiera suponer un incremento de la competencia y una reducción de sus beneficios. Así, el mantenimiento de la dispensación de los AIO destinados a pacientes no hospitalizados

²⁴⁸ Sentencias de la Audiencia Nacional de 28 de febrero de 2005, 6 de noviembre de 2009, 1 de diciembre de 2009, 5 de febrero de 2013, 13 de febrero de 2013, 9 de julio de 2013, 18 de julio de 2013 y 26 de mayo de 2014 y Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2005, 10 de octubre de 2006, 12 de diciembre de 2007, 19 de marzo de 2008, 30 de noviembre de 2004, 28 de junio de 2013, 6 de noviembre de 2013 y 26 de marzo de 2015.

en el canal farmacia ha sido un objetivo esencial de este cártel, con un vínculo evidente de complementariedad con la fijación del PVL de dichos productos que los miembros del GTAIO acordaron finalmente en mayo de 1997.

Cada una de las empresas partícipes, así como FENIN, era perfecta conocedora de que con su comportamiento se integraba en un acuerdo secreto entre competidores cuyo objeto era la fijación de precios descrita. Dadas las características de la infracción de fijación de precios, desde el mismo momento en que ha quedado acreditado que se inició la conducta, las empresas partícipes debían conocer sin margen de duda que tales acuerdos merecían la calificación de cártel conforme a la normativa vigente. Un indicio de tal constancia sobre el carácter ilegalmente anticompetitivo de los acuerdos se pone de manifiesto, como señala la DC en su PR, en el documento de marzo de 1997 recabado en la inspección de FENIN, en el que se valoraba notificar el acuerdo de fijación de PVL al Servicio de Defensa de la Competencia, solicitando que se declarara que tal conducta bien no era vulneradora de la LDC o bien se autorizara singularmente conforme a la previsión del artículo 4 de la Ley 16/1989²⁴⁹. Igualmente, el conocimiento de la ilicitud de los acuerdos alcanzados se pone de manifiesto al indicarse por FENIN en la carta remitida a la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo el 29 de julio de 2010, que dado que no existe una regulación de los márgenes de comercialización de los productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica, FENIN no puede establecer ninguna fijación concreta de importes ni trasladarla a las empresas miembros de la Federación, pues ello supondría vulnerar la normativa de competencia, por constituir una recomendación colectiva y actuaciones concertadas, debiendo cada fabricante fijar libremente el PVL²⁵⁰.

En relación a la delimitación del mercado afectado, diversas incoadas formulan alegaciones relativas a la diferenciación realizada por la DC en cuanto a los canales farmacéutico e institucional, o bien en relación a pacientes domiciliarios o no hospitalizados.

Dado que son las propias empresas y entidades incoadas las que con sus conductas anticompetitivas determinan el ámbito afectado por la infracción (Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2013, Expte. S/0380/11 Coches de Alquiler y Resolución de la CNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 Palés), esta Sala considera que en el presente expediente ha quedado suficientemente evidenciado que el mercado afectado por la infracción es el de la comercialización de AIO financiados por el SNS y destinados a pacientes adultos no hospitalizados que sufren incontinencia grave en todo el territorio nacional. Tal como precisa la DC, el canal farmacia se identifica con el suministro a pacientes no hospitalizados, lo que incluye tanto a domiciliarios como a los residentes en centros socio-sanitarios públicos y/o concertados. La pretensión de alguna de las incoadas (INDAS) relativa a que se tenga en cuenta la diferencia de producto destinado a centros sociosanitarios, de menor calidad y más barato, por comparación a

²⁴⁹ Documento titulado ESQUEMA RELATIVO A LA NOTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA CONJUNTA A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA PARA LA DISTRIBUCIÓN Y DISPENSACIÓN DE LOS ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA A TRAVÉS DE LAS OFICINAS DE FARMACIA (folios 2989 a 2998).

²⁵⁰ Carta incluida en la carpeta Comunicaciones post-RDL 8/2010, recabada en la inspección realizada en la sede de FENIN (folios 3205 y 3206).

los productos para ser distribuidos a pacientes domiciliarios donde se producirían menor número de cambios de producto al día, ha sido convenientemente rebatida por la DC, que ha acreditado que tanto por la práctica de algunas empresas como por la actuación de las Administraciones licitadoras, al objeto de garantizar un producto de igual calidad para pacientes ambulatorios o residentes, los AIO destinados a estos últimos se viene exigiendo que coincidan en calidad (dispongan de código de producto financiado/cupón precinto que así lo acredite) con los suministrados en el canal farmacia.

4.2.- Duración de la conducta

Esta Sala de Competencia considera acreditada la existencia de una infracción única y continuada desde, al menos, diciembre de 1996 hasta enero de 2014, coincidiendo con las inspecciones simultáneas realizadas los tres últimos días de enero en las sedes de las Federaciones sectoriales y las empresas INDAS y SCA.

Al tratarse de un cártel de tan larga duración, las entidades participantes en el mismo han tenido diferente intervención, en lo que se refiere al momento de inicio de la conducta, diferenciándose los miembros fundadores del GTAIO y por tanto participantes en la infracción desde diciembre de 1996 -A&A (actual P&G ESPAÑA), INDAS, SCA (antigua MÖLNLYCKE) y HARTMANN, así como FENIN-, de las restantes, que entraron a formar parte de este cártel posteriormente -ONTEX (actual ONTEX ID) desde 1999, TEXPOL/ALBASA desde 2001 y BARNA IMPORT desde 2003.

En cuanto a las alegaciones de algunas incoadas sobre la duración de la infracción que se les imputa individualizadamente, ALBASA, SCA, BARNA y ONTEX manifiestan su disconformidad con la determinación realizada por la DC.

Así, ALBASA señala que no existe prueba de la fijación del PVL de los AIO de modo posterior a 2011. La mercantil indica que la prueba de cargo más cercana en el tiempo que, en su caso, le vincularía a la conducta, es un correo electrónico de 11 de marzo de 2011, por lo que la extensión de la infracción hasta enero de 2014, coincidiendo con las inspecciones, resultaría inapropiada. Asimismo, ALBASA alega la errónea determinación del inicio de su participación en la conducta de fijación del PVL de los AIO, al considerar la incoada que no hay prueba de su participación en la infracción, a lo sumo, hasta noviembre de 2002, en lugar de julio de 2001, como entiende la DC.

SCA, por su parte, rechaza que la fecha de inicio de cualquier teórica infracción pueda ser diciembre de 1996, y entiende que el comienzo del supuesto cártel sólo pudo tener lugar tras la firma del repetido Acuerdo INSALUD el 13 de mayo de 1997 firmado entre Fabricantes, Distribuidores y Oficinas de Farmacia y el INSALUD en materia de Absorbentes de Incontinencia de Orina, y que su finalización se habría producido en junio de 2010, debiendo considerarse prescrita la infracción para SCA, al igual que para los mayoristas y farmacéuticos. De considerarse que el ejercicio de acciones judiciales por FENIN es una manifestación de una única infracción única y continuada y que es imputable también a SCA, la última prueba de tal conducta que se menciona en el PCH data de 30 de julio de 2013 (párrafo 38 del PCH), por lo que la duración máxima de cualquier supuesta infracción debe limitarse a quince años y un mes.

BARNA objeta la imputación de la DC en lo relativo al comienzo de su participación en la conducta.

ONTEX alega que no existe prueba de cargo suficiente para imputarla por el periodo posterior a 2010.

Esta Sala comparte plenamente las consideraciones de la DC que dan respuesta a alegación de **SCA** en la que sostiene que el inicio de cualquier teórica infracción no puede ser diciembre de 1996 sino el 13 de mayo de 1997. Efectivamente, en el acta de la reunión de 16 de diciembre de 1996 los fabricantes (entre ellos SCA, bajo su antigua denominación, SCA Mölnlycke, S.A.), los farmacéuticos (representados por el CGCOF y FEFE) y los distribuidores (representados por FEDIFAR y ASECOFARMA), tras ausentarse de dicha reunión los representantes de la Administración, valoraron formas de colaboración para garantizar la comercialización de AIO a través del canal farmacia, con precisiones de PVL y márgenes, como se ha reseñado *supra* en el apartado de hechos acreditados²⁵¹. También se ha anticipado que tras dicha reunión consta un documento fechado el 18 de diciembre de 1996, denominado “BASES DEL ACUERDO SOBRE ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA”, del que se han localizado dos versiones, una para entregar a la Administración y otra denominada “DOCUMENTO INTERNO”, que difieren precisamente en que en la segunda se establece un primer compromiso para el reparto de márgenes entre los tres eslabones de la cadena²⁵². Igualmente, tanto CSA como ONTEX, de acuerdo con los elementos de prueba que constan en el expediente, han seguido recibiendo comunicaciones de FENIN relacionadas con los hechos objeto de investigación hasta la fecha de la realización de las inspecciones, no existiendo ningún elemento de prueba que permita apreciar un distanciamiento público de estas mercantiles respecto de las conductas imputadas.

Esta Sala tampoco puede admitir las alegaciones de **BARNA** en este extremo, puesto que constan evidencias en el expediente de que BARNA participó en el cártel desde diciembre de 2006, tal como acredita el correo electrónico recabado en la inspección de FENIN y remitido por la Directora Técnica de la asociación a las empresas miembros del GTAIO, incluida BARNA²⁵³. En cuanto a la finalización de la infracción, BARNA ha reconocido en sus alegaciones su participación en las reuniones del GTAIO celebradas el 26 de noviembre de 2012²⁵⁴ y el 29 de mayo de 2013²⁵⁵, no constando que manifestara a las demás empresas participantes en dichas reuniones su oposición o su intención de no seguir ejecutando los acuerdos adoptados, faltando por tanto el necesario elemento

²⁵¹ Acta de la reunión de 16 de diciembre de 1996, recabada en la inspección de FEDIFAR (folios 1364 a 1367).

²⁵² Documento “BASES DEL ACUERDO SOBRE ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA”, recabado en la inspección de FEDIFAR (folios 1387 a 1389).

²⁵³ Correo electrónico enviado por la Directora Técnica de FENIN a las empresas A&A, SCA, TYCO HEALTHCARE, HARTMANN, ONTEX, TEXPOL, INDAS y BARNA el 19 de diciembre de 2006, recabado en la inspección de FENIN (folio 9210), que evidencia la negociación con los representantes de los COF autonómicos de las condiciones para la firma de los acuerdos tripartitos de fijación de márgenes firmados en paralelo o con posterioridad a la firma de los Conciertos.

²⁵⁴ Convocatoria de la reunión del GTAIO de 26 de noviembre de 2012 remitida por la Directora técnica de FENIN a los miembros de GTAIO, recabado en la inspección de FENIN (folio 9613).

²⁵⁵ Informe de la reunión del GTAIO de 29 de mayo de 2013 (folios 9787 a 9789, 9798 y 9799), recabado en la inspección de FENIN.

de distanciamiento público del acuerdo de cártel exigido por la jurisprudencia comunitaria²⁵⁶. Asimismo, consta en el expediente un cuadro de seguimiento denominado “Cuadro derramas 090913.xlsx”, remitido por la Directora técnica de FENIN a los miembros del GTAIO, entre ellos BARNA, el 10 de septiembre de 2013²⁵⁷, en el que se puede comprobar como BARNA siguió participando en la interposición de recursos así como en el reparto del coste de dicha impugnación con el resto de las empresas miembros del GTAIO.

Respecto de la alegación de **ONTEX** sobre la insuficiencia de prueba de cargo para imputar a esa mercantil por el periodo posterior a 2010, la propia empresa ha reconocido su participación en las reuniones de 18 de abril de 2012²⁵⁸ y 4 de junio de 2012²⁵⁹, en las cuales se trataban los acuerdos objeto de investigación. Igualmente, el correo electrónico enviado el 28 de junio de 2010 por ONTEX a la Directora Técnica de FENIN, recabado en la inspección de FENIN, prueba una estrategia consensuada y uniforme por parte de los fabricantes miembros del GTAIO frente a los COF destinada a mantener a futuro el PVL de los AIO a pesar de la bajada del PVP que supuso el RDL 8/2010²⁶⁰.

En cuanto a la determinación de las fechas de finalización de la infracción alegadas por **ALBASA, ONTEX y SCA**, cabe recalcar que en las fechas en la que se realizan las inspecciones, 28, 29 y 30 de enero de 2014, no consta manifestación de ninguna de las entidades imputadas de haber terminado su participación en este cártel. Esta Sala concluye, de modo similar a lo establecido en supuestos similares por la jurisprudencia comunitaria²⁶¹ y los precedentes de resoluciones de la Autoridad de competencia española, validados en sede contenciosa²⁶², que la fecha de las inspecciones marca razonablemente el fin del cártel.

4.3.- Efectos de la conducta en el mercado

²⁵⁶ Sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004 (asuntos acumulados 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, sentencia Aalborg) y recogido también en las sentencias de 28 de junio de 2005 (asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02P, sentencia Dansk Rørindustri A/S) y de 19 de marzo de 2009 (asunto C-510/06 P, sentencia Archer Daniels Midland Co).

²⁵⁷ 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, recabado en la inspección de FENIN (folios 9883 y 9989) y en la inspección de INDAS (folio 7749).

²⁵⁸ Informe de la reunión del GTAIO de 18 de abril de 2012, aportado por el solicitante de exención (folios 256 a 257) y por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6347 y 6348).

²⁵⁹ Informe de la reunión del GTAIO de 4 de junio de 2012, aportado por el solicitante de exención (folios 261 a 263), recabado en la inspección de FENIN (folios 9601 a 9602) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento realizado (folios 6343 a 6345).

²⁶⁰ Correo electrónico enviado el 28 de junio de 2010 por ONTEX a la Directora Técnica de FENIN, recabado en la inspección de FENIN (folio 9434) y cuyo contenido se recoge textualmente *supra*.

²⁶¹ Por todas, sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión.

