



Roj: **STS 1087/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1087**

Id Cendoj: **28079130032020100078**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **21/05/2020**

Nº de Recurso: **7880/2018**

Nº de Resolución: **531/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2169/2018,**
ATS 3455/2019,
STS 1087/2020,
AATS 5776/2020,
ATS 10866/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 531/2020

Fecha de sentencia: 21/05/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7880/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/03/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: MDC

Nota:

R. CASACION núm.: 7880/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 531/2020

Excma. Sra. y Excmos. Sres.



D. Eduardo Espín Templado, presidente
D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
D. Eduardo Calvo Rojas
D^a. María Isabel Perelló Doménech
D. José María del Riego Valledor
D. Diego Córdoba Castroverde
D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 21 de mayo de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 7880/2018, interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación legal y asistencia letrada que legalmente ostenta de la Administración General del Estado la Administración del Estado, contra la sentencia de 29 mayo de 2018, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo núm. 369/2016, sobre sanción de multa impuesta por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; ha sido parte recurrida la entidad Textil Planas Oliveras, S.A., representada por el procurador de los tribunales D. Alberto Hidalgo Martínez y con la asistencia letrada de D. Pedro Suárez Fernández, D. Carlos Melón Pardo y D. Javier Salinas Casado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo núm. 369/2016 seguido en la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 29 de mayo de 2018, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO: 1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez en nombre y representación de TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A, contra la resolución de 26 de mayo de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 801.738 euros de multa.

2.- Anular la referida resolución en cuanto a la declaración de responsabilidad y la sanción impuesta a la actora, por no ser, en estos pronunciamientos, ajustada a Derecho.

3.- Imponer las costas a la Administración demandada".

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la Abogacía del Estado, ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala, por auto de 26 de noviembre de 2018, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- La Abogacía del Estado, parte recurrente, se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma mediante escrito presentado el 20 de diciembre de 2018 y, por su parte, el procurador de los tribunales D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de la entidad Textil Planas Oliveras, S.A. ha comparecido y personado ante este Tribunal Supremo en calidad de parte recurrida, formulando en su escrito de personación presentado el 27 de diciembre de 2018, su oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 de la LJCA.

CUARTO.- La Sección Primera de la Sala Tercera -Sección de admisión- conforme al artículo 90.2 de la LJCA, por auto de fecha 29 de marzo de 2019 acordó:

"1º) Admitir el recurso de casación n.º 7880/2018 preparado por el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, de 29 de mayo de 2018 (procedimiento ordinario 369/2016).

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar los artículos 1 y 61.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la jurisprudencia que los interpreta, a fin de determinar el grado de responsabilidad (o, en su caso, su exclusión) de aquellas empresas que tienen conocimiento de la dinámica de una práctica colusoria (como pueda ser un cártel), o la facilitan, pero no compiten en el mercado afectado.



3º) Ordenar la publicación de este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos".

QUINTO.- Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, por diligencia de ordenación de fecha 23 de abril de 2019 se comunicó a la parte recurrente la apertura del plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición del recurso de casación, trámite que evacuó mediante su escrito presentado en fecha 23 de mayo de 2019 en el que, tras exponer los razonamientos que consideró oportunos, precisó el sentido de sus pretensiones y recoge los pronunciamientos que solicita de la siguiente forma:

"tenga (...) por INTERPUESTO RECURSO DE CASACIÓN contra la sentencia de la Sección 6ª, Sala de lo CA de la Audiencia Nacional, de 29 de mayo de 2018, dictada en el recurso contencioso- administrativo nº 369/2016, seguir el procedimiento por sus TRÁMITES Y RESOLVERLO POR SENTENCIA en la que, CON ESTIMACIÓN de este recurso, se FIJE JURISPRUDENCIA en el sentido de que constituye infracción en materia de competencia la conducta de una empresa que participa activamente en los actos de constitución de un cártel cuando esa empresa no comercializa productos en el mercado principal de referencia pero si participa en un mercado conexo de ese mercado principal de referencia y, por tanto, debe ser sancionada; o, en los que pueda considerar esa Sala y Sección más ajustados a Derecho; y con arreglo a dicha doctrina, CASE Y ANULE LA SENTENCIA RECURRIDA para, en su lugar dictar nueva sentencia por la que SE DESESTIME INTEGRAMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia, confirmando que la Resolución de la CNMC de 26 de mayo de 2016 dictada en el expediente NUM000 AIO, por ser ajustada a Derecho".

