



Roj: **SAN 4384/2022 - ECLI:ES:AN:2022:4384**

Id Cendoj: **28079230062022100519**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/09/2022**

Nº de Recurso: **371/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000371 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 4219/2016

Demandante: ALGODONES DEL BAGES, S.A.U.

Procurador: D. ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: ARBORA & ARBORA, S.L.U.

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de septiembre de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **371/2016** promovido por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, que actúa en nombre y representación de la mercantil **ALGODONES DEL BAGES, S.A.U.**, contra la resolución de 26 de mayo de 2016, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 251.456 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Asimismo, ha comparecido como parte codemandada el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y en representación de la mercantil ARBORA & ARBORA, S.L.U.



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 dicte 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 la atribución de responsabilidad a Albasa por las conductas relacionadas con la fijación del PVL de los AIO y la interposición de recursos administrativos y contenciosos administrativos, en la medida en que la únicamente cabe atribuir responsabilidad por esas conductas a la asociación en cuyo seno se adoptaron.

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 Albasa 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 Albasa 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 en costas a la CNMC".

SEGUNDO. El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

A la entidad codemandada se le ha declarado precluido el trámite de contestación a la demanda.

TERCERO. Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 22 de junio de 2022, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. A través de este proceso se impugna por la parte actora ALGODONES DEL BAGES, S.A.U. (en adelante, ALBASA) 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 AIO, cuya parte dispositiva tiene el siguiente contenido:

"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. ALGODONES DEL BAGES, S.A.U., por su participación en el cártel desde julio de 2001 hasta al menos enero de 2014.

(...)

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

(...)



9. ALGODONES DEL BAGES, S.A.U. una multa de 251.456 euros. De este importe responderá solidariamente LABORATORIOS INDAS, S.A.U. hasta un importe de 14.987 euros y DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL, hasta un importe de 1.665 euros.

(...)

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".

SEGUNDO. 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 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 recabada 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 AIO por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y en el artículo 1 de la LDC 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 que ha sancionado como infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y de la Ley 16/1989, y artículo 101 del TFUE, constitutiva de cártel, consistente en acuerdos por los fabricantes agrupados en el grupo de trabajo de absorbentes (GTAIO) de FENIN y presentes en el mercado de la comercialización de los AIO financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados, al objeto de la fijación del precio de venta de laboratorio (PVL) de tales AIO dispensados a través del canal farmacia. Además, para la consecución de tal objetivo, los participantes en este cártel habrían promovido el mantenimiento de la dispensación de los AIO a través del canal farmacéutico mediante una estrategia de interposición de recursos, administrativos y contencioso-administrativos, para evitar o retrasar el suministro de AIO a pacientes no hospitalizados a través del canal institucional en lugar del canal farmacia.

TERCERO. Entendemos conveniente destacar que la resolución impugnada, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a ALBASA como una empresa cuya actividad inicial se centró en la fabricación y comercialización del algodón y que, a partir del año 1996 desarrolló una segunda línea de negocio



dedicada a la fabricación y comercialización de AIO en el sector farmacéutico. Además, se destaca en la resolución impugnada que ALBASA era la empresa que fabricaba los AIO y que los comercializaba bajo la marca TEXPOL en el sector farmacéutico siendo también el proveedor exclusivo de AIO para TEXPOL para su comercialización en el sector hospitalario.

Por otra parte, en la resolución impugnada se recoge el régimen jurídico aplicable a la distribución y comercialización de los absorbentes para la incontinencia grave de la orina en adultos (AIO) 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. Y, sigue diciendo la resolución recurrida, que como la norma estatal que habría de regular los márgenes de distribución y dispensación no se había aprobado, fabricantes, distribuidores y farmacéuticos fijan 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, según sostiene la CNMC, el criterio de afectación al comercio intracomunitario que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE.

Analiza también la resolución sancionadora impugnada 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.

Al referirse a la demanda, 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"*. 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 en el 78% y en el canal institucional en el 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 y que para la recurrente ALBASA se ha concretado por el periodo que va desde julio de 2001 hasta enero de 2014.

En particular, al referirse a la responsabilidad de las entidades -fundamento de derecho 4.4- señala que el objetivo de los fabricantes miembros del GTAIO, con la colaboración de FENIN, era precisamente 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.

La CNMC 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 la resolución impugnada 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.

Por otra parte, la resolución impugnada destaca, 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 promovéndola"*.

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 como base el volumen total 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.

CUARTO. En el escrito de demanda presentado por la entidad recurrente -ALBASA- se solicita la nulidad de la resolución sancionadora impugnada o, subsidiariamente, la reducción del importe de la sanción de multa impuesta y ello en virtud de las siguientes alegaciones.

1. Vulneración del artículo 25 de la CE porque refiere que se le ha sancionado sin que concurra el requisito de la culpabilidad en la realización de los hechos en cuanto que han supuesto una recomendación colectiva por parte de la entidad FENIN y no la adopción de acuerdos anticompetitivos entre empresas del mismo sector económico.
2. Subsidiariamente, ausencia de culpabilidad en la conducta relacionada con el PVL de los AIO por aplicación del principio de confianza legítima en cuanto que las Administraciones -Ministerio de Sanidad, así como los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas- habían inducido las actuaciones de los fabricantes de AIO.
3. Vulneración del principio de tipicidad al declarar la CNMC que tenía carácter anticompetitivo la conducta consistente en la interposición de recursos administrativos y de recursos contenciosos-administrativos.
4. Incorrecta definición de las conductas sancionadas como constitutivas de un cártel.



5. La sanción de multa impuesta vulnera el principio de proporcionalidad por cuanto no se han aplicado correctamente los criterios del artículo 64 de la LDC. Y, subsidiariamente, solicita su reducción en cuanto que la CNMC ha tenido en cuenta para su imposición el volumen de negocios total de la empresa y no solo el que afectaba al territorio nacional que era el mercado geográfico afectado por las conductas imputadas.

QUINTO. Vista la defensa que realiza la entidad sancionada debemos analizar si existen en el expediente administrativo elementos probatorios suficientes como para poder concluir, al igual que la CNMC, su responsabilidad en los hechos sancionados.

No obstante, el examen de dicho material probatorio requiere antes precisar que la actividad desplegada por el cártel que advierte y sanciona la CNMC se ha canalizado a través de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) y de la que aunque ALBASA no era miembro, no obstante TEXPOL, que si era miembro, representaba también los intereses de ALBASA en FENIN ya que los directivos que participaban en las reuniones del GTAIO en representación de TEXPOL siempre han sido directivos de ALBASA. Y se destaca igualmente que, en esa Federación, también sancionada en el mismo procedimiento, estaba encuadrado el Grupo de Trabajo de Absorbentes de Incontinencia de Orina (GTAIO) creado en 1994 y del que formaba parte ALBASA como resulta del acta de la reunión del Grupo de 5 de junio de 1997 aportada por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado y que obra a los folios 6619 a 6622 del expediente.

Y es que, como pone de relieve la resolución sancionadora, *"el cártel habría consistido en los acuerdos adoptados por los fabricantes agrupados en el Grupo de Trabajo de AIO de FENIN y presentes en el mercado de la comercialización de los AIO financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados, para la fijación del PVL de los AIO dispensados a través del canal farmacia"*.

Y la acreditación de la existencia de dichos acuerdos es a lo que tiende la prueba reunida en la investigación por la CNMC y cuya insuficiencia denuncia la demandante, prueba que alcanza también al mantenimiento a lo largo del tiempo de dicho canal de distribución, el farmacéutico, eludiendo el canal institucional.

En opinión de la CNMC, para la consecución del objetivo de fijación del precio de venta laboratorio *"... se habría promovido por los fabricantes participantes en este cártel el mantenimiento de la dispensación de AIO a través del canal farmacéutico, mediante la negociación y concertación a través de FENIN con el resto de agentes de la cadena de distribución (Colegios Oficiales de Farmacéuticos y asociaciones de mayoristas distribuidores de productos farmacéuticos y sanitarios), desde al menos diciembre de 1996 hasta junio de 2010, ... De hecho, el mantenimiento de los AIO destinados a pacientes domiciliarios en el canal farmacia les ha permitido hasta el momento actual mantener sin apenas variación el PVL que fijaron en mayo de 1997 como porcentaje sobre el PVP regulado por la Administración"*.

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

Pues bien, la prueba de los acuerdos adoptados en esa dirección y de su concreto contenido es consistente y aparece reflejada con precisión en la resolución sancionadora. Es el caso del acuerdo firmado el 13 de mayo de 1997, de carácter secreto y no conocido por la Administración, paralelo al suscrito con el INSALUD, que fue firmado por los representantes de los fabricantes, distribuidores y farmacéuticos para asumir de forma conjunta y acordada el porcentaje del descuento sobre el PVP pactado con el INSALUD mediante la fijación del previo venta laboratorio (PVL), así como de los márgenes comerciales de distribución y dispensación, y que, si bien se aportó por el solicitante de exención -folios 70 a 73-, también lo fue por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado, tal y como resulta de los folios 6653 a 6656.

