



Roj: **SAN 2904/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2904**

Id Cendoj: **28079230062018100321**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/06/2018**

Nº de Recurso: **364/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000364 / 2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 04153/2016

**Demandante:** BARNA IMPORT MÉDICA S.A.

**Procurador:** D. ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Codemandado:** ARBORA & AUXONIA SLU

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiseis de junio de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 364/2016, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y en representación de **BARNA IMPORT MÉDICA S.A.**, contra Resolución del Consejo de la CNMC de fecha 26 de mayo de 2016 (Exp.504/2014 AIO) que ha resuelto declarar acreditada la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, 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 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado,



habiendo actuado como codemandada Arbora & Auxonia SLU, representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y siendo Ponente la Ilma. Sra. **D<sup>a</sup> ANA ISABEL RESA GÓMEZ**, Magistrada de la Sección.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala se dicte sentencia por la que acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia:

"Primero. Declare la nulidad de la resolución del Consejo de la CNMC de 26 de mayo de 2016 en su integridad.

Segundo. Con carácter subsidiario respecto de la pretensión anterior:

i. Declare la nulidad del apartado número segundo de la parte dispositiva de dicha resolución en lo referente a declaración de la participación de Bimédica en la conducta, en infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, relacionada con la fijación del PVL de los AIO, en la medida en que el material probatorio obrante en el expediente no acredita su participación en dicha conducta.

ii. Subsidiariamente respecto de la pretensión inmediatamente anterior, declare la nulidad del apartado número segundo de la parte dispositiva de dicha resolución en lo referente a la atribución de responsabilidad a Bimédica por la conducta relacionada con la fijación del PVL de los AIO, en la medida en que, al haber sido ésta inducida por las Administraciones estatal y autonómica, no cabe imputarle culpabilidad por la misma.

iii. Declare la nulidad del apartado número segundo de la parte dispositiva de dicha resolución en lo referente a la atribución de responsabilidad a Bimédica por la conducta relacionada con la interposición de recursos administrativos y contencioso-administrativos contra determinadas licitaciones públicas en el ámbito de los AIO, en la medida en que se trata de una conducta que no es susceptible de infringir ni el artículo 1 de la LDC ni el artículo 101 del TFUE.

iv. Subsidiariamente respecto de las pretensiones inmediatamente anteriores, declare la nulidad del apartado tercero de la parte dispositiva de dicha resolución en lo que tiene que ver con la cuantificación de la sanción, y reduzca el importe de la sanción conforme a lo expuesto en el cuerpo del presente escrito, o bien ordene a la CNMC que proceda a calcular la sanción nuevamente de modo conforme a Derecho.

Tercero. En cualquiera de los casos anteriores, condene a la CNMC a indemnizar a Bimédica los daños y perjuicios (gastos) derivados de la constitución y mantenimiento de la garantía exigida para suspender cautelarmente la ejecutividad de la Resolución del Consejo de la CNMC de 26 de mayo de 2016. El importe de los daños y perjuicios se calculará en sede de ejecución de sentencia, de acuerdo con las bases establecidas en esta demanda.

Cuarto. En cualquiera de los casos anteriores, condene en costas a la CNMC."

**SEGUNDO** .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

**TERCERO** .- Practicada la prueba propuesta y tras evacuar las partes el trámite de conclusiones quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 20 de junio de 2018 en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- A través de este proceso impugna la parte actora la resolución dictada con fecha 26 de mayo de 2016 por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/ DC/0540/14, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

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

*SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes entidades y personas físicas: (...)*



13. BARNA IMPORT MEDICA, S.A., por su participación en el cártel desde diciembre de 2006 hasta al menos enero de 2014. (...)

*TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas: (...)*

7. BARNA IMPORT MEDICA, S.A., una multa de 1.455.104 euros. (...)

*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".*

Como antecedentes de este acuerdo merecen destacarse, atendidos los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

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 CNMC 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). Solicitud de clemencia que fue completada en fechas sucesivas.

2. El 27 de enero de 2014 la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 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. Después de llevar a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles, la Federación Nacional de Asociaciones de Mayoristas Distribuidores de Especialidades Farmacéuticas y Productos Parafarmacéuticos, la Asociación Profesional Nacional de Fabricantes de Apósitos Médico-Sanitarios, la Federación Española de Empresas y Tecnología Sanitaria y en las empresas SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L y LABORATORIOS INDAS, S.A.U y de realizar diversos requerimientos de información, se acordó la incoación de un expediente sancionador 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, 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; expediente que tras su correspondiente tramitación finalizó con la resolución ahora impugnada.

**SEGUNDO** .- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, se señala que BARNA IMPORT MEDICA, S.A., 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, productos farmacéuticos, productos ortopédicos y de geriatría, suministros para la cirugía y curas, aparatos de rehabilitación y lectromedicina, material de prevención laboral, botiquines, mobiliario de uso clínico, parafarmacia y dermofarmacia y productos dietéticos.

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

Por lo que se refiere al sector afectado, la resolución recurrida lo identifica con 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.

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, mientras que 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.



Y en cuanto al mercado afectado, 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 .

Y al abordar la tipificación de las conductas objeto de sanción, parte la Comisión de "la existencia de 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."

De los hechos que considera probados, y que hemos de analizar después al dar respuesta a las distintas alegaciones de la parte demandante, deduce la responsabilidad de las entidades incoadas en la conducta e infracción imputada -como dijimos, de los artículos 1 de la LDC 1989 y de la LDC 2007, así como del artículo 101 del TFUE -, que consistiría en la culminación de 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, en concreto, y de acuerdo con la propuesta de la DC, las entidades y personas físicas sancionadas 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.*" . Conducta que se habría prolongado desde diciembre de 1996 hasta enero de 2014, si bien en el caso de la entidad aquí recurrente limita su intervención al período comprendido entre diciembre de 2006 hasta al menos enero de 2014.

En particular, al referirse a la responsabilidad de las entidades sancionadas -fundamento de derecho 4.4-, señala que el objetivo de los fabricantes miembros del GTAIO, con la colaboración de FENIN, era precisamente el descrito de asegurar la dispensación y distribución de los AIO destinados a pacientes no hospitalizados a través del canal farmacia en detrimento del canal institucional, manteniendo de este modo el precio de venta de laboratorio de los AIO dispensados a través de dicho canal fijado en 1997 y que habría permanecido prácticamente casi sin variaciones hasta la actualidad.

Entiende acreditado, a la vista de los hechos que declara probados, que las sancionadas conocían y eran conscientes de la ilicitud de las conductas, aludiendo de manera expresa al " *... 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*" , de lo que deduce una actuación consciente y buscada por las empresas partícipes, cuya ilicitud no podría ser desconocida atendida su experiencia en el mercado y su capacidad de medios personales y económicos.

Se refiere también a la existencia de ocultación que resultaría de la referencia, en los intercambios de correos, al concepto de confidencial o documento interno cuando se trataba de documentos vinculados a la conducta sancionada, y también en las correcciones formales realizadas por la asesoría interna de FENIN a los textos que se remitían entre los partícipes con objeto de evitar el riesgo de que se pudiera exteriorizar el carácter anticompetitivo de tales acuerdos.

Pone de relieve, precisamente, la activa intervención de FENIN del que dice jugó un papel esencial en el 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.*"

Por último, refleja la resolución los criterios seguidos para la determinación de la sanción. Parte para ello de una valoración global de la conducta, y toma por base el volumen de negocios de las empresas en el ejercicio inmediatamente anterior -2015- que, tras las consideraciones que expresa sobre diversos extremos -

sobrepuestos muy elevados, estrategia dirigida a forzar la dispensación al margen del canal institucional,...- le llevan a concretar un tipo sancionador global del 5,3%, que ajusta después al alza en atención a la cuota de participación de cada entidad en la facturación global en el mercado afectado y la duración de la conducta. Sin embargo, estos criterios conducen a la CNMC a mantener, en el concreto caso de la actora, aquel porcentaje base del 5,3% sin incremento alguno.

**TERCERO** .- Expuesto sucintamente el contenido de la resolución, y siguiendo el orden a de los motivos en que se sustenta la extensa demanda de BARNA IMPORT MEDICA, procede plantearse si, como asegura ésta, la decisión recurrida infringe los artículos 24 de la Constitución y 137 de la LRJCA al haberse vulnerado su derecho a la presunción de inocencia atendida la "... *inaptitud del material probatorio utilizado por la CNMC para acreditar la participación de BARNA IMPORT en las conductas objeto del Expediente*".

En la sentencia dictada con fecha 6 de abril de 2018 en el recurso núm. 363/2016 seguido a instancia de SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L., y SCA GROUP HOLDING BV contra la misma resolución que ahora se impugna, hemos analizado la virtualidad de la prueba acopiada en el expediente administrativo a efectos de acreditar la conducta anticompetitiva de la empresa allí recurrente en cuanto miembro de FENIN e integrante del GTAIO, circunstancias que concurren en el caso de la actora si bien, y como se ha puntualizado antes, ésta forma parte de FENIN desde 2003 y asiste desde entonces a las reuniones del lo que conduce a la CNMC a limitar su responsabilidad a este período.

Como señalábamos en la citada sentencia, y dada la relevancia que en este procedimiento sancionador ha tenido la declaración de la empresa acogida a la clemencia, la jurisprudencia europea se ha pronunciado sobre el valor que cabe atribuir a las declaraciones del clemente; y de ella es claro exponente la sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2011, asunto T- 208/06 , que, en sus apartados 52 a 56, sistematiza la doctrina aplicable a esta cuestión en los siguientes términos:

*"1º . En lo que atañe a las alegaciones de las demandantes sobre el valor de las declaraciones realizadas en el marco de las solicitudes presentadas al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, cabe recordar que, a tenor de reiterada jurisprudencia, ninguna disposición, ni ningún principio general del Derecho de la Unión Europea, prohíbe a la Comisión invocar contra una empresa declaraciones de otras empresas inculpadas (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión , citada en el apartado 41 supra, apartado 512). Por ello, las declaraciones efectuadas en el marco de la Comunicación sobre la cooperación no pueden considerarse carentes de valor probatorio por este único motivo (sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartados 57 y 58).*

*2º. Una cierta desconfianza con respecto a las declaraciones voluntarias de los principales participantes en un cártel ilícito es comprensible, ya que dichos participantes podrían minimizar la importancia de su contribución a la infracción y maximizar la de otros. No obstante, dada la lógica inherente al procedimiento previsto por la Comunicación sobre la cooperación, el hecho de solicitar el beneficio de su aplicación para obtener una reducción del importe de la multa, no crea necesariamente un incentivo para presentar elementos de prueba deformados respecto a los demás participantes en el cártel investigado. En efecto, toda tentativa de inducir a error a la Comisión podría poner en tela de juicio la sinceridad y la plenitud de la cooperación de la empresa y, por tanto, poner en peligro la posibilidad de que éste se beneficie completamente de la Comunicación sobre la cooperación (sentencias del Tribunal de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04 , Rec. p. II-4441, apartado 70, y Lafarge/Comisión , citada en el apartado 43 supra, apartado 58).*

*3º. En particular, debe considerarse que el hecho de que una persona confiese que ha cometido una infracción y reconozca así la existencia de hechos que rebasan lo que podía deducirse directamente de dichos documentos, implica a priori, si no concurren circunstancias especiales que indiquen lo contrario, que tal persona ha resuelto decir la verdad. De este modo, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartados 211 y 212; de 26 de abril de 2007, Bollore y otros/Comisión, T-109/02 , T-118/02 , T-122/02 , T-125/02 , T- 126/02 , T-128/02 , T-129/02 , T-132/02 y T- 136/02 , Rec. p. II-947, apartado 166, y Lafarge/Comisión , citada en el apartado 43 supra, apartado 59).*

*4º. Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que no cabe considerar que la declaración de una empresa inculpada por haber participado en una práctica colusoria, cuya exactitud es cuestionada por varias empresas inculpadas, constituye una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas, si no es respaldada por otros elementos probatorios (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartado 219; de 25 de octubre de 2005, Groupe Danone/Comisión , T-38/02 , Rec. p. II-4407, apartado 285, y Lafarge/Comisión , citada en el apartado 43 supra, apartado 293).*

*5º. Para examinar el valor probatorio de las declaraciones de las empresas que han presentado una solicitud al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, el Tribunal tiene en cuenta, en particular, la importancia de los*



*indicios concordantes que apoyan la pertinencia de dichas declaraciones (véanse, en este sentido, las sentencias JFE Engineering y otros/Comisión , citada en el apartado 44 supra, apartado 220, y Peróxidos Orgánicos/Comisión , citada en el apartado 53 supra, apartado 70) y la falta de indicios de que éstas tendieron a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de las otras empresas (véase, en este sentido, la sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartados 62 y 295".*

La sentencia T-109/02 de Tribunal de 1ª Instancia de las Comunidades Europeas, de 26 de Abril de 2007, manifiesta en el mismo sentido, lo siguiente:

*"166 Es cierto que estas declaraciones de Mougeot son posteriores a los hechos y fueron realizadas para acogerse a la Comunicación sobre la cooperación, pero no por ello pueden considerarse carentes de valor probatorio. En efecto, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables (sentencia JFE Engineering/Comisión, citada en el apartado 155 supra, apartado 211)", si bien añade que*

*"167 No obstante, según la jurisprudencia de Tribunal de Primera Instancia, la declaración de una empresa acusada de haber participado en una práctica colusoria cuya exactitud niegan varias de las demás empresas acusadas no puede considerarse una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas si no está respaldada por otras pruebas (sentencia JFE Engineering/Comisión, citada en el apartado 155 supra, apartado 219; véase también, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, Enso-Gutzeit/Comisión, T-337/94 , Rec. p. II-1571, apartado 91)".*

Hechas estas consideraciones generales sobre la eficacia probatoria de la declaración de la empresa que ha obtenido el beneficio de la clemencia, procede analizar si, como asegura BARNA IMPORT, los documentos que sustentan su imputación son insuficientes para acreditar su responsabilidad en los hechos que se le atribuyen.

Para ello, y en primer lugar, sostiene que de la documentación incorporada al expediente administrativo se sigue que BARNA IMPORT no se ha dedicado nunca a la comercialización de AIO en el canal farmacia, es decir, que *"... nunca ha desarrollado actividad alguna en el mercado afectado"*. De acreditarse esta circunstancia decaería, en rigor, la responsabilidad de la empresa en la infracción imputada pues, recordemos, la conducta que se sanciona se describe en la misma resolución como la suscripción de *"... 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"*.

De igual modo, al referirse al mercado afectado alude la misma resolución al de la *"... comercialización de productos absorbentes para la incontinencia grave de la orina en adultos financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados, cuya distribución y dispensación se realiza a través del canal farmacéutico"*. Resulta significativo que cuando la CNMC menciona, entre las partes implicadas en el expediente, a BARNA IMPORT, dice textualmente que *"... 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 euros"*. Y dicha declaración resulta de la contestación que BARNA dio al requerimiento de información realizado (folio 3799) y de la información obtenida en la base de datos Informa e incorporada al expediente (folio 13.721).

No cabe duda, por tanto, que la actividad de BARNA se ha realizado en ambos mercados: institucional y farmacéutico. En definitiva, la CNMC define la actividad de BARNA y, al mismo tiempo, el mercado afectado y la conducta que sanciona, de modo que no cabe duda de la actividad que la actora ha desarrollado en el mercado afectado, esto es la comercialización de AIO a través del canal farmacéutico, no pudiendo ahora negar su participación.

**CUARTO.**- En segundo lugar alega la actora que la prueba de cargo en la que la CNMC sustenta la participación de Bimédica en la conducta relacionada con la fijación del PVL de los AIO no acredita tal cosa.

Y en este sentido señala que el correo electrónico de 23 de noviembre de 2012, sobre la presunta reunión celebrada con fecha 26 de noviembre de 2012, y el acta de la reunión de 29 de mayo de 2013 no tienen ninguna relación con la cuestión de la fijación del PVL de los AIO, por lo que no son documentos aptos para ser utilizados como prueba de cargo por la CNMC y los correos electrónicos de 19 de diciembre de 2006 y 7 de febrero de 2007, en los que consta un representante de Bimédica como destinatario, no son aptos como prueba indiciaria de cargo de la participación de esta parte, pues no logran salvar el trascendental hecho de que esta parte no desarrollaba ninguna actividad relacionada con el PVL de los AIO. A lo anterior añade además, que Bimédica aportó durante la tramitación del expediente administrativo exhaustiva documentación que acredita que las tres cuartas partes de las referencias de sus precios de venta no se situaron en los (PVL) presuntamente acordados entre los fabricantes del GTAIO.



Descendiendo a las alegaciones concretas de la actora, podemos señalar a título de ejemplo respecto de la reunión de 29 de mayo de 2013 que según la actora se trataron cuestiones no relacionadas con la conducta sancionada, lo siguiente:

*"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 siguiente:*

*"(...) 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 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 sustituirse:*

*"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 siguiente:

*"(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 AIOs se ponen a disposición de los usuarios, pues en la actualidad existen diferentes métodos a nivel regional"*. 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 2013.

Y en cuanto al correo electrónico de fecha 7 de febrero de 2007, la Dirección de Competencia resalta en la PR su carácter probatorio de la participación de Bimédica en la conducta relativa a la fijación del PVL de los AIO al señalar que *"(...) consta acreditada la comunicación remitida por la Directora técnica de FENIN a las empresas del GTAIO, entre las que se encuentra BARNA, fechada el 7 de febrero de 2007"* (apartado 411).

El hecho de que la Dirección de Competencia reconozca en la PR, tal y como la actora señala, que los correos electrónicos de 19 de diciembre de 2006 y de 7 de febrero de 2007 no constituyen prueba de cargo directa de la participación de Bimédica en la conducta, no significa que no pueda considerarse como prueba indiciaria, que en combinación o complementada por el resto de las pruebas y datos obrantes en el expediente, son suficientes a los efectos de incriminar a la actora en las conductas sancionadas, sin vulnerar con ello el principio de presunción de inocencia.



Efectivamente debe señalarse 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 y a las mercantiles incoadas que suministran AIOs y a otras entidades del sector.

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 meridiano el objeto anticompetitivo de la conducta desarrollada durante el período, al menos, desde abril 1997 hasta enero de 2014. A título de ejemplo, cabe reseñar 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 farmacia (Correo electrónico interno de A&A de 24 de noviembre de 2009, aportado por el solicitante de exención (folios 649 a 654).

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 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.

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

**QUINTO.-** A continuación señala la actora con carácter subsidiario que se han infringido los artículos 25 de la Constitución y 130.1 de la LRJAC dada la ausencia de culpabilidad de bimédica en la conducta relacionada con el PVL de los AIO, al haber inducido la Administración las actuaciones de los fabricantes de AIO.

Este motivo ya fue tratado por esta Sección en la sentencia de fecha 6 de abril de 2018, recaída en el recurso nº 363/2016 . Decíamos entonces:

"El siguiente motivo impugnatorio gravita en torno a los principios de culpabilidad y confianza legítima que la demandante afirma han sido vulnerados por la resolución recurrida al *"... no haber tenido en cuenta la especial y activa participación de la administración en los hechos acreditados"*.

En síntesis, razona la recurrente que falta en este caso el imprescindible elemento subjetivo de la culpabilidad pues actuó en el convencimiento de que la conducta era lícita dado que la intervención de la Administración proporcionaba unos signos externos que le llevaron a confiar razonablemente en la legalidad de su actuación. Propone por ello que se valore la incidencia de la intervención de la Administración central y autonómica y destaca que el sistema de Concursos y Convenios no sólo surgió, sino que también se mantuvo a lo largo de todo el período de la infracción considerado por la CNMC, gracias a la iniciativa de la Administración, tanto central como autonómica, a lo que se uniría la *"existencia de un marco normativo confuso"*.

Hemos de rechazar también este argumento pues, como vimos, los acuerdos de fijación del PVL de los AIO financiados por el Servicios Nacional de Salud se excluyeron en todo caso del conocimiento de las Administraciones Públicas. Ya nos hemos referido al mantenimiento, respecto de la Administración, de la confidencialidad de los acuerdos de reparto de márgenes entre fabricantes, distribuidores y farmacéuticos, y a lo dicho sobre el particular nos remitimos, insistiendo en el claro ejemplo que de ello suponen el documento de 18 de diciembre de 1996, redactado tras la reunión de representantes de los fabricantes (FENIN y ANFAMS), distribuidores (FEDIFAR) y farmacéuticos (CGCOF y FEFE), del que constan dos versiones, una para entregar

a la Administración, y otra en la que se refleja la indicación "documento interno", y que difiere de la anterior en que incluye un compromiso para el reparto de márgenes; o el acuerdo secreto entre fabricantes, distribuidores y farmacéuticos paralelo al Acuerdo Marco suscrito con el INSALUD el 13 de mayo de 1997, en el establecían, sin la presencia de la Administración, los márgenes a percibir por cada uno de ellos para asumir conjuntamente el descuento del 11% sobre el PVP al INSALUD.

Esta intención consciente de ocultar a la Administración los acuerdos caracterizadores del cártel y que constituían el verdadero motivo de su mantenimiento evidencia la concurrencia del elemento subjetivo de la culpabilidad que discute la recurrente; y resulta del todo incompatible con el invocado principio de confianza legítima cuando es indiscutible la voluntad conjunta de hurtar, precisamente a la Administración, en cuya actuación se supone que confiaban, el conocimiento de los acuerdos adoptados y que suponían un importante incremento del precio que, a la postre, había de sufragar la Administración"

**SEXTO.-** A continuación alega la actora que el ejercicio de acciones judiciales por parte de FENIN no puede ser constitutivo de infracción del artículo 1 de la LDC o del artículo 101 del TFUE , y la conclusión contraria a la que habría llegado la CNMC infringe los principios de legalidad y tipicidad.

Ha de decirse, frente a esta afirmación, que se equivoca Bimédica al afirmar que la resolución recurrida califica el ejercicio de aquellas acciones como constitutiva de infracción alguna, o cuando sostiene que *"la CNMC imputa a FENIN y los fabricantes una infracción del Derecho de la Competencia consistente en la interposición de recursos contencioso- administrativos contra licitaciones públicas convocadas por la Administración"*.

En efecto, lo que hace la Comisión en este concreto extremo es acumular a los indicios probatorios acopiados en el expediente una circunstancia adicional cual sería que en el seno de FENIN existía una estrategia dirigida a potenciar la distribución de los AIO en el canal farmacia en detrimento del canal institucional con el fin de mantener los márgenes obtenidos en el primero, muy superiores a los alcanzados en el canal institucional.

La constatación documental de la existencia de esta estrategia resulta también apreciable y se destaca de manera pormenorizada en la resolución misma, que pone de relieve, por ejemplo, como 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 convocarse, reunión que aparece recogida en el informe recabado en la inspección de FENIN, folios 10356 a 10360. También destaca la resolución que en 1999 las empresas miembros del cártel siguieron adoptando acuerdos en el seno del GTAIO para mantener una postura común en relación con los concursos públicos, es decir, con el canal institucional, como resultaría del Informe de la reunión del GTAIO celebrada el 29 de septiembre de 1999, en el que se sugiere *"... Mantener la misma posición en próximas convocatorias de concursos públicos."* (folios 10397 a 10398, obtenidos en la inspección de FENIN).

Las pruebas relacionadas en la resolución sobre esta cuestión revelan una actitud resuelta de interposición recursos administrativos y contencioso-administrativos para limitar o ralentizar la convocatoria de concursos públicos o su adjudicación para el suministro de AIO con el fin de mantener la dispensación de AIO a través del canal farmacia, mucho más rentable, y en el que se habrían consolidado las prácticas anticompetitivas que son las que resultan tipificadas bajo el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE .

Menciona en este sentido la CNMC la reunión del GTAIO celebrada el 11 de noviembre de 1999 en la cual 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 que *"(...) recomiendan su impugnación al alterar el canal de dispensación farmacéutico"*. La actividad desarrollada en el seno de FENIN sobre el particular se identifica en la resolución sancionadora misma, que destaca que *"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", elaborado por la Directora Técnica de FENIN, que se va actualizando y enviando a los miembros del GTAIO periódicamente"*, informe éste fechado en 15 de julio de 2011 y que, aportado por el solicitante de exención, obra los folios 828 a 830.

También pone de manifiesto que la misma Directora Técnica de FENIN convocó a los miembros del GTAIO para que decidieran sobre la impugnación de concursos públicos, como resulta de los correos electrónicos que igualmente especifica, con indicación de los folios del expediente a los que constan. En definitiva, no alberga la Sala duda alguna sobre la voluntad concertada de los miembros de FENIN de utilizar la vía legal con el fin de obstaculizar el ágil desarrollo de unas licitaciones públicas que habían de sustraer un importante volumen de distribución de AIO al más rentable canal farmacia para encauzarlas hacia el canal institucional. Y si el uso de esa vía mediante la interposición de los correspondientes recursos no es en sí mismo, evidentemente, constitutivo de infracción alguna -ni lo tipifica como tal tampoco la CNMC, pese a lo afirmado por la entidad recurrente-, sí permite constatar, una vez más, la existencia de una estrategia común



entre empresas competidoras que apuntala la consistente prueba acumulada de la efectiva comisión de la infracción continuada que se imputa a las empresas integrantes del cártel.

**SÉPTIMO.**- Finalmente la actora cuestiona la multa impuesta, que considera vulnera los principios de proporcionalidad, individualización de las sanciones e igualdad de trato en la determinación de su importe.

Una atenta lectura del fundamento jurídico sexto de la resolución conduce a una conclusión bien distinta.

En primer lugar, y sobre la base de la previsión del artículo 63.1.c) de la LDC, parte la CNMC de los criterios interpretativos que, sobre esta cuestión, la de la cuantificación de la multa, proporciona la relevante sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, criterios que resume la resolución recurrida de cuyo texto podemos destacar lo siguiente:

- *"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. (...)".*

- *"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 (...). 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 (...)".*

- *"... 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 (...)".*

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, por lo que el problema se remite a determinar si, en aplicación de la misma, la resolución ha podido resultar falta de motivación o incurrir en desproporción.

**OCTAVO.**- En cuanto a la motivación insuficiente, es lo cierto que aparecen reflejados en su texto bajo la rúbrica "Criterios para la determinación de la sanción", tanto la valoración global de la conducta (apartado 6.2 de los fundamentos jurídicos), como la "Valoración individual de la conducta de las personas jurídicas" (apartado 6.3). En el primero, reseña el volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2015, ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), cuyo 10% ha de operar como techo de la multa, y, a continuación, inicia el procedimiento de determinación del porcentaje sancionador a aplicar partiendo de los criterios de graduación marcados en el artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Es en este punto también explícita la resolución cuando recuerda cual es el mercado afectado por la conducta (comercialización de productos absorbentes para incontinencia grave de la orina en adultos financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados, cuya distribución y dispensación se realiza a través del canal farmacéutico) y su duración (desde 1996 a 2014) para, a continuación, analizar las referidas circunstancias que han de modular el alcance de la sanción.

En concreto, señala que *"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, advierte que *"la infracción abarca todo el territorio nacional, lo que implica una mayor gravedad que si la infracción hubiera tenido un ámbito más reducido"*. Se refiere a la gravedad adicional que comporta la infracción en atención a las características de este mercado *"... pues al tratarse -dice- 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"*. Si bien recuerda que se trata de una infracción por objeto, explica que también se ha acreditado que *"... 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"*. Y que existe prueba suficiente de que *"...los precios de los AIO dispensados por el canal farmacéutico son mucho más elevados que los adquiridos en el canal institucional"*, sobreprecio que sitúa cerca del doble del precio pagado por el SNS en el canal institucional.



Entre las circunstancias a considerar para graduar la sanción incluye el que 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", e insiste, en cuanto a los efectos derivados del cártel, en que "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".

Todo ello - 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- permite concluir a la CNMC 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".

Pues bien, en modo alguno puede decirse que esta primera aproximación a la cuantificación de la multa resulte, ni inmotivada -las consideraciones que anteceden demuestran que se apoya en una motivación bastante y, en todo caso, consecuente con los criterios jurisprudenciales de aplicación-, ni que tampoco sea desproporcionada, pues arroja un porcentaje que sitúa muy poco por encima de la media del tipo sancionador máximo, porcentaje que somete después a los ajustes que permiten adecuarlo a las circunstancias particulares de los intervinientes.

Tales ajustes obedecen (apartado 6.3) a la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción, y se hacen tomando en consideración la facturación de los fabricantes por la distribución de absorbentes para incontinencia de orina destinados a pacientes no hospitalizados, que deduce la CNMC de los datos proporcionados por las empresas a su requerimiento.

Como explica también la resolución, "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... ", de acuerdo con las previsiones del artículo 64.1, apartados a) y d).

En concreto, en el caso de la actora, el volumen de negocios en el mercado afectado es de 18.739.649 euros, y la correspondiente cuota de participación del 0,58%.

Por último, la resolución (apartado 6.4) determina la sanción a imponer a cada una de las personas jurídicas intervinientes en el cártel, para lo cual aplica al volumen de negocios total en 2015 el tipo sancionador resultante de incrementar el tipo sancionador base del 5,3% en proporción a la mayor participación de cada empresa en la facturación global en el mercado afectado por la conducta, base que se mantiene en el caso de BARNA, fijándosele en base a la misma una sanción de 1.455.104 euros.

Además, razona la CNMC que ha considerado innecesario 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 (...)".

Frente a todo ello han de ceder las críticas de falta de motivación o de desproporción de la sanción en las que insiste BARNA en su extensa demanda al referirse a que "La conducta no podía ser calificada de cártel", "La conducta tuvo una duración inferior al sostenido por la CNMC", "La Resolución no tuvo en cuenta la especial intervención de la Administración en la conducta", o "La multa impuesta a BARNA no cumplía con los requisitos de los artículos 63 y 64 de la LDC, tal y como han sido interpretados por la Jurisprudencia", reiterando argumentos ya desechados en los razonamientos que anteceden.

Tampoco pueden admitirse los argumentos que se recogen en el informe pericial aportado a instancia de parte que trata de poner de manifiesto la desproporción de la multa impuesta comparando ésta con los beneficios reales obtenidos, con los precios de venta cobrados y con el margen real obtenido por BIMEDICA, ya que dichos criterios por muy válidos que sean, no responden al límite que el Tribunal Supremo ha establecido en la sentencia de 29 de enero de 2015, del 10% del volumen de negocios del ejercicio económico anterior. Por tanto, en tanto en cuanto la sanción impuesta no ha superado dicho límite, que es el de 2.745.479€, la cuantía de la misma se reputa ajustada a Derecho.

Y ya para terminar y en relación a la cuestión de la indebida motivación de la justificación del importe de la multa, debemos atender a lo que señala el TJUE en la sentencia correspondiente al asunto C-194/14 (ACTreuhand AG) cuando afirma que "En la medida en que ACTreuhand recrimina al Tribunal General haber considerado erróneamente que la Comisión había motivado suficientemente su decisión en lo que respecta a



*los criterios adoptados para fijar las multas impuestas, ha de señalarse que, a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C29 5/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 181)".*

**NOVENO** .- Procede, en atención a lo expuesto, la íntegra desestimación del recurso y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , las costas procesales de esta instancia habrán de ser satisfechas por la parte recurrente.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

**QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **BARNA IMPORT MÉDICA SA (BIMÉDICA)**, contra la resolución de 26 de mayo de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la que la demanda se contrae que declaramos ajustada a Derecho. Se imponen las costas a la parte actora.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta. Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 03/07/2018 doy fe.