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 24 de mayo de 2019, se concedió el plazo de treinta días a la representación procesal de la entidad Textil Planas Oliveras, S.A., parte recurrida, dándole traslado del escrito de interposición del recurso de casación, para que pudiera oponerse al recurso, trámite que evacuó mediante su escrito de oposición al recurso presentado en fecha 12 de julio de 2019, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala resuelva este recurso por medio de sentencia que desestime el recurso, con expresa imposición de las costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Terminada la sustanciación del recurso, se acordó por providencia de 26 de septiembre de 2019 que no había lugar a la celebración de vista pública, al considerarla innecesaria ateniendo a la índole del asunto, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 3 de marzo de 2020, fecha en la que tuvo lugar el acto.

OCTAVO.- Como consecuencia del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (disposición adicional segunda), Reales Decretos de prórroga del mismo, y los correspondientes acuerdos del Consejo General del Poder Judicial y de la Sala de Gobierno del este Tribunal, resulta suspendido el plazo para dictar sentencia, demorándose su redacción, transcripción, firma y notificación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El asunto litigioso y la sentencia de instancia.

1. El presente recurso de casación núm. 7880/2018 lo interpone el Abogado del Estado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de mayo de 2018 (recurso núm. 369/2016), en la que se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad Textil Planas Oliveras, S.A. (en adelante, TEXPOL), contra la resolución de 26 de mayo de 2016 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) -Expte. NUM000 AIO-, mediante la cual se le impuso una multa de 801.738 euros al considerar acreditada la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, ambas de Defensa de la Competencia, y del artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en su participación en un cártel, desde julio de 2001 hasta mayo de 2013, en el que se adoptaron acuerdos de fijación de precios y condiciones de distribución y dispensación de absorbentes para la incontinencia severa de adultos (AIO), financiados por el Sistema Nacional de Salud (SNS) y destinados a pacientes no hospitalizados y que fue anulada por dicha sentencia al ser contraria a derecho.

2. Considera la sentencia que no ha quedado acreditado de manera suficiente que TEXPOL haya realizado la conducta que se le imputa y que presupone la comercialización de AIO en el canal farmacéutico. Desde esta



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

Se añade que, si bien ha quedado acreditada la participación de la mercantil recurrente en el Grupo de Trabajo de Absorbentes de Incontinencia de Orina (GTAIO) y su asistencia a determinadas reuniones, lo que permitiría suponer que TEXPOL conocía la dinámica del funcionamiento del cártel, "este mero conocimiento, que sería suficiente para sostener su imputación si la empresa compitiera en el mismo mercado que las restantes entidades sancionadas, no lo es cuando la propia CNMC atribuye a TEXPOL, desde 1996 y hasta ser adquirida en 2013 por INDAS, la actividad de "... comercialización de AIO, fabricados en exclusiva por ALBASA (empresa perteneciente a la familia Victorio, también propietaria de TEXPOL), en el sector hospitalario", esto es, fuera del canal farmacéutico".

Y de ahí concluye que: "(...) la consecuencia de ello no puede ser otra que la exclusión de su responsabilidad si se advierte que la conducta sancionada consiste, según la propia resolución, en la "... fijación del PVL de los AIO financiados por el SNS y distribuidos a través del canal farmacia y su mantenimiento hasta enero de 2014"; y que, de hecho, la conducta complementaria que contempla la resolución misma es "... la implementación de una estrategia destinada a evitar o al menos retrasar el suministro de AIO a pacientes no hospitalizados a través del canal institucional en sustitución del canal farmacéutico mediante la interposición de recursos administrativos y/o contencioso-administrativos frente a las licitaciones públicas convocadas por las Autoridades Sanitarias para la adquisición y posterior entrega directa de AIO a pacientes no hospitalizados". Es decir, contribuir al mantenimiento de ese canal de comercialización en realidad ajeno a la actividad que la propia Comisión atribuye a TEXPOL".

SEGUNDO.- La preparación del recurso de casación.

1. El Abogado del Estado denuncia la infracción de los artículos 1 y 61.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) en relación con el artículo 101.1 TFUE, al haber considerado la sentencia impugnada que la empresa sancionada no había desarrollado la conducta infractora típica que había determinado la sanción. Y ello porque los preceptos citados, en atención a las circunstancias concurrentes, permiten aplicar la LDC a las empresas que participan en acuerdos colusorios aun sin estar presentes en el mercado principal afectado.

2. Aporta como sentencias de contraste las dictadas por la Audiencia Nacional en los nueve recursos interpuestos contra la misma resolución de la CNMC; sentencias que han sido desestimatorias en todos los recursos presentados por empresas. La contradicción se produce, según alega, por fijarse en la sentencia impugnada una doctrina contradictoria respecto de la aplicación de los artículos 1 y 61.1 LDC (y 101 TFUE) a la actuación de empresas que participan en acuerdos colusorios sin estar presentes en el principal mercado afectado. Y desde esta perspectiva añade que "al contrario de lo que afirma la sentencia recurrida, para realizar las acciones u omisiones tipificadas como infracciones no resulta necesario comercializar productos en el mercado principal de referencia, ni desde un análisis teórico de la aplicación del art. 1 LDC y 101 TFUE, ni en la aplicación del citado precepto legal realizada por la Resolución sancionadora".

Así se ha entendido, continúa alegando el Abogado del Estado, en la sentencia de la Audiencia Nacional, de 6 de febrero de 2017 (recurso contencioso-administrativo núm. 51/2013, *Transcont*) sobre participación en la conducta colusoria de la Autoridad Portuaria de Barcelona. Luego invoca las sentencias del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2016 (recurso de casación núm. 2946/2013, *Productores de uva y vinos de Jerez*) sobre participación en la conducta colusoria de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, y de 1 de abril de 2016 (recurso de casación núm. 3691/2013) en la que se casó la sentencia de la Audiencia Nacional, de 14 de octubre de 2013, que había exonerado de responsabilidad a la empresa Bofill Arnán S.A., basada en la neta separación de actividades entre dicha empresa y la de Bcn Aduanas y Transportes.

En la misma línea, trae a colación la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de noviembre de 2017 (Asunto T-180/15, ICAP y otros c. Comisión sobre *Derivados sobre tipos de interés en yenes*) que aplica la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre de 2015 (AC- *Treuhand/* Comisión, C-194/14 P) recordando que:

"(97) (...) no hay nada en la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, que indique que la prohibición que establece se refiera únicamente a las partes en los acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por éstos (...) y que " (103) Por otra parte, no cabe deducir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el artículo 101 TFUE, apartado 1, se refiera únicamente, bien a las empresas activas en el mercado afectado por las restricciones de la competencia o incluso en los mercados anteriores, posteriores o similares a dicho mercado, bien a las empresas que limiten su autonomía de comportamiento en un mercado



determinado en virtud de un acuerdo o de una práctica concertada. En efecto, es jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia que la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, se refiere con carácter general a todos los acuerdos y prácticas concertadas que, en relaciones horizontales o verticales, falseen la competencia en el mercado común, con independencia del mercado en el que operen las partes y de que sólo el comportamiento comercial de una de ellas resulte afectado por los términos de los pactos de que se trate (véase la sentencia de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand/Comisión, C-194/14 P, apartados 34 y 35 y jurisprudencