



Roj: **SAN 4355/2022 - ECLI:ES:AN:2022:4355**

Id Cendoj: **28079230062022100508**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/09/2022**

Nº de Recurso: **361/2016**

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: 0000361 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 4145/2016

Demandante: ARBORA & AUSONIA, S.L, (Unipersonal), PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A. y THE PROCTER & GAMBLE COMPANY

Procurador: D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLEN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: SERVEI CATALÁ DE LA SALUT

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 veintiséis de septiembre de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **361/2016** promovido por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillen, que actúa en nombre y representación de las mercantiles **ARBORA & AUSONIA, S.L, (Unipersonal), PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A. y THE PROCTER & GAMBLE COMPANY**, 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 . Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Y como parte codemandada ha comparecido el Procurador D. Jordi Fontquerni Bas que actúa en nombre y representación de la entidad SERVEI CATALÁ DE LA SALUT.

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 que acuerde la estimación del recurso interpuesto.

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.

De igual modo se ha pronunciado la entidad codemandada en su escrito 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 las mercantiles ARBORA & AUSONIA, S.L. (Unipersonal), PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A. y THE PROCTER & GAMBLE COMPANY 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:

(...)

2. ARBORA & AUSONIA, S.L.U, por su participación en el cártel desde al menos diciembre de 1996 hasta julio de 2013.

3. PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A., sucesora de ARBORA & AUSONIA, S.L.U, por la participación de ARBORA & AUSONIA, S.L.U en el cártel desde al menos diciembre de 1996 hasta julio de 2013.

4. THE PROCTER & GAMBLE COMPANY, responsable solidario en cuanto matriz de ARBORA & AUSONIA, S.L.U y PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A., por la participación de ARBORA & AUSONIA, S.L.U en el cártel desde octubre de 2012 hasta julio de 2013.

(...)

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

(...)

2. ARBORA & AUSONIA, S.L.U, y su sucesora PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A., una multa de 68.547.575 euros. De este importe responderá solidariamente THE PROCTER & GAMBLE COMPANY, hasta un importe de 3.444.602 euros.

(...)

CUARTO. Declarar que ARBORA & AUSONIA, S.L.U., PROCTER & GAMBLE ESPAÑA. S.A, y su matriz THE PROCTER & GAMBLE COMPANY, así como al directivo de ARBORA & AUSONIA, S.L.U., D. Adriano , reúnen los requisitos previstos en el artículo 65 de la LDC y, en consecuencia, eximirles del pago de la multa que les corresponde por su participación en la conducta infractora.

QUINTO. Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución".

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 de 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 la mercantil ARBORA & AUSONIA, S.L. diciendo que: *"... hasta julio de 2013 se dedicaba a la fabricación y comercialización de productos absorbentes en los sectores de higiene infantil y familiar, femenina y de incontinencia grave en adultos. Hasta el 22 de octubre de 2012 estaba controlada al 50% por P&G y por el Grupo Agrolimen, adquiriendo en ese momento P&G el control exclusivo sobre A&A, iniciándose un proceso de integración de ambas entidades que culminó el 1 de julio de 2013. El proceso de integración no ha supuesto la extinción jurídica de A&A, si bien mantiene una actividad marginal, pues P&G ESPAÑA ha pasado a comercializar los productos comercializados hasta esa fecha por A&A, incluyendo los productos para la incontinencia grave de la marca Lindor Ausonia, asumiendo las funciones y actividad de distribución de AIO en España desarrolladas por A&A en el canal farmacia y en el institucional, así como sus recursos humanos y materiales en su práctica totalidad. Así pues, desde el 1 de julio de 2013 A&A se limita a gestionar una cartera de derechos de propiedad industrial, entre los que se incluyen los relativos a las marcas de AIO comercializadas actualmente por P&G ESPAÑA. Estos derechos están en la actualidad licenciados a una entidad perteneciente al grupo P & G. En 2012 A&A facturó 563 millones. A&A formó parte de FENIN desde 1988 hasta el 1 de julio de 2013, fecha de su integración en P&G y del GTAIO al menos desde 1997, siendo su representante el Coordinador*



de dicho Grupo hasta el 18 de abril de 2012, Vicepresidente de la Junta Directiva de Efectos y Accesorios hasta 2012 y Vicepresidente de FENIN desde 2010 hasta diciembre de 2012".

