



Roj: **SAN 2169/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2169**

Id Cendoj: **28079230062018100248**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/05/2018**

Nº de Recurso: **369/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2169/2018,**
ATS 3455/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000369 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04212/2016

Demandante: TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A

Procurador: D. ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ARBORA & AUSONIA S.L.U

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA N.º:

Ilma. Sra. Presidente:

D.ª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D.ª. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintinueve de mayo de dos mil dieciocho.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 369/16 promovido por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez en nombre y representación de **TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A**, 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, mediante la cual se le impuso una sanción de 801.738 euros de multa. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que:

"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 Texpol en la conductas en infracción de los artículos 1 de la Antigua LDC , 1 de la LDC y 101 del TFUE , en la medida en que el material probatorio obrante en el expediente no es apto para acreditar su participación en las conductas.

ii. Declare la nulidad del apartado número segundo de la parte dispositiva de dicha resolución en lo referente a la atribución de responsabilidad a Texpol 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 Texpol 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 los artículos 1 de la LDC , 1 de la LDC ni 101 del TFUE .

iv. 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 Texpol los daños y perjuicios (gastos) derivados de la constitución y mantenimiento del aval bancario exigido 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".

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 .- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 21 de febrero de 2018, si bien la deliberación se prolongó a sucesivas sesiones que concluyeron en la de 3 de mayo de 2018.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

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 NUM000 , 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:

(...)

14. TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A., por su participación en el cártel desde julio de 2001 hasta mayo de 2013.

(...)

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

(...)

8. *TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A., una multa de 801.738 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) El 26 de junio de 2013 las entidades ARBORA & AUSONIA, S.L.U y THE PROCTER & GAMBLE COMPANY presentaron ante la entonces Comisión Nacional de la Competencia una solicitud de exención del pago de la multa a los efectos del artículo 65 de la Ley de Defensa de la Competencia o, en su caso, subsidiariamente, de reducción de su importe a los efectos del artículo 66 de la misma Ley , 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 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 que fue completada en fechas posteriores con nuevos documentos y que determinó que, con fecha 27 de enero de 2014, la Dirección de Competencia concediera la exención condicional a A&A y a su matriz P&G en los términos del citado artículo 65.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia .

2) Durante los días 28, 29 y 30 de enero de 2014 la Dirección de Competencia (DC) llevó 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. Entre enero y junio siguiente realizó requerimientos de información a distintas empresas, con el resultado que refleja el expediente. Y los días 11 y 14 de junio de 2014 practicó nuevas inspecciones en las sedes del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos y del Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Farmacéuticos.

3) Sobre la base de la información recaba como consecuencia de tales actuaciones, y al considerar la DC que de ella se seguía la existencia de indicios racionales de conducta prohibida por la LDC, acordó el 2 de septiembre de 2014 la incoación del expediente sancionador NUM000 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 acuerdos de 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 orina en adultos.

4) Tras los trámites que igualmente constan en el expediente administrativo, que fue ampliado el 25 de agosto de 2015 al apreciar la posible existencia de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 101 del TFUE , y el 7 de octubre de 2015 por dirigirse también contra las personas físicas que relacionaba, el 22 de enero de 2016 la Dirección de Competencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , elevó al Consejo de la CNMC su informe y la propuesta de resolución, remitiendo asimismo el expediente para su resolución.

5) Presentadas alegaciones, el 3 de marzo de 2016 la Sala de Competencia de la CNMC acordó, con arreglo al artículo 37.2 c) de la LDC , la remisión a la Comisión Europea del Informe Propuesta, con suspensión del plazo máximo para resolver. Y, reanudado éste, el Consejo de la CNMC dictó con fecha 26 de mayo de 2016 la resolución que aquí se recurre.

SEGUNDO .- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución impugnada, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A. (en adelante TEXPOL), como 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, si bien señala que en 1996 obtuvo la titularidad de diferentes códigos de producto financiado (cupón precinto) de AIO y, desde entonces hasta 2013, se habría 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.

Relata que 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 AIO. En cuanto a su intervención en los hechos investigados, pone de manifiesto que TEXPOL, si bien era miembro de FENIN desde 1995, no se incorporó al GTAIO hasta 2001.

A continuación, la resolución describe el régimen jurídico aplicable a la distribución y comercialización de los absorbentes para la incontinencia grave de la orina en adultos en cuanto productos sanitarios financiados por el Sistema Nacional de Salud (SNS) mediante el denominado sistema de reembolso, lo que determina que se encuentren sometidos a una mayor regulación tanto en lo referido a su precio como a los canales para su dispensación.

De cuanto expone sobre ello cabe poner de relieve, en relación a los márgenes de los AIO dispensados a través del canal farmacia que son los afectados por los hechos que se enjuician ahora, que la Ley 29/2006 atribuyó al Consejo de Ministros la determinación del precio industrial de los productos sanitarios que hubieran de ser incluidos en la prestación farmacéutica del SNS y dispensados a través de receta oficial en territorio nacional, y al Ministerio de Sanidad establecer 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. Comoquiera que la norma estatal que habría de regular los márgenes de distribución y dispensación no se ha aprobado, fabricantes, distribuidores y farmacéuticos -dice la resolución recurrida-, deben fijar dichos márgenes en virtud de su autonomía empresarial.

Por lo que se refiere a la delimitación del mercado afectado y, en particular, en relación al mercado de producto, la CNMC lo identifica con el 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.

Explica el sistema de determinación del precio de los AIO a través de dicho canal y concluye que a falta de una norma de desarrollo del mandato contenido en 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. Pese a ello, advierte que *"... 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 la medida en que la resolución alude también, como veremos, a la venta a través del canal institucional y a los recursos entablados por la empresas sancionadas para dificultar la comercialización de los AIO en dicho canal, interesa reflejar, como hace la misma Comisión, 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"*.

En cuanto al mercado geográfico, abarcaría todo el territorio nacional pues 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, sostiene la CNMC, el criterio de afectación al comercio intracomunitario que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE .

Analiza también la resolución de 26 de mayo de 2016 la estructura del mercado y, en relación a la oferta, señala que 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. En cuanto al canal de venta, se distribuyen el 70-80% en el canal farmacéutico y el resto en el institucional, ocupando los dos primeros lugares en el canal farmacia INDAS y A&A (actual P&G ESPAÑA), con una cuota de mercado en valor y en volumen de algo más de un 30% cada una, ocupando el siguiente lugar la entidad ahora recurrente, con algo más del 20%.

Al referirse a la demanda en el mercado, enfatiza la CNMC el alcance del problema de la incontinencia urinaria que afectaría en nuestro país a 2,5 millones de personas con la consiguiente relevancia económica de los AIO que constituyen *"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"*. Y así, en 2013, el valor del mercado de AIO dispensados a través del canal farmacia fue de 264 millones de euros y en el canal institucional de 71,9 millones, lo que sitúa el porcentaje de ventas en la comercialización de AIO en el canal farmacéutico es del 78% y en el canal institucional del 22%.



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 julio de 2001, en que TEXPOL se incorporó al GTAIO de FENIN, y mayo de 2013, en que la empresa fue adquirida por INDAS.

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 TEXPOL, 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 TEXPOL, 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 TEXPOL 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 TEXPOL si bien, y como se ha puntualizado antes, ésta se incorporó



al GTAIO en julio de 2001 y fue adquirida por INDAS en mayo de 2013, 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). 3. 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, Bolloré 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). 4. 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). 5. 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 TEXPOL, 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 TEXPOL 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 TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A. (TEXPOL), dice textualmente que *"... 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"*.

De este modo, circunscribe la actividad de TEXPOL a la comercialización de AIO en el sector hospitalario, siendo así que, como hemos visto, el mercado de producto afectado es el de la comercialización de productos absorbentes para la incontinencia grave de la orina en adultos destinados a pacientes no hospitalizados cuya distribución y dispensación se realiza a través del canal farmacéutico.

En definitiva, la CNMC define la actividad de TEXPOL y, al mismo tiempo, el mercado afectado y la conducta que sanciona, de modo difícil de conciliar con la imputación que dirige contra la propia entidad recurrente.

Y es que no hay en el texto de la resolución recurrida pasaje alguno que permita suponer que TEXPOL ha comercializado AIO a través del canal farmacéutico.

En efecto, aun entendiendo acreditada la participación de la entidad en el GTAIO desde julio de 2001, e incluso pudiendo considerar justificada su asistencia a las reuniones que refleja la resolución misma - 25 de julio de 2001 (folio 6428 del expediente administrativo), 6 de noviembre de 2002 (folios 6425 y 6426), 7 de febrero de 2003 (folios 6415 y 6416), 1 de abril de 2004 (folios 6404 a 6406), 16 de enero de 2006 (folios 6376 y 6377), 6 de marzo de 2006 (folios 6379 a 6381), 18 de abril de 2012 (folios 6347 y 6348), 4 de junio de 2012 (folios 6343 a 6345), 26 de noviembre de 2012 (folio 9613), 11 de febrero de 2013 (folios 10929) y 29 de mayo de 2013 (folios 6315 a 6317)-, y no solo a las que reconoce TEXPOL, ello permitiría suponer que conocía la dinámica de funcionamiento del cártel; pero este mero conocimiento, que sería suficiente para sostener su imputación si la empresa compitiera en el mismo mercado que las restantes entidades sancionadas, no lo es cuando la propia CNMC atribuye a TEXPOL, desde 1996 y hasta ser adquirida en 2013 por INDAS, la actividad de *"... comercialización de AIO, fabricados en exclusiva por ALBASA (empresa perteneciente a la familia Planas Oliveras, también propietaria de TEXPOL), en el sector hospitalario"*, esto es, fuera del canal farmacéutico.

Como refleja en su demanda, la entidad ya puso esta circunstancia (la de limitar su actividad al sector hospitalario) en conocimiento de la Comisión cuando contestó el 13 de mayo de 2014 al requerimiento de información formulado por la Dirección de Competencia en el que indicaba que nunca comercializó AIO en el canal farmacia, y también al contestar en fecha 17 de noviembre de 2015 (folios 20521 a 20541) al requerimiento de información de 29 de octubre anterior manifestando que su volumen de negocios en el mercado de la comercialización de AIO financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados había sido de 0 euros durante todo el periodo de la infracción -desde julio de 2001 a mayo 2013-, y, en realidad, durante toda la existencia de la sociedad. Lo que estaría corroborado por el informe de fecha 26 de mayo de 2017 acompañado como documento número 1 con la demanda en el que se manifiesta, tras el análisis económico que refleja, que *"El volumen de negocios de la Sociedad derivado de la venta de AIO en el canal farmacia fue de 0,00 euros, en el periodo transcurrido entre enero de 2001 y mayo de 2013, ambos meses incluidos, o dicho en otras palabras, Texpol no realizó venta alguna de AIO en el canal farmacia en el periodo de tiempo indicado"*.



Podemos concluir entonces que es un hecho no solo no controvertido, sino reconocido de manera expresa en la resolución recurrida al describir a la empresa TEXPOL, que ésta no ha comercializado AIO en el canal farmacia durante el período al que se contrae su presunta participación en el cártel. Y la consecuencia de ello no puede ser otra que la exclusión de su responsabilidad si se advierte que la conducta sancionada consiste, según la propia resolución, 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"; y que, de hecho, la conducta complementaria que contempla la resolución misma es "... 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". Es decir, contribuir al mantenimiento de ese canal de comercialización en realidad ajeno a la actividad que la propia Comisión atribuye a TEXPOL.

Tampoco hay en la resolución referencia alguna a la existencia de mercados conexos, a una posible relación matriz/filial con alguna de las sociedades sancionadas, o a cualquier otra circunstancia que pudiera sostener su imputación una vez constatado que TEXPOL no comercializaba AIO en el canal farmacia.

Por otra parte, la relación que le atribuye con ALGODONES DEL BAGÉS, S.A.U.(ALBASA) no proporciona una base lo suficientemente sólida para, en los términos en que aparece en el texto mismo de la resolución, sostener la imputación.

En efecto, al describir a ALBASA dice la resolución recurrida que "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 farmacéutico. 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 hospitalario. Con fecha 22 de mayo de 2013 INDAS adquirió ALBASA. En 2013 ALBASA facturó 10 millones de euros. 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 reuniones del GTAIO en representación de TEXPOL siempre han sido directivos de ALBASA, 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".

Los pasajes de la resolución que hemos transcrito despejan cualquier duda acerca de quién era en realidad la comercializadora de AIO en el canal farmacéutico, y son difíciles de conciliar con la pretendida responsabilidad de TEXPOL en la comisión de una infracción que consiste, precisamente, en dicha comercialización.

De hecho, la misma resolución recurrida, cuando alude a la entidad recurrente en distintos momentos, lo hace de manera conjunta con ALBASA, y así por ejemplo cuando se refiere a la duración de la conducta en el apartado 4.2 de los fundamentos de derecho, página 100, donde dice que "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 (...), 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"; o cuando transcribe parcialmente el PCH en el fundamento de derecho tercero, página 92, cuando refiere que "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".

Y esa mención conjunta es manifestación clara de la relación que constata entre ambas empresas y en la cual manifiesta, como hemos destacado, que ALBASA era la empresa fabricante y comercializadora de AIO en el sector farmacéutico.

Por otro lado, no puede dejar de significarse que la contestación a la demanda no combate este motivo pese a ser el primero de los esgrimidos por la recurrente. Es más, no dice nada sobre el particular, ni se refiere siquiera a la concreta situación de TEXPOL, ni a los motivos en los que sustenta su demanda, limitándose a indicar que los argumentos de ésta son "-Inexistencia de infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE. -Infracción del principio de culpabilidad y de confianza legítima. -Proporcionalidad", lo que no coincide en realidad con el esquema argumental del escrito de demanda.



Conclusión obligada de todo cuanto antecede es que no está acreditado de manera suficiente que TEXPOL haya realizado la conducta que se le imputa y que presupone la comercialización de AIO en el canal farmacéutico, sin perjuicio de la responsabilidad que en la comisión de la referida conducta pudiera corresponder a ALBASA, entidad también sancionada, y que habrá de ser examinada en el recurso que esta entidad ha interpuesto ante esta Sala contra la misma resolución.

CUARTO .- Procede, en atención a lo expuesto, y sin necesidad de otras consideraciones, la estimación del recurso y la consiguiente anulación de la resolución recurrida en cuanto a la declaración de responsabilidad de TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A, y a la sanción impuesta a la misma, con expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a la Administración demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa .

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

FALLAMOS

- 1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez en nombre y representación de **TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A**, 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, mediante la cual se le impuso una sanción de 801.738 euros de multa.
- 2.- Anular la referida resolución en cuanto a la declaración de responsabilidad y la sanción impuesta a la actora, por no ser, en estos pronunciamientos, ajustada a Derecho.
- 3.- Imponer las costas a la Administración demandada.

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 01/06/2018 doy fe.