²⁶² Resoluciones del Consejo de la CNC de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09 Hormigón y productos Relacionados, y sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de diciembre de 2013.

En las restricciones por objeto, como el cártel objeto de investigación, no es necesario demostrar la existencia de efectos, sin perjuicio de su posible toma en consideración para cuantificar la multa. Como ha manifestado reiteradamente la autoridad española de la competencia, no se exige la prueba de efectos reales contrarios a la competencia cuando se ha probado el objeto contrario a la competencia de los comportamientos reprochados²⁶³.

Igualmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que²⁶⁴:

“procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, de cara a la aplicación del artículo 101 TFUE (RCL 2009, 2300), apartado 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. p. 429, y de 8 de diciembre de 2011 [TJCE 2011, 399], KMEeste respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 29).

Por tanto, procede considerar que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia”.

También el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de septiembre de 2013 (recurso 6932/2010) señala: *“En primer lugar es preciso recordar que las conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia son aquellas que pueden producir efectos anticompetitivos, sin que sea preciso -como hemos reiterado en constante jurisprudencia- que dichos efectos se hayan producido de manera efectiva.”*

No obstante, pese a que las conductas acreditadas constituyen restricciones de la competencia por su objeto y ello es por sí suficiente para apreciar el ilícito administrativo y determinar las responsabilidades correspondientes, ha quedado asimismo probado en este expediente que los acuerdos para la fijación y mantenimiento del PVL de los AIO dispensados a través del canal farmacia, adoptados e implementados por las incoadas en el seno del GTAIO de FENIN, han provocado la fijación del citado precio de venta de laboratorio muy superior al que se hubiera obtenido en una licitación competitiva. Coincide esta Sala con la DC en la conclusión de que el PVL proporciona a los fabricantes un margen de referencia mínimo frente a los otros operadores, generando un marco de estabilidad entre dichos fabricantes y disminuyendo el grado de incertidumbre sobre la estrategia de esos teóricos competidores. Pese a la dificultad de cuantificar

²⁶³ Resolución del Consejo de la CNC de 31 de julio de 2010 (Expte. S/0120/10, Transitarios) y resolución de la CNMC de 29 de octubre de 2014 (Expte. S/0422/12 CONTRATOS DE PERMANENCIA).

²⁶⁴ Sentencia de 13 diciembre 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda). Asunto C-226/11 (Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence y otros).

exactamente en términos monetarios los efectos negativos de estos acuerdos, ha quedado acreditado que los precios de los AIO dispensados por el canal farmacéutico son mucho más elevados que los adquiridos en el canal institucional para pacientes en centros socio-sanitarios y la diferencia en determinadas licitaciones convocadas por Servicios autonómicos de Salud para productos idénticos de los dispensados por el canal farmacia alcanza hasta un 46%²⁶⁵.

La instrucción realizada por la DC ha permitido constatar que el efecto económico de los acuerdos alcanzados por los fabricantes miembros del GTAIO para la fijación de los PVL de los AIO para pacientes domiciliarios fue el establecimiento y mantenimiento de unos PVL sustancialmente superiores a los que se podrían haber obtenido en concurrencia competitiva. En el Informe Propuesta de la DC constan comparativas del PVL ofertado por distintas fabricantes incoadas en las licitaciones para el suministro de una serie de códigos nacionales de AIO para los pacientes de centros socio-sanitarios convocadas por los Servicios de Salud de distintas Comunidades Autónomas, donde se acreditan esas notables diferencia con los PVL de los AIO dispensados en el canal farmacia.

De acuerdo con la información aportada por las Consejerías de Sanidad y/o Servicios de Salud de las CC.AA, los precios de los AIO dispensados por el canal farmacéutico son mucho más elevados que los adquiridos en el canal institucional para pacientes en centros socio-sanitarios (aproximadamente un 50% superiores de media en algunos supuestos). Así se ha constatado en sus escritos de contestación a los requerimientos de información de la DC, que confirman el ahorro que les supone la dispensación a pacientes a través del canal institucional con respecto al canal farmacia²⁶⁶.

Si bien se ha reseñado ya supra, en el apartado de hechos probados, cabe resumidamente citar aquí algunas de las respuestas de los servicios de salud autonómicos. Así, la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de la Generalitat Valenciana ha indicado lo siguiente²⁶⁷:

“[...]Si en los centros sociosanitarios, estas 27.967.736 unidades de absorbentes, se hubieran suministrado a través de receta médica oficial de la Conselleria de Sanidad, el coste para la administración hubiera sido de 13.424.513,28€. Por tanto, con el programa de suministro directo Supro, se ha generado un ahorro que en el caso de los AIO supone más de 6 millones de euros, un 50% aproximadamente.”

²⁶⁵ Vid. párrafos 499, 574 y 583 de la Propuesta de Resolución y tablas vinculadas así como escrito de Farmanova en contestación al requerimiento de información (folios 13633 a 13637).

²⁶⁶ Contestación de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana al requerimiento de información (folios 12492 a 12495). Contestación de la Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León al requerimiento de información (folios 12504 a 12511). Contestación del Servicio Gallego de Salud al requerimiento de información realizado (folios 12590 a 12606). Contestación de la Consejería de Sanidad del Gobierno del Principado de Asturias al requerimiento de información realizado (folios 13227 a 13234). Contestación del Servicio Cántabro de Salud al requerimiento de información realizado (folios 13482 a 13487). Contestación de la Consejería de Salud del Gobierno de Navarra al requerimiento de información (folios 13531 a 13533).

²⁶⁷ Contestación de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana al requerimiento de información (folios 12492 a 12495).

La Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León aportó los siguientes datos²⁶⁸:

[...] En consecuencia, el **ahorro obtenido** a través de la Compra Centralizada será para 2015 de 8.151.217 € (resultado de restar al precio que se habría pagado a través del canal farmacia el precio de adjudicación, IVA incluido, especificado en el apartado 2.e) de este informe: 6.830.183,80€).”

El Servicio Gallego de Salud también aportó datos de ahorro comparando los precios de compra derivados de las licitaciones públicas para las unidades suministradas para pacientes en residencias socio-sanitarias en 2012 y los precios de dispensación en las oficinas de farmacia para determinadas categorías de AIO²⁶⁹. El **ahorro producido en 2012 debido al suministro directo de AIO** por el Servicio Gallego de Salud a los residentes en centros socio sanitarios fue de 3.992.177,00 €”.

La Consejería de Sanidad del Gobierno del Principado de Asturias señaló lo siguiente en su escrito de contestación en relación a la adquisición de AIO para su dispensación a pacientes no hospitalizados²⁷⁰:

“La adquisición centralizada de AIO para su dispensación a pacientes no hospitalizados por canales alternativos a la farmacia (...) presenta **importantes ahorros respecto a la disposición a través del canal farmacia**, tanto económicos como en términos de eficiencia logística y calidad de la prestación para el paciente:

Desde el punto de vista económico, el siguiente cuadro muestra la diferencia de precios existente entre ambos canales de dispensación, así como el ahorro generado en 2014 en el Servicio de Salud del Principado de Asturias:

²⁶⁸ Contestación de la Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León al requerimiento de información (folios 12504 a 12511).

²⁶⁹ Contestación del Servicio Gallego de Salud al requerimiento de información realizado (folios 12590 a 12606).

²⁷⁰ Contestación de la Consejería de Sanidad del Gobierno del Principado de Asturias al requerimiento de información realizado (folios 13227 a 13234).

Asorbentes (paquetes de 80)	2014				
	Precio SESPA	Cantidad	Precio Colegio	Cantidad	Ahorro SESPA
Pañal anatómico absorción alta	19,40 €	22.714,00	46,38 €	22.714,00	612.823,72 €
Pañal anatómico absorción moderada	18,64 €	17.571,00	38,64 €	17.571,00	351.420,00 €
Pañal anatómico absorción leve	13,39 €	5.447,00	22,84 €	5.447,00	51.474,15 €
Pañal anatómico con elasticos absorción alta	24,02 €	62.111,00	46,38 €	62.111,00	1.388.801,96 €
Pañal anatómico con elasticos absorción moderada	20,67 €	31.476,00	38,64 €	31.476,00	565.623,72 €
Pañal anatómico con elasticos absorción leve	18,40 €	1.668,00	27,40 €	1.668,00	15.012,00 €

Datos de ahorro similares respecto a la utilización del canal institucional para el suministro a pacientes en centros sociosanitarios se desprenden de la contestación remitida por el Servicio Cántabro de Salud²⁷¹:

“El suministro de AIO a través de los Contratos de Suministro y Distribución de AIO para pacientes institucionalizados en centros sociosanitarios, ha supuesto un ahorro efectivo estimado en:

AÑO	AHORRO (€)
2014	1.542.518
2013	1.753.445
2012	1.606.604
2011	1.584.565
2010	1.311.844
2009	1.439.576
2008	1.250.008
2007	798.250

El ahorro ha sido calculado sobre el coste de la misma prestación a través de receta médica y dispensación en oficina de farmacia (PVP IVA). Muestra una **media de ahorro para el sistema sanitario del 48%**”.

Igualmente la Consejería de Salud del Gobierno de Navarra ha aportado datos que cuantifican el ahorro económico obtenido en el año 2014 por la dispensación de los AIO

²⁷¹ Contestación del Servicio Cántabro de Salud al requerimiento de información realizado (folios 13482 a 13487).

a los residentes en centros socio-sanitarios a través del canal institucional en vez del canal farmacia²⁷²:

Modelo AIO	Unidades consumidas Año 2014	Precio adjudicación Euros	Precio Nomenclator Euros	Diferencia precio Euros	Ahorro Euros
Día rectangular	214.480	0,1674	0,3244	0,157	33.673
Día anatómico	964.320	0,1773	0,3893	0,212	204.435
Día anatómico con elásticos	11.600	0,231	0,3893	0,1583	1.836
Noche anatómico	666.000	0,2112	0,5489	0,3377	224.908
Noche anatómico con elásticos	1.754.880	0,2915	0,5489	0,2574	451.706
Supernoche anatómico	225.120	0,2365	0,6588	0,4223	95.068
Supernoche con elásticos	1.298.560	0,3135	0,6588	0,3453	448.392

Por otro lado, ya se ha reseñado *supra* intercambios entre los miembros del cártel que ejemplifican las diferencias entre los precios acordados y los que podían haberse establecido en ausencia de cártel²⁷³, lo que evidencia los efectos de la conducta:

“[...] 3. *Hartmann está facturando en Álava, Guipúzcoa y Vizcaya Precio Insalud. Tiene que ser precio ACORDADO y dado por escrito para PAIS VASCO por carta de FENIN. Es más alto = 6.145.*

4. *Hay venta directa en Farmacias de Cataluña a 7.450 + (10+3) = 5.730*

Precio mínimo debe ser Insalud + Distri

10.660 — 41.5 = 5.828 + 6% Distri = 6.178

5. *Canarias*

El Agente está facturando a Precio Insalud

Mínimo tiene que ser el normal = PVP — IVA — 29.9% - 12%

10.660 — IVA — 38.4 = 6.145

Creo que es muy importante para todos que no haya ofertas o promociones en ningún sitio, desde ya.”

Cabe mencionar en este contexto, como se ha anticipado *supra* en el apartado relativo a la estructura de este mercado, que las cuotas de mercado en valor y en volumen en el canal institucional no han variado sustancialmente en los últimos años. En el canal institucional, por el contrario, las cuotas de los principales competidores han experimentado muchas más variaciones en los últimos años.

Asimismo, hay que tener en cuenta que este cártel no sólo tuvo el efecto de fijar de modo colusorio el PVL y los márgenes de distribución y dispensación de los AIO en el canal

²⁷² Contestación de la Consejería de Salud del Gobierno de Navarra al requerimiento de información (folios 13531 a 13533).

²⁷³ Nota del Director General de INDAS, recabada en la inspección de INDAS (folio 1768).

farmacia, sino que también forzó la dispensación de los mismos a través de tal canal, sustrayendo el suministro de estos productos de las ventajas derivadas de la licitación pública.

4.4.- Responsabilidad de las entidades incoadas

La responsabilidad de las entidades a las que hace referencia el presente Fundamento de Derecho Cuarto resulta, a juicio de esta Sala de Competencia, incuestionable a tenor de los hechos acreditados, por lo que esta Sala se muestra conforme con la imputación de responsabilidad realizada por la DC en su propuesta de resolución.

Como se ha detallado en los apartados anteriores de esta resolución, el principal objetivo de los fabricantes miembros del GTAIO, con la colaboración de FENIN, ha sido asegurar la dispensación y distribución de los AIO destinados a pacientes no hospitalizados a través del canal farmacia en detrimento del canal institucional, manteniendo así el PVL de los AIO dispensados a través de dicho canal fijado en 1997 y que ha permanecido prácticamente invariable hasta la actualidad.

Habiendo quedado acreditadas y calificadas las conductas contrarias a la LDC, el artículo 63.1 de la misma norma condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de multas por parte de la Autoridad de Competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

En el presente caso, la Sala considera que ha quedado ampliamente acreditado que las entidades incoadas conocían y eran conscientes de la ilicitud de las conductas desarrolladas durante el período individualizado para cada empresa. Así, el carácter intencionadamente secreto de los acuerdos para los clientes afectados, la existencia de reuniones, faxes y correos electrónicos y documentos adjuntos con datos estratégicos no compartibles de ordinario entre rivales en el mercado, las referencias al acuerdo existente, son elementos suficientes para concluir la existencia de una actuación consciente y buscada por las empresas partícipes en la conducta, sin que la naturaleza de ésta ni la experiencia en el mercado y capacidad de medios personales y económicos de las entidades partícipes permita que pueda apreciarse el desconocimiento del carácter ilícito del comportamiento por parte de ninguna de ellas. Al contrario, la referencia en los intercambios de correos al concepto de confidencial o documento interno²⁷⁴, respecto de documentos vinculados a la conducta analizada, denotan en el elemento de ocultación derivado del conocimiento del carácter ilícito de la práctica. Conocimiento que también se pone claramente de manifiesto en las correcciones formales realizadas por la asesoría interna de FENIN a los textos que se remitían entre los partícipes, para evitar el riesgo de que se pudiera evidenciar *ad extra* de modo

²⁷⁴ Documento redactado antes del 31 de marzo de 2000, que evidencia el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos, calificado como CONFIDENCIAL y firmado por el Director General de INDAS, recabado en la inspección de INDAS (folio 1768). Documento "BASES DEL ACUERDO SOBRE ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA", recabado en la inspección de FEDIFAR (folios 1387 a 1389), donde consta un compromiso para el reparto de márgenes.

manifiesto el carácter anticompetitivo de tales acuerdos²⁷⁵, así como en la carta remitida por FENIN a la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo, señalando que FENIN no puede establecer ninguna fijación concreta de importes ni trasladarla a las empresas miembros de FENIN, pues ello supondría vulnerar la normativa de competencia²⁷⁶.

