Roj: **SAN 4359/2022** - **ECLI:ES:AN:2022:4359**

Id Cendoj: **28079230062022100510**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **26/09/2022**
Nº de Recurso: **323/2016**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000323 /2016

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **03631/2016**

Demandante: **DOMTAR LUX HOLDING, SARL, (DOMTAR LUX)**

Procurador: **D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA**

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

Codemandado: **ARBORA & AUSONIA S.L.U.**

Abogado Del Estado

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

S E N T E N C I A Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. 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. 323/16 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de **DOMTAR LUX HOLDING, SARL., (DOMTAR LUX),** 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 S/DC/0504/14, mediante la cual se la declaró responsable solidaria, hasta un importe de 64.967 euros, de la multa de 13.253.247 euros impuesta a LABORATORIOS INDAS, S.A.U., y hasta un importe de 1.665 euros, de la multa de 251.456 euros impuesta a ALGODONES DEL BAGÉS, S.A.U. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, personándose como codemandada la entidad ARBORA & AUSONIA S.L.U., representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que *"... (i) declare no ser ajustada a Derecho la Resolución recurrida en lo que se refiere a DOMTAR LUX HOLDINGS, SÀ. R.L., y en su virtud anule el resuelve segundo, apartado 6, de la parte dispositiva de dicha Resolución, con expresa imposición de costas a la Administración demandada y ordenando a la CNMC la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de dicha sentencia"*.

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

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 28 de febrero de 2018, en que tuvo lugar, prolongándose las sesiones de deliberación a las audiencias de 7 y 21 de marzo de 2018.

CUARTO.- Mediante auto de 20 de abril de 2018 se acordó suspender el señalamiento acordado. Las razones en las que se justificaba la suspensión se recogen en la fundamentación jurídica de dicho auto en los siguientes términos:

"ÚNICO.- Se dirige el recurso con el que se inició este proceso 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 S/DC/0504/14, mediante la cual se declaró a la entidad aquí demandante, DOMTAR LUX HOLDING, S.à r.l. (DOMTAR LUX), responsable solidaria, hasta un importe de 64.967 euros, de la multa de 13.253.247 euros impuesta en la misma resolución a LABORATORIOS INDAS, S.A.U.; y hasta un importe de 1.665 euros de la multa de 251.456 euros impuesta a ALGODONES DEL BAGÉS, S.A.U. En su escrito de demanda solicita, literalmente, se dicte sentencia por la que "... (i) declare no ser ajustada a Derecho la Resolución recurrida en lo que se refiere a DOMTAR LUX HOLDINGS, SÀ. R.L., y en su virtud anule el resuelve segundo, apartado 6, de la parte dispositiva de dicha Resolución, con expresa imposición de costas a la Administración demandada y ordenando a la CNMC la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de dicha sentencia". En cuanto ahora interesa, la resolución recurrida, tras declarar en el apartado primero de su parte dispositiva 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", resuelve en el apartado segundo lo siguiente "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: (...) 6. DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL, responsable solidario en cuanto matriz de LABORATORIOS INDAS, S.A.U así como también, a través ésta, de ALGODONES DEL BAGES, S.A.U, por la participación de LABORATORIOS INDAS, S.A.U y, en última instancia, de ALGODONES DEL BAGES, S.A.U en el cártel durante al menos enero de 2014"; y en el apartado tercero resuelve "Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas: (...) 3. LABORATORIOS INDAS, S.A.U, una multa de 13.253.247 euros. De este importe responderá solidariamente DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL, hasta un importe de 64.967 euros. (...) 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.(...)".

Puesto que, como se refleja en los antecedentes de este auto, LABORATORIOS INDAS y ALGODONES DEL BAGES han interpuesto sendos recursos contencioso administrativos contra la misma resolución, seguidos ante esta Sección bajo los números 333/2016 y 371/2016, respectivamente, ambos aún en trámite; y teniendo en cuenta que, en su escrito de demanda, la representación procesal de la entidad DOMTAR LUX niega, no solo el haber ejercido control sobre las citadas mercantiles o determinado de algún modo su comportamiento en el mercado, sino también que se haya cometido la infracción única y continuada que sanciona la CNMC y que imputa a las citadas entidades de cuya conducta trae causa la responsabilidad solidaria de la aquí actora, resulta evidente la conexión que existe entre este proceso y los seguidos a instancia de LABORATORIOS INDAS y ALGODONES DEL BAGES al punto de no poder dictarse sentencia en el presente en tanto no se hayan tramitado y resuelto los mismos".

QUINTO.- Concluida la tramitación de los recursos 333/2016 y 371/2016, se señaló nuevamente el presente recurso para votación y fallo fijando para ello la audiencia del 22 de junio de 2022, en que tuvo lugar.

SEXTO.- Con fecha 21 de septiembre de 2022 se ha dictado sentencia en procedimiento ordinario núm. 371/2016 mediante la cual se desestima el recurso interpuesto en su día por ALGODONES DEL BAGÉS, S.A.U.; y con fecha 22 de septiembre ha recaído sentencia en el procedimiento ordinario núm. 333/2016, también desestimatoria del recurso.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la parte actora (en adelante, DOMTAR LUX) la resolución dictada con fecha 26 de mayo de 2016 por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0504/14 *AIO,* cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

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

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

(...)

6. DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL, responsable solidario en cuanto matriz de LABORATORIOS INDAS, S.A.U así como también, a través de ésta, de ALGODONES DEL BAGES, S.A.U, por la participación de LABORATORIOS INDAS, S.A.U y, en última instancia, de ALGODONES DEL BAGES, S.A.U en

el cártel durante al menos enero de 2014.

(...)

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

(...)

3. LABORATORIOS INDAS, S.A.U, una multa de 13.253.247 euros. De este importe responderá solidariamente DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL, hasta un importe de 64.967 euros.

(...)

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".

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 (DC) llevó a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles, la Federación Nacional de Asociaciones de Mayoristas Distribuidores de Especialidades Farmacéuticas y Productos Parafarmacéuticos, la Asociación Profesional Nacional de Fabricantes de Apósitos Médico-Sanitarios, la Federación Española de Empresas y Tecnología Sanitaria y en las empresas SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L y LABORATORIOS INDAS, S.A.U. Entre enero y junio siguiente realizó requerimientos de información a distintas empresas, con el resultado que refleja el expediente. Y los días 11 y 14 de junio de 2014 practicó nuevas inspecciones en las sedes del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos y del Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Farmacéuticos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

3) Sobre la base de la información recaba como consecuencia de tales actuaciones, y al considerar la DC que de ella se seguía la existencia de indicios racionales de conducta prohibida por la LDC, acordó el 2 de septiembre de 2014 la incoación del expediente sancionador S/DC/0504/14 AIO por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y en el artículo 1 de la LDC, consistentes en acuerdos de fijación de precios, condiciones comerciales y de dispensación en el mercado de la fabricación, comercialización y distribución de productos absorbentes para la incontinencia grave de orina en adultos.

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

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

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución impugnada, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, refiere que el 2 de enero de 2014 DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL adquirió el 100% de TASK MORAZA, S.L., sociedad titular del 100% de INDAS.

Recuerda la resolución 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. Comoquiera que la norma estatal que habría de regular los márgenes de distribución y dispensación no se ha aprobado, fabricantes, distribuidores y farmacéuticos -dice la resolución recurrida-, deben fijar dichos márgenes en virtud de su autonomía empresarial.

Por lo que se refiere a la delimitación del mercado afectado y, en particular, en relación al mercado de producto, la CNMC lo identifica con el de la comercialización de productos absorbentes para la incontinencia grave de la orina en adultos financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados, cuya distribución y dispensación se realiza a través del canal farmacéutico.

Explica el sistema de determinación del precio de los AIO a través de dicho canal y concluye que a falta de una norma de desarrollo del mandato contenido en la Ley 29/2006 relativo a la fijación por el Gobierno de los márgenes de los productos sanitarios, los márgenes de comercialización de los AIO son libres, es decir cada empresa individualmente y siguiendo su política comercial, fija el margen correspondiente. Pese a ello, advierte que *"... las diferencias de PVP IVA de los AIO pertenecientes a las mismas categorías (anatómico, rectangular, elástico, diario o nocturno) fabricados por los distintos laboratorios e incluidos en el Nomenclátor del SNS son muy reducidas y, en la mayor parte de los casos los laboratorios han fijado el PVP máximo señalado por el MSSI"*.

En la medida en que la resolución alude también, como veremos, a la venta a través del canal institucional y a los recursos entablados por la empresas sancionadas para dificultar la comercialización de los AIO en dicho canal, interesa reflejar, como hace la misma Comisión, que en *el "... canal institucional, los AIO son adquiridos a través de licitaciones públicas, fijándose por la Administración pública convocante los precios máximos en cada licitación pública, de acuerdo con los requisitos técnicos y económicos que hayan sido establecidos. Así pues, el precio final del AIO licitado vendrá determinado por la oferta económica adjudicataria de la licitación, la cual estará a su vez determinada por la calidad del producto, las características del AIO, el volumen de suministro, etc"*.

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

Analiza también la resolución de 26 de mayo de 2016 la estructura del mercado y, en relación a la oferta, señala que los principales comercializadores de AIO financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados son diversos grupos multinacionales como P&G, SCA, HARTMANN y ONTEX, que compiten con el operador líder nacional, INDAS. En cuanto al canal de venta, se distribuyen el 70-80% en el canal farmacéutico y el resto en el institucional, ocupando los dos primeros lugares en el canal farmacia INDAS y A&A (actual P&G ESPAÑA), con una cuota de mercado en valor y en volumen de algo más de un 30% cada una, ocupando el siguiente lugar la entidad ahora recurrente, con algo más del 20%.

Al referirse a la demanda, enfatiza la CNMC el alcance del problema de la incontinencia urinaria que afectaría en nuestro país a 2,5 millones de personas con la consiguiente relevancia económica de los AIO que constituyen *"la mayor partida del consumo total de productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica del SNS destinados a pacientes no hospitalizados, un 60,37% en 2013"*. Y así, en 2013, el valor del mercado de AIO dispensados a través del canal farmacia fue de 264 millones de euros y en el canal institucional de 71,9 millones, lo que sitúa el porcentaje de ventas en la comercialización de AIO en el canal farmacéutico es del 78% y en el canal institucional del 22%.