Sucede asimismo con los acuerdos de fijación de márgenes respecto de los precios en los territorios autonómicos, de progresiva importancia a medida que las Comunidades Autónomas fueron adquiriendo competencias en materia sanitaria. Estos acuerdos tenían también carácter secreto y eran suscritos en paralelo a la firma de los Concierdos entre la Administración sanitaria autonómica correspondiente y los Colegios Oficiales de Farmacéuticos en dichas CCAA que garantizaban la dispensación de AIO a través del canal farmacia a pacientes no hospitalizados. Hay constancia documental en el expediente de esta clase de acuerdos secretos para la fijación del PVL y de los márgenes de distribución en Cataluña en 1998, Galicia en 1999 y 2004, en el País Vasco en 2001 y 2007, en Andalucía en 2002, en Aragón en 2003 y en Cantabria en 2003. La resolución misma contiene indicación precisa al reflejar las fechas de los acuerdos, las partes intervinientes, los folios concretos del expediente en que constan y el modo en que llegaron al mismo, en casi



todos los casos por la doble vía de la aportación del solicitante de la exención y por haber sido recabados en la inspección de FENIN o aportados por éste en contestación al requerimiento de información realizado.

A mero título de ejemplo, por ser ilustrativo y considerando innecesario referir otros, al constar, como decimos, de manera pormenorizada en la resolución recurrida, podemos citar el "Convenio de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma de Andalucía de 22 de noviembre de 2002 firmado por el CACOF, FENIN, FEDIFAR y ANFAMS, aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folios 107 a 109), recabado en la inspección de FENIN (folios 3575 a 3577) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6634 a 6636)"; o el "Convenio de fijación de márgenes en la Comunidad Autónoma de Cantabria de 1 de junio de 2003 firmado por el COF de Cantabria, FEDIFAR, FENIN y ANFAMS, aportado por el solicitante de exención (folios 116 a 119), recabado en la inspección de FENIN (folios 3570 a 3572) y aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6640 a 6642)".

Entendemos, en el ejercicio de las facultades que sobre la libre valoración de la prueba corresponden a esta Sala, que todos estos documentos constituyen una prueba suficiente de los hechos que describen y complementan eficazmente a tal objeto, en los términos que requiere la jurisprudencia europea, la prueba aportada por el solicitante de la exención.

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

Describe la operativa de la Federación y del Grupo de Trabajo, y alude a la reunión de 16 de diciembre de 1996 entre fabricantes (representados por FENIN, AUSONIA, INDAS y SCA, entonces denominada MÖLNLYCKE), farmacéuticos (representados por CGCOF, FEFE y ASECOFARMA) y distribuidores (representados por FEDIFAR), en la línea de mantener la dispensación de los absorbentes por el canal farmacia, así como a la reunión celebrada el 21 de abril de 1997 entre representantes de los fabricantes, los distribuidores y los farmacéuticos en el CGCOF; y supone acreditada, a la vista de los documentos obrantes en el expediente, la celebración de hasta un total, al menos, de 63 reuniones del GTAIO entre 1997 y 2013.

La prueba, en este caso, la constituyen las actas de las mismas que están incorporadas a los folios 6303 a 6622, y que fueron aportadas por FENIN en contestación al requerimiento realizado en su día, de cuyo análisis resultaría, dice la resolución, la adopción de acuerdos relacionados con las prácticas investigadas *"... en al menos 27 reuniones del GTAIO entre el 5 de junio de 1997 y el 6 de septiembre de 2013"*, remitiéndose en este punto al pliego de concreción de hechos y al anexo al mismo, con indicación del Acta, y de las entidades asistentes.

También es destacable la prueba acumulada en relación a la fijación de precios de los AIO. A título de ejemplo puede citarse la reunión, ya mencionada, de 16 de diciembre de 1996 cuya acta, obrante a los folios 1364 a 1367, y que fue obtenida en la inspección de FEDIFAR, refleja lo siguiente:

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

Ejemplo:

P.V.P. i.v.a. actual 10.660

P.V.P. actual 9.963

P.V.L. nuevo (51%) 5.878 ()*

P.V.F. nuevo 6.531

P.V.P. nuevo 8.708

P.V.P. i.v.a. nuevo 9.317 inferior un 12,6% a 10.660

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

Las reuniones documentadas y acuerdos adoptados en la misma dirección son numerosos desde entonces, aparecen pormenorizadamente relacionadas en la resolución y cuentan con el soporte de las copias



correspondientes incorporadas al expediente sancionador, además de estar referenciadas, insistimos, con indicación del folio al que constan y su procedencia.

Constituye todo ello una prueba sólida de los hechos imputados y de la participación de la recurrente en los mismos que se basa no solo en la solicitud de clemencia, sino que está corroborada por los documentos que han tenido acceso al expediente por otras vías, como el requerimiento de información o la inspección en las sedes de las entidades investigadas.

