



Roj: **SAN 4436/2022 - ECLI:ES:AN:2022:4436**

Id Cendoj: **28079230062022100538**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/09/2022**

Nº de Recurso: **390/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000390 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04502/2016

Demandante: ONTEX PENINSULAR, S.A.U. ; ONTEX ID, S.A.U. y ONTEX ES HOLDCO, S.A.

Procurador: D^a RAQUEL GARCIA OLMEDO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: ARBORA Y AUSONIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA N^o :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintinueve de septiembre de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 390/16 promovido por la procuradora D^a Raquel García Olmedo en nombre y representación de **ONTEX PENINSULAR, S.A.U. ; ONTEX ID, S.A.U. y ONTEX ES HOLDCO, S.A.**, contra la Resolución de 26 de mayo de 2016 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia ("CNMC"), dictada en el expediente S/DC/0504/I4 AIO, por la que se declara acreditada una infracción del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE") y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") y se impone a las una sanción de 5.148.430 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

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

" (i) Declare la no conformidad a Derecho de la Resolución de 26 de mayo de 2016 de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, dictada en el expediente DC/0504/14, AIO impugnada, y la anule en su integridad;

(ii) Subsidiariamente, respecto de lo pretendido en el número (i) anterior, declare la no conformidad a Derecho de la citada Resolución, anule la sanción impuesta a mis representadas en el Dispositivo Tercero de la misma y declare que no corresponde imponer sanción alguna a mis representadas.

(iii) Subsidiariamente, respecto de lo pretendido en los números (i) y (ii) anteriores, declare la no conformidad a Derecho de la citada Resolución, anule la sanción impuesta a mis representadas en el Dispositivo Tercero de la misma y reduzca sustancialmente la misma (u ordene a la CNMC que la reduzca), de conformidad con las consideraciones realizadas en el Fundamento de Derecho Noveno de la presente demanda.

(iv) En todo caso, declare el derecho de mi representada a la devolución del total importe de los gastos incurridos por mis representadas para ejecutar la Resolución impugnada, incluyendo los costes del aval bancario constituido como condición para suspender el pago de la sanción, de conformidad con el Auto de 19 de mayo de 2017 más los intereses legales devengados desde que se produjo tal constitución y hasta que se dicte Sentencia en el procedimiento; y condene a la Administración demandada al abono de los indicados importe e intereses.

(v) En todo caso, condene a la Administración demandada a publicar a su costa el fallo de la Sentencia estimatoria que se dicte, en el plazo de dos meses desde que la misma sea dictada.

(vi) Condene en costas a la Administración demandada. "

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 22 de junio del año en curso, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. D^a M^a Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso impugna la parte actora (en adelante, SCA) 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:

(...)

11. ONTEX PENINSULAR SAU Y ONTEX ID SAU, por su participación en el cártel desde abril de 2004 hasta enero de 2014.

12. ONTEX ES HOLDCO, SA, responsable solidario en cuanto matriz de ONTEX PENINSULAR SAU Y ONTEX ID SAU, por la participación de éstas en el cártel desde abril de 2004 hasta enero de 2014.

(...)

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

(...)

6. ONTEX PENINSULAR SAU Y ONTEX ID SAU una multa de 5.148.430 euros. De este importe responde solidariamente ONTEX ES HOLDCO, SA.

(...)



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

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

1) El 26 de junio de 2013 las entidades ARBORA & AUSONIA, S.L.U y THE PROCTER & GAMBLE COMPANY presentaron ante la entonces Comisión Nacional de la Competencia una solicitud de exención del pago de la multa a los efectos del artículo 65 de la Ley de Defensa de la Competencia o, en su caso, subsidiariamente, de reducción de su importe a los efectos del artículo 66 de la misma Ley, que pudiera imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consistente en acuerdos para la fijación de precios, condiciones comerciales y de dispensación en el mercado español de la fabricación, distribución y dispensación de productos absorbentes para la incontinencia grave de la orina en adultos (AIO); solicitud que fue completada en fechas posteriores con nuevos documentos y que determinó que, con fecha 27 de enero de 2014, la Dirección de Competencia concediera la exención condicional a A&A y a su matriz P&G en los términos del citado artículo 65.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia .

2) Durante los días 28, 29 y 30 de enero de 2014 la Dirección de Competencia (DC) llevó a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles, la Federación Nacional de Asociaciones de Mayoristas Distribuidores de Especialidades Farmacéuticas y Productos Parafarmacéuticos, la Asociación Profesional Nacional de Fabricantes de Apósitos Médico-Sanitarios, la Federación Española de Empresas y Tecnología Sanitaria y en las empresas SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L y LABORATORIOS INDAS, S.A.U. Entre enero y junio siguiente realizó requerimientos de información a distintas empresas, con el resultado que refleja el expediente. Y los días 11 y 14 de junio de 2014 practicó nuevas inspecciones en las sedes del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos y del Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Farmacéuticos.

3) Sobre la base de la información recaba como consecuencia de tales actuaciones, y al considerar la DC que de ella se seguía la existencia de indicios racionales de conducta prohibida por la LDC, acordó el 2 de septiembre de 2014 la incoación del expediente sancionador 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 TFUE4, y el 7 de octubre de 2015 por dirigirse también contra las personas físicas que relacionaba, el 22 de enero de 2016 la Dirección de Competencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, elevó al Consejo de la CNMC su informe y la propuesta de resolución, remitiendo asimismo el expediente para su resolución.

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

SEGUNDO. - En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución impugnada, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a las recurrentes en los siguientes términos:

"12. ONTEX PENINSULAR, S.A.U.

Desde su constitución en 1989 hasta enero de 2011, ONTEX ha desarrollado la actividad de fabricación y comercialización de productos higiénico-sanitarios. A partir de dicha fecha, ONTEX circunscribe su actividad a la fabricación de productos, pasando la distribución de los mismos a ser realizada por otra empresa perteneciente al Grupo Ontex, ONTEX ID SAU. El Grupo Ontex es una empresa multinacional de origen belga que cuenta en España con una planta de producción y una oficina de ventas ubicadas en C/Fresno s/n, Valverde del Majano, E-40140, Segovia. En 2013 ONTEX alcanzó los 82 millones de euros de facturación.

ONTEX se incorporó a FENIN en 1999 y es miembro del GTAIO desde entonces.

13. ONTEX ID, S.A.U.

Desde enero de 2011 ONTEX ID, S.A.U., anteriormente denominada ID MÉDICA ESPAÑA, asume dentro del Grupo Ontex la distribución de los productos higiénico-sanitarios que, hasta ese momento, habían sido comercializados por ONTEX. En 2013 ONTEX ID facturó 116 millones de euros.

A partir de noviembre de 2012, el representante del grupo ONTEX en el GTAIO es un directivo de ONTEX ID.

14. ONTEX ES HOLDCO, S.A.

ONTEX ES HOLDCO, S.A. es propietaria del 100% de ONTEX y de ONTEX ID, formando todas ellas parte del Grupo Ontex, empresa multinacional cuya sede central se encuentra en Bélgica".

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 con el 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 MSSSI".

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 con 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, período coincide con aquel por el cual extiende su imputación a la aquí recurrente, SCA.

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*" .

Y, en cuanto ahora interesa, se refiere también a la responsabilidad de las sociedades matrices que no vendría determinada por su participación directa o indirecta en la infracción, y ni siquiera por haber incitado a su filial a cometerla, sino que deriva de que matriz y filial forman una misma unidad económica a efectos de las normas de competencia y que, por lo que se refiere a las aquí recurrentes, tanto ONTEX ID como ONTEX ES HOLDCO SA. Reconocen que los miembros de sus Consejos de Administración son los mismos, estando también presentes en el Consejo de Administración de ONTEX ID, lo que vendría a confirmar esta vinculación personal que la matriz ejerce un comportamiento decisivo en el comportamiento de sus filiales.

El hecho de que de ONTEXES HOLDCO, S.A. sea propietaria del 100% de ONTEX y de ONTEX ID, cumple manifestar que se trata de una participación financiera y que la jurisprudencia comunitaria reiteradamente ha señalado que " *que incluso si la matriz es un holding financiero, ésta puede ejercer una influencia decisiva sobre sus filiales*"

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

Parte para ello de una valoración global de la conducta, y toma por base el volumen de negocios de las empresas en el ejercicio inmediatamente anterior -2015- que, tras las consideraciones que expresa sobre diversos extremos -sobrepuestos muy elevados, estrategia dirigida a forzar la dispensación al margen del canal institucional,...- le llevan a concretar un tipo sancionador global del 5,3%, que ajusta después al alza en atención a la cuota de participación de cada entidad en la facturación global en el mercado afectado.



En el caso de las recurrentes, dicha cuota de participación se concreta en el 24,37%, lo que eleva el tipo sancionador al 4,03%.

TERCERO .- Expuesto sucintamente el contenido de la resolución, la parte demandante aduce, con carácter previo, en su demanda que Ontex ID es la única de las tres recurrentes que comercializaba AIO en el mercado en el momento de producirse los hechos que refiere la Resolución impugnada y, por ende, la única que directamente pudo participar - *quod non* - en la infracción que ésta sanciona y que la resolución impugnada se equivoca al imputar responsabilidad directa a Ontex Peninsular, que es una empresa estrictamente manufacturera que, como tal, no comercializa productos a terceros ajenos al grupo al que pertenece y que no estaba presente en el mercado en el que acaecieron los hechos sancionados.

Refiere que el canal institucional, de reconocida competencia, es el que alberga la principal actividad comercial de Ontex ID, que apostó desde el principio por orientar sus ventas hacia el canal institucional. Así las cosas, precisa que los concursos públicos constituyen el principal canal de distribución de AIO para Ontex ID, que, durante el periodo cubierto por la Resolución impugnada, y desde 2009, Ontex ID habría concurrido a más del 90% de las licitaciones respecto de las que cuenta con registro interno, como se corrobora en el informe pericial que aporta. Añade que, en total coherencia con esa estrategia, se esforzó por promover concursos públicos para la entrega a domicilio de AIO como alternativa al canal farmacia y que los esfuerzos desarrollados por Ontex ID para implementar su iniciativa de entrega domiciliaria constituyen por sí mismos la mejor prueba de la completa ajenidad de aquélla en relación con las conductas sancionadas por la Resolución impugnada. Así las cosas afirma que su participación en un cártel que pretende boicotear su propia iniciativa de entrega domiciliaria carece de racionalidad y constata que la Resolución recurrida ha errado al sancionar sancionarla por conductas que no le son imputables.

Continúa manifestando que la estrategia de distribución de Ontex ID en el canal farmacéutico se caracterizaba por recurrir a distribuidores mayoristas de capital no farmacéutico y a ventas directas a oficinas, prescindiendo de la intermediación de las habituales cooperativas farmacéuticas y que estas estrategias de diferenciación le han permitido además reducir los costes asociados al establecimiento de una fuerza de venta y al desarrollo de labores de marketing - por realizar parte de estas labores los distribuidores independientes -, lo que ha logrado trasladar a los precios de sus AIO y que, además, mediante el recurso a distribuidores independientes ha logrado asumir costes logísticos sustancialmente inferiores a los derivados de la distribución a través de cooperativa farmacéutica, y también en ocasiones a los de la distribución en el canal institucional, lo que le ha permitido ofrecer Precios de Venta a Laboratorio ("PVL") que en nada reflejan las cifras supuestamente concertadas de acuerdo con la Resolución impugnada, y precios netos aún más reducidos como consecuencia del mayor número de bonificaciones.

Alega que a todo lo dicho en relación con su estrategia competitiva se une el hecho de que Ontex ID también compite en términos de calidad de sus productos porque, a diferencia de otros fabricantes, Ontex ID sólo ofrecía AIO con el cupón- precinto, con independencia del canal.

Recuerda que no fueron los fabricantes ni las empresas importadoras de AIO los que formaron un cártel con la colaboración de FENIN y que fue la Administración sanitaria la que exhortó a las empresas del sector a alcanzar un acuerdo que permitiera reducir la partida presupuestaria que dedicaba a la adquisición de AIO, y ello, tanto antes, como después del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. Añade que, además, fue la propia Administración sanitaria la que incentivó la permanencia de los AIO en el canal sanitario - a diferencia de lo que sostiene la Resolución recurrida, según la cual el mantenimiento de los AIO en el canal sanitario era uno de los objetivos del cártel sancionado y que también las administraciones sanitarias regionales abogaron por mantener los AIO en el canal farmacéutico, frente a otras alternativas . Por lo expuesto concluye que la Resolución recurrida yerra al obviar la intervención directa y decidida de la Administración sanitaria en las prácticas sancionadas, que no sólo las propició, sino que, además, las tuteló y consintió.

Así las cosas denuncia que los acuerdos no eran secretos, sino propiciados y, por tanto, conocidos por la Administración sanitaria, y conocidos también por los distintos estamentos del sector.

Añade que la Resolución impugnada no tiene en cuenta el contexto regulatorio en el que se produjeron los hechos sancionados, que la intervención en precios y el establecimiento de precios mayoristas por parte del legislador o de la Administración es práctica habitual en la industria farmacéutica; que existía normativa que prevenía la determinación de los márgenes de los AIO por el Gobierno; así como que las iniciativas desarrolladas por la industria a través de FENIN se enmarcaban en la legítimas defensa de sus intereses en el marco de la que se suponía inminente regulación sobre márgenes y clasificaciones homogéneas.

Dicho lo anterior, en el apartado de "Fundamentos de Derecho", opone, frente a la resolución recurrida, los siguientes motivos de impugnación:



1. La resolución impugnada es manifiestamente inválida por vulnerar el principio de presunción de inocencia consagrado en los artículos 24.2 de la Constitución, 48.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 6.2 del convenio europeo de derechos humanos y 137.1 de la LRJPAC1, al sancionar a las recurrentes por su supuesta participación en una infracción de la normativa europea y nacional de competencia, en ausencia de prueba de cargo suficiente. Sostiene que las menciones a las actoras a lo largo de la instrucción y en la Resolución impugnada son anecdóticas, y, en muchos casos, fruto de interpretaciones sesgadas de los hechos analizados que nada tienen que ver con lo realmente acaecido.

A estos efectos, recuerda que la DC considera que la infracción consistente en la fijación de los márgenes comerciales realizada por los mayoristas farmacéuticos distribuidores de AIO y los Colegios Oficiales de Farmacéuticos entre 1996 y 2010 estaría prescrita, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 de la LDC. Que respecto al periodo posterior a 2010, ninguna de las evidencias recogidas en la resolución demuestra su participación en el cártel sancionado. Que en el periodo posterior a la publicación del RDL 8/2010, las reuniones del presunto cártel a las que acudieron se limitan a únicamente a las dos citadas: las convocadas el 18 de abril de 2012 y el 4 de junio de 2012 y que la lectura de las actas correspondientes refleja de forma meridiana el carácter inocuo de lo discutido en las mismas y, por ende, también su insuficiencia para acreditar su participación de en la infracción. PAG 45 DDA. Añade que tampoco el correo electrónico "enviado el 28 de junio de 2010 por ONTEX a la Directora Técnica de FENIN, recabado en la inspección de FENIN" constituye prueba de cargo porque por su fecha, se situaría en el rango de evidencias que la Resolución impugnada ha considerado sujetas a la institución de la prescripción para otros operadores, y, por tanto, no podría enarbolarse, como se pretende, como interruptor de la prescripción de la infracción imputada a mis representadas. Además, continúa señalado que un análisis no sesgado ni parcial del citado documento pone de relieve que el mismo abordaba cuestiones propias del contexto negociador entre farmacéuticos, distribuidores y fabricantes al albur del coetáneo RDL 8/2010 y en ningún caso muestra evidencia alguna de un acuerdo colusorio entre fabricantes para mantener el PVL.

Refiere que tampoco existen evidencias que le permitan a la CNMC acreditar que Ontex ID haya participado, a través de FENIN, en una especie de boicot jurisdiccional a las licitaciones convocadas por las distintas administraciones sanitarias. Y por último afirma que la falta de distanciamiento de los operadores, que, a su juicio, si ha quedado acreditado, no puede evidenciar el mantenimiento de una (supuesta) infracción a partir de una determinada fecha, en ausencia de pruebas adicionales que demuestren que tal infracción efectivamente se mantuvo.

Denuncia que la inadmisión inmotivada de la solicitud de práctica de prueba pericial y testifical solicitada por las recurrentes por parte de la Administración demandada ha vulnerado el artículo 24CE.

2- La resolución impugnada es nula de pleno derecho al haber realizado una valoración ilógica y arbitraria de la prueba obrante en el expediente, vulnerando los artículos 24 y 9.3 de la constitución y 137.1 de la LRJPAC.

3- La resolución impugnada es nula por vulnerar el principio de tipicidad, personalidad de la pena y culpabilidad, recogidos en los artículos 25.1 de la constitución, 49.1 de la CDF de la UE y 129.1 y 130.1 de la LRJPAC, así como los artículos 1 y 61 de la LDC y 101 del TFUE, y la jurisprudencia aplicable, por concluir que mis representadas participaron en una infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE sin que concurren los requisitos necesarios para ello.

Sostiene que las conductas sancionadas no infringen los artículos 1 de la LDC ni 101 del TFUE, pues ni son constitutivas de cártel, ni restrictivas de la competencia por objeto o por efecto. Subsidiariamente, las conductas investigadas estarían exentas por mor de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE.

Expone que la Resolución recurrida -influenciada por el relato sesgado e interesado del solicitante de clemencia- malinterpreta la realidad de los hechos acontecidos, pues tales hechos no tenían por objeto ni fijar ni mantener unos PVL artificialmente altos, sino, por el contrario, permitir a los farmacéuticos aplicar los descuentos requeridos por la Administración en un contexto regulatorio en el que se estaba a la espera de que los márgenes de la distribución mayorista de los AIO fueran fijados por el Gobierno y que, en contra de lo que sostiene la Resolución, las conductas no acreditan un acuerdo de fijación de PVL, sino una cooperación en materia de márgenes máximos entre los distintos actores de la cadena de distribución, cooperación imprescindible para que la Administración consiguiera los descuentos requeridos.

Para corroborar que las conductas sancionadas no tenían un propósito anticompetitivo se remite al contenido al informe pericial de KPMG que aporta y reitera que fue la Administración quien impulsó la negociación por todos los operadores relevantes de las medidas adecuadas para poder obtener los descuentos de los farmacéuticos, de forma similar a como había venido haciéndolo tradicionalmente en el sector y que, en definitiva, la previsión normativa de regulación de los márgenes de distribución de los AIO evidencia la existencia de un objetivo de interés público subyacente que también resulta aplicable a las conductas



sancionadas -que replicaron el modelo, anticipándose a él en el sector, porque se producen en un sector sujeto a una intensa intervención en precios y márgenes, lo que indica un fallo de mercado y por ende la imposibilidad de que éste pueda funcionar en condiciones normales de competencia.

Por lo demás afirma que los fabricantes -particularmente Ontex ID- aplicaron PVL distintos y más bajos que los supuestamente pactados y eran libres de ofrecer descuentos, lo que no se compadece con un acuerdo de fijación de precios restrictivo por objeto o cártel. Que las prácticas sancionadas son verticales implicando a operadores activos en distintos niveles de la cadena de protección. Denuncia que no concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que el ejercicio de acciones judiciales vulnere la normativa de competencia y que la supuesta estrategia de interposición de recursos frente a licitaciones públicas considerada por la Resolución como evidencia de la infracción sancionada acreditan tal infracción. Que las conductas sancionadas no constituyen una infracción de la competencia por objeto y menos aún un cártel y que tampoco restringen la competencia por efecto y que la diferencia de precios en el canal farmacéutico y en el institucional no es evidencia ninguna de que la conducta sancionada diera lugar a efectos anticompetitivos en forma de mayores precios.

Sostiene que las prácticas sancionadas, si fueran reputadas restrictivas por esa Sala, no estarían prohibidas, pues serían accesorias a una cooperación legítima y sobre la que la CNMC no ha mostrado ninguna objeción y que, subsidiariamente, estarían exentas en virtud del artículo 1.3 de la LDC y 101.3 TFUE por generar eficiencias.

4- La resolución impugnada es nula por vulnerar el principio de tipicidad, personalidad de la pena y culpabilidad, recogidos en los artículos 25.1 de la Constitución, 49.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea y 129.1 y 130.1 de la LRJPAC, así como los artículos 1 y 61 de la LDC, 101 del TFUE y la jurisprudencia aplicable, al haber considerado, erróneamente, a las recurrentes responsables por su participación en una infracción única y continuada.

5- Subsidiariamente, la resolución impugnada vulnera el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución en la medida en que las recurrentes deberían haberse beneficiado del instituto de la prescripción en términos idénticos a distribuidores y farmacéuticos al no existir prueba para imputar a las recurrentes, en particular tras la entrada en vigor del RDL 8/2010.

6- La resolución impugnada es nula por carecer de la necesaria motivación en la determinación del importe de la sanción impuesta a las recurrentes, infringiendo el artículo 54 de la LRJPAC y los artículos 24 y 25 de la Constitución.

7- Subsidiariamente, la resolución impugnada es nula por vulnerar el principio de proporcionalidad, los artículos 106.1 de la Constitución, 131 de la LRJPAC, 62, 63 y 64 de la LDC y la jurisprudencia aplicable, en la determinación del importe de la sanción impuesta a las recurrentes.

Aduce que la Resolución impugnada ha tenido en cuenta en su cuantificación criterios contrarios a tales preceptos y ha valorado erróneamente tanto las circunstancias globales de la conducta, como aquéllas relevantes para individualizar aquélla. Por ello, la Resolución impugnada es inválida y vulnera tales disposiciones y jurisprudencia, así como el principio de proporcionalidad y las demás disposiciones mencionadas en el enunciado del presente Fundamento.

8- La resolución impugnada es nula por vulnerar el principio de igualdad y de no discriminación, en infracción del artículo 14 de la Constitución, en la determinación del importe de la sanción impuesta a las recurrentes.

CUARTO.- Expuestos los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación opuestos por las recurrentes comenzando por el que denuncia la ausencia de prueba de cargo.

Ello obliga a analizar los distintos documentos que, incorporados al expediente administrativo, configuran la prueba que sirvió a la CNMC para declarar la responsabilidad de las aquí recurrentes.

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 al que ONTEX se incorporó en 1999, siendo miembro del Grupo de Trabajo de Absorbentes de Incontinencia de Orina (GTAIO) creado en 1994 desde entonces. Además, a partir de noviembre de 2012, el representante del grupo ONTEX en el GTAIO es un directivo de ONTEX ID.

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 precio de 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.

Se cita también la reunión del GTAIO celebrada el 13 de enero de 1998, en la que se alude explícitamente al mantenimiento de la distribución de los AIO a través del canal farmacia, así como a la impugnación de todos aquellos concursos que pudieran convocarse para su distribución a través del canal institucional: "(...) Sus objetivos (...) se centran en el mantenimiento de la distribución de los AIO a través de las Oficinas de Farmacia con un nivel de reembolso lo más rentable posible (...). Dichos objetivos se reiteran en la reunión del GTAIO celebrada el 2 de diciembre de 1998.

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

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

Entendemos, en el ejercicio de las facultades que sobre la libre valoración de la prueba corresponden a esta Sala, que todos estos documentos constituyen una prueba suficiente de los hechos que describen



y complementan eficazmente a tal objeto, en los términos que requiere la jurisprudencia europea 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 con la fijación de precios de los AIO. A título de ejemplo puede citarse la reunión, ya mencionada, de 16 de diciembre de 1996 cuya acta, obrante a los folios 1364 a 1367, y que fue obtenida en la inspección de FEDIFAR, refleja lo siguiente:

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

Ejemplo:

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

P.V.P. actual 9.963

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

P.V.F. nuevo 6.531

P.V.P. nuevo 8.708

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

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

Las reuniones documentadas y acuerdos adoptados en la misma dirección son numerosos desde entonces, aparecen pormenorizadamente relacionadas en la resolución y cuentan con el soporte de las copias correspondientes incorporadas al expediente sancionador, además de estar referenciadas, insistimos, con indicación del folio al que constan y su procedencia.

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

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.

QUINTO .- También ha quedado acreditada la participación de la actora en el periodo posterior a 2010 y así se constata su asistencia a las reuniones de 18 de abril de 2012 y 4 de junio de 2012, en las que se trataron los acuerdos objeto de investigación y en el correo electrónico enviado el 28 de junio de 2010 por ONTEX a la



Directora Técnica de FENIN, recabado en la inspección de FENIN, que acreditan una estrategia consensuada y uniforme por parte de los fabricantes miembros del GTAIO frente a los COF destinada a mantener a futuro el PVL de los AIO a pesar de la bajada del PVP que supuso el RDL 8/2010 y al Correo electrónico enviado por la Directora Técnica de FENIN a las empresas A&A, SCA, TYCO HEALTHCARE, HARTMANN, ONTEX, TEXPOL, INDAS y BARNA el 19 de diciembre de 2006, recabado en la inspección de FENIN (folio 9210), que evidencia la negociación con los representantes de los COF autonómicos de las condiciones para la firma de los acuerdos tripartitos de fijación de márgenes firmados en paralelo o con posterioridad a la firma de los Concierdos.

Por lo demás, como recoge la resolución recurrida, en las fechas en la que se realizan las inspecciones, 28, 29 y 30 de enero de 2014, no consta manifestación de ninguna de las entidades imputadas de haber terminado su participación en este cártel, por lo que la fecha de las inspecciones marca razonablemente el fin del cártel.

Recordemos que la Sentencia del Tribunal de Justicia (STJUE) de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 T-Mobile afirma que la presunción de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado existirá siempre que la empresa participante en la concertación permanezca activa y que esa presunción se mantendrá mientras la empresa no adopte una conducta de distanciamiento público, de ruptura con el cartel, conducta que no ha quedado acreditado por parte de las recurrentes.

SEXTO.- Rechazada la pretendida insuficiencia probatoria, y al hilo del mismo motivo, procede plantearse si, como sostiene la recurrente, ha visto vulnerado su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa", lo que relaciona con la circunstancia de que la CNMC denegó, a su juicio de manera injustificada, la prueba interesada por FENIN, como asociación representante de los fabricantes ante la Administración, consistente en el informe pericial elaborado por la consultora económica experta en economía de la competencia KPMG y la declaración testifical de los responsables de las Administraciones públicas identificados en determinados documentos, con las que se pretendía acreditar:

i) que la conducta analizada en el Expediente del que trae causa la Resolución recurrida, atendiendo a su naturaleza y en su contexto jurídico y económico no tiene un objeto anticompetitivo, sino que, por el contrario, de ella se derivan efectos pro-competitivos;

(ii) que el sector de AIO en el que se producen las conductas investigadas no presenta los rasgos necesarios para la creación y el mantenimiento de un cártel como el imputado;

iii) que Ontex ID tiene una estrategia independiente y del todo ajena y contradictoria con los objetivos que el supuesto cártel pretendía;

(iv) que el análisis de efectos realizado por la Dirección de Competencia es erróneo desde el punto de vista económico; y

(v) que el análisis de los precios de Ontex ID muestra que no cabe apreciar un efecto derivado de un cártel con el objetivo de mantener unos PVL al canal farmacéutico,

(vi)". *la ajenidad de las conductas que se les imputan, así como un elemento tan relevante a efectos de su imputación y determinación de su responsabilidad como la intervención de la Administración sanitaria en las mismas, además de para la realización de una interpretación y valoración correcta de los hechos.*"

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), 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: los datos fácticos que resultan de los documentos incorporados al expediente son de tal solidez que las pruebas dirigidas a sustentar la aplicación del principio de confianza legítima en razón a la intervención de las Administraciones públicas sanitarias (documental y testifical propuestas en este sentido) serían en cualquier caso inhábiles para el fin pretendido.

Sin que pueda desconocerse, además, que en el curso de este proceso se ha admitido la prueba pericial con la consiguiente ratificación del informe elaborado por la Consultora experta en materia de economía de la competencia KPMG, de fecha 20 de septiembre de 2017 y se ha denegado la prueba testifical propuesta por entender que existía ya elementos de prueba destinados a acreditar la ajenidad de las conductas imputadas a y el impulso y la intervención de la Administración sanitaria en las mismas.

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, 1/1996170/1998 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 prueba (TC 116/1983147/1987, 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".*

SÉPTIMO .- A continuación rechaza que su conducta pueda incardinarse en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE por cuanto, partiendo de la definición legal de cártel contenida en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2007, los Convenios no eran acuerdos secretos al resultar conocidos -y firmados- por el resto de agentes de la cadena de distribución, distribuidores mayoristas y Colegio Oficial de Farmacéuticos (COF), es

decir, los verdaderos clientes de los fabricantes de los AIO en el canal farmacia, además de resultar conocidos también por la Administración misma.

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

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

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

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

En este sentido, el mantenimiento de la confidencialidad de los correos electrónicos aparece acreditada a lo largo del expediente, y dicha confidencialidad alcanza al reparto de márgenes entre fabricantes, distribuidores y farmacéuticos. Esto es claro, por ejemplo, en el documento de 18 de diciembre de 1996, redactado tras la reunión de representantes de los fabricantes (FENIN y ANFAMS), distribuidores (FEDIFAR) y farmacéuticos (CGCOF y FEFE), denominado "BASES DEL ACUERDO SOBRE ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA", del que, como relata la resolución recurrida, se localizaron dos versiones que obran a los folios 1387 a 1389 del expediente administrativo. Una primera versión, para entregar a la Administración, y otra en la que consta la indicación "documento interno", que se diferencia de la anterior en que refleja un compromiso para el reparto de márgenes.

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

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

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

Este modo de operar se mantiene en relación a las Administraciones sanitarias de las Comunidades Autónomas, y son varios los acuerdos de esta naturaleza consignados en la resolución que alude a su concreto contenido y hace mención expresa a su localización en el expediente, así como al modo en que la documentación accedió al mismo: solicitud de Rosa, 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.

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

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

Y, en cuanto al objeto de los Convenios, niega la parte 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 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 SCA 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 las 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. Ezequiel , a la Directora Técnica de FENIN, recabado en la inspección de ésta y obrante a los folios 9555 a 9557, en el que se señala que "Defendemos desde hace casi un año el mismo PVL a capa y espada. En paralelo, unos hacen propuestas para concursos con propuestas muy por debajo del PVL que abanderamos y otros o los mismos montan "promociones" que se repiten como los domingos en las semanas".

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

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



NOVENO. - Sostiene, además, la recurrente que la resolución lleva a cabo un análisis incorrecto de las circunstancias económicas en las que se insertan los hechos acreditados, además de que éstos no habrían generado efectos anticompetitivos en el mercado.

Para rechazar esto último baste remitirnos a lo ya dicho sobre la infracción por objeto.

En cualquier caso, los acuerdos adoptados en el seno del GTAIO eliminaron, de hecho, cualquier atisbo de competencia entre los participantes en el cártel, que adoptaron una posición única en relación con la determinación del PVL., sin que la Sala pueda compartir la explicación alternativa a la existencia del cártel que propone ONTEX, que viene a sostener que hechos acontecidos no tenían por objeto ni fijar ni mantener unos PVL artificialmente altos, sino, por el contrario, permitir a los farmacéuticos aplicar los descuentos requeridos por la Administración en un contexto regulatorio en el que se estaba a la espera de que los márgenes de la distribución mayorista de los AIO fueran fijados por el Gobierno y que, en contra de lo que sostiene la Resolución, las conductas no acreditan un acuerdo de fijación de PVL, sino una cooperación en materia de márgenes máximos entre los distintos actores de la cadena de distribución, cooperación imprescindible para que la Administración consiguiera los descuentos requeridos.

DÉCIMO .- Por cuanto se refiere al ejercicio de acciones judiciales, cumple manifestar que lo que hace la Comisión en este concreto extremo es acumular a los indicios probatorios acopiados en el expediente una circunstancia adicional cual sería que en el seno de FENIN existía una estrategia dirigida a potenciar la distribución de los AIO en el canal farmacia en detrimento del canal institucional con el fin de mantener los márgenes obtenidos en el primero, muy superiores a los alcanzados en el canal institucional.

La constatación documental de la existencia de esta estrategia resulta también apreciable y se destaca de manera pormenorizada en la resolución misma, que pone de relieve, por ejemplo, como en la reunión del GTAIO de 13 de enero de 1998 se explicitan los objetivos del mantenimiento de la distribución de los AIO a través del canal farmacia y la impugnación de los concursos que pudieran convocarse, reunión que aparece recogida en el informe recabado en la inspección de FENIN, folios 10356 a 10360.

También destaca la resolución que en 1999 las empresas miembros del cártel siguieron adoptando acuerdos en el seno del GTAIO para mantener una postura común en relación con los concursos públicos, es decir, con el canal institucional, como resultaría del Informe de la reunión del GTAIO celebrada el 29 de septiembre de 1999, en el que se sugiere "... Mantener la misma posición en próximas convocatorias de concursos públicos." (folios 10397 a 10398, obtenidos en la inspección de FENIN).

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

Menciona en este sentido la CNMC la reunión del GTAIO celebrada el 11 de noviembre de 1999 en la cual la Directora Técnica de FENIN presentó la propuesta de la asesoría jurídica sobre el concurso convocado por resolución núm. 1258/99 del Servicio Navarro de Salud por la que "(...) recomiendan su impugnación al alterar el canal de dispensación farmacéutico".

La actividad desarrollada en el seno de FENIN sobre el particular se identifica en la resolución sancionadora misma, que destaca que "Todos los recursos interpuestos por FENIN en materia de AIO a partir de diciembre de 2010 constan en el "Informe sobre los recursos interpuestos por el Grupo de Trabajo de Absorbentes de Incontinencia de Orina en el año 2010", elaborado por la Directora Técnica de FENIN, que se va actualizando y enviando a los miembros del GTAIO periódicamente", informe éste fechado en 15 de julio de 2011 y que, aportado por el solicitante de exención, obra los folios 828 a 830.

También pone de manifiesto que la misma Directora Técnica de FENIN convocó a los miembros del GTAIO para que decidieran sobre la impugnación de concursos públicos, como resulta de los correos electrónicos que igualmente especifica, con indicación de los folios del expediente a los que constan.

En definitiva, no alberga la Sala duda alguna sobre la voluntad concertada de los miembros de FENIN de utilizar la vía legal con el fin de obstaculizar el ágil desarrollo de unas licitaciones públicas que habían de sustraer un importante volumen de distribución de AIO al más rentable canal farmacia para encauzarlas hacia el canal institucional. Y si el uso de esa vía mediante la interposición de los correspondientes recursos no es en sí mismo, evidentemente, constitutivo de infracción alguna -ni lo tipifica como tal tampoco la CNMC, pese a lo afirmado por la entidad recurrente-, sí permite constatar, una vez más, la existencia de una estrategia común entre empresas competidoras que apuntala la consistente prueba acumulada de la efectiva comisión de la infracción continuada que se imputa a las empresas integrantes del cártel.



UNDÉCIMO. - Respecto de la especial y activa participación de la administración en los hechos acreditados, propone la recurrente 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.

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 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.

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

Para ello, parte del concepto de esta clase de infracciones perfilado por el TJUE y afirma que no se ha acreditado la existencia del cártel; que la conducta de SCA no se ha prolongado en el tiempo de forma continuada, dados los "... amplios saltos temporales existentes entre los extractos documentales aportados por la Resolución que se suponen acreditan la infracción" ; y que "al margen de que la propia Resolución reconoce que el objetivo último no era otro que garantizar la viabilidad del descuento acordado con la Administración, resulta obvio que el ejercicio legítimo de acciones judiciales no resulta apto para la consecución de dicho objetivo. Por lo tanto, no puede entenderse que ambas conductas constituyan una sola infracción única y continuada".

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

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

DECIMOTERCERO. - Opone la parte recurrente que las prácticas sancionadas, si fueran reputadas restrictivas por esa Sala, no estarían prohibidas, pues serían accesorias a una cooperación legítima y sobre la que la CNMC no ha mostrado ninguna objeción y que, subsidiariamente, estarían exentas en virtud del artículo 1.3 de la LDC y 101.3 TFUE por generar eficiencias.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, "la prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

"a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.

b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y

c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados".

La redacción del precepto es similar a la del artículo 101.3 de del Tratado de la Unión Europea.

De acuerdo con las Directrices de la Comisión relativas a la aplicación del artículo 3 del apartado 81 del Tratado 101/97, de 27 de abril, (actual artículo 101.3 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea), la viabilidad de la excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 81 se supedita a cuatro condiciones acumulativas, de las cuales dos son positivas y dos negativas:

a) los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico;

b) debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante;

c) las restricciones deben ser indispensables para alcanzar los objetivos, y

d) el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Cuando se reúnen estas cuatro condiciones que son, insistimos, acumulativas, el acuerdo favorece la competencia en el mercado de referencia por incitar a las empresas a ofrecer a los consumidores productos más baratos o de mejor calidad, lo que compensará a estos últimos por los efectos adversos de las restricciones de la competencia.



La carga de la prueba de la concurrencia de dichas condiciones recae en la empresa que invoque la excepción.

Además, es preciso puntualizar que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, únicamente pueden tenerse en cuenta los beneficios objetivos, lo que significa que las eficiencias no se evalúan desde el punto de vista subjetivo de las partes. Asimismo, el nexo causal entre el acuerdo y las eficiencias alegadas debe ser directo. Las eficiencias han de ser calculadas o estimadas con la mayor exactitud posible. El acuerdo restrictivo ha de ser, en sí, razonablemente necesario para obtener las eficiencias y, a su vez, cada restricción de la competencia derivada del acuerdo debe ser a la vez razonablemente necesaria para la obtención de las eficiencias, esto es, las eficiencias deben ser específicas al acuerdo de manera que no exista otra forma económicamente viable y menos restrictiva para alcanzarla, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. Por lo demás, la participación equitativa de los consumidores en el beneficio resultante debe compensar a éstos por cualquier perjuicio real o probable ocasionado por la restricción de la competencia.

Hechas estas consideraciones, procede analizar la prueba aportada por la parte recurrente, constituida por el informe pericial elaborado por KPMG, en el que, por lo que ahora nos interesa, se afirma que:

"Con independencia del resultado al que pudiera llegarse en sede del análisis de los efectos concretos de uno o varios Convenios sometidos a escrutinio individualizado o conjunto, lo cierto es que del análisis de la naturaleza de los Convenios en el contexto en el que aparecen, se puede apreciar una serie de ventajas que los mismos conllevan. Estas ventajas refuerzan la dificultad de considerar el propósito económico de los Convenios como directamente anticompetitivo.

La más obvia es, sin duda, que permiten lograr una rebaja de la factura para el sistema. La Administración podría haber optado por otras alternativas para lograr dicha rebaja. Podría, simplemente, haber reducido los precios rebajando directamente los precios máximos como lo hace más tarde en 2010. Podría haber también apostado en mayor medida por canales alternativos de suministro. Sin embargo, opta por introducir un descuento obligatorio en colaboración con toda la industria, en línea con los acuerdos que venía adoptando con la industria desde comienzos de los 90.

"El análisis conceptual y funcional de los Convenios no puede abstraerse de la finalidad económica que perseguían el Acuerdo Marco INSALUD, primero, y los Conciertos, después. Al margen de las consideraciones jurídicas, lo cierto es que desde una perspectiva de comportamiento racional de los agentes que firmaron dichos Conciertos, no cabe esperar que éstos (particularmente, las farmacias) se hubieran comprometido a las obligaciones recogidas en los mismos sin haber negociado o conocer los términos que se dibujan, precisamente, en los Convenios. Por ejemplo, es difícilmente pensable que un vendedor (canal farmacéutico) hubiera llegado a un acuerdo frente al comprador (Administración) para asumir un descuento, si no hubiera conocido el precio al que iba a poder adquirir el producto correspondiente. Adicionalmente, es difícil entender la presencia en la firma de fabricantes y distribuidores en un acuerdo (Acuerdo Marco o Conciertos), por el que las farmacias asumen un descuento, si no ha habido una negociación previa de su participación en el mismo. Es decir, entendemos que los Convenios forman parte o son consecuencia de la interpretación lógica, bajo el supuesto de agentes racionales, de las motivaciones que movieron a los firmantes de los Conciertos.

Por otro lado, y aunque resulte difícil abstraer el análisis a su ligazón con los Conciertos, los Convenios permiten poner en marcha, sin solución de continuidad ni interrupciones en el suministro, el objetivo perseguido por el regulador en el Concerto. Si se imagina una medida regulatoria equivalente a los Conciertos por la cual se impone una rebaja en el precio de un bien adquirido por la Administración en el canal minorista, en ausencia de un acuerdo con los términos de los Convenios, su implementación requeriría previamente renegociar las condiciones de suministro entre los distintos intervinientes de la cadena de suministro, poniéndose en peligro tanto el ahorro perseguido, como el suministro al paciente. Es decir, el detallista podría decidir detener la dispensación hasta llegar a un nuevo acuerdo con sus proveedores antes de asumir todo el coste de la medida. Es posible que, con el paso del tiempo, las partes hubieran llegado a un acuerdo en función de su capacidad negociadora, pero en el lapso podrían producirse consecuencias negativas para el suministro. Además, los costes de negociación habrían sido mayores y no cabe presumir que se hubiera llegado a un resultado diferente en términos de precios finales.

Desde luego, de la lectura del expositivo del Acuerdo INSALUD, no cabe inferir que la Administración tuviese en mente la imposición de un impuesto a la distribución minorista de los AIO -las farmacias-, sino que apela a la colaboración de toda la industria y los distribuidores para conseguir las mejoras que en el mismo se persiguen.

Por otro lado, el Convenio no está privando a la regulación de la consecución de un objetivo buscado por no explicitar los márgenes de los AIO, como promover una mayor competencia, la reducción de los precios al sistema o lograr una mayor innovación. Nada hace suponer que el regulador tuviera previsto mantener un sistema de precios fijos financiados sin definir los márgenes por algún propósito regulatorio, como lo indica la previsión de establecer dichos márgenes en la Ley de 2006"



Por todo ello, concluye que *"el análisis de la naturaleza y contexto económico de los Convenios permite identificar ventajas o aspectos pro-competitivos de los mismos, lo que no posibilita establecer una relación directa entre su firma y la existencia de un propósito anticompetitivo"*.

Pues bien, a la vista del contenido especulativo del referido informe debemos concluir que no ha quedado acreditada de modo fehaciente la concurrencia de las condiciones exigidas para la aplicación de la exención prevista en el artículo 1.3 LDC y, en consecuencia, no podemos, en fin, estimar que las conductas sancionadas tuvieran por finalidad un ejercicio de benchmarking.

DECIMOCUARTO. - Cuestiona finalmente SCA la multa impuesta y sostiene que carece de motivación al desconocerse el criterio que ha seguido la CMNC para fijar su importe, además de que éste resulta desproporcionado a la vista de lo establecido en los artículos 63 y 64 de la LDC, que entiende infringidos, denunciando la falta de proporcionalidad de la sanción en atención a las particulares circunstancias del caso.

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

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

- *"Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. (...)".*

- *"En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, en este caso hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC alude al "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa", concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, "lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen (...). Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se constriñe".*

- *"Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme al artículo 64 de la LDC (...)".*

- *"... la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados (...)".*

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

En cuanto a la motivación insuficiente, es lo cierto que aparecen reflejados en su texto bajo la rúbrica "Criterios para la determinación de la sanción", tanto la valoración global de la conducta (apartado 6.2 de los fundamentos jurídicos), como la "Valoración individual de la conducta de las personas jurídicas" (apartado 6.3).

En el primero, reseña el volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2015, ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), cuyo 10% ha de operar como techo de la multa, y, a continuación, inicia el procedimiento de determinación del porcentaje sancionador a aplicar partiendo de los criterios de graduación marcados en el artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

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

En concreto, señala que *"el alcance de la conducta es especialmente significativo, ya que la cuota de mercado conjunta de las entidades infractoras en el mercado relevante es del 95%"*

En cuanto al mercado geográfico, advierte que *"la infracción abarca todo el territorio nacional, lo que implica una mayor gravedad que si la infracción hubiera tenido un ámbito más reducido"*.



Se refiere a la gravedad adicional que comporta la infracción en atención a las características de este mercado *"... pues al tratarse -dice- de bienes sanitarios de primera necesidad que eran costeados por el presupuesto público, los mayores precios derivados del cártel se han traducido por fuerza en un mayor gasto público que podría haberse dedicado a otras necesidades sociales, especialmente desde 2007, durante los años de crisis económica"*.

Si bien recuerda que se trata de una infracción por objeto, explica que también se ha acreditado que *"... se produjo la fijación del precio de venta de laboratorio muy por encima del precio obtenido en una licitación competitiva. Este precio proporcionaba a los fabricantes un margen de referencia mínimo frente a los demás operadores, generando un marco de estabilidad entre dichos fabricantes y disminuyendo el grado de incertidumbre respecto de los competidores"*. Y que existe prueba suficiente de que *"...los precios de los AIO dispensados por el canal farmacéutico son mucho más elevados que los adquiridos en el canal institucional"*, sobreprecio que sitúa cerca del doble del precio pagado por el SNS en el canal institucional.

Entre las circunstancias a considerar para graduar la sanción incluye el que los miembros del cártel forzaron la dispensación de los AIO por el canal de farmacias *"... mediante la interposición de recursos administrativos y contencioso- administrativos contra las convocatorias de concursos públicos de las diferentes Comunidades Autónomas, con el fin de entorpecerlos e impedir que se realizasen"*, e insiste, en cuanto a los efectos derivados del cártel, en que *"La mayor estabilidad producida en el sector por la colusión se comprueba al observar que, con el paso de los años, las cuotas de mercado de las diferentes empresas han sufrido variaciones apreciables en el canal institucional, pero se han mantenido inalteradas en el canal de farmacia"*.

Todo ello - gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, organización y mecanismos de seguimiento de los acuerdos- permite concluir a la CNMC que *"el reproche sancionador en este expediente debe situarse con carácter general en el tramo medio-alto de la escala, en concreto en un tipo sancionador global del 5,3%, sin perjuicio de los ajustes que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa"*.

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

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

Como explica también la resolución, *"Los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, que depende tanto de la duración de la conducta que se ha acreditado para cada empresa como de la intensidad de su participación en ella, y constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación de la sanción que procede imponer a cada empresa..."*, de acuerdo con las previsiones del artículo 64.1, apartados a) y d).

En concreto, en el caso de ONTEX, PENUNSULAR SAU y ONTEX ID SAU el volumen de negocios en el mercado afectado es de 93.607.811 euros, y la correspondiente cuota de participación del 4,03%.

Por último, la resolución (apartado 6.4) determina la sanción a imponer a cada una de las personas jurídicas intervinientes en el cártel, para lo cual aplica al volumen de negocios total en 2015 el tipo sancionador resultante de incrementar el tipo sancionador base del 5,3% en proporción a la mayor participación de cada empresa en la facturación global en el mercado afectado por la conducta, lo que eleva dicho porcentaje, en el caso de SCA, al 5,50%, y a una consiguiente sanción de 5.148.430 euros.

Además, razona la CNMC que ha considerado innecesario realizar ningún ajuste de proporcionalidad, *"... ya que las sanciones de todas las empresas se encuentran significativamente por debajo de lo que podría considerarse el límite de proporcionalidad según las características de las empresas y la dimensión de la infracción (...)"*.

Frente a todo ello han de ceder las críticas de falta de motivación o de desproporción de la sanción en las que insiste la parte recurrente en su extensa demanda.



Para terminar, cumple manifestar que la vulneración del principio de proporcionalidad no puede reducirse a una mera comparación entre el importe de las sanciones impuestas a las distintas empresas sancionadas sin atender a los factores de corrección que la propia resolución reconoce haber aplicado.

En cualquier caso, recordemos que el principio de igualdad implica básicamente que supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y esta identidad no concurre en el caso examinado.

DECIMOQUINTO. - Procede, en atención a lo expuesto, la íntegra desestimación del recurso y la consiguiente imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte actora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora D^a Raquel Garcia Olmedo en nombre y representación de **ONTEX PENINSULAR, S.A.U. ; ONTEX ID, S.A.U. y ONTEX ES HOLDCO, S.A.**, contra la Resolución de 26 de mayo de 2016 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia ("CNMC"), dictada en el expediente S/DC/0504/I4 AIO, por la que se declara acreditada una infracción del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE") y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") y se les impone a las una sanción de 5.148.430 euros, al resulta dicha resolución ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.