De los hechos que considera probados, y que hemos de analizar después al dar respuesta a las distintas alegaciones de la parte demandante, deduce la responsabilidad de las entidades incoadas en la conducta e infracción imputada - como dijimos, de los artículos 1 de la LDC 1989 y de la LDC 2007, así como del artículo 101 del TFUE-, que consistiría en la culminación de acuerdos de fijación de precios, así como de las condiciones de distribución y dispensación de AIO financiados por el SNS destinados a pacientes no hospitalizados, en concreto, y de acuerdo con la propuesta de la DC, las entidades y personas físicas sancionadas habrían acordado " *la fijación del PVL de los AIO financiados por el SNS y distribuidos a través del canal farmacia y su mantenimiento hasta enero de 2014 así como la implementación de una estrategia destinada a evitar o al menos retrasar el suministro de AIO a pacientes no hospitalizados a través del canal institucional en sustitución del canal farmacéutico mediante la interposición de recursos administrativos y/o contencioso-administrativos frente a las licitaciones públicas convocadas por las Autoridades Sanitarias para la adquisición y posterior entrega directa de AIO a pacientes no hospitalizados.*". Conducta que se habría prolongado desde diciembre de 1996 hasta enero de 2014.

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 el descrito de asegurar la dispensación y distribución de los AIO destinados a pacientes no hospitalizados a través del canal farmacia en detrimento del canal institucional, manteniendo de este modo el precio de venta de laboratorio de los AIO dispensados a través de dicho canal fijado en 1997 y que habría permanecido prácticamente casi sin variaciones hasta la actualidad.

Entiende acreditado, a la vista de los hechos que declara probados, que las sancionadas conocían y eran conscientes de la ilicitud de las conductas, aludiendo de manera expresa al *"... carácter intencionadamente secreto de los acuerdos para los clientes afectados, la existencia de reuniones, faxes y correos electrónicos y documentos adjuntos con datos estratégicos no compartibles de ordinario entre rivales en el mercado, las referencias al acuerdo existente"*, de lo que deduce una actuación consciente y buscada por las empresas partícipes, cuya ilicitud no podría ser desconocida atendida su experiencia en el mercado y su capacidad de medios personales y económicos.

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

Pone de relieve, precisamente, la activa intervención de FENIN del que dice jugó un papel esencial en el cártel *"... impulsando y realizando el seguimiento de las iniciativas, proyectos y acuerdos previamente adoptados por las empresas partícipes en el GTAIO constituido en su seno, posibilitando el marco funcional en el que se desarrollaba la colusión, facilitándola y promoviéndola"*.

Por último, refleja la resolución los criterios seguidos para la determinación de la sanción.

Parte para ello de una valoración global de la conducta, y toma por base el volumen de negocios de las empresas en el ejercicio inmediatamente anterior -2015- que, tras las consideraciones que expresa sobre diversos extremos -sobreprecios 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.

En el caso de INDAS, sociedad adquirida por DOMTAR el 2 de enero de 2014 y de cuya sanción responde solidariamente la entidad actora, según la resolución recurrida, dicha cuota de participación se concreta en el 36,36%, lo que eleva el tipo sancionador en su caso al 7,10%.

TERCERO.- Expuesto sucintamente el contenido de la resolución, es preciso insistir en que la responsabilidad solidaria atribuida a DOMTAR respecto de las multas impuestas a ALGODONES DEL BAGÉS y a LABORATORIOS INDAS, deriva de que la aquí demandante adquirió esta última que, a su vez, había adquirido ALGODONES DEL BAGÉS.

El período que determina el importe de su responsabilidad solidaria es el transcurrido desde el 2 de enero de 2014, fecha de la adquisición, hasta que se llevaron a cabo las inspecciones simultáneas -28, 29 y 30 de enero de 2014- en las sedes de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE), la Federación Nacional de Asociaciones de Mayoristas Distribuidores de Especialidades Farmacéuticas y Productos Parafarmacéuticos (FEDIFAR), la Asociación Profesional Nacional de Fabricantes de Apósitos Médico-Sanitarios (ANFAMS), la Federación Española de Empresas y Tecnología Sanitaria (FENIN) y en las empresas SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L (SCA) y LABORATORIOS INDAS, S.A.U (INDAS).

El cálculo del alcance de la responsabilidad se limita, por lo tanto, a esos días del mes de enero de 2014.

Por otra parte, la resolución impugnada motiva la exigencia de la responsabilidad solidaria respondiendo a las alegaciones formuladas por DOMTAR LUX. Y así, en el apartado 5.1, hace las consideraciones siguientes:

"Tanto DOMTAR (matriz de INDAS) como ONTEX ES (matriz de ONTEX ID), a las que se imputa responsabilidad solidaria por la conducta anticompetitiva de sus filiales, han alegado que no concurren los presupuestos que permiten imputarles tal responsabilidad, dada la autonomía empresarial de dichas filiales respecto de sus matrices.

Esta Sala de competencia coincide plenamente con la argumentación que sobre esta cuestión la DC aporta en su PR. La imputación realizada a ambas matrices se basa en lo establecido en el artículo 61.2 de la LDC , conforme al cual la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas. Respecto a dicho control, el artículo 7.2 de la LDC indica que éste resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa y, en particular, mediante derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa, o mediante contratos, derechos o cualquier otro medio permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa.

En cuanto al ejercicio de dicho control, como ha señalado el Consejo de la CNC:

"(...) la exigencia de control no implica que el ejercicio del control deba ser llevado a cabo por el sujeto que lo posee, bastará con que exista el control independientemente de que sea ejercitado por éste o por alguna de las entidades pertinentes al grupo".

De hecho, la jurisprudencia comunitaria y también la nacional han señalado que en los casos en los que una matriz participa en el 100% del capital social de su filial, existe una presunción "iuris tantum" de que la matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial, siendo esta presunción un elemento específico de la normativa de competencia, correspondiendo a la matriz desvirtuar dicha presunción aportando pruebas que demuestren que su filial determina de modo autónomo su conducta en el mercado.

Esta presunción iuris tantum no es absoluta, pudiendo las empresas presentar los elementos de prueba que estimen oportunos en contra de la misma. Así se ha señalado también y de forma reiterada por el Consejo de la CNC y la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, indicando que esta presunción es un elemento específico de la normativa de competencia, correspondiendo en su caso a la matriz desvirtuar dicha presunción. A este respecto, de acuerdo con la información aportada por INDAS en contestación al requerimiento de información realizado, se ha constatado que el 2 de enero de 2014 DOMTAR LUX HOLDINGS, SARL adquirió el 100% de TASK MORAZA, S.L., sociedad titular del 100% de INDAS. (...)

La responsabilidad solidaria de la matriz no viene determinada por su participación directa o indirecta en la infracción, ni siquiera por haber incitado a su filial a cometerla, sino que deriva que ambas sociedades forman una misma unidad económica a efectos de las normas de competencia. Si de la instrucción se derivara la acreditación de la participación de la matriz o de su conocimiento en relación con los hechos investigados, su responsabilidad sería directa, no solidaria, y en ningún caso se ha realizado dicha imputación directa a las matrices incoadas en este expediente sancionador.

Así el hecho de que DOMTAR no relevara a los directivos del Consejo de Administración de INDAS, no viene sino a determinar que la matriz confirmó dicho Consejo de Administración.

También comparte esta Sala de competencia la consideración del órgano instructor de que el hecho de que INDAS siga actuando en el mercado español con su denominación social y sus marcas comerciales, especialmente las de los AIO, no constituye un elemento concluyente respecto a que el comportamiento económico de INDAS no viene determinado por DOMTAR tras su adquisición por dicha empresa, pues teniendo en cuenta que INDAS es el primer fabricante de AIO en España, con una cuota de mercado del 40%, resulta fácilmente explicable esa decisión de mantenimiento de denominación social y marcas comerciales, por ser INDAS la empresa líder en el mercado español de los AIO. Por ello, esta Sala considera correcto determinar la responsabilidad solidaria de DOMTAR por la actuación de INDAS una vez adquirida dicha empresa y de ahí que el período de imputación de dicha responsabilidad solidaria se haya limitado por el órgano de instrucción a enero de 2014, es decir, desde la adquisición societaria el 2 de enero de 2014 hasta el momento en que se considera que INDAS puso fin a su participación en este cártel, coincidiendo con las inspecciones realizadas a finales de dicho mes en algunas de las entidades incoadas, entre ellas, la sede de INDAS".

CUARTO.- Pa rtiendo de todo ello, el primero de los motivos que hace valer DOMTAR su demanda se refiere precisamente a que no ejerció ningún tipo de control sobre INDAS, ni determinó de ningún modo su comportamiento en el mercado.

Entiende que la presunción establecida en el artículo 61.2 de la LDC, según el cual " *a los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas*" habría quedado desvirtuada con la prueba aportada y mediante la cual habría acreditado que *"... el proceso de integración de dos compañías no se produce inmediatamente después de la firma del contrato de compraventa, sino transcurrido un tiempo, cuando el comprador (Domtar Lux) ha podido razonablemente tener conocimiento de las particularidades de la compañía que adquiere (Indas), así como del mercado en el que ésta opera y, por tanto, ha podido adoptar decisiones estratégicas y comerciales en ejercicio de su control".*

Básicamente la prueba gravitaría sobre el hecho de que la entrada de DOMTAR LUX en INDAS no conllevó el relevo de ninguno de los directivos de la compañía: ni el Director General (quien, dice, era además accionista minoritario antes de la entrada de DOMTAR LUX), ni el Director Comercial, ni el Director Financiero fueron cesados de sus cargos por DOMTAR LUX; que ninguna de las personas que ocupaban un cargo en el Consejo de Administración de Indas entre el 2 y el 28 de enero de 2014 era empleado de DOMTAR LUX o formaba parte de su consejo de administración, afirmando que en ese mismo período, ni el consejo de administración, ni ningún órgano de gobierno de DOMTAR LUX dio instrucción alguna, comercial o de cualquier otra naturaleza, a Indas para influir en su comportamiento económico; y que se mantuvieron intactas la denominación social de INDAS, así como las marcas comerciales y los logos con los que se comercializaban los productos de INDAS en el mercado español y, más en particular, los AIO fabricados por INDAS, distintos de los que utiliza el grupo DOMTAR en el resto de países en los que opera.

Estos extremos aparecerían acreditados mediante certificado firmado por el Administrador de DOMTAR LUX, y reforzados con los argumentos que refleja también la recurrente en su demanda, relacionados con esas mismas cuestiones: el no haber relevado a ninguno de los miembros del Consejo de Administración ni cesado a ninguno de los directivos, o el seguir operando bajos las marcas de INDAS y no las propias del grupo DOMTAR.

Pues bien, partiendo de la eficacia de la presunción contenida en el artículo 61.2 de la LDC que reconoce la misma demandante, la Sala entiende que la exigencia de responsabilidad solidaria a DOMTAR tiene un claro anclaje en dicha presunción y una motivación suficiente en la resolución recurrida.

En efecto, es necesario tener en cuenta que lo que declara la CNMC es precisamente la solidaridad en el pago de la multa, sin que en modo alguno se atribuya a la recurrente una participación o conocimiento de la actividad anticompetitiva llevada a cabo por la empresa adquirida, pues en ese caso su responsabilidad no sería solidaria, sino directa.

A partir de ello, no es admisible suponer que, una vez verificada la adquisición, la empresa compradora no lleve a cabo un control económico de la actividad de la adquirida, salvo una prueba contundente en contrario que aquí no existe. Y que ese control existiera ya a la fecha de efectos de la adquisición, fecha que ha de entenderse no se improvisó, sino que obedecería, precisamente, a la virtualidad y eficacia de los mecanismos de relevo.

Así, el hecho de que no se sustituyera a los directivos de INDAS, ni se alterase la composición de su Consejo de Administración, es insuficiente a estos efectos pues solo implica que DOMTAR confirmaba su gestión. En modo alguno su plena autonomía y ausencia de control económico por parte de DOMTAR.

Por otro lado, el mantenimiento de las marcas comerciales y de la denominación INDAS en el mercado español tampoco resulta significativo a los efectos de acreditar la ausencia de control económico. Compartimos en esto el criterio reflejado en la resolución, que parte de la amplia difusión de INDAS en el mercado de los AIO,

con una cuota del 40% que le atribuía una posición de liderazgo. El que continuase operando bajo esa marca tiene, por tanto, una clara explicación comercial que no presupone de ninguna manera la pretendida ausencia de control económico por parte de DOMTAR, o la plena autonomía de INDAS tras su adquisición por esta.

En definitiva, no hay una justificación suficiente que permita desvirtuar la presunción del artículo 61.2, por lo que el motivo debe ser rechazado.

QUINTO.- Lo s siguientes motivos de la demanda cuestionan la legalidad de la resolución en cuanto no se acredita la existencia de una infracción única y continuada, ni la comisión de una vulneración de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, incidiendo en la virtualidad que, en este caso, tiene el principio de confianza legitima.

Considera además la recurrente que habría prescrito la infracción, y que se ha infringido su derecho a la defensa al habérsele denegado de manera injustificada pruebas que resultaban relevantes para su ejercicio.

Pues bien, estas alegaciones han sido abordadas, por plantearse en los mismos términos, en la sentencia recaída en el recurso núm. 333/2016, interpuesto precisamente por LBORATORIOS INDAS contra la misma resolución, sentencia que da respuesta a todas a ellas.

Hemos dicho en la referida sentencia lo siguiente:

"CUARTO.- En relación con el primero de los motivos, se trata de una cuestión ya resuelta en sentencia de 6 de abril de 2018 -recurso núm. 363/16 -, hoy firme, en la cual nos hemos pronunciado en los siguientes términos sobre análogas cuestiones a las que plantea la recurrente en este punto, y respecto de la misma resolución ahora recurrida.

En el caso entonces analizado, la parte demandante negaba que se hubiera cometido la infracción imputada, 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 rechazaba que su conducta pudiera 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 según ella 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 concluía 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.

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, se niega por la recurrente 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.

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, que encabeza su razonamiento aduciendo lo siguiente: "La Resolución insiste - de forma errónea - que los Convenios, al formar parte de un supuesto cártel, constituyen una infracción del Derecho de la Competencia por su objeto. Ya se ha acreditado en el apartado 2.1 anterior que no es posible concluir que las prácticas investigadas por la CNMC formen parte de un cártel. Todas y cada una de las pruebas a las que hemos hecho referencia demuestran que no se cumple ni uno sólo de los requisitos que se precisan para afirmar la existencia de un cártel. Descartada, la existencia de un cártel, la

jurisprudencia nacional81 y comunitaria en la materia, establece que, para poder calificar una infracción como infracción por objeto, es necesario tener en cuenta (i) la naturaleza del acuerdo; (ii) sus objetivos; y (iii) el contexto jurídico y legal en el que se inserta".

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 (RCL 2009, 2300), apartado 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia..." (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 (EDJ 2009/91757) 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. (EDL 1978/3879) Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65 , Rec. pp. 337 y ss., 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 (EDL 1978/3879), 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 , Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, 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 demandante 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, constituyó 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 de los integrantes de FENIN dirigida a mantener una postura común y consensuada, ejemplo 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% ó 42,5% del PVP como margen para el canal farmacéutico.

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

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. Ángel Daniel , 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".

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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", recabado 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, (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; y que determinan que no pueda acogerse tampoco la supuesta prescripción de la infracción que invoca INDAS con cita del artículo 68.3 de la LDC y sustento en que las supuestas prácticas anticompetitivas habrían concluido en junio de 2010 lo que, como decimos, no puede admitirse.

QUINTO.- Por otra parte, y en cuanto a la inexistencia de la infracción única y continuada que denuncia también INDAS, con objeto de determinar si su conducta se ajusta o no al concepto de dicha infracción es necesario partir de la jurisprudencia europea sobre la cuestión recogida, entre otras, 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, EU:C:2012:778 , 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, EU:C:2012:778 , 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, EU:C:2012:778 , 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, EU:C:2012:778 , apartado 44)".

En el caso de autos, la conducta de INDAS 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 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, 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.

SEXTO.- Afirma también la recurrente que se ha vulnerado su derecho de defensa al no estar suficientemente acreditada la comisión de la infracción que se sanciona y resultar insuficientes los indicios en los que se basa.

No podemos desde luego, compartir esta conclusión a la vista de los distintos documentos que, incorporados al expediente administrativo, configuran la prueba que sirvió a la CNMC para declarar la responsabilidad de LABORATORIOS INDAS.

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), a la que nos hemos referido antes, y del que SCA Hygiene Products, S.L. era miembro desde 1996, inicialmente con la denominación SCA Mölnlycke, S.A.; Federación también sancionada en el mismo procedimiento y dentro la cual está encuadrado el Grupo de Trabajo de Absorbentes de Incontinencia de Orina (GTAIO) creado en 1994 y del que formaba parte SCA, al menos, desde junio de 1997, 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".

A acreditar 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 Comisión, 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 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 Conciertos 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 a que aludíamos antes, 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. actutal 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, como supone SCA con alusión a la jurisprudencia europea que hemos mencionado, 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.

En este punto, conviene hacer algunas consideraciones sobre el alcance de las declaraciones del clemente y su eficacia probatoria, partiendo para ello de la jurisprudencia europea de la que es claro exponente la sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2011, asunto T- 208/06 , que, en sus apartados 52 a 56, sistematiza la doctrina aplicable a esta cuestión en los siguientes términos: "1º. En lo que atañe a las alegaciones de las demandantes sobre el valor de las declaraciones realizadas en el marco de las solicitudes presentadas al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, cabe recordar que, a tenor de reiterada jurisprudencia, ninguna disposición, ni ningún principio general del Derecho de la Unión Europea, prohíbe a la Comisión invocar contra una empresa declaraciones de otras empresas inculpadas (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión , citada en el apartado 41 supra, apartado 512). Por ello, las declaraciones efectuadas en el marco de la Comunicación sobre la cooperación no pueden considerarse carentes de valor probatorio por este único motivo (sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartados 57 y 58). 2º. Una cierta desconfianza con respecto a las declaraciones voluntarias de los principales participantes en un cártel ilícito es comprensible, ya que dichos participantes podrían minimizar la importancia de su contribución a la infracción y maximizar la de otros. No obstante, dada la lógica inherente al procedimiento previsto por la Comunicación sobre la cooperación, el hecho de solicitar el beneficio de su aplicación para obtener una reducción del importe de la multa, no crea necesariamente un incentivo para presentar elementos de prueba deformados respecto a los demás participantes en el cártel investigado. En efecto, toda tentativa de inducir a error a la Comisión podría poner en tela de juicio la sinceridad y la plenitud de la cooperación de la empresa y, por tanto, poner en peligro la posibilidad de que éste se beneficie completamente de la Comunicación sobre la cooperación (sentencias del Tribunal de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04 , Rec. p. II-4441, apartado 70, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartado 58). 3. En particular, debe considerarse que el hecho de que una persona confiese que ha cometido una infracción y reconozca así la existencia de hechos que rebasan lo que podía deducirse directamente de dichos documentos, implica a priori, si no concurren circunstancias especiales que indiquen lo contrario, que tal persona ha resuelto decir la verdad. De este modo, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartados 211 y 212; de 26 de abril de 2007, Bolloré y otros/Comisión, T-109/02 , T-118/02 , T-122/02 , T-125/02 , T-126/02 , T-128/02 , T-129/02 , T-132/02 y T- 136/02 , Rec. p. II-947, apartado 166, y Lafarge/Comisión , citada en el apartado 43 supra, apartado 59). 4. Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que no cabe considerar que la declaración de una empresa inculpada por haber participado en una práctica colusoria, cuya exactitud es cuestionada por varias empresas inculpadas, constituye una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas, si no es respaldada por otros elementos probatorios (sentencias del Tribunal JFE

Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartado 219; de 25 de octubre de 2005, Groupe Danone/Comisión , T-38/02 , Rec. p. II-4407, apartado 285, y Lafarge/Comisión , citada en el apartado 43 supra, apartado 293). 5. Para examinar el valor probatorio de las declaraciones de las empresas que han presentado una solicitud al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, el Tribunal tiene en cuenta, en particular, la importancia de los indicios concordantes que apoyan la pertinencia de dichas declaraciones (véanse, en este sentido, las sentencias JFE Engineering y otros/Comisión , citada en el apartado 44 supra, apartado 220, y Peróxidos Orgánicos/Comisión , citada en el apartado 53 supra, apartado 70) y la falta de indicios de que éstas tendieron a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de las otras empresas (véase, en este sentido, la sentencia Lafarge/Comisión , citada en el apartado 43 supra, apartados 62 y 295".

La sentencia T-109/02 de Tribunal de 1ª Instancia de las Comunidades Europeas, de 26 de Abril de 2007 , manifiesta en el mismo sentido lo siguiente: "166 Es cierto que estas declaraciones de Mougeot son posteriores a los hechos y fueron realizadas para acogerse a la Comunicación sobre la cooperación, pero no por ello pueden considerarse carentes de valor probatorio. En efecto, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables (sentencia JFE Engineering/Comisión, citada en el apartado 155 supra, apartado 211)"; si bien añade que "167 No obstante, según la jurisprudencia de Tribunal de Primera Instancia, la declaración de una empresa acusada de haber participado en una práctica colusoria cuya exactitud niegan varias de las demás empresas acusadas no puede considerarse una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas si no está respaldada por otras pruebas (sentencia JFE Engineering/Comisión, citada en el apartado 155 supra, apartado 219; véase también, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, Enso- Gutzeit/Comisión, T-337/94 , Rec. p. II-1571, apartado 91)".

La credibilidad que cabe atribuir a la declaración de clemencia en cuanto supone confesar la comisión de una infracción, dar lugar al inicio de un procedimiento sancionador y proporcionar elementos de juicio inculpatorios relevantes, y la que puede atribuirse a quien declara ya en el curso de dicho procedimiento y tiene, presumiblemente, un interés en exculparse y eludir la eventual sanción, es muy superior en el primer caso, por razones tan evidentes que no hace falta insistir más en ellas.

Por tanto, no apreciamos que las contradicciones denunciadas impliquen en modo alguno una lesión del derecho a la presunción de inocencia de un tercero, INDAS en este caso, siempre que la prueba inculpatoria acopiada frente a esta entidad resulte suficiente para deducir su responsabilidad en la comisión de los hechos sancionados.

SÉPTIMO.- A juicio de la demandante, se han vulnerado además los principios de confianza legítima y tipicidad, por no haber tenido en cuenta la intervención de la Administración.

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 Conciertos y Convenios no sólo surgió, sino que también se mantuvo a lo largo de todo el período de la infracción considerado por la CNMC, gracias a la iniciativa de la Administración, tanto central como autonómica, a lo que se uniría la "existencia de un marco normativo confuso".

Hemos de rechazar también este argumento pues, como vimos, los acuerdos de fijación del PVL de los AIO financiados por el Servicios Nacional de Salud se excluyeron en todo caso del conocimiento de las Administraciones Públicas.

Ya nos hemos referido al mantenimiento, respecto de la Administración, de la confidencialidad de los acuerdos de reparto de márgenes entre fabricantes, distribuidores y farmacéuticos, y a lo dicho sobre el particular nos remitimos, insistiendo en el claro ejemplo que de ello suponen el documento de 18 de diciembre de 1996, redactado tras la reunión de representantes de los fabricantes (FENIN y ANFAMS), distribuidores (FEDIFAR) y farmacéuticos (CGCOF y FEFE), del que constan dos versiones, una para entregar a la Administración, y otra en la que se refleja la indicación "documento interno", y que difiere de la anterior en que incluye un compromiso para el reparto de márgenes; o el acuerdo secreto entre fabricantes, distribuidores y farmacéuticos paralelo al Acuerdo Marco suscrito con el INSALUD el 13 de mayo de 1997, en el establecían, sin la presencia de la Administración, los márgenes a percibir por cada uno de ellos para asumir conjuntamente el descuento del 11% sobre el PVP al INSALUD.

Esta intención consciente de ocultar a la Administración los acuerdos caracterizadores del cártel y que constituían el verdadero motivo de su mantenimiento evidencia la concurrencia del elemento subjetivo de la culpabilidad que discute la recurrente; y resulta del todo incompatible con el invocado principio de confianza

legítima cuando es indiscutible la voluntad conjunta de hurtar, precisamente a la Administración, en cuya actuación se supone que confiaban, el conocimiento de los acuerdos adoptados y que suponían un importante incremento del precio que, a la postre, había de sufragar la Administración misma.

OCTAVO.- Sostiene la entidad recurrente que no cabe atribuir efecto alguno a la interposición de recursos a efectos de exigir responsabilidad, pues de otro modo se vulneran tanto el principio de tipicidad como el derecho a la defensa.

Como hemos dicho en la referida sentencia de 6 de abril de 2018, recurso núm. 363/2016 , y frente a la afirmación de que el ejercicio de acciones judiciales por parte de FENIN no puede ser constitutivo de infracción del artículo 1 de la LDC o del artículo 101 del TFUE , y la conclusión contraria a la que habría llegado la CNMC infringe los principios de legalidad y tipicidad, que no es cierto que la resolución recurrida califique el ejercicio de aquellas acciones como constitutiva de infracción alguna.

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 10397a 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.

DÉCIMO.- Afirma asimismo INDAS que se ha vulnerado su derecho a la defensa por no haberle dado la posibilidad de acceder a determinada prueba de cargo.

Se refiere en concreto a la documentación aportada por dos distribuidores, Farmanova y COFARES.

Ha de decirse, no obstante, que el rechazo de la Comisión a las pruebas propuestas aparece motivada en la resolución misma, en cuyo apartado 5.4 de los fundamentos de derecho se manifiesta al respecto lo siguiente:

"A la vista de la instrucción realizada por la DC y de la documentación acreditativa de las conductas que se imputan, esta Sala entiende que todos los elementos fácticos en los que se fundamenta la declaración de infracción están disponibles en el presente expediente y las pruebas adicionales solicitadas no superan el juicio de pertinencia necesario conforme al artículo 24.2 de la CE (SSTC 192/87 , 212/90 y 297/1993), en la medida en que carecen, por sí solas, de suficiente capacidad para desvirtuar el análisis de la conducta imputada a las mercantiles incoadas o para aportar valor añadido en términos de defensa de las incoadas. Esta Sala considera que ni las documentales incorporadas al expediente ni las pruebas propuestas en las alegaciones a la PR resultan decisivas en términos de defensa. En este sentido, la declaración de ciertos responsables de alguna de las mercantiles incoadas no aporta valor añadido a los argumentos ya expuestos en sus alegaciones, y se revela inhábil para desvirtuar los hechos acreditados por el órgano instructor y la calificación que de los mismos formula esta Sala de Competencia. Asimismo, las alegaciones relativas a la vulneración del principio de confianza legítima o los aspectos relativos a la responsabilidad matriz-filial han sido plenamente rebatidas, sin que las pruebas propuestas en sentido contrario (así, testificales de responsables de Administraciones públicas sanitarias, como solicita ONTEX) tengan virtualidad para modificar la valoración de la Sala al respecto".

Esta justificación no puede desconectarse de la contundencia de las pruebas inculpatorias a la que nos referíamos en el fundamento anterior y dota de virtualidad suficiente al argumento empleado por la CNMC.

En cualquier caso, INDAS no aporta dato alguno acerca de la relevancia que la documentación a la que afirma no se le dio acceso pudiera tener a los fines de su defensa.

Tampoco en este proceso ha propuesta prueba alguna -de hecho, ni siquiera solicitó el recibimiento del pleito a prueba- relacionada con esta cuestión.

Y es que, como hemos señalado en nuestra sentencia de 31 de octubre de 2013, dictada por esta Sección en procedimiento de protección de derechos fundamentales 1/2013 , y recordando la doctrina resumida en la de 16 de enero de 2008 , "Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han señalado que para que tal denegación alcance la dimensión que la parte recurrente sostiene ha tenido, su indefensión , y con ella la declaración de nulidad del acto administrativo impugnado por violación de su derecho fundamental de defensa, debe traducirse en un impedimento o limitación improcedente del derecho de alegar en el procedimiento administrativo sancionador los propios derechos o intereses, de oponerse y replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio indispensable del derecho de contradicción o de acreditar en el proceso hechos relevantes para su resolución o sentido de la decisión (STC 51/1985 , STS 29-VI-1999). Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente o lo que es lo mismo que "sea decisiva en términos de defensa " (STC 1/1996 , 219/I.998, 101/I.999). El Alto Tribunal ha señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo. La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (SSTC 149/1987 y 131/1995 y, de otra, " quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia " (SSTC 116/1983 , 147/1987 , 50/1988), ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (SSTC 30/1986 , 1/1996 , 170/1998 y otras)".

Diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo avalan esta interpretación.

La sentencia de 30 de junio de 2011 razona que "No se produce indefensión de relevancia constitucional cuando se inadmite la prueba en aplicación estricta de una norma legal ni cuando las irregularidades que se hayan podido producir en la inadmisión de alguna prueba no ha llegado a causar un efectivo y real menoscabo del derecho a la defensa (en este sentido, TC0 212/1990, 149/1987; TS 20-5-97). Por ello, quien ante un rechazo de la prueba propuesta alegue la vulneración de los Const. art. 24 debe argumentar de modo convincente que la resolución podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado dicha aprueba (TC 116/1983 , 147/1987 , 50/1988 y 357/1993). Hay que considerar conforme a Derecho que no se practique prueba en el procedimiento si los hechos se encuentran debidamente acreditados (TS 8-10-99). En este sentido, se considera innecesaria y prescindible la prueba propuesta cuando el conjunto de pruebas acumuladas por la Administración durante la instrucción del expediente hace posible afirmar que la resolución se ha dictado en virtud de pruebas

concluyentes, sin que nada permita pensar que las pruebas omitidas pudieran haber conducido a un resultado diferente (TS 9-10-96)".

Y en la de 30 septiembre 2013 declara que "Reiterada jurisprudencia ha declarado que la omisión de garantías en el expediente administrativo únicamente puede tener efecto invalidante cuanto haya producido indefensión. Para determinar si concurre esta circunstancia es adecuado examinar las posibilidades de subsanar la falta de que ha dispuesto el recurrente tanto en vía administrativa como jurisdiccional".

Argumento este último que resulta plenamente aplicable a la denegación de prueba que denuncia DOMTAR relacionada con la aplicación al caso del principio de confianza legítima, teniendo en cuenta además lo razonado al respecto de la inaplicación de dicho principio en la sentencia que hemos transcrito.

SEXTO.- Pr ocede, en atención a todo lo expuesto, la íntegra desestimación del recurso y la consiguiente imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte actora d e 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 interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de **DOMTAR LUX HOLDING, SARL, (DOMTAR LUX),** 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 S/DC/0504/14, mediante la cual se la declaró responsable solidaria, hasta un importe de 64.967 euros, de la multa de 13.253.247 euros impuesta a LABORATORIOS INDAS, S.A.U., y hasta un importe de 1.665 euros, de la multa de 251.456 euros impuesta a ALGODONES DEL BAGÉS, S.A, al resultar dicha resolución ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de cos tas 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