Prueba que, desde luego, no resulta desactivada por la de descargo que, pretendidamente, figura en el mismo expediente, a pesar lo afirmado por la actora. Las contundentes evidencias de los acuerdos con los distribuidores, o sobre los precios de los AIO, que resultan de los documentos citados y de todos los que menciona la resolución, sustentados en la metódica referencia a los folios a los que constan y del modo en que han accedido al expediente, dotan de una solidez indudable al relato de hechos probados en que se basa la sanción.

SEXTO. Asimismo, la entidad ahora recurrente niega que se haya cometido la infracción que se le imputa, es decir, la de haber participado en un cártel articulado a través de FENIN y materializado en los Convenios suscritos con otros agentes de la cadena de distribución de los AIO. Y rechaza que su conducta pueda incardinarse en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE por cuanto, partiendo de la definición legal de cártel contenida en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2007, los Convenios no eran acuerdos secretos al resultar conocidos -y firmados- por el resto de agentes de la cadena de distribución, distribuidores mayoristas y Colegio Oficial de Farmacéuticos (COF), es decir, los verdaderos clientes de los fabricantes de los AIO en el canal farmacia, además de resultar conocidos también por la Administración misma.

En segundo lugar, porque los Convenios no eran, dice, acuerdos entre dos o más competidores, como requiere la LDC, sino acuerdos verticales por los que fabricantes, distribuidores mayoristas y COF se repartían el peso del descuento ofrecido por el COF a la Administración vía Concierto.

Además, los Convenios no tendrían como objeto la fijación de precios o cuotas de producción pues se dirigían a determinar precios máximos (o descuentos mínimos) que aseguraban que las farmacias pudieran cumplir con las reducciones en el PVP ofrecidas en los Conciertos a la Administración.

De lo que concluye que los Convenios carecían de un objeto anticompetitivo; antes, al contrario, su objetivo sería sentar un precio máximo que asegurara la efectividad del descuento acordado por el COF con la Administración y el correcto funcionamiento del mercado.

Respecto de tales alegaciones ha de decirse, en primer lugar, que el carácter secreto del acuerdo en que consiste un cártel y al que alude la recurrente, recogido, en efecto, en la Disposición Adicional Cuarta, apartado 2, de la Ley 15/2007 -en su redacción aquí aplicable, pues la referencia al carácter secreto del cártel ha desaparecido tras la modificación operada por el Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo- debe interpretarse, como sugiere la propia SCA, en relación con el contexto, determinando en cada caso para quienes de los intervinientes en el mercado ha de permanecer secreto el cártel con el fin de preservar la eficacia anticompetitiva perseguida por las empresas que lo integran.

Pues bien, en este supuesto, y por la dinámica misma del mercado afectado -comercialización de AIO por el canal farmacia-, el que los acuerdos fueran suscritos entre los propios competidores con los distribuidores del producto y Colegios Oficiales de Farmacéuticos -sus clientes- y resultaran, por tanto, conocidos por todos ellos, no desnaturaliza el cártel, cuyos acuerdos más sensibles permanecían en secreto respecto de las Administraciones que eran, en definitiva, las adquirentes de los AIO.

En este sentido, el mantenimiento de la confidencialidad de los correos electrónicos aparece acreditada a lo largo del expediente, y dicha confidencialidad alcanza al reparto de márgenes entre fabricantes, distribuidores y farmacéuticos. Esto es claro, por ejemplo, en 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), denominado "BASES DEL ACUERDO SOBRE ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA", del que, como relata la resolución recurrida, se localizaron dos versiones que obran a los folios 1387 a 1389 del expediente administrativo. Una primera versión, para entregar a la Administración, y otra en la que consta la indicación "documento interno", que se diferencia de la anterior en que refleja un compromiso para el reparto de márgenes.

Hay otras muestras en el expediente de las negociaciones de márgenes entre fabricantes, distribuidores y farmacéuticos que se mantienen, obviamente, secretos respecto de la Administración, y que son reflejados de manera minuciosa por la CNMC en su resolución.

Pueden citarse las anotaciones de la reunión de 5 de mayo de 1997, obtenidas en la inspección a FENIN, folio 2984.

También el acuerdo secreto entre fabricantes, distribuidores y farmacéuticos representados por FENIN y ANFAMS (fabricantes), FEDIFAR y ASECOFARMA (distribuidores) y el CGCOF y FEFE (por los farmacéuticos), paralelo al Acuerdo Marco suscrito con el INSALUD el 13 de mayo de 1997, en el que el INSALUD garantizaba la dispensación de AIO para pacientes domiciliarios a través del canal farmacéutico a cambio de un descuento del 11% sobre el PVP. En aquel acuerdo fabricantes, distribuidores y farmacéuticos fijaban, sin la presencia de la Administración, los márgenes que obtendría cada uno de ellos para asumir conjuntamente el citado descuento del 11% sobre el PVP al INSALUD, tal y como se recoge en el documento correspondiente aportado por el solicitante de exención del importe de la multa, folios 70 a 73, y que fue asimismo aportado por FENIN en contestación al requerimiento de información en su día realizado, folios 6653 a 6656.

Este modo de operar se mantiene en relación a las Administraciones sanitarias de las Comunidades Autónomas, y son varios los acuerdos de esta naturaleza consignados en la resolución que alude a su concreto contenido y hace mención expresa a su localización en el expediente, así como al modo en que la documentación accedió al mismo: solicitud de clemencia, inspección, requerimiento de información (tal es caso, por ejemplo, de Aragón, donde se firmó un acuerdo secreto de fijación de márgenes entre fabricantes, distribuidores y farmacéuticos el 14 de abril de 2003, cuyas cláusulas coinciden con las de los acuerdos firmados en otras CC.AA, y que consta a los folios 116 a 119, 3578 a 3581, y 6643 a 6646 obtenidos, respectivamente, mediante aportación del solicitante de exención, en la inspección de FENIN, y aportado por ésta en contestación al requerimiento realizado).

No puede albergarse entonces duda alguna de que los acuerdos sobre reparto de márgenes han permanecido secretos para la Administración, con lo que el motivo debe ser rechazado.

SÉPTIMO. Otro tanto sucede con la alegación de que los Convenios eran acuerdos verticales y no horizontales entre competidores.

Para desvirtuarla baste constatar que el presupuesto esencial de los mismos eran los acuerdos entre los fabricantes de AIO, al que se adiciona también un componente vertical, constituido por los acuerdos con distribuidores y farmacéuticos, que no desnaturaliza el cártel. Es impensable que estos acuerdos pudieran siquiera plantearse sin la actuación concertada de los competidores orquestados a través de FENIN.

Y, en cuanto al objeto de los Convenios, niega ALBASA que los mismos tuvieran como objeto la fijación de precios o cuotas de producción en los términos que exige la mencionada Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2007 al definir el cártel.

Sin embargo, esta afirmación choca frontalmente con lo que evidencian las pruebas acopiadas en el expediente, que demuestran la concertación de los márgenes a percibir y, en definitiva, del denominado PVL, precio de venta a los distribuidores por parte de los de los fabricantes de AIO financiados por el Sistema Nacional de Salud y distribuidos por el canal farmacia. Es claro que el objetivo perseguido por los integrantes del cártel era, precisamente, y a través de los acuerdos adoptados en el seno del grupo de trabajo de FENIN, la fijación coordinada de un PVL superior al que pudiera resultar de una situación competitiva entre los fabricantes. Y han sido las empresas imputadas las que han intervenido de forma directa en la adopción de los acuerdos anticompetitivos, siendo FENIN el medio a través del cual dichos acuerdos se adoptaron e implementaron por las empresas asociadas que formaron el GTAIO en el seno de FENIN. FENIN ha jugado un papel esencial en el presente cártel, impulsando y realizando el seguimiento de las iniciativas, proyectos y acuerdos previamente adoptados por las empresas partícipes en el GTAIO constituido en su seno, posibilitando el marco funcional en el que se desarrollaba la colusión, facilitándola y promovéndola, pero los acuerdos se adoptaban por las empresas competidoras.

OCTAVO. Enlaza a continuación la demanda con la alegación según la cual no existe infracción por objeto del artículo 1 de la LDC o del artículo 101 del TFUE respecto de la supuesta fijación de PVL máximos con la consiguiente infracción de los principios de legalidad y tipicidad.

Sin embargo, esta alegación parte de la afirmación de que las conductas investigadas no son constitutivas de un cártel con arreglo a los argumentos expuestos en la misma demanda que, no obstante, y como hemos visto, no desvirtúan la conclusión contraria alcanzada por la CNMC.

Por tanto, si el cártel existe, lo que es indudable a la vista del conjunto de pruebas que venimos analizando, decae el motivo esgrimido en este sentido por la entidad recurrente. En cualquier caso, es de notar que la misma resolución aborda de manera expresa esta cuestión al tratar de los efectos de la conducta en el mercado -apartado 4.3 de la fundamentación jurídica- donde recuerda la jurisprudencia europea sobre las restricciones por objeto según la cual "de cara a la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, la ponderación de los efectos



concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia..." (Sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004 , Aalborg Portland y otros/Comisión); y cuya aplicación al caso es indudable a juicio de esta Sala.

Pero es que coincidimos, además, con la apreciación contenida en la misma resolución sancionadora por la cual entiende que, si bien las conductas acreditadas constituyen restricciones de la competencia por su objeto, lo que sería ya sancionable por constituir el ilícito administrativo típico, las pruebas obrantes en el expediente administrativo acreditan de manera suficiente que los acuerdos para la fijación y mantenimiento del PVL de los AIO dispensados a través del canal farmacia han determinado que dicho precio de venta de laboratorio resultara a la postre superior al que se hubiera obtenido en una situación de libre competencia, como lo demostraría que los precios de los AIO dispensados por el canal farmacéutico hayan sido mucho más elevados que los adquiridos en el canal institucional para pacientes en centros socio-sanitarios, argumentando la CMNC que "... la diferencia en determinadas licitaciones convocadas por Servicios autonómicos de Salud para productos idénticos de los dispensados por el canal farmacia alcanza hasta un 46%", porcentaje que se apoya en el escrito de Farmanova aportado en contestación al requerimiento de información y las tablas que acompaña, folios 13633 a 13637.

No es ocioso recordar en este punto la doctrina contenida en la conocida sentencia Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 T-Mobile, que reitera doctrina anterior, y que en los apartados 27 a 30 alude al tratamiento jurisprudencial de la distinción entre infracciones por objeto y por efecto, subrayando que la infracción lo será por su objeto cuando la conducta, por su propia naturaleza, sea perjudicial para el buen funcionamiento de la libre competencia. El TJUE se pronuncia en estos términos:

"28. En lo relativo a la delimitación de las prácticas concertadas que tengan un objeto contrario a la competencia y de aquéllas que tengan un efecto contrario a la competencia, ha de recordarse que el objeto y el efecto contrarios a la competencia son condiciones no acumulativas sino alternativas para apreciar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 81 CE , apartado 1. Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción "o", lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véase, en este sentido, la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 15).

29. Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE , apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, especialmente p. 496 ; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 , apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16). La distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17).

30. En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia".

Los acuerdos sobre márgenes a aplicar en el PVL suscritos entre los integrantes de FENIN son claro ejemplo de una práctica restrictiva, y su acreditación mediante los documentos incorporados al expediente, indudable, como venimos reiterando.

Tampoco resultan convincentes las razones que esgrime la parte actora para justificar que no existe infracción alguna tras la terminación de los convenios en junio de 2010.

Es cierto, y así lo constata la resolución misma, que la entrada en vigor del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, supuso un punto de inflexión en la relación entre fabricantes, distribuidores y farmacéuticos al establecer una reducción del 20% en el PVP de los AIO. Pero es asimismo incuestionable que, ante la nueva situación generada por este cambio normativo, los fabricantes miembros del cártel adoptaron de nuevo una posición común para la defensa de sus intereses en lo que constituye sin duda una conducta anticompetitiva, y que se reflejaba en el documento denominado "RD 8/10 SITUACION Y PLANTEAMIENTO PROCESO NEGOCIADOR RESPECTO AI", aportado por

el solicitante de exención del pago del importe de la multa, folios 54 a 55, y también recabado en la inspección de FENIN, folios 2172 a 2174. En los antecedentes de este documento se indica que el acuerdo adoptado en mayo de 1997 se basaba en:

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

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

Y en el mismo documento se incluye una "Propuesta de actuación mientras no exista un marco regulatorio de márgenes para ps", con las medidas siguientes:

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

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

Las actuaciones posteriores que relaciona la CNMC ponen de manifiesto una vez más la actuación conjunta y concertada de todos los integrantes de FENIN dirigida a mantener una postura común y consensuada que difícilmente encaja en la idea de recomendación colectiva de precios que refiere la recurrente. Otro ejemplo más de esa actuación concertada de la cual es el correo electrónico enviado el 28 de junio de 2010 por ONTEX a la Directora Técnica de FENIN, recabado en la inspección de FENIN, folio 9434, donde se dice lo siguiente:

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

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

(...)

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

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

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

Por lo demás, si esa actuación concertada de todos los fabricantes de AIO era evidente para abordar la situación surgida con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 8/2010, una vez que, ante la falta de acuerdo entre fabricantes, farmacéuticos y distribuidores, se da por finalizada la colaboración, es lo cierto que las evidencias de la actuación concertada de los fabricantes en el mantenimiento del PVL son igualmente notables como refleja también la resolución de 26 de mayo de 2016, ahora recurrida.

Así se acredita en el acta de la reunión mantenida entre el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos y FENIN el 28 de febrero de 2011, en la que, sobre la "Aplicación de lo establecido en el RDL 8/2010" se indica que "Los fabricantes siguen suministrando los productos sanitarios sin asumir la reducción de precios establecida (7'5% en productos sanitarios y el 20% en AIO)".

También es un indicio claro de esa continuidad el hecho de que surgieran algunas desavenencias impensables sin el concierto de fondo entre todos los integrantes del GTAIO, y que se reflejan, por ejemplo, en el correo electrónico fechado el 11 de marzo de 2011 remitido por el Coordinador del GTAIO, D. Saturnino , a la Directora Técnica de FENIN, recabado en la inspección de ésta y obrante a los folios 9555 a 9557, en el que se señala que "Defendemos desde hace casi un año el mismo PVL a capa y espada. En paralelo, unos hacen propuestas para concursos con propuestas muy por debajo del PVL que abanderamos y otros o los mismos montan "promociones" que se repiten como los domingos en las semanas".

Y de ello dan cuenta las manifestaciones contenidas, por ejemplo, en la reunión de 18 de julio de 2013 por el Grupo de Trabajo de Productos Sanitarios creado en el seno del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos:



" *La bajada del 20% del PVP IVA de los AIO que se produce en 2010 ha supuesto un detrimento notable en el margen para la oficina de farmacia, ya que los fabricantes, han mantenido su PVL, lo que ha hecho que toda la bajada recaiga sobre el margen de la distribución y de la farmacia (...)*". (Guion GT Productos Sanitario V1 18 julio 2013.pdf", re cabado en la inspección del CGCOF, folios 8607 a 8610).

Consta acreditada en el expediente la celebración de al menos 63 reuniones del GTAIO entre 1997 y 2013, y del análisis de las actas disponibles de gran parte de dichas reuniones, queda acreditado que se adoptaron acuerdos relacionados con las prácticas objeto de la investigación en al menos 27 reuniones del GTAIO entre el 5 de junio de 1997 y el 6 de septiembre de 2013.

De las posteriores a junio de 2010 merecen citarse la reunión de 4 de junio de 2012 (A&A, ONTEX, SCA, INDAS, TEXPOL, HARTMANN, FENIN); la reunión de 26 de noviembre de 2012 (A&A, ONTEX, SCA, INDAS, TEXPOL, HARTMANN, FENIN, ALBASA, PLANAS OLIVERAS); la reunión de 11 de febrero de 2013; la de 29 de mayo de 2013 (INDAS, A&A, HARTMANN, BARNA IMPORT, FENIN); así como la de 6 de septiembre de 2013.

Consideraciones todas ellas suficientes para hacer decaer el motivo al acreditarse la actividad posterior a 2010.

En cualquier caso, los acuerdos adoptados en el seno del GTAIO eliminaron, de hecho, cualquier atisbo de competencia entre los participantes en el cártel, que adoptaron una posición única en relación a la determinación del PVL.

Por lo que se refiere a la pretendida explicación alternativa razonable a la existencia del cártel que propone ALBASA, combate la afirmación de la CNMC según la cual "*los precios de los AIO dispensados por el canal farmacéutico son mucho más elevados que los adquiridos en el canal institucional para pacientes en centros socio-sanitarios (aproximadamente un 50% superiores de media en algunos supuestos)*".

NOVENO. A juicio de la entidad actora, 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 ALBASA 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. Criterio este que ya se ha seguido por esta misma Sección en la sentencia dictada en fecha 6 de abril de 2018 (rec. nº 363/2016) que ha quedado firme al haberse inadmitido por auto dictado por el Tribunal Supremo en fecha 17 de enero de 2019 el recurso de casación interpuesto por una empresa sancionada por los mismos acuerdos colusorios que ahora analizamos.

DÉCIMO. 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 Concierdos 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 Servicio 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 misma.

DECIMOPRIMERO. Denuncia la demanda, con cita de jurisprudencia europea que avalaría su criterio, la inexistencia de la infracción única y continuada que aprecia la CNMC.

Para ello, parte del concepto de esta clase de infracciones perfilado por el TJUE y afirma que no se ha acreditado la existencia del cártel; que la conducta de ALBASA no se ha prolongado en el tiempo de forma continuada, dados los amplios saltos temporales existentes entre los extractos documentales aportados por la Resolución que se suponen acreditan la infracción; y que al margen de que la propia Resolución reconoce que el objetivo último no era otro que garantizar la viabilidad del descuento acordado con la Administración, resulta obvio que

el ejercicio legítimo de acciones judiciales no resulta apto para la consecución de dicho objetivo. Por lo tanto, no puede entenderse que ambas conductas constituyan una sola infracción única y continuada.

Con objeto de determinar si la conducta de la empresa recurrente se ajusta o no al concepto de infracción única y continuada, es necesario partir de la jurisprudencia europea sobre la cuestión recogida, entre las más recientes, en la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, que sintetiza el criterio seguido en esta materia al señalar lo siguiente:

"156. Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto», debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, apartado 41 y la jurisprudencia citada).

157. Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, apartado 42 y la jurisprudencia citada).

158. En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, de dicha infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, apartado 43).

159. Por el contrario, si una empresa ha participado directamente en uno o varios comportamientos contrarios a la competencia que componen una infracción única y continuada, pero no se ha acreditado que, mediante su propio comportamiento, intentase contribuir a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por los otros participantes en el cártel y que tenía conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por dichos participantes para alcanzar los mismos objetivos o que pudiera de forma razonable haberlos previsto y estuviera dispuesta a asumir el riesgo, la Comisión únicamente puede imputarle la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente y de los comportamientos previstos o ejecutados por los otros participantes para alcanzar los mismos objetivos que los que ella perseguía y de los que se acredite que tenía conocimiento o podía haberlos previsto razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, apartado 44)".

En el caso de autos, la conducta de ALBASA se incardina en esta clase de infracción al resultar innegable su pertenencia a FENIN -y, dentro de la misma, su integración en el GTAIO-, en cuyo seno se han gestado las actuaciones sancionadas, acreditadas cumplidamente, como hemos expuesto. Los "amplios saltos temporales" que menciona la recurrente para eludir el carácter de continuada de la infracción no existen, y no tienen en rigor otra base que la mera afirmación de la actora que ni siquiera los sitúa temporalmente de manera mínimamente precisa, además de resultar contradichos por la prueba obrante en el expediente que revela una actividad constante a lo largo de las 63 reuniones documentadas del GTAIO.

DECIMOSEGUNDO. Ha de ser igualmente rechazada la afirmación de que la resolución recurrida carece de motivación suficiente.

En este punto del análisis del recurso, y visto lo que antecede, no puede decirse que la sanción esté desprovista de un sustento probatorio, ni tampoco argumental.

Los hechos que se declaran probados y que descubren una práctica anticompetitiva consistente en la fijación del PVL de los AIO financiados por el SNS y distribuidos a través del canal farmacia, mantenida hasta enero de 2014, tienen una prolija base fáctica, como hemos tenido ocasión de ir describiendo. Las referencias e indicaciones a los concretos folios del expediente administrativo que constituyen la prueba documental de los hechos inculpativos, con cita de la procedencia de los documentos correspondientes, son constantes y precisas en la resolución de 26 de mayo de 2016.

Hemos identificado la conducta sancionada del modo en que la explicita la resolución misma -insistimos, se atribuye a los integrantes del cártel la adopción de acuerdos para la fijación del PVL de los AIO financiados por el SNS y distribuidos a través del canal farmacia-, y los hechos en que se basa, acreditados de manera suficiente, evidencian la comisión de la infracción continuada que finalmente se les imputa.

Se cumplen entonces las exigencias que, en orden a la motivación de los actos administrativos de esta clase, imponen los preceptos que invoca la demandante, por lo que el motivo no puede prosperar.

DECIMOTERCERO. Cuestiona finalmente ALBASA la multa impuesta pues considera que la referida falta de motivación alcanza también a su cuantificación al desconocerse el criterio que ha seguido la CMNC para fijar su importe, además de que éste resulta desproporcionado a la vista de lo establecido en los artículos 63 y 64 de la LDC, que entiende infringidos, denunciando la falta de proporcionalidad de la sanción en atención a las particulares circunstancias del caso.

Sin embargo, 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.

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"*. Y añade que *"...el concepto mercado afectado por la conducta infractora, que puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas, sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva. En este expediente el mercado geográfico afectado abarca todo el territorio nacional, en la medida en que los hechos objeto de investigación contemplan la comercialización de AIO financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados en todo el territorio nacional, cumpliendo el criterio de afectación al comercio intracomunitario que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE"*.

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 en 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 ALBASA, el volumen de negocios en el mercado afectado es de 88.392.163 euros y la correspondiente cuota de participación es del 2,72%.

Y, 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, lo que eleva dicho porcentaje, en el caso de ALBASA, al 5,40% que aplicado al volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio 2015 -4.656.600 euros-, determina una multa por importe de 251.456 euros. El concepto de volumen de negocios total de la empresa que permite cuantificar el importe de la sanción, y que está relacionado con el efecto disuasorio de la sanción que pueda imponerse, no puede identificarse, como así sostiene la recurrente, con el volumen de negocios en el mercado geográfico afectado por las conductas sancionadas. En el artículo 63.1 de la LDC se 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, tal como señala el Tribunal Supremo en la sentencia antes citada de 29 de enero de 2015, *"lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción"*. Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se constriñe.

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 ALBASA.

DECIMOCUARTO. Procede, en atención a lo expuesto, la íntegra desestimación del recurso y la consiguiente imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte actora 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

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº **371/2016** interpuesto por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez en nombre y representación de la mercantil **ALGODONES DEL BAGES, S.A.U.**, contra la resolución de 26 de mayo de 2016, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 251.456 euros que ahora confirmamos por entender que dicha resolución se ajusta a Derecho.

Con expresa imposición de 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.