De la documentación obrante en el expediente se desprende que las entidades partícipes contribuyeron activamente a la puesta en práctica de la conducta; que existió la voluntad de participar en la práctica restrictiva, así como un conocimiento del objeto de la conducta, imprescindible para la operativa del acuerdo.

Coincide esta Sala con el órgano instructor en considerar que ha quedado acreditado que las empresas imputadas han intervenido de forma directa en la adopción de los acuerdos anticompetitivos, siendo FENIN el medio a través del cual dichos acuerdos se adoptaron e implementaron por las empresas asociadas que formaron el GTAIO en el seno de FENIN. FENIN ha jugado un papel esencial en el presente cártel, impulsando y realizando el seguimiento de las iniciativas, proyectos y acuerdos previamente adoptados por las empresas partícipes en el GTAIO constituido en su seno, posibilitando el marco funcional en el que se desarrollaba la colusión, facilitándola y promoviéndola.

Como la jurisprudencia comunitaria ha tenido ocasión de reiterar, una empresa que haya participado en una infracción mediante comportamientos propios puede ser considerada también responsable de los comportamientos de otras empresas en el marco de la misma infracción, respecto al período de su participación en dicha infracción (sentencia TJ de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, apartado 83).

Ha quedado asimismo acreditado que los intercambios de información se realizaban por o con el conocimiento de altos directivos y responsables de las correspondientes áreas de negocio dentro de las empresas partícipes.

Sobre la responsabilidad solidaria de las matrices incoadas, si bien se detalla en extenso *infra, en el apígrafe 5.1*, ésta no viene determinada por su participación directa o indirecta en la infracción, sino que se deriva de que ambas sociedades (matriz y filial) forman una misma unidad económica a efectos de las normas de competencia, y no de la acreditación de la participación de la matriz o de su conocimiento en relación con los hechos investigados, pues en dicho caso su responsabilidad sería directa, no solidaria. Ninguna de las matrices incoadas ha aportado pruebas que acrediten la autonomía de la filial en el mercado, teniendo en cuenta los vínculos económicos y jurídicos existentes entre su filial y ella, para demostrar que no constituyen una entidad económica única en el sentido del Derecho de la competencia.

²⁷⁵ Versión corregida por el abogado interno de FENIN del Informe de la reunión del GTAIO de 29 de mayo de 2013 adjunta al correo electrónico remitido el 30 de mayo de 2013 por el abogado interno de FENIN a la Directora Técnica de FENIN y al Coordinador del GTAIO (folios 9792 y 9793) y enviada por correo electrónico el 31 de mayo de 2013 por la Directora Técnica de FENIN a A&A, SCA, INDAS, HARTMANN, ONTEX, BARNA, ALBASA y TEXPOL (folios 9798, 9800 y 9801), recabados en la inspección de FENIN.

²⁷⁶ Carta incluida en la carpeta Comunicaciones post-RDL 8/2010, recabada en la inspección de FENIN (folios 3205 y 3206).

Tal como precisa la jurisprudencia comunitaria “[e]l comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado”²⁷⁷, y “[d]ebe recordarse que incluso si la matriz es un holding financiero, ésta puede ejercer una influencia decisiva sobre sus filiales”²⁷⁸.

En cuanto a la contribución intencional de las incoadas al plan global, esta Sala coincide con la apreciación del órgano de instrucción respecto a la participación de las incoadas en las prácticas descritas, diferenciando períodos en el inicio y terminación de la conducta, conforme a la siguiente determinación individualizada:

1. FEDERACION ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN), por su participación en el cártel desde al menos diciembre de 1996 hasta enero de 2014.
2. ARBORA & AUSONIA, S.L.U., por su participación en el cártel desde al menos diciembre de 1996 hasta julio de 2013.
3. PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A., sucesora de ARBORA & AUSONIA, S.L.U, por la participación de ARBORA & AUSONIA, S.L.U. en el cártel desde al menos diciembre de 1996 hasta julio de 2013.
4. THE PROCTER & GAMBLE COMPANY, responsable solidario en cuanto matriz de ARBORA & AUSONIA, S.L.U. y PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A., por la participación de ARBORA & AUSONIA, S.L.U. en el cártel desde octubre de 2012 hasta julio de 2013.
5. LABORATORIOS INDAS, S.A.U, por su participación en el cártel desde al menos diciembre de 1996 hasta enero de 2014 y como responsable solidario en cuanto matriz de ALGODONES DEL BAGES, S.A.U., por la participación de ALGODONES DEL BAGES, S.A.U. en este cártel desde mayo de 2013 hasta al menos enero de 2014.
6. DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL, responsable solidario en cuanto matriz de LABORATORIOS INDAS, S.A.U. así como también a través de ésta de ALGODONES DEL BAGES, S.A.U., por la participación de LABORATORIOS INDAS, S.A.U y, en última instancia, de ALGODONES DEL BAGES, S.A.U, en el cártel durante al menos enero de 2014.
7. SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L., por su participación en el cártel desde al menos diciembre de 1996 hasta enero de 2014.
8. SCA GROUP HOLDING, B.V., responsable solidario en cuanto matriz de SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L., por la participación de ésta en el cártel durante al menos enero de 2014.

²⁷⁷ Sentencia del TJ de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08.

²⁷⁸ Sentencia del TPI de 30 de septiembre de 2009, asunto T-174/05 Elf Aquitaine/Comisión apartado 160, criterio también acogido por esta Sala en su Resolución de 22 de septiembre de 2014 (Expte. S/0428/12, Palés).

9. LABORATORIOS HARTMANN, S.A., por su participación en el cártel desde abril de 1997 hasta al menos enero de 2014.
10. PAUL HARTMANN ESPAÑA, S.L.U., responsable solidario en cuanto matriz de LABORATORIOS HARTMANN, S.A. por la participación de ésta en el cártel desde abril de 1997 hasta al menos enero de 2014.
11. ONTEX PENINSULAR, S.A.U. y ONTEX ID, S.A.U., por su participación en el cártel desde abril de 2004 hasta enero de 2014.
12. ONTEX ES HOLDCO, S.A., responsable solidario en cuanto matriz de las empresas ONTEX PENINSULAR, S.A.U y ONTEX ID, S.A.U por la participación de éstas en el cártel desde abril de 2004 hasta al menos enero de 2014.
13. BARNIA IMPORT MEDICA, S.A., por su participación en el cártel desde diciembre de 2006 hasta al menos enero de 2014.
14. TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A., por su participación en el cártel desde julio de 2001 hasta mayo de 2013.
15. ALGODONES DEL BAGES, S.A.U., por su participación en el cártel desde julio de 2001 hasta al menos enero de 2014.

4.5. Responsabilidad de las personas físicas incoadas

En relación a la responsabilidad de las personas físicas incoadas, la instrucción ha acreditado que en los cuatro casos se trata de personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica a la que representan y que ostentaban facultades de organización y control dentro de la misma. Todos ellos eran al tiempo de la infracción directivos de las mercantiles o de FENIN o personas con poder de representación de las mismas, con capacidad para comprometer con su actuación a las personas jurídicas para las cuales prestaban servicios y en las cuales tenían encomendadas funciones de especial responsabilidad, que desempeñaban con autonomía.

Las alegaciones a la PR presentadas por las personas físicas incoadas en este expediente se refieren a cuatro diferentes categorías de aspectos. Se cuestiona por un lado la corrección misma de la aplicación del artículo 63.2 de la LDC, al considerarse que tal aplicación al presente expediente y no a otros resueltos por la CNMC es arbitraria y desigual. Se discute por otro lado que los incoados ostenten la condición de representantes o integrantes de los órganos directivos de las personas jurídicas responsables, como exige el artículo 63.2 de la LDC. Adicionalmente, se alega que no concurren en el caso concreto las circunstancias que permiten atribuir responsabilidad personal a las personas naturales incoadas, así como que se está proponiendo una doble sanción por los mismos hechos y por el mismo fundamento. Finalmente, se argumenta que la CNMC carece de habilitación legal para publicar los datos personales de las personas naturales incoadas en una eventual resolución sancionadora.

Para dar respuesta a tales alegaciones debe atenderse a la previsión del artículo 10.3 de la LDC 1989 y del artículo 63.2 de la LDC de 2007 sobre sanción a representantes y directivos de personas jurídicas infractoras. Ambas normas señalan, con el matiz únicamente del importe diverso, que “Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros [30.050 euros] a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integren los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.”

La previsión del artículo 10.3 de la LDC 1989 y del artículo 63.2 de la LDC de 2007 habilita a la Autoridad de la competencia para la imposición de tales sanciones, a la vista de la participación de las personas naturales en la conducta infractora, y siempre naturalmente que concurren los requisitos legales para ello. Tales previsiones tienen la función de introducir un efecto disuasorio adicional dirigido a aquellas personas que representan a las empresas o entidades infractoras en la actividad que éstas realizan.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013), reiterada en numerosas sentencias posteriores, se pronuncia sobre la necesidad y el beneficio que pueden derivarse del uso de todos los instrumentos que la Ley pone al alcance de esta Comisión para ejercer un mayor grado de disuasión en los mercados a los efectos de evitar así, en mayor medida, este tipo de conductas restrictivas de la competencia, al señalar lo siguiente:

“No debe olvidarse, en fin, que el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias a las propias empresas, ciertas medidas punitivas previstas en la norma pero no siempre adoptadas en la práctica (como la contenida en el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, que permite imponer multas de hasta 60.000 euros a las personas que integran los órganos directivos de las empresas infractoras) o bien un marco procesal de acciones civiles que faciliten el efectivo resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas.”

Se desprende de las propias palabras del Alto Tribunal un llamamiento a hacer uso de este tipo de medidas contempladas en la Ley “*pero no siempre adoptadas en la práctica*”, de cara a conseguir una mayor eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia.

Esta Sala de competencia, a la vista de la PR de la DC, donde se propone la sanción derivada del artículo 63.2 de la LDC a cuatro personas físicas incoadas en el expediente, debe analizar si concurren en este caso los requisitos legales que permiten apreciar las correspondientes responsabilidades a título personal por la infracción de cártel de la que son responsables FENIN, ARBORA&AUSONIA e INDAS.

En relación a las alegaciones de las personas físicas incoadas que niegan su condición de representante legal o miembro del órgano directivo de las correspondientes personas jurídicas responsables, esta Sala de competencia no comparte el argumento de las incoadas respecto de que la PR estaría extendiendo el ámbito subjetivo de

responsabilidad a meros empleados de las empresas y entidad infractora, a pesar de no ser sujetos comprendidos en el artículo 63.2 de la LDC.

Cabe precisar que a los efectos de la normativa de competencia, puede ser infractor cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (Disp. adic. cuarta LDC). Precisamente dado que cada tipología de persona jurídica tiene una específica regulación y denominación para sus órganos, colegiados o unipersonales, de administración y dirección, el concepto “órganos directivos” empleado por el artículo 62.3 de la LDC permite abarcarlos a todos, si cumplen determinadas condiciones de autonomía y capacidad de decisión, que son comunes a todos estos órganos. La definición amplia de *empresa* a los efectos del Derecho de la competencia y la necesidad de garantizar el efecto útil de las normas de competencia para proteger el orden público económico como bien jurídico tutelado, permiten la sanción ex artículo 63.2 de la LDC a las personas físicas miembros de asociaciones, colegios profesionales, consejos reguladores, federaciones deportivas, fundaciones, etc., que hayan intervenido en el acuerdo o decisión vulnerador de la LDC en ejercicio de funciones de administración y/o representación de tales personas jurídicas. A tal efecto deberá atenderse a la realidad de la conducta desarrollada, con independencia de la existencia de nombramiento formal o no y de la terminología empleada por la persona jurídica para designar el cargo u ocupación de la persona física que realiza la conducta.

También en el ámbito penal, cuyos principios deben ser observados en los procedimientos sancionadores administrativos con las correspondientes matizaciones, se emplea un concepto extenso de administrador y directivo. Así lo establece el artículo 31 del Código Penal, relativo a la responsabilidad criminal del representante de una persona jurídica:

“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.”

Asimismo, resulta relevante que el Tribunal Supremo (sentencia de 26 de enero de 2007) también prioriza la realidad económica y comercial frente a la registral:

“El concepto de administrador de derecho no presenta especiales problemas. Por tal ha de entenderse a quien tiene efectuado el nombramiento como tal administrador de acuerdo a las normas legales que rigen la respectiva modalidad societaria. Mayores problemas plantea la inteligencia de lo que deba entenderse por administrador de hecho. Una concepción restringida incluiría en su entendimiento el concepto puramente mercantil del término, es decir, aquel que pudiendo ser administrador de derecho no pueda, todavía, serlo por no reunir las condiciones de nombramiento, por falta de aceptación o de inscripción registral o de mantenimiento y prórroga del mandato, o supuestos de formación social a los que se alude en preceptos del ordenamiento mercantil. Esta acepción supondría una subordinación del ordenamiento penal al mercantil sin base legal que lo

permitiera y dejaría al margen del derecho penal situaciones fácticas del mundo comercial en el que intervienen personas con funciones reales de administración formalmente no señaladas en sus respectivas normas de funcionamiento. Es por ello que la doctrina ha optado por una interpretación que permite integrar en su comprensión a las situaciones de ejercicio real de las funciones de administración dando preferencia a la realidad económica y comercial frente a la realidad registral, de manera que puedan solventarse a través de esta concepción los supuestos de autoría mediata o de la inducción y cubrirse lagunas de punibilidad aprovechando las formalidades previstas en el ordenamiento para la administración de la sociedad [...]... en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección".