Respecto de la entidad PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A., la CNMC señala en la resolución impugnada que: *"...es el segundo mayor fabricante de AIO en España tras la adquisición en 2013 del 100% de A&A. Desde el 1 de julio de 2013, P&G España ha sucedido en la práctica a A&A, asumiendo sus recursos humanos y materiales en su práctica totalidad. La titularidad de las plantas de producción de A&A ha sido atribuida a una filial del grupo P&G mientras que los derechos de propiedad industrial, permanecen en poder de A&A. En 2014 P&G ESPAÑA facturó 102 millones €".*

Finalmente, respecto de la entidad THE PROCTER & GAMBLE COMPANY señala la CNMC que: *"P&G España y A&A están controladas indirectamente al 100% por The Procter & Gamble Company, sociedad de derecho estadounidense matriz del Grupo Procter & Gamble. Según la última Memoria Anual publicada en su página web, en 2014 tuvo una facturación de 83.062 millones de dólares".*

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 MSS".*

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 se ha concretado del siguiente modo para ARBORA & AUSONIA, S.L.U, por su participación en el cártel desde al menos diciembre de 1996 hasta julio de 2013. Para PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A., como sucesora de ARBORA & AUSONIA, S.L.U, por la participación de ARBORA & AUSONIA, S.L.U en el cártel desde al menos diciembre de 1996 hasta julio de 2013. Y para THE PROCTER & GAMBLE COMPANY, responsable solidario en cuanto matriz de ARBORA & AUSONIA, S.L.U y PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A., por la participación de ARBORA & AUSONIA, S.L.U en el cártel desde octubre de 2012 hasta julio de 2013.

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"*.

CUARTO. En el escrito de demanda presentado por las entidades recurrentes se solicita la nulidad de la resolución sancionadora impugnada exclusivamente en cuanto que ha declarado la responsabilidad de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A. en tanto que tiene la consideración de sucesora de la mercantil ARBORA & AUSONIA, S.L.

Concretamente, considera que la resolución es nula en cuanto que ha declarado a la entidad PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A. responsable de las conductas colusorias llevadas a cabo por la mercantil ARBORA & AUSONIA, S.L. en el periodo que va desde diciembre de 1996 hasta julio de 2013 como consecuencia de la sucesión empresarial que tuvo lugar en fecha 1 de julio de 2013.



La parte actora reconoce que la sucesión empresarial es un supuesto que permite excepcionar la aplicación del principio de responsabilidad personal, pero, destaca que, en el caso de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A., no concurren los requisitos necesarios para que se produzca esa asunción de responsabilidad con arreglo a la jurisprudencia del TJUE y del TS. Y, a su juicio, por los siguientes motivos:

1. La mercantil ARBORA & AUSONIA, S.L., a pesar de la sucesión empresarial, no ha desaparecido del mercado afectado por las conductas imputadas ya que se mantiene tanto jurídica como económicamente. En este sentido destaca que aunque PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A. ha adquirido los activos y pasivos de ARBORA & AUSONIA, S.L. sin embargo, ARBORA & AUSONIA, S.L. sigue manteniendo actividad empresarial en el mismo mercado en el que se llevaron a cabo las conductas colusorias dedicándose, tras la sucesión empresarial, a la organización de una cartera relativa a los derechos de la propiedad industrial en relación con las marcas de los pañales, mientras que PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A. tiene las plantas de producción y de comercialización de los pañales.

2. PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A. no ha continuado con la realización de las conductas colusorias llevadas a cabo por ARBORA & AUSONIA, S.L. ya que, una vez que la matriz adquirió los activos y pasivos de ARBORA & AUSONIA puso fin a las citadas conductas interponiendo, incluso, en fecha 23 de junio de 2013 denuncia ante la CNMC por las citadas conductas. Por lo que, concluye, no ha existido continuidad en la toma de decisiones colusorias ya que la imputación cesa en julio de 2013 siendo la fecha de 1 de julio de 2013 cuando se adquieren los recursos y las plantas de producción de ARBORA & AUSONIA; S.L. y cuando, además, ARBORA & AUSONIA remite una carta a la entidad FENIN renunciando ya a ser miembro de la misma.

Por el contrario, tanto el Abogado del Estado como la defensa de la entidad codemandada justifican la responsabilidad de la mercantil PROCTER & GAMBLE ESPAÑA; S.A. por la idea de la sucesión empresarial de la empresa ARBORA & AUSONIA; S.L.

QUINTO. La CNMC en la resolución impugnada justifica la imputación efectuada a la mercantil PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.L. diciendo:

"5.2. Sobre la sucesión empresarial

Por lo que respecta a la alegación de A&A, P&G ESPAÑA y P&G sobre el carácter personal de la responsabilidad de las empresas infractoras, reiterada jurisprudencia comunitaria admite que se pueda exceptuar dicho principio de la responsabilidad personal en aplicación del criterio de la sucesión empresarial o la continuidad económica, en virtud del cual una infracción de las normas sobre la competencia puede ser imputada al sucesor económico de la empresa que la haya cometido, con el fin de que el efecto útil de dichas normas no se vea comprometido a causa de los cambios en la estructura o titularidad de las empresas.

Como ha señalado asimismo el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de diciembre de 2015 (recurso 1973/2014) el criterio que debe prevalecer a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico en la sucesión de empresas es la de la permanencia de una entidad económica y empresarial o, dicho, en otros términos, la identidad substancial entre las empresas sucesivas [...]". Otro criterio "[...] conduciría a un resultado inaceptable de fácil elusión de toda responsabilidad de una persona jurídica por su simple reorganización interna, cambios en la dirección o cambios de titularidad o de forma jurídica".

En este supuesto, en contestación al requerimiento de información realizado por la DC, P&G ESPAÑA señaló la actividad marginal que venía desarrollando A&A tras ser adquirida por P&G, limitándose a partir de la fecha de su adquisición a gestionar una cartera de derechos de propiedad industrial.

De hecho, como expresamente ha indicado P&G ESPAÑA, a partir del 1 de julio de 2013 la citada empresa ha sucedido en la práctica a A&A, siendo P&G ESPAÑA la que realiza la actividad de comercialización de los AIO, habiéndose integrado tanto los recursos humanos como materiales en su práctica totalidad en P&G ESPAÑA, habiéndose atribuido también la titularidad de las plantas de producción y concluyendo la citada empresa la identidad entre A&A y P&G ESPAÑA desde un punto de vista económico.

Además, se ha confirmado que desde el 1 de julio de 2013 las ventas de AIO las realiza P&G ESPAÑA.

Todo ello denota la inexistente actividad económica de A&A en la comercialización de AIO a partir del 1 de julio de 2013, limitándose su actividad a los royalties cobrados por los derechos de propiedad industrial que mantiene.

Finalmente, tal como señala la DC en su PR, tras comunicar el 23 de abril de 2014 A&A y P&G a ese órgano instructor que la actividad de comercialización de AIO dentro del grupo P&G la llevaba a cabo P&G ESPAÑA, con fecha 28 de mayo de 2014, A&A y P&G presentaron un escrito indicando que cabría entender que la solicitud de clemencia presentada comprendería también a P&G ESPAÑA, solicitando formalmente que, de conformidad con el artículo 65 de la LDC, la petición de clemencia se extendiese a P&G España. En virtud de la citada solicitud, la



Dirección de Competencia acordó con fecha 2 de junio de 2014 ampliar a P&G España la exención condicional concedida previamente el 27 de enero de 2014 a A&A y P&G".

SEXTO. Centrado el objeto de debate, corresponde a esta Sala analizar si a la empresa PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A. como sucesora de la empresa ARBORA & AUSONIA; S.L. se le puede considerar responsable de las conductas colusorias llevadas a cabo por la empresa a quien sucede.

No se discute que en el ámbito del derecho administrativo sancionador rige el principio de culpabilidad y el de la responsabilidad personal. Sin embargo, ese principio tiene importantes matices cuando se está ante personas jurídicas por cuanto que es posible que a través de una reestructuración, reorganización o fusión pueda desaparecer la empresa autora de la realización de las conductas infractoras y con ello intentar así eludir la imposición de la sanción cuando sus activos y pasivos se adquieren por otra empresa. De tal manera que para evitar que con esos actos de reestructuración empresarial se produzca una huida de la responsabilidad se admite que pueda excepcionarse el citado principio de responsabilidad personal exigiéndose, en consecuencia, responsabilidad a la empresa sucesora. Ello se justifica porque existe continuidad económica por cuanto que la empresa sucesora adquiere los activos - desarrollo de la actividad económica en la que se ha cometido la infracción-, así como el pasivo en cuyo haber se encuentra el importe de la sanción de multa impuesta. Es decir, se parte de la idea de que existe una unidad económica entre la empresa cedente y la empresa cesionaria que determina una continuidad económica porque (i) existen vínculos estructurales entre ellas, (ii) existe identidad entre los activos transferidos y los activos vinculados a la infracción que permite una continuidad en la toma de decisiones, y (iii) la cesionaria hace suyos los vínculos materiales y personales de la explotación y sigue así con la actividad económica desarrollada por la cedente.

El problema que se plantea, no es si una persona jurídica puede responder de las infracciones de otra, que, si puede, sino en qué casos se permite esta responsabilidad; o, lo que es lo mismo, cuáles son las modulaciones que el principio de personalidad en materia sancionadora sufre en su aplicación a las personas jurídicas.

Se admite, como un supuesto que no plantea dudas, la transmisión de la responsabilidad cuando, como consecuencia de un proceso de transformación o fusión, la persona jurídica que cometió la infracción desaparece y su actividad económica se continúa por la sociedad resultante de ese proceso. En tales casos, la razón de ser es la salvaguarda del interés público tutelado, permitiendo que siempre haya una persona jurídica sobre la que ejercer la potestad sancionadora siempre que quien la haya sucedido, haciendo suyos los medios materiales y personales de la explotación, siga con la actividad económica. Se trata así de evitar la impunidad de las personas jurídicas que, por meros procesos de transformación, inviables en las personas físicas, pudiesen eludir sus responsabilidades administrativas y sancionadoras.

Pues bien, en el caso analizado la CNMC destacamos que, por la trascendencia que luego analizaremos, se apoya en la sucesión empresarial para imputar responsabilidad sancionadora por el mismo periodo tanto a la empresa cedente ARBORA & AUSONIA, S.L. como a la empresa cesionaria PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A. porque entiende que existe continuidad económica por cuanto que ambas empresas forman parte del mismo grupo empresarial. Concretamente, en la parte dispositiva de la resolución sancionadora se considera responsable a:

"2. ARBORA & AUSONIA, S.L.U, por su participación en el cártel desde al menos diciembre de 1996 hasta julio de 2013.

3. PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A., sucesora de ARBORA & AUSONIA, S.L.U, por la participación de ARBORA & AUSONIA, S.L.U en el cártel desde al menos diciembre de 1996 hasta julio de 2013".

No obstante, conviene también recordar que en los casos de reestructuración empresarial debe evitarse una responsabilidad sancionadora objetiva y para ello, para que se pueda excepcionar el principio de responsabilidad personal, deben concurrir ciertas condiciones que se han ido fijando por la jurisprudencia tanto del TJUE como del Tribunal Supremo que ahora referimos para luego analizar si se dan en el presente caso. En definitiva, tanto la jurisprudencia del TJUE como del Tribunal Supremo reconocen la vigencia del principio de personalidad de las sanciones, pero también admiten que la empresa sucesora pueda no responder de las infracciones cometidas por la anterior, valorando las circunstancias concurrentes en cada caso.

Así, en la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2007, c-280-06, se dice:

"40. Por lo que se refiere a la cuestión de determinar en qué circunstancias una entidad que no es la autora de la infracción puede, sin embargo, ser sancionada por ella, procede observar, en primer lugar, que está comprendida dentro de ese supuesto la situación en la que la entidad que ha cometido la infracción ha dejado de existir jurídicamente (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 145) o económicamente. Sobre este último aspecto, procede considerar que existe el riesgo de que una sanción



impuesta a una empresa que continúa existiendo jurídicamente, pero que ya no ejerce actividades económicas, pueda carecer de efecto disuasivo. (...)

42. Por consiguiente, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de marzo de 1984, Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 9, y Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 59).

43. Conforme a esta jurisprudencia, las respectivas formas jurídicas de la entidad que ha cometido la infracción y de su sucesora carecen de pertinencia. La imposición de la sanción por la infracción a esta sucesora no puede, por tanto, excluirse por el mero hecho de que, como ocurre en los procedimientos principales, ésta tenga otra naturaleza jurídica y opere con arreglo a modalidades distintas de las de la entidad a la que ha sucedido. (...)

46. Por lo que se refiere a la cuestión de determinar si un caso como el de los procedimientos principales responde a las circunstancias en las que una entidad económica puede ser sancionada por la infracción cometida por otra entidad, procede señalar, en primer lugar, que el hecho de que la AAMS carezca de personalidad jurídica (véase el apartado 6 de la presente sentencia) no constituye un elemento que permita justificar la imposición a su sucesora de la sanción por la infracción cometida por aquélla. (...)

48. A este respecto, procede recordar que, cuando dos entidades constituyen una misma entidad económica, el hecho de que la entidad que cometió la infracción exista aún no impide, por sí mismo, que la entidad a la que aquélla transfirió sus actividades económicas sea sancionada (véase, en este sentido, la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartados 355 a 358).

49. En particular, imponer de esta forma la sanción es admisible cuando esas entidades han estado bajo el control de la misma persona y, habida cuenta de los estrechos vínculos que las unen desde el punto de vista económico y organizativo han aplicado, esencialmente, las mismas instrucciones comerciales.

50. En los procedimientos principales, ha quedado acreditado que, cuando llevaron a cabo sus comportamientos infractores, tanto la AAMS como el ETI pertenecían a la misma entidad pública, es decir, el Ministerio italiano de Economía y Hacienda.

51. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, cuando participaron en la concertación con respecto al precio de venta de los cigarrillos, la AAMS y el ETI se encontraban bajo la tutela de esta entidad pública. Si así fuera, procedería declarar que el principio de la responsabilidad personal no se opone a que la sanción por la infracción iniciada por el AAMS y continuada por el ETI se imponga globalmente a este último".

Doctrina que también se recoge en la Sentencia del TJUE dictada en fecha 16 de noviembre de 2000, C-279/98, en la que se dice:

"78. En efecto, incumbe, en principio, a la persona física o jurídica que dirigía la empresa afectada en el momento en que se cometió la infracción responder por ella, aun cuando en el momento de adoptarse la Decisión por la que se declara la existencia de la infracción la explotación de la empresa estuviera bajo la responsabilidad de otra persona.

79. En el caso de autos, de la sentencia recurrida resulta que Djupafors y Duffel participaron de manera independiente en la infracción desde mediados de 1986 hasta que fueron adquiridas por la recurrente en marzo de 1989 (véase el apartado 18 de la sentencia recurrida). Además, estas sociedades no fueron pura y simplemente absorbidas por la recurrente, sino que continuaron sus actividades como filiales de esta última. En consecuencia, han de responder ellas mismas de su conducta infractora anterior a su adquisición por la recurrente, sin que ésta pueda ser considerada responsable de dicha conducta.

80. En consecuencia, procede constatar que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al considerar a la recurrente responsable de las infracciones cometidas por Duffel y Djupafors con anterioridad a su adquisición y anular, por esta razón, la sentencia recurrida".

Y el Tribunal Supremo ha señalado que: "Admitida, por tanto, la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito administrativo sancionador, en términos distintos de los que derivan de las exigencias de la culpabilidad penal según el principio de *societas delinquere non potest* nada impide la transmisión de dicha responsabilidad a quienes perciben su patrimonio en proporción al mismo y con independencia de su participación en el ilícito. Y también, como ha señalado esta Sala, es acorde con los principios de derecho punitivo, el que el infractor de una norma no pueda por su sola voluntad eludir que se haga efectiva la responsabilidad, como sucedería, por ejemplo, si las personas jurídicas en el ámbito de ejercicio de sus



facultades pudieran a través de un proceso de fusión, absorción o sustitución o sucesión voluntaria dejar sin efecto unas determinadas sanciones" (STS de 20 de septiembre de 1996 (recurso 3606/1991) en la que se cita la STS 18 de abril de 1993) .

De la anterior jurisprudencia se desprende, por una parte que, que entre personas jurídicas es posible asumir la responsabilidad por infracciones cometidas por una de ellas en los casos de sucesión empresarial; y, por otra parte, que los principios de culpabilidad y de la personalidad de las sanciones sufren en esos casos ciertas modulaciones en comparación con la aplicación de esos mismos principios aplicados a las personas físicas.

Podemos así concluir que, en los casos de reestructuración empresarial no existe una responsabilidad objetiva ni automática, sino que, entre otros requisitos, la sucesora será responsable de las conductas infractoras cometidas por la empresa a quien sucede siempre que la empresa autora de las conductas no exista jurídicamente o económicamente.

SÉPTIMO. Esta Sala reconoce la excepción del principio de responsabilidad de la pena en los casos de personas jurídicas, pero en cuanto que esa asunción de responsabilidad por actos ajenos implica una actuación limitativa de derechos por actos realizados por otros entendemos que, en esos casos, la motivación por parte de la CNMC debe ser más rigurosa sin que podamos entender como motivación suficiente la mera sucesión empresarial.

Y, en este caso, la CNMC se ha limitado a exigir responsabilidad a la entidad PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A. apoyándose exclusivamente en el hecho de que se ha producido una sucesión empresarial, pero no se explica en la resolución sancionadora porque se ha exigido responsabilidad, por el mismo periodo e idénticas conductas, tanto a la mercantil ARBORA & AUSONIA; S.L. como a la mercantil PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A. sin efectuar al respecto ninguna consideración relativa a como esa responsabilidad de la sucesora podía verse matizada por el hecho de que la entidad ARBORA & AUSONIA,S.L., tras la sucesión empresarial, no había desaparecido ni jurídicamente ni económicamente toda vez que continuaba funcionando como empresa y, aunque, es cierto que no se dedicaba desde el 1 de julio de 2013 a la producción y a la comercialización de los AIO seguía, sin embargo, manteniendo una estructura organizativa, empresarial y económica que no era, además, ajena al mercado en el que se habían llevado a cabo las conductas colusorias sancionadas por cuanto que, posteriormente, se dedicó a la actividad de gestión de los derechos de propiedad intelectual de los AIO comercializados por empresas del mismo grupo matriz.

Es decir, la CNMC ha justificado la asunción de la responsabilidad por parte de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA; S.A. basándose en la exclusiva idea de la sucesión universal lo que, a su juicio, implicaba título suficiente para la asunción de responsabilidad por las conductas colusorias llevadas a cabo por ARBORA & AUSONIA; S.L. Y es este planteamiento el que precisamente rechazamos en cuanto que no implica una modulación de los principios de culpabilidad y personalidad de las infracciones y sanciones impuestas a las personas jurídicas, sino su plena exclusión en los casos de sucesión empresarial para lo cual no existe base normativa ni jurisprudencial como antes hemos referido.

En definitiva, a la vista de lo expuesto, procede la íntegra estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto lo que nos lleva a declarar la nulidad de la resolución impugnada en cuanto a la declaración de responsabilidad de la empresa PROCTER & GAMBLE ESPAÑA; S.A.

OCTAVO. Y la estimación del recurso conlleva la consiguiente imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a las demandadas 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

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº **361/2016** interpuesto por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillen, que actúa en nombre y representación de las mercantiles **ARBORA & AUSONIA, S.L. (Unipersonal), PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A. y THE PROCTER & GAMBLE COMPANY**, 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 . Resolución que anulamos exclusivamente en cuanto que ha declarado a la mercantil PROCTER & GAMBLE ESPAÑA; S.A. responsable de la realización de las conductas colusorias llevadas a cabo por ARBORA & AUSONIA S.L.

Se imponen a las demandadas el abono de las costas procesales causadas en este proceso.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