Añade el TS, igualmente Sala de lo Penal (sentencia de 16 de octubre de 2014): *"Nada impide, a los efectos de establecer la condición de administrador, que las funciones encomendadas, aun siendo las características de la administración, se limiten, bien en atención a su contenido o bien en atención a sectores concretos del giro de la empresa. Lo que importa es que en el ámbito en el que se ejecutan los hechos que se pretenden delictivos, el sujeto haya actuado desempeñando las funciones que corresponderían a un administrador, aun con facultades parcialmente limitadas. Como se decía en la STS nº 606/2010, de 25 de junio, aunque referida a delito fiscal, lo determinante es la competencia que dentro de la organización de la empresa o sociedad asume cada sujeto, precisando que no es inútil reiterar que dicha asunción "... no ha de examinarse desde la perspectiva formal organizativa, sino desde la material del efectivo ejercicio".*

A juicio de esta Sala de competencia, no cabe, por tanto, analizar la aplicación del artículo 10.3 de Ley 16/1989 y del artículo 63.2 de la LDC, sobre la base de una consideración formalista del concepto de representante legal y directivo, sino en virtud del alcance real del cargo que ostenta la persona física en la empresa o entidad y de las actividades que ha realizado como representante de la misma.

Obviamente, este análisis deberá realizarse caso por caso, y en atención a la actuación que cada persona ha llevado a cabo en nombre de la empresa o entidad que ha resultado ser responsable de la infracción de cártel que aquí se resuelve.

En el presente expediente, los incoados personas naturales ostentan, durante el período relevante de la conducta, la condición de Directores de Unidad de Negocio de Incontinencia de A&A y Vicepresidente de la Junta Directiva de FENIN (en el caso de Jordi Bozal de Febrer) y Director General de INDAS (Javier Martín Ocaña INDAS), así como coordinadores del GTAIO; y la condición de Directora Técnica (en el caso de D^a BBB, desde 2002) y Directora Técnica (D^a. AAA, desde 1997 hasta 2002) y Secretaria General (desde 2002), siendo esta última figura definida como cargo directivo según los estatutos de FENIN. No es posible compartir la alegación que realizan conjuntamente los incoados respecto de su condición de "meros trabajadores" de las personas jurídicas responsables.

En el caso de las cuatro personas físicas incoadas, la instrucción ha puesto de manifiesto que adoptaban e imponían las decisiones de la gestión de las sociedades y la asociación, en cada caso. Se trata de personas que no ostentaban mandos intermedios, sino que impartían instrucciones, participando activamente en la gestión y dirección de la asociación y las mercantiles a las que representaban. No consta en las evidencias recabadas, ni las partes han acreditado, que los representantes y directivos incoados no asistieran a las reuniones y no participaran en los contactos ilícitos o hubieran votado o manifestado en contra de los mismos o salvado su voto, en el sentido del artículo 63.2 II de la LDC. Al contrario, la instrucción llevada a cabo por la DC ha permitido acreditar las actuaciones de diseño, impulso, coordinación y supervisión de la conducta infractora por parte de las personas naturales incoadas.

Respecto de las Directora Técnica y Secretaria General de FENIN, consta acreditada la contemplación previa de sus actuaciones a la luz de su posible vulneración de la normativa de la competencia y la corrección meramente formal de sus comunicados para tratar de evitar que pudieran ser utilizados como una evidencia del carácter anticompetitivo de la conducta, dificultando por tanto la detección de este tipo de prácticas. Los intercambios entre la Directora Técnica y Secretaria General de FENIN con el letrado interno de la Federación denotan evidente preocupación, no por el cumplimiento de la normativa de competencia, sino por evitar que se pudiera detectar más allá de las empresas partícipes el efectivo incumplimiento.

Tal como señala la DC en su PR, la aplicación del artículo 63.2 de la LDC (o su equivalente 10.3 de la Ley 16/1989) en este expediente a los directivos incoados responde al diferente grado de implicación y responsabilidad de dichos directivos en relación con el cártel objeto de investigación, en comparación precisamente con los directivos y representantes de las restantes empresas imputadas.

Tanto D^a AAA, como Directora Técnica de FENIN desde diciembre de 1996 hasta abril de 2002 (y Secretaria General de la Federación posteriormente) como D^a BBB, 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 acuerdos²⁷⁹. 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.

²⁷⁹ El PCH elaborado por la DC párrafo (204) contiene la relación de reuniones del GTAIO en las cuales se han adoptado acuerdos relacionados con las prácticas objeto de investigación, al menos 27 de un total de 63 celebradas entre 1997 y 2013.

D. Jordi Bozal de Febrer, en su calidad de representante de ARBORA&AUSONIA, S.L.U., como director de la Unidad de Negocio de Incontinencia y, particularmente, Coordinador del GTAIO desde 1994 hasta abril de 2012, participó de forma activa en las conductas investigadas, como se constata a través de las evidencias de la remisión de correos electrónicos y faxes con la Directora de FENIN en los que se pone de manifiesto el acuerdo de fijación de PVL, así como su labor de impulso de las reuniones y los acuerdos acreditados²⁸⁰.

Respecto de D. Javier Martín Ocaña, en su calidad de representante de LABORATORIOS INDAS, S.A.U., como Director General de INDAS desde 2007 hasta la actualidad, y en particular, Coordinador del GTAIO desde abril de 2012 hasta al menos enero de 2014, constan diversas comunicaciones con FENIN en relación con las conductas objeto de investigación que manifiestan un papel proactivo e impulsor en los acuerdos objeto de este expediente²⁸¹.

Tampoco esta Sala admite el argumento de las personas físicas incoadas en relación a que se estaría imponiendo a las personas físicas una doble sanción por los mismos hechos y por el mismo fundamento. 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 (en este caso, las fabricantes A&A, INDAS y FENIN), sino también a sus representantes legales o directivos que hayan intervenido en la práctica infractora. La efectiva intervención de las personas físicas incoadas en la infracción es la que constituye la actuación antijurídica que se sanciona con la multa de hasta 60.000 euros que prevé la LDC de 2007 y con multa de hasta 30.000 euros la LDC de 1989. El hecho determinante de la responsabilidad es esa intervención en el acuerdo o decisión ilícitos. De ahí que el artículo 63.2 II de la LDC excluya de sanción a quienes no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra de los acuerdos ilícitos o salvado su voto.

Algunas empresas incoadas han señalado en sus alegaciones que se daría un supuesto análogo al bis in idem en cuanto a que tales empresas en última instancia se deberán hacer cargo, además, de la multa impuesta al directivo que actuaba en nombre de las mismas. Esta Sala debe recordar que la actuación de una empresa o entidad tendente a asumir el importe de una multa derivada de la aplicación del artículo 63.2 de la LDC sería evidentemente apta para desnaturalizar la función punitiva de la sanción administrativa y resulta en tal medida incompatible con cualquier programa serio y eficaz de *compliance* o cumplimiento de la normativa de competencia.

²⁸⁰ 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).

²⁸¹ Así, 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).

La sanción complementaria por infracciones graves o muy graves a quienes ejerzan cargos de administración y dirección es además una previsión no exclusiva de la normativa de competencia. Una previsión análoga se contempla asimismo por la normativa de mercado de valores: “Además de la sanción que corresponda imponer al infractor por la comisión de infracciones muy graves, cuando la infractora sea una persona jurídica podrá imponerse una o más de las siguientes sanciones a quienes, ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma, sean responsables de la infracción” (art. 306 y art. 307 para infracciones graves, del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, que se aprueba por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre).

Los hechos acreditados en la instrucción ponen de manifiesto que la actuación de las cuatro personas incoadas se concretó en la intervención directa de las mismas en la realización de la conducta ilícita, que con su actividad posibilitaron el diseño e impulso de los acuerdos alcanzados por los fabricantes en el seno del GTAIO de FENIN, al objeto de fijar el PVL de los AIO dispensados en el canal farmacia y promover el mantenimiento de tales productos a través de tal canal farmacéutico.

La responsabilidad que aquí se atribuye a las personas físicas 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.

La responsabilidad de los administradores y directores de las entidades sancionadas por infracciones administrativas ha sido extensamente tratada por jurisdicción contenciosa, que permite concluir tal responsabilidad derivada de conductas omisivas cuando corresponde a tales sujetos del 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”*. (F.Jco Cuarto).

Asimismo, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo) en sentencia de 3 de febrero de 2014 (rec. 103/2013) precisa que “[e]s indudable que en el caso de un Director General, la simple titularidad del cargo, se traduce en una serie de atribuciones, justamente para ser utilizadas en orden a prevenir situaciones que impliquen vulneración del ordenamiento jurídico; el descuido en el ejercicio de esas facultades, que aboca a la rectora a la comisión de una infracción, implica un grado de negligencia o culpa suficiente para entender satisfecha, la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción.”

En el supuesto objeto de análisis en este expediente, no se trata de que los directivos y representantes incoados no hayan tomado medidas efectivas para evitar la vulneración de la normativa de la competencia acreditada, sino que las personas naturales cuya responsabilidad se enjuicia tuvieron 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.

Finalmente, respecto de la habilitación legal de la CNMC para publicar los datos personales de las personas naturales incoadas en una eventual resolución sancionadora, esta Sala debe precisar que tanto la Ley de Defensa de la Competencia de 2007 (art. 27.4), como la previa Ley de Defensa de la Competencia de 1989 (art. 46), como la Ley 3/2013, de creación de la CNMC (art. 37.1) prevén la correspondiente publicidad de las resoluciones sancionadoras. La LDC de 2007, posterior por tanto a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, precisa que *“las resoluciones harán públicas por medios informáticos y telemáticos una vez notificadas 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, de Protección de Datos de Carácter Personal, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores”*. El mismo tenor literal acoge la Ley 3/2013, de creación de la CNMC. Dado que la LOPD ampara datos de personas físicas, la excepción que establece la normativa de competencia se prevé precisamente para que los datos personales de los infractores personas físicas se publiquen sin previa disociación. El artículo 69 de la LDC en el marco del régimen sancionador, reitera la publicidad de las sanciones impuestas en aplicación de la LDC *“su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida.”*

Tampoco esta previsión de la publicidad de las resoluciones sancionadoras, incluyendo la identidad de la persona física infractora, es exclusiva del Derecho de la competencia. Nuevamente en el ámbito del mercado de valores, se prevé que *“[e]n la publicación de las sanciones, tanto en la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores como en el Boletín Oficial del Estado se incluirá información sobre el tipo y la naturaleza de la infracción y la identidad de la persona física o jurídica sobre la que recaiga la sanción”* (artículo 275.3 TRLMV). No obstante, la normativa de mercado de valores prevé asimismo la posibilidad de que la CNMV acuerde demorar la publicación, publicar de manera anónima la sanción impuesta o no publicar en modo alguno, cuando concurren una serie de circunstancias, entre otras, que la publicación de datos de carácter personal se considere desproporcionada o que pueda causar un daño desproporcionado a las entidades o personas físicas implicadas, en la medida en que se pueda determinar el daño (artículo 275.4 y 5 TRLMV).

El Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de señalar, en el marco de solicitudes de suspensión de la publicación de las sanciones, que *“el interés público representado por hacer llegar a los consumidores el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia, en aras del beneficio del mercado, es prevalente al daño que pueda ocasionarse a la empresa con su publicación”* (SSTS de 9 de diciembre de 2002 y 6 de marzo de 2006, entre otras). Lo cierto es que la publicidad como elemento de protección del consumidor no concurre en igual medida cuando lo que está en cuestión es exclusivamente la publicación de la identidad de las personas físicas sancionadas ex artículo 63.2 de la LDC. Ahora bien, la publicación de las sanciones, que establece la LDC y la LCCNMC, también para los casos de infractores personas físicas, persigue la máxima eficacia de la política de competencia, a través de su efecto de disuasión.

En atención a lo señalado, y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 37.1 de la LCCNMC (que recoge lo preceptuado por el previgente artículo 27.4 de la LDC), esta Sala considera que, frente a lo solicitado por las personas físicas incoadas, no debe establecerse una excepción a la debida publicación de las resoluciones sancionadoras que pongan fin a los procedimientos, incluyendo el nombre de los infractores.

Ello se acuerda sin perjuicio de la eventual suspensión de la ejecutividad de la presente resolución (incluyendo la publicación de los datos de los infractores) que pueda adoptarse en vía contencioso-administrativa, en su caso.

Esta Sala coincide, por tanto, con la apreciación del órgano de instrucción respecto a la participación de las personas naturales incoadas en las prácticas descritas, diferenciando períodos en el inicio y terminación de la conducta, conforme a la siguiente determinación individualizada:

1. D. Jordi Bozal de Febrer, por su participación en el cártel en su calidad de representante de ARBORA & AUSONIA, S.L.U. y Coordinador del GTAIO desde al menos diciembre de 1996 hasta abril de 2012.
2. D. Javier Martín Ocaña, por su participación en el cártel en su calidad de representante de LABORATORIOS INDAS, S.A.U. y Coordinador del GTAIO desde abril de 2012 hasta al menos enero de 2014.
3. D^a AAA, 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.
4. D^a BBB, por su participación en el cártel en cuanto Directora Técnica de FENIN desde abril de 2002 hasta al menos enero de 2014.

QUINTO.- OTRAS ALEGACIONES Y CUESTIONES PLANTEADAS EN LA FASE DE CONSEJO

5.1. Sobre la responsabilidad matriz-filial

Tanto DOMTAR (matriz de INDAS) como ONTEX ES (matriz de ONTEX ID), a las que se imputa responsabilidad solidaria por la conducta anticompetitiva de sus filiales, han alegado que no concurren los presupuestos que permiten imputarles tal responsabilidad, dada la autonomía empresarial de dichas filiales respecto de sus matrices.

Esta Sala de competencia coincide plenamente con la argumentación que sobre esta cuestión la DC aporta en su PR. La imputación realizada a ambas matrices se basa en lo establecido en el artículo 61.2 de la LDC, conforme al cual la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.

Respecto a dicho control, el artículo 7.2 de la LDC indica que éste resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa y, en particular, mediante derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa, o mediante contratos, derechos o cualquier otro medio permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa.

En cuanto al ejercicio de dicho control, como ha señalado el Consejo de la CNC²⁸²:

“(...) la exigencia de control no implica que el ejercicio del control deba ser llevado a cabo por el sujeto que lo posee, bastará con que exista el control independientemente de que sea ejercitado por éste o por alguna de las entidades pertinentes al grupo”.

De hecho, la jurisprudencia comunitaria²⁸³ y también la nacional²⁸⁴ han señalado que en los casos en los que una matriz participa en el 100% del capital social de su filial, existe una presunción “*iuris tantum*” de que la matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial, siendo esta presunción un elemento específico de la normativa de competencia, correspondiendo a la matriz desvirtuar dicha presunción aportando pruebas que demuestren que su filial determina de modo autónomo su conducta en el mercado.

Esta presunción *iuris tantum* no es absoluta, pudiendo las empresas presentar los elementos de prueba que estimen oportunos en contra de la misma. Así se ha señalado también y de forma reiterada por el Consejo de la CNC y la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC²⁸⁵, indicando que esta presunción es un elemento específico de la normativa de competencia, correspondiendo en su caso a la matriz desvirtuar dicha presunción.

²⁸² Resolución del Consejo de la CNC de 21 de enero de 2010, Expte. S/0084/08 Fabricantes de Gel.

²⁸³ Entre otras, Sentencia del TPI de 15 de junio de 2005, asunto T-71/03, Tokai Carbon and Others/ Comisión Europea; Sentencia del TPI en el asunto T-30/05 Prym Consumer/Comisión, de 12 de septiembre de 2007; Sentencia de 12 de diciembre de 2007 del TPI en el asunto T-112/05, Akzo Nobel y otros/Comisión; Sentencia de 18 de diciembre de 2008 del TPI en el asunto T-85/06, General Química/Comisión; Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-97/08P Akzo Nobel NV y otros/Comisión: Conclusiones del Abogado General Kokott de 23 de abril de 2009; Sentencia del TJCE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08, resolviendo el recurso de casación interpuesto por Azko Nobel (asunto T-112/05); Sentencias de 30 de septiembre de 2009 del TPI en los asuntos C-520/09 P Arkema SA/Comisión y C-521/09 P Elf Aquitaine/Comisión y Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011 en el asunto T-196/06.

²⁸⁴ Sentencias de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2012, desestimando el recurso interpuesto contra la Resolución del Consejo de la CNC de 17 de marzo de 2011, Expte. S/0153/09 MEDIAPRO, y de 21 de febrero de 2013, recurso 48/2012 interpuesto por VERIPACK EMBALAJES, en el ámbito del Expte. S/0251/10, Envases Hortofrutícolas.

²⁸⁵ Entre otras, Resoluciones del Consejo de la CNC de 21 de enero de 2010, Expte. S/0084/08 Fabricantes de Gel; de 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08, Vinos finos de Jerez; de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/08 Transitorios y de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09, Bombas de Fluidos, Expte. S/0428/12 PALÉS, Resolución de la CNMC de 22 de septiembre de 2014 y Expte. S/0453/12, RODAMIENTOS FERROVIARIOS de 4 de diciembre de 2014.

A este respecto, de acuerdo con la información aportada por INDAS en contestación al requerimiento de información realizado, se ha constatado que el 2 de enero de 2014 DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL adquirió el 100% de TASK MORAZA, S.L., sociedad titular del 100% de INDAS²⁸⁶.

Igualmente ONTEX señaló en contestación a requerimiento de información que ONTEX ES HOLDCO, S.A. es propietaria del 100% de ONTEX y de ONTEX ID²⁸⁷.

La responsabilidad solidaria de la matriz no viene determinada por su participación directa o indirecta en la infracción, ni siquiera por haber incitado a su filial a cometerla, sino que deriva que ambas sociedades forman una misma unidad económica a efectos de las normas de competencia. Si de la instrucción se derivara la acreditación de la participación de la matriz o de su conocimiento en relación con los hechos investigados, su responsabilidad sería directa, no solidaria, y en ningún caso se ha realizado dicha imputación directa a las matrices incoadas en este expediente sancionador.

Así el hecho de que DOMTAR no releva a los directivos del Consejo de Administración de INDAS, no viene sino a determinar que la matriz confirmó dicho Consejo de Administración.

También comparte esta Sala de competencia la consideración del órgano instructor de que el hecho de que INDAS siga actuando en el mercado español con su denominación social y sus marcas comerciales, especialmente las de los AIO, no constituye un elemento concluyente respecto a que el comportamiento económico de INDAS no viene determinado por DOMTAR tras su adquisición por dicha empresa, pues teniendo en cuenta que INDAS es el primer fabricante de AIO en España, con una cuota de mercado del 40%²⁸⁸, resulta fácilmente explicable esa decisión de mantenimiento de denominación social y marcas comerciales, por ser INDAS la empresa líder en el mercado español de los AIO. Por ello, esta Sala considera correcto determinar la responsabilidad solidaria de DOMTAR por la actuación de INDAS una vez adquirida dicha empresa y de ahí que el período de imputación de dicha responsabilidad solidaria se haya limitado por el órgano de instrucción a enero de 2014, es decir, desde la adquisición societaria el 2 de enero de 2014 hasta el momento en que se considera que INDAS puso fin a su participación en este cártel, coincidiendo con las inspecciones realizadas a finales de dicho mes en algunas de las entidades incoadas, entre ellas, la sede de INDAS.

Asimismo, en relación con la alegación de SCA relativa a la imputación solidaria de su matriz, comparte esta Sala la imputación realizada por la DC, en cuanto que desde el 9 de enero de 2014 SCA GROUP HOLDING B.V es titular del 100% del capital social de SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L.²⁸⁹, habiéndose limitado dicha imputación también a enero de 2014, es decir, desde la citada adquisición hasta el momento en que se considera que SCA puso fin a su participación en el cártel, coincidiendo con las

²⁸⁶ Contestación de INDAS al requerimiento de información realizado (folio 7861).

²⁸⁷ Contestación de ONTEX al requerimiento de información realizado (folio 3858).

²⁸⁸ Información obtenida de <http://www.indas.com/es/grupo-indas/INDAS-en-Cifras/> (folio 13976).

²⁸⁹ Contestación de SCA al requerimiento de información realizado (folio 5223).

inspecciones realizadas a finales de dicho mes en la sede de SCA y de otras de las entidades incoadas.

Tampoco en este caso ONTEX ES ha aportado prueba que pudiera desvirtuar la citada presunción, simplemente manifestando la existencia de una participación financiera sin control de la matriz en la filial. Tanto ONTEX como ONTEX ES reconocen que los miembros de sus Consejos de Administración son los mismos, estando también presentes en el Consejo de Administración de ONTEX ID²⁹⁰, lo que vendría a confirmar esta vinculación personal que la matriz ejerce un comportamiento decisivo en el comportamiento de sus filiales

En cuanto a la alegación realizada indicando que la participación de ONTEX ES del 100% de las acciones de ONTEX ID se trata de una participación financiera, la jurisprudencia comunitaria reiteradamente ha señalado que *“que incluso si la matriz es un holding financiero, ésta puede ejercer una influencia decisiva sobre sus filiales”*²⁹¹:

Así mismo, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC se ha pronunciado en relación a la influencia económica efectiva realizada por una matriz respecto a sus filiales, señalando lo siguiente²⁹²:

“A este respecto, la circunstancia de que la matriz sea un holding financiero, (...), carece de trascendencia para refutar la señalada presunción de influencia decisiva, porque nuevamente es preciso reiterar que tal presunción nace del concepto propio de unidad económica del Derecho de la competencia.”

5.2. Sobre la sucesión empresarial

Por lo que respecta a la alegación de A&A, P&G ESPAÑA y P&G sobre el carácter personal de la responsabilidad de las empresas infractoras, reiterada jurisprudencia comunitaria²⁹³ admite que se pueda exceptuar dicho principio de la responsabilidad personal en aplicación del criterio de la sucesión empresarial o la continuidad económica, en virtud del cual una infracción de las normas sobre la competencia puede ser imputada al sucesor económico de la empresa que la haya cometido, con el fin de que el efecto útil de dichas normas no se vea comprometido a causa de los cambios en la estructura o titularidad de las empresas.

²⁹⁰ Contestación de ONTEX (folios 3858 a 3863) y de ONTEX ES (folios 12469 a 12474) a los requerimientos de información realizados.

²⁹¹ Entre otras, asunto T-69/04 Schunk y Schunk Kohlenstoff-Technik/Comisión Rec. 2008, apartado 70 y asunto T-174/05 Elf Aquitaine/Comisión, sentencia de 30 de septiembre de 2009, apartado 160.

²⁹² Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12, Palés.

²⁹³ Así, STG de 31 de marzo de 2009 (T-405/06) ArcelorMittal y otros y STJUE de 28 de marzo de 1984 (C-29/83 y otros) CRAM y otros.

Como ha señalado asimismo el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de diciembre de 2015 (recurso 1973/2014) ²⁹⁴ “[...] el criterio que debe prevalecer a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico en la sucesión de empresas es la de la permanencia de una entidad económica y empresarial o, dicho en otros términos, la identidad substancial entre las empresas sucesivas.[...]” Otro criterio “[...] conduciría a un resultado inaceptable de fácil elusión de toda responsabilidad de una persona jurídica por su simple reorganización interna, cambios en la dirección o cambios de titularidad o de forma jurídica.”

En este supuesto, en contestación al requerimiento de información realizado por la DC, P&G ESPAÑA señaló la actividad marginal que venía desarrollando A&A tras ser adquirida por P&G, limitándose a partir de la fecha de su adquisición a gestionar una cartera de derechos de propiedad industrial²⁹⁵.

De hecho, como expresamente ha indicado P&G ESPAÑA, a partir del 1 de julio de 2013 la citada empresa ha sucedido en la práctica a A&A, siendo P&G ESPAÑA la que realiza la actividad de comercialización de los AIO, habiéndose integrado tanto los recursos humanos como materiales en su práctica totalidad en P&G ESPAÑA, habiéndose atribuido también la titularidad de las plantas de producción y concluyendo la citada empresa la identidad entre A&A y P&G ESPAÑA desde un punto de vista económico²⁹⁶.

Además, se ha confirmado que desde el 1 de julio de 2013 las ventas de AIO las realiza P&G ESPAÑA²⁹⁷.

Todo ello denota la inexistente actividad económica de A&A en la comercialización de AIO a partir del 1 de julio de 2013, limitándose su actividad a los royalties cobrados por los derechos de propiedad industrial que mantiene²⁹⁸.

Finalmente, tal como señala la DC en su PR, tras comunicar el 23 de abril de 2014 A&A y P&G a ese órgano instructor que la actividad de comercialización de AIO dentro del grupo P&G la llevaba a cabo P&G ESPAÑA, con fecha 28 de mayo de 2014, A&A y P&G presentaron un escrito indicando que cabría entender que la solicitud de clemencia presentada comprendería también a P&G ESPAÑA, solicitando formalmente que, de conformidad con el artículo 65 de la LDC, la petición de clemencia se extendiese a P&G España. En virtud de la citada solicitud, la Dirección de Competencia acordó con fecha 2 de junio de 2014 ampliar a P&G España la exención condicional concedida previamente el 27 de enero de 2014 a A&A y P&G.

5.3. Sobre la inaplicabilidad del principio de confianza legítima

²⁹⁴ Sentencia confirmatoria de la multa impuesta a una de las empresas incoadas, en concepto de sucesora, el marco del expediente sancionador S/0120/08, Transitarios.

²⁹⁵ Información aportada por P&G ESPAÑA en contestación al requerimiento de información realizado por la DC (folio 5208).

²⁹⁶ Contestación de P&G ESPAÑA al requerimiento de información realizado por la DC (folio 5209).

²⁹⁷ Información aportada por A&A, P&G ESPAÑA y P&G en contestación al requerimiento de información realizado (folio 20014).

²⁹⁸ Información aportada por A&A, P&G ESPAÑA y P&G en contestación al requerimiento de información realizado (folio 20013).

Las entidades incoadas alegan que, respecto de la infracción que se les imputa en este expediente, es de aplicación el llamado principio de confianza legítima, puesto que, conforme a la argumentación de las entidades partícipes en el cártel, la Administración sanitaria habría favorecido, auspiciado y participado en las conductas contrarias al Derecho de la competencia.

Sobre tal extremo esta Sala coincide con la DC en que en relación con los hechos considerados acreditados objeto del expediente no existe un acuerdo o recomendación que pudieran llevar a considerar a las entidades incoadas que con su conducta estuvieran cumpliendo un supuesto mandato de la Administración o que los acuerdos alcanzados entre las empresas fabricantes miembros del GTAIO derivaran del cumplimiento del único Acuerdo suscrito por la Administración General del Estado con todos los agentes del sector, el repetido acuerdo de 13 de mayo de 1997, en el que el INSALUD garantizaba en su territorio la dispensación de AIO para pacientes domiciliarios a través del canal farmacéutico a cambio de un descuento general del 11% sobre el PVP²⁹⁹. Ha quedado acreditado que el otro acuerdo firmado ese mismo día por los representantes de los fabricantes, distribuidores y farmacéuticos, sin participación ni presencia de la Administración, establecía el PVL así como los márgenes comerciales de distribución y dispensación por mayoristas y farmacéuticos de los AIO para pacientes no hospitalarios³⁰⁰.

Ha quedado acreditado que la Administración no participó en los acuerdos para la fijación del PVL y de los márgenes de distribución firmados entre fabricantes, distribuidores y oficinas de farmacia en el ámbito de las Comunidades Autónomas de Galicia en 1999 y

²⁹⁹ Acuerdo Marco entre Fabricantes, Distribuidores y Oficinas de Farmacia y el INSALUD en materia de Absorbentes de Incontinencia de Orina de 13 de mayo de 1997, aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 63 a 68), recabado en la inspección de FENIN (folios 3317 a 3322) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información (folios 6647 a 6652).

³⁰⁰ Acuerdo entre Fabricantes, Distribuidores y Oficinas de Farmacia de 13 de mayo de 1997, aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 70 a 73) y por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6653 a 6656).

2004³⁰¹, País Vasco en 2001 y 2007³⁰², Andalucía en 2002³⁰³, Aragón en 2003³⁰⁴ y Cantabria en 2003³⁰⁵. Tampoco le fueron notificados, siendo acuerdos privados, como las propias partes reconocen.

Los Conciertos que regulan la prestación farmacéutica en el seno de las CC.AA son firmados por la Administración autonómica y los Colegios Oficiales de Farmaceútics correspondientes y se limitan a establecer el régimen de colaboración entre las oficinas de farmacia y los servicios de salud de las distintas CC.AA en lo referente a la prestación de servicios profesionales inherentes a la prestación farmacéutica, fijando las condiciones económicas para dicha prestación, entre ellas los descuentos en la factura de los AIO, y en ningún caso pueden considerarse como un llamamiento por parte de la Administración a que los miembros de la cadena de distribución de AIO pacten sus márgenes.

Por otro lado, el acuerdo firmado con la Administración en mayo de 1997 vino dado por la actuación previa de los agentes que operan en el mercado de los AIO y que desde mediados de los '90 intentaban evitar la salida del canal farmacia de los AIO destinados a pacientes no hospitalizados, tras la aprobación del RD 9/1996, que estableció que podría realizarse tanto a través de la oficina de farmacia como mediante entrega directa por los centros o servicios, propios o concertados, de la red asistencial sanitaria o socio-sanitaria. Ha quedado acreditado en la instrucción del presente expediente que los fabricantes, los distribuidores y los farmacéuticos comienzan a negociar un acuerdo de

³⁰¹ ACUERDO FARMACIAS-DISTRIBUCION-INDUSTRIA (A.I.O.) de 17 de septiembre de 1999, recabado en la inspección de FENIN (folios 3547 a 3548) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6663 a 6664) y Convenio de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma de Galicia de 21 de septiembre de 2004 firmado por los COF provinciales de GALICIA, la distribución farmacéutica (COFANO, SAFA GALÉNICA, S.A., CEFARGAL, COFARES, ROMAN SACO Y COMPAÑÍA, SANAL, FARMANOSA y COFAGA) y los fabricantes (FENIN y ANFAMS), aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 136 a 138) y por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6637 a 6639).

³⁰² Convenio de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma del País Vasco de 27 de abril de 2001, recabado en la inspección de FENIN (folios 3552 a 3557) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento realizado (folios 6657 a 6662) y Convenio de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma del País Vasco de 10 de enero de 2007 firmado por el COF de EUSKADI, FENIN y AFARE-EUSFARE, aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 163 a 167), recabado en la inspección de FENIN (folios 3560 a 3564) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6624 a 6628).

³⁰³ Convenio de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma de Andalucía de 22 de noviembre de 2002 firmado por el CACOF, FENIN, FEDIFAR y ANFAMS, aportado por el solicitante de exención (folios 107 a 109), recabado en la inspección de FENIN (folios 3575 a 3577) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6634 a 6636).

³⁰⁴ Convenio de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma de Aragón de 14 de abril de 2003 firmado por los COF de Huesca, Zaragoza y Teruel, las distribuidoras (FEDIFAR, SAFA GALÉNICA, S.A., COOPERATIVA FARMACÉUTICA ARAGONESA y COOPERATIVA FARMACÉUTICA ESPAÑOLA) y los fabricantes (FENIN y ANFAMS), aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 116 a 119), recabado en la inspección de FENIN (folios 3578 a 3581) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6643 a 6646).

³⁰⁵ Convenio de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma de Cantabria de 1 de junio de 2003 firmado por el COF de Cantabria, FEDIFAR, FENIN y ANFAMS, aportado por el solicitante de exención (folios 116 a 119), recabado en la inspección de FENIN (folios 3570 a 3572) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6640 a 6642).

fijación de márgenes que a su vez les permita ofrecer al INSALUD un descuento sobre el PVP de los AIO que sirva a la Administración como incentivo para mantener la dispensación de este producto a través del canal farmacia, constando un primer contacto entre los representantes de los fabricantes (FENIN y ANFAMS), los distribuidores (FEDIFAR) y los farmacéuticos (CGCOF y FEFE) para la fijación de márgenes en un documento fechado el 18 de diciembre de 1996 y denominado “BASES DEL ACUERDO SOBRE ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA”.

De dicho documento se han localizado dos versiones, una para entregar a la Administración y otra denominada “DOCUMENTO INTERNO”, que difieren precisamente en que en la segunda consta un primer compromiso para el reparto de márgenes entre los tres eslabones de la cadena³⁰⁶.

No puede por tanto apreciarse que la voluntad de la Administración fuera de incentivar que se pactara entre fabricantes el PVL, ni tampoco que se repartieran los márgenes de distribución y dispensación.

Así pues, del citado Acuerdo de mayo de 1997 firmado por el INSALUD, que vino derivado de dicha presión por parte del sector, no cabría esta posible confianza legítima alegada por las incoadas. La conducta se manifiesta en una concertación previa, exclusivamente imputable a los agentes que pretenden alegar la confianza legítima, sin que quepa de ello inferir el amparo que algunas sostienen sobre la base del artículo 2.1 de la Ley 16/1989 (hoy artículo 4.1 de la LDC), que sólo exceptúa de la prohibición aquellas conductas colusorias que resulten de la aplicación de una Ley. A este último respecto, el Tribunal Supremo ha señalado la necesidad que la conducta objetivamente tenga un amparo directo de una ley³⁰⁷.

Así lo estableció la CNC en la Resolución de 31 de julio de 2010, confirmada por la AN, negando la alegada confianza legítima en relación a unos Acuerdos³⁰⁸:

“Conviene tener presente, además, que estos Acuerdos y medidas normativas fueron fruto de la presión del sector. No cabe pues reclamar confianza legítima derivada de unos actos que son resultado de la propia iniciativa de los agentes que pretenden alegarla y, sobre todo, que no amparan como se pretende comportamientos colusorios. Pero incluso en el caso de que tales actuaciones de la Administración amparasen acuerdos restrictivos, que no, procede recordar que conforme al actual arto 4.1 de la Ley 15/2007 (antiguo arto 2.1 de la Ley 16/1989) y sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, sólo se exceptúan de la prohibición aquellas conductas colusorias que resulten de la aplicación de una Ley. De acuerdo con el apartado 2 del mismo artículo, la prohibición si se aplica a aquellas

³⁰⁶ Documento “BASES DEL ACUERDO SOBRE ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA”, recabado en la inspección de FEDIFAR (folios 1387 a 1389).

³⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2013, Rec 3282/2010, en relación con la Resolución del Consejo de la CNC de 3 de marzo de 2009, Expte. 650/08 Funerarias Baleares.

³⁰⁸ Sentencias de la Audiencia Nacional de 7 de abril de 2014, Rec 570/2010 y Rec 573/2010.

conductas que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos.

Debe recordarse en este sentido que la CNC en su informe sobre Fijación de tarifas mínimas en el transporte de mercancías por carretera ha advertido detalladamente cómo pueden resultar contrarias al TFUE aquellas normas jurídica que pretendan confirmar u homologar acuerdos colusorios entre empresas contrarios al artículo 101 de dicho Tratado. La aplicación conjunta de este artículo 101 con los artículos 3 y 10 del TFUE ha llevado al Tribunal General a dictar sentencias en este sentido para preservar el efecto útil de las normas de competencia del Tratado (...)”.

Dado que la normativa regulatoria de los márgenes de distribución y dispensación de los productos sanitarios a la que se referían tanto la Ley 29/2006 como el RDL 8/2010 sigue sin estar aprobada, los operadores económicos intervinientes tienen libertad para negociar los precios que consideren adecuados, como indicaba el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en contestación al requerimiento de información realizado³⁰⁹.

Precisamente como se constata por las convocatorias de concursos públicos a partir de los años ´90, primero por el INSALUD y posteriormente por las Administraciones sanitarias autonómicas, para la adquisición y posterior suministro de AIO a pacientes no hospitalizados, no sólo la Administración no estuvo inactiva al respecto, sino que ha intentado a lo largo de todos estos años facilitar el suministro directo de AIO a pacientes no hospitalizados y a un precio realmente competitivo.

Esta Sala coincide con la valoración de la DC de que la firma en mayo de 1997 del Acuerdo entre el INSALUD, el CGCOF, FENIN, FEFE, FEDIFAR, ANFAMS y ASECOFARMA garantizando la dispensación de AIO para pacientes domiciliarios a través del canal farmacéutico, a cambio de un descuento del 11% sobre el PVP³¹⁰, no puede ser generador en las entidades incoadas de confianza que excluya su culpabilidad tanto en la firma ese mismo día de un acuerdo secreto para la Administración de fijación del PVL y los márgenes de distribución y dispensación de los AIO, ni de los demás acuerdos alcanzados por los fabricantes objeto de investigación en este expediente.

5.4. Sobre las pruebas solicitadas

Algunas de las empresas incoadas solicitan en sus alegaciones a la PR la práctica de prueba testifical y documental. En algunos supuestos se trata de reiteración de pruebas ya propuestas o aportadas en la fase de instrucción.

³⁰⁹ Contestación del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad al requerimiento realizado por esta Dirección de Competencia (folios 11985 a 11988).

³¹⁰ Acuerdo Marco entre Fabricantes, Distribuidores y Oficinas de Farmacia y el INS en materia de Absorbentes de Incontinencia de Orina aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 63 a 68), recabado en la inspección realizada en la sede de FENIN (folios 3317 a 3322) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6647 a 6652).

Así, alguna de las empresas incoadas como responsables solidarios en su condición de matrices, expiden certificaciones relativas a que no existía control ni influencia decisiva sobre las decisiones de la filial en el mercado relevante o bien sobre la identificación de los asistentes a reuniones entre fabricantes, distribuidores y farmacéuticos y el Ministerio de Sanidad (i.e., DOMTAR LUX).

A la vista de la instrucción realizada por la DC y de la documentación acreditativa de las conductas que se imputan, esta Sala entiende que todos los elementos fácticos en los que se fundamenta la declaración de infracción están disponibles en el presente expediente y las pruebas adicionales solicitadas no superan el juicio de pertinencia necesario conforme al artículo 24.2 de la CE (SSTC 192/87, 212/90 y 297/1993), en la medida en que carecen, por sí solas, de suficiente capacidad para desvirtuar el análisis de la conducta imputada a las mercantiles incoadas o para aportar valor añadido en términos de defensa de las incoadas. Esta Sala considera que ni las documentales incorporadas al expediente ni las pruebas propuestas en las alegaciones a la PR resultan decisivas en términos de defensa.

En este sentido, la declaración de ciertos responsables de alguna de las mercantiles incoadas no aporta valor añadido a los argumentos ya expuestos en sus alegaciones, y se revela inhábil para desvirtuar los hechos acreditados por el órgano instructor y la calificación que de los mismos formula esta Sala de Competencia.

Asimismo, las alegaciones relativas a la vulneración del principio de confianza legítima o los aspectos relativos a la responsabilidad matriz-filial han sido plenamente rebatidas, sin que las pruebas propuestas en sentido contrario (así, testificales de responsables de Administraciones públicas sanitarias, como solicita ONTEX) tengan virtualidad para modificar la valoración de la Sala al respecto.

Respecto a la solicitud de vista realizada por algunas de las incoadas en sus escritos de alegaciones (INDAS, FENIN), cabe recordar que la vista viene prevista en la LDC como una actuación que el Consejo puede acordar discrecionalmente, “cuando la considere adecuada para el análisis y enjuiciamiento del objeto del expediente” (art. 19.1 RDC). La Sala de competencia, teniendo en cuenta que es potestad suya acordar la celebración de vista cuando lo considere conveniente para el examen y análisis del objeto del expediente, no considera necesario para la valoración del presente asunto acceder a la solicitud de celebración de vista, sin que de esta negativa pueda derivarse ningún tipo de indefensión a las partes, según ha señalado de forma reiterada la Audiencia Nacional, y dadas las amplias oportunidades, utilizadas por las incoadas a lo largo del procedimiento, para presentar alegaciones y confrontar los argumentos de la DC.

5.5. Sobre la solicitud de confidencialidad

Algunas de las empresas incoadas han aportado en fase de alegaciones a la PR información sobre la que solicitan declaración de confidencialidad de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la LDC.

Esta Sala accede a declarar confidencial la información reseñada, dado el carácter comercial de la misma, como se detalla a continuación:

Los siguientes folios correspondientes a las respuestas al requerimiento de información sobre volúmenes de negocio en el ejercicio 2015 de las siguientes empresas: LABORATORIOS HARTMANN, S.A. y PAUL HARTMANN ESPAÑA, S.L.U (folios 25963 a 25965); ARBORA & AUSONIA, S.L.U. (folios 25966 y 25967); SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L (folios 25985 a 25992); ONTEX ES HOLDCO, S.A, ONTEX ID, S.A.U y ONTEX PENINSULAR, S.A.U (folios 25995 a 25997 y folios 26007 a 26009); LABORATORIOS INDAS, S.A.U (folios 26035 a 26038); DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL (folios 26042 a 26045); ALGODONES DEL BAGES, S.A.U, (folios 26054 a 26059); BARNA IMPORT MEDICA, S.A. (folios 26069 a 26074) y TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A. (folios 26082 a 26086).

Los folios 25094 a 25244, correspondientes a la versión no censurada de las alegaciones de LABORATORIOS INDAS S.A.U; los folios 25491 a 25563 y 25570 a 25572, correspondientes a la versión confidencial de las alegaciones de ALGODONES DEL BAGES, S.A.U y los folios 25671 a 25747 correspondientes a la versión confidencial de las alegaciones de BARNA IMPORT MEDICA, S.A.

SEXTO.- DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

6.1. Consideraciones previas a la determinación de la multa

En primer lugar, conviene aclarar nuevamente la ley aplicable a la determinación de la sanción en este caso. Como se ha explicado en el Fundamento de Derecho Segundo, en tanto que se trata de una conducta continuada, primero bajo la Ley 16/1989 y después bajo la Ley 15/2007 (LDC), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992 se ha de aplicar una de las dos normas, debiendo optarse, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable, por aquella que resulte más beneficiosa para el infractor.

Aunque la conducta prohibida por el artículo 1 de ambas leyes es idéntica, la aplicación del régimen sancionador de la LDC resulta más favorable, salvo para las asociaciones. En efecto, la Ley 16/1989 prevé una multa máxima de 901.518,16 euros, mientras que la LDC establece la posibilidad de sancionar con hasta el 10% de la suma del volumen de negocio de las entidades que forman parte de la asociación. Por este motivo, en el presente expediente se aplicará la LDC a todas las empresas infractoras mientras que se aplicará la Ley 16/1989 a la asociación FENIN.

En cuanto a la valoración de la infracción, el artículo 62.4.a) de la LDC establece que será infracción calificada como muy grave “[e]l desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales”.

Por su parte, el apartado c) del artículo 63.1 señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total

de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, y en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

Sobre la naturaleza del 10% (si se trata del máximo de un arco sancionador, o si hay que considerarlo como un límite o umbral de nivelación) se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013)³¹¹, sentencia que ha sido ya analizada en las últimas resoluciones de este Consejo. Según el Tribunal Supremo, el proceso de determinación de la multa debe necesariamente ajustarse a las siguientes premisas:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites “constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje” y continúa exponiendo que “se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica.”

- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, en este caso hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC alude al “volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, “lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción”. Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se constriñe.

- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme al artículo 64 de la LDC, antes citado.

- Por último, el FD 9º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala que “las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas.” Asimismo, precisa que la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia no puede constituirse en el punto de referencia

³¹¹ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013) y otras posteriores.

prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

6.2. Criterios para la determinación de la sanción: valoración global de la conducta

Se trata de una infracción única y continuada, constitutiva de un cártel, consistente en acuerdos de fijación de precios así como de las condiciones de distribución y dispensación de absorbentes para incontinencia de orina (AIO) financiados por el Sistema Nacional de Salud (SNS) destinados a pacientes no hospitalizados. Constituye por tanto una infracción muy grave (art. 62.4.a) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2015, que es el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c).

En la tabla siguiente se recoge el volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2015:

<i>Empresas</i>	<i>Volumen de negocios total en 2015 (€)</i>
ALGODONES DEL BAGES, S.A.U.	4.656.600
BARNA IMPORT MEDICA, S.A.	27.454.794
LABORATORIOS HARTMANN, S.A.	71.836.335
LABORATORIOS INDAS, S.A.U.	186.665.448
ONTEX PENINSULAR, S.A.U. y ONTEX ID, S.A.U.	93.607.811
PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A.	1.038.599.627
TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A.	15.127.135
SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L.	540.688.720

Como se ha dicho anteriormente, en el caso de FENIN se aplicará la Ley 16/1989, por lo que no es necesario partir de un tipo sancionador referido al volumen de negocios total de la asociación, de ahí que no se haya incluido esta entidad en la tabla anterior.

Teniendo en consideración estas cifras aportadas por las empresas, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Desde una perspectiva global de la infracción, el mercado afectado por la conducta, tal y como ya se ha señalado, es el mercado de la comercialización de productos absorbentes para incontinencia grave de la orina en adultos (AIO) financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados, cuya distribución y dispensación se realiza a través del canal farmacéutico. El cártel estuvo activo un largo período –casi dos décadas–, desde 1996 hasta 2014, cuando se iniciaron las inspecciones.

El alcance de la conducta es especialmente significativo, ya que la cuota de mercado conjunta de las entidades infractoras en el mercado relevante es del 95%. En cuanto al mercado geográfico, la infracción abarca todo el territorio nacional, lo que implica una mayor gravedad que si la infracción hubiera tenido un ámbito más reducido.

Por otra parte, las características de este mercado permiten apreciar una gravedad adicional en la infracción, pues al tratarse de bienes sanitarios de primera necesidad que eran costeados por el presupuesto público, los mayores precios derivados del cártel se han traducido por fuerza en un mayor gasto público que podría haberse dedicado a otras necesidades sociales, especialmente desde 2007, durante los años de crisis económica.

Aunque se trata de una infracción por objeto, ha quedado acreditado que efectivamente se produjo la fijación del precio de venta de laboratorio muy por encima del precio obtenido en una licitación competitiva. Este precio proporcionaba a los fabricantes un margen de referencia mínimo frente a los demás operadores, generando un marco de estabilidad entre dichos fabricantes y disminuyendo el grado de incertidumbre respecto de los competidores. Ha quedado acreditado que los precios de los AIO dispensados por el canal farmacéutico son mucho más elevados que los adquiridos en el canal institucional. En efecto, el sobreprecio se aproximó al 100%, es decir, casi el doble que el precio pagado por el SNS en el canal institucional. Además, los miembros del cártel forzaron la dispensación de los AIO por el canal de farmacias mediante la interposición de recursos administrativos y contencioso-administrativos contra las convocatorias de concursos públicos de las diferentes Comunidades Autónomas, con el fin de entorpecerlos e impedir que se realizasen. La mayor estabilidad producida en el sector por la colusión se comprueba al observar que, con el paso de los años, las cuotas de mercado de las diferentes empresas han sufrido variaciones apreciables en el canal institucional, pero se han mantenido inalteradas en el canal de farmacia.

Para terminar, debe tenerse en cuenta que FENIN, más concretamente a través del Grupo de Trabajo de AIO, coordinaba el pacto colusorio y vigilaba el cumplimiento de los acuerdos adoptados en su seno.

Siguiendo la precitada sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, organización y mecanismos de seguimiento de los acuerdos, etc.– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración de la *densidad antijurídica* de la conducta. En consecuencia, este Consejo considera que el reproche sancionador en este expediente debe situarse con carácter general en el tramo medio-alto de la escala, en concreto en un tipo sancionador global del 5,3%, sin perjuicio de los ajustes que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa.

6.3. Criterios para la determinación de la sanción: valoración individual de la conducta de las personas jurídicas

Dentro de los criterios para la individualización del reproche sancionador conviene considerar principalmente la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción. Esta cifra corresponde a la facturación de los fabricantes por la distribución de absorbentes para incontinencia de orina (AIO) destinados a pacientes no hospitalizados, y puede deducirse de los datos proporcionados por las empresas a requerimiento de la CNMC.

Los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, que depende tanto de la duración de la conducta que se ha acreditado para cada empresa como de la intensidad de su participación en ella, y constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación de la sanción que procede imponer a cada empresa (art. 64, 1, a y d).

En la tabla siguiente se recoge el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa durante la infracción, así como la cuota de participación de cada empresa en el volumen de negocios total afectado por la infracción en este expediente:

<i>Empresa</i>	<i>Volumen de negocios en el mercado afectado (€)</i>	<i>Cuota de participación en la conducta (%)</i>
ALGODONES DEL BAGES, S.A.U.	88.392.163	2,72%
BARNA IMPORT MEDICA, S.A.	18.739.649	0,58%
LABORATORIOS HARTMANN, S.A.	164.467.049	5,06%
LABORATORIOS INDAS, S.A.U.	1.181.630.016	36,36%
ONTEX ID, S.A.U. y ONTEX PENINSULAR, S.A.U.	131.081.583	4,03%
PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A.	846.162.389	26,04%
TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A.	27.221.274	0,84%
SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L.	791.771.525	24,37%

Siendo ello así, se considera adecuado a la necesaria individualización de las sanciones ajustar el porcentaje de la sanción al alza en proporción a la mayor participación de cada empresa en la facturación global en el mercado afectado por la conducta.

FENIN no es un fabricante o distribuidor de AIO, por lo que no opera en el mercado afectado. Por este motivo, no se ha incluido a esta entidad en la tabla anterior. Sin embargo, su falta de actividad directa en dicho mercado afectado no implica su falta de participación en la conducta, por cuanto ha quedado acreditado en este expediente que sus miembros han llevado a cabo la infracción contando con su participación organizativa.

6.4. Sanción a imponer a las personas jurídicas

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que corresponde imponer a las entidades infractoras a las que se aplica la LDC la sanción que se muestra en la tabla siguiente:

<i>Empresa</i>	<i>Volumen de negocios total (VT, en €) en 2015</i>	<i>Tipo sancionador (%)</i>	<i>Multa (en €)</i>
ALGODONES DEL BAGES, S.A.U.	4.656.600	5,40%	251.456
BARNA IMPORT MEDICA, S.A.	27.454.794	5,30%	1.455.104
LABORATORIOS HARTMANN, S.A.	71.836.335	5,60%	4.022.835
LABORATORIOS INDAS, S.A.U.	186.665.448	7,10%	13.253.247
ONTEX ID, S.A.U. y ONTEX PENINSULAR, S.A.U.	93.607.811	5,50%	5.148.430
PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A.	1.038.599.627	6,60%	68.547.575
TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A.	15.127.135	5,30%	801.738
SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L.	540.688.720	6,50%	35.144.767

En el caso de FENIN, su condición de federación que agrupa empresas y asociaciones justifica, en opinión de esta Sala de Competencia del Consejo, un tratamiento diferenciado de la misma respecto del correspondiente a las mercantiles incoadas. Como ya se ha indicado, se va a aplicar la Ley 16/89 a FENIN, por lo que, siguiendo

precedentes de esta Sala en supuestos en los que la incoada era asimismo una asociación³¹², se ha considerado apropiado imponerle una sanción de 200.000 euros.

No ha sido necesario en el presente expediente realizar ningún ajuste de proporcionalidad, ya que las sanciones de todas las empresas se encuentran significativamente por debajo de lo que podría considerarse el límite de proporcionalidad según las características de las empresas y la dimensión de la infracción. Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que las entidades infractoras podrían haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes (beneficio ilícito potencial)³¹³. De acuerdo con las estimaciones realizadas, las sanciones impuestas están muy por debajo del límite de proporcionalidad, lo que implica que las sanciones no corren el riesgo de ser desproporcionadas.

6.5. Alcance de la responsabilidad solidaria de las sociedades matrices

Tal y como se ha señalado en anterior apartado (5.1), las sociedades antes identificadas como matrices de las infractoras responderán solidariamente de la multa impuesta a sus filiales de conformidad con lo señalado en el artículo 61.2 LDC. No obstante, a diferencia de los supuestos de sucesión empresarial (en los que la sucesora o adquirente responde por toda la conducta imputada a su antecesora o adquirida), en los casos de las sociedades matrices su responsabilidad queda limitada por el tiempo en el que han sido efectivamente matrices de las infractoras, esto es, desde el momento en que hayan adquirido dichas sociedades³¹⁴.

De acuerdo con lo anterior premisa, y de conformidad con la duración justificada y expuesta en el apartado 4.4 de esta resolución, la responsabilidad de las matrices debe quedar limitada en función de la duración respectiva de la conducta según se muestra a continuación.

<i>Empresa infractora</i>	<i>Matriz responsable</i>	<i>Multa de la infractora (en €)</i>	<i>Duración de la matriz / de</i>	<i>Responsabilidad de la matriz</i>
----------------------------------	----------------------------------	---	--	--

³¹² RCNMC de 22 de septiembre de 2014 (S/0428/12 Palés), 6 de noviembre de 2014 (S/0430/12 Recogida de papel), 8 de enero de 2015 (S/0429/12 Residuos) y 26 de febrero de 2015 (S/0425/12 Industrias Lácteas 2) y 5 de marzo de 2015 (S/0489/13 CONCESIONARIOS OPEL).

³¹³ Estos supuestos muy prudentes se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Cuando es posible, los supuestos que se han asumido se basan en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como los *Ratios sectoriales de las sociedades no financieras* del Banco de España. Cuando no es posible tener datos específicos, los supuestos se basan en estimaciones de la literatura económica especializada.

³¹⁴ En este sentido se ha pronunciado la autoridad de competencia en, entre otras, RCNC de 28 de febrero de 2013 (S/0342/11 ESPUMA DE POLIURETANO) o RCNC de 2 de diciembre de 2011 (S/0251/10 ENVASES HORTOFRUTÍCOLAS).

			la infractora (meses)	
ALGODONES DEL BAGES, S.A.U.	LABORATORIOS INDAS, S.A.U.	251.456	9/151	14.987
ALGODONES DEL BAGES, S.A.U.	DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL	251.456	1/151	1.665
LABORATORIOS HARTMANN, S.A.	PAUL HARTMANN, ESPAÑA, S.L.U.	4.022.835	204/204	4.022.835
LABORATORIOS INDAS, S.A.U.	DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL	13.253.247	1/204	64.967
ONTEX ID, S.A.U. y ONTEX PENINSULAR, S.A.U.	ONTEX ES HOLDCO, S.A.	5.148.430	116/116	5.148.430
ARBORA & AUSONIA, S.L.U. y PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A.	THE PROCTER & GAMBLE COMPANY	68.547.575	10/199	3.444.602
SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L.	SCA GROUP HOLDING, B.V.	35.144.767	1/204	172.278

6.6. Criterios de determinación y sanción a imponer a las personas físicas declaradas responsables

El artículo 63.2 de la LDC limita a un máximo de 60.000 euros la sanción a imponer a los representantes legales o personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión objeto de sanción.

El artículo 10.3 de antigua Ley 16/1989, aplicable en el presente expediente a dos de los incoados, atendiendo a la duración de la infracción y por resultar norma más beneficiosa para las partes en la cuantificación de la sanción, señala lo siguiente:

“3. Además de la sanción que corresponda imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta [30.050 euros] a sus representantes legales, o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Quedan excluidos de la sanción aquellas personas que, formando parte de órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvando su voto”.

En el caso de D^a AAA y a D^a BBB, cuya participación en el cártel se inició con anterioridad al 1 de septiembre de 2007, les es de aplicación, por ser más favorable, la Ley 16/1989, que en su artículo 10.3 establece un límite máximo de la sanción más reducido (30.000 euros) que el previsto en el artículo 63.2 de la LDC de 2007 (60.000 euros).

Respecto a D. Javier Martín Ocaña, dado que su participación es posterior a la entrada en vigor de la LDC de 2007, es esta Ley la que debe ser aplicada para la adopción de la multa prevista en el artículo 63.2 de la citada norma. En relación a su alegación relativa a que al imputársele la participación en una infracción continuada que va desde al menos diciembre de 1996 hasta enero de 2014, lo lógico sería aplicarle la Ley 16/1989, por

resultar más favorable, se hace innecesario un pronunciamiento expreso sobre la aplicación más beneficiosa en este supuesto de la Ley 16/1989 por cuanto el importe de la sanción se sitúa en un importe muy por debajo del límite previsto en cualquiera de las dos leyes.

Respecto de D. Jordi Bozal de Febrer, pese a que su participación en el cártel se inició en diciembre de 1996, dado que en su caso –como se verá– es de aplicación la exención prevista en el artículo 65.1 de la LDC de 2007, es esta última norma, más beneficiosa, la que le resulta de aplicación.

Dado que, pese a la previsión tanto del artículo 10 de la Ley 16/1989 como del artículo 63.2 de la LDC, esta Sala de Competencia de la CNMC no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre expedientes sancionadores de conductas respecto de las cuales la DC propusiera la sanción a personas naturales, el deber general de ponderar los principios de proporcionalidad y disuasión que debe presidir cualquier actuación en esta materia se hace todavía más exigente.

Para la determinación de la sanción, primero han de tenerse en cuenta criterios objetivos, como la gravedad y demás rasgos característicos de la infracción, tal y como se han descrito en los apartados anteriores. Estos criterios pueden resumirse de forma sintética mediante la comparación entre el tipo sancionador impuesto a sus empresas con el máximo tipo sancionador posible según el art. 63 de la LDC (10%). En el caso de la asociación FENIN, a la que se ha impuesto la sanción de acuerdo con la Ley 16/1989 (sin concretar un porcentaje del volumen total de negocios), puede tomarse como base valorativa el tipo sancionador general aplicable a la infracción antes de la individualización de la sanción, es decir, 5,30%.

Después, han de tenerse en cuenta criterios subjetivos, como la duración de la participación de cada directivo, y por otro lado el nivel jerárquico de su puesto dentro de la organización, y el tipo de entidad –asociación o empresas–, que modifica la importancia relativa de la categoría profesional.

Como se ha visto anteriormente, en el caso de la primera directiva de FENIN, D^a AAA, ha sido acreditada su participación en la infracción primero como Directora ejecutiva y luego como Secretaria general, mientras que la segunda directiva de FENIN, D^a BBB, participó como Directora ejecutiva a la vez que D^a AAA actuaba como Secretaria general.

Por su parte, el ejecutivo de INDAS, D. Javier Martín Ocaña, participó en la infracción mucho menos tiempo que el directivo de A&A, D. Jordi Bozal de Febrer, porque se incorporó al final de la conducta. Sin embargo, su empresa, INDAS, es la infractora con un mayor volumen de negocios en el mercado afectado, y como representante de la misma D. Javier Martín Ocaña contribuyó activamente a la coordinación del cártel desde su incorporación, junto con el ejecutivo de A&A.

Todos estos factores se resumen en la tabla siguiente:

<i>Directivo/a</i>	<i>Tipo sancionador aplicado a sus empresas / tipo sancionador máximo (%)</i>	<i>Duración de su participación en la infracción (meses)</i>	<i>Categoría profesional</i>	<i>Tipo de entidad para la que trabaja</i>
D. Jordi Bozal de Febrer (P&G)	6,6 / 10,0	199	Director de Unidad de Negocio de Incontinencia	Empresa
D. Javier Martín Ocaña (INDAS)	7,1 / 10,0	20	Director General	Empresa
D ^a AAA (FENIN)	5,3 / 10,0	204	Directora Técnica-Secretaría General	Asociación
D ^a BBB (FENIN)	5,3 / 10,0	142	Directora Técnica	Asociación

En atención a todo lo anterior, esta Sala de Competencia de la CNMC considera que corresponde imponer las siguientes multas a los directivos de las entidades imputadas:

1. D^a AAA: 6.000 euros
2. D^a BBB: 4.000 euros
3. D. Javier Martín Ocaña: 4.000 euros
4. D. Jordi Bozal de Febrer: 15.000 euros

SÉPTIMO. Aplicación del artículo 65 de la LDC

El 27 de enero de 2014, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 65.1 a) de la LDC y el art. 47.1 RDC, la DC concedió a A&A y a su matriz P&G una exención condicional, que fue ampliada el 2 de junio de 2014 a P&G ESPAÑA, por ser la primera empresa en aportar elementos de prueba que permitían al órgano instructor ordenar el desarrollo de una inspección en relación con determinadas prácticas colusorias entre fabricantes y comercializadores de AIO en el territorio español descritas en la solicitud de exención formulada el 26 de junio de 2013.

A juicio de esta Sala de Competencia, A&A, P&G y P&G ESPAÑA cumplen los requisitos del artículo 65.1.a) de la LDC. Ha sido la primera en aportar elementos de prueba que han permitido ordenar inspecciones en relación con el cártel descrito. Además de las declaraciones realizadas de forma específica para su presentación en el ámbito de la solicitud de clemencia, A&A ha aportado también pruebas contemporáneas, tales como resúmenes, anotaciones, correos electrónicos o faxes entre las entidades participantes en este cártel, que datan del periodo en que se produjeron los hechos investigados y han permitido al órgano de instrucción verificar reuniones, comunicaciones y contactos entre tales entidades, así como el contenido de dichas reuniones y los citados contactos

referentes a la existencia, objetivos, funcionamiento y alcance de este cártel, así como los participantes en el mismo. La profusa información ofrecida por dicha empresa en su solicitud de exención se ha visto además corroborada por las pruebas documentales recabadas en dichas inspecciones y la información proporcionada a requerimiento de la DC. Con carácter adicional, esta Sala considera que A&A y a su matriz P&G ha dado debido cumplimiento a los requisitos previstos en el artículo 65.2 de la LDC.

Frente a lo señalado por algunas de las incoadas, que cuestionan la aplicación del programa de Clemencia, ya se ha señalado *supra* en el Fundamento Cuarto que esta Sala de Competencia coincide con la valoración realizada por la DC en la PR en cuanto a que la infracción cumple con todos los elementos que permiten calificarla como cártel conforme a lo establecido en la disposición adicional cuarta 2 LDC. Asimismo, como específicamente se indica en el Modelo de Programa de Clemencia de la Red de Autoridades de Competencia³¹⁵, al que se remite la Comunicación del Programa de Clemencia de la CNC, no está excluido que un cártel que incluye elementos verticales (aquí, el acuerdo alcanzado con distribuidores y farmacéuticos) pueda estar cubierto también por el programa de clemencia.

Por todo ello, esta Sala, de acuerdo con la propuesta de la DC, considera que debe eximirse a A&A, P&G y P&G ESPAÑA, así como a D. Jordi Bonzal de Febrer, directivo de A&A, del pago de la sanción que les correspondería de acuerdo con lo expuesto en los Fundamentos de Derecho Cuarto y Sexto.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

HA RESUELTO

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 las citadas infracciones a las siguientes entidades y personas físicas:

³¹⁵ Disponible en la página Web http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf.

1. FEDERACION ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN), por su participación en el cártel desde al menos diciembre de 1996 hasta enero de 2014.
2. ARBORA & AUSONIA, S.L.U, por su participación en el cártel desde al menos diciembre de 1996 hasta julio de 2013.
3. PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A., sucesora de ARBORA & AUSONIA, S.L.U, por la participación de ARBORA & AUSONIA, S.L.U en el cártel desde al menos diciembre de 1996 hasta julio de 2013.
4. THE PROCTER & GAMBLE COMPANY, responsable solidario en cuanto matriz de ARBORA & AUSONIA, S.L.U y PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A., por la participación de ARBORA & AUSONIA, S.L.U en el cártel desde octubre de 2012 hasta julio de 2013.
5. LABORATORIOS INDAS, S.A.U, por su participación en el cártel desde al menos diciembre de 1996 hasta enero de 2014 y como responsable solidario en cuanto matriz de ALGODONES DEL BAGES, S.A.U, por la participación de ALGODONES DEL BAGES, S.A.U en este cártel desde mayo de 2013 hasta al menos de enero de 2014.
6. DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL, responsable solidario en cuanto matriz de LABORATORIOS INDAS, S.A.U así como también, a través de ésta, de ALGODONES DEL BAGES, S.A.U, por la participación de LABORATORIOS INDAS, S.A.U y, en última instancia, de ALGODONES DEL BAGES, S.A.U en el cártel durante al menos enero de 2014.
7. SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L., por su participación en el cártel desde al menos diciembre de 1996 hasta enero de 2014.
8. SCA GROUP HOLDING, B.V., responsable solidario en cuanto matriz de SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L., por la participación de ésta en el cártel durante al menos enero de 2014.
9. LABORATORIOS HARTMANN, S.A., por su participación en el cártel desde abril de 1997 hasta al menos enero de 2014.
10. PAUL HARTMANN ESPAÑA, S.L.U, responsable solidario en cuanto matriz de LABORATORIOS HARTMANN, S.A., por la participación de ésta en el cártel desde abril de 1997 hasta al menos enero de 2014.
11. ONTEX PENINSULAR, S.A.U. y ONTEX ID, S.A.U., por su participación en el cártel desde abril de 2004 hasta enero de 2014.
12. ONTEX ES HOLDCO, S.A., responsable solidario en cuanto matriz de ONTEX PENINSULAR, S.A.U y ONTEX ID, S.A.U, por la participación de éstas en el cártel desde abril de 2004 hasta al menos enero de 2014.
13. BARNA IMPORT MEDICA, S.A., por su participación en el cártel desde diciembre de 2006 hasta al menos enero de 2014.
14. TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A., por su participación en el cártel desde julio de 2001 hasta mayo de 2013.

15. ALGODONES DEL BAGES, S.A.U, por su participación en el cártel desde julio de 2001 hasta al menos enero de 2014.
16. D. Jordi Bozal de Febrer, por su participación en el cártel en su calidad de representante de ARBORA & AUSONIA, S.L.U. y Coordinador del GTAIO desde al menos diciembre de 1996 hasta abril de 2012.
17. D. Javier Martín Ocaña, por su participación en el cártel en su calidad de representante de LABORATORIOS INDAS, S.A.U. y Coordinador del GTAIO desde abril de 2012 hasta al menos enero de 2014.
18. D^a AAA, 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.
19. D^a BBB, por su participación en el cártel en cuanto Directora Técnica de FENIN desde abril de 2002 hasta al menos enero de 2014.

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

1. FEDERACION ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA (FENIN), una multa de **200.000 euros**.
2. ARBORA & AUSONIA, S.L.U, y su sucesora PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A., una multa de **68.547.575 euros**. De este importe responderá solidariamente THE PROCTER & GAMBLE COMPANY, hasta un importe de **3.444.602 euros**.
3. LABORATORIOS INDAS, S.A.U, una multa de **13.253.247 euros**. De este importe responderá solidariamente DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL, hasta un importe de **64.967 euros**.
4. SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L., una multa de **35.144.767 euros**. De este importe responde solidariamente SCA GROUP HOLDING, B.V., hasta un importe de **172.278 euros**.
5. LABORATORIOS HARTMANN, S.A., una multa de **4.022.835 euros**. De este importe responderá solidariamente PAUL HARTMANN ESPAÑA, S.L.U.
6. ONTEX PENINSULAR, S.A.U, y ONTEX ID, S.A.U. una multa de **5.148.430 euros**. De este importe responderá solidariamente ONTEX ES HOLDCO, S.A.
7. BARNA IMPORT MEDICA, S.A., una multa de **1.455.104 euros**.
8. TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A., una multa de **801.738 euros**.

9. ALGODONES DEL BAGES, S.A.U, una multa de **251.456 euros**. De este importe responderá solidariamente LABORATORIOS INDAS, S.A.U. hasta un importe de **14.987 euros** y DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL, hasta un importe de **1.665 euros**.
- 10.D. Jordi Bozal de Febrer, una multa de **15.000 euros**
- 11.D. Javier Martín Ocaña, una multa de **4.000 euros**
- 12.Dª AAA, una multa de **6.000 euros**
- 13.Dª BBB, una multa de **4.000 euros**

CUARTO.- Declarar que ARBORA & AUSONIA, S.L.U., PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A, y su matriz THE PROCTER & GAMBLE COMPANY, así como al directivo de ARBORA & AUSONIA, S.L.U., D. Jordi Bozal de Febrer, reúnen los requisitos previstos en el artículo 65 de la LDC y, en consecuencia, eximirles del pago de la multa que les corresponde por su participación en la conducta infractora.

QUINTO.- 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.

SEXTO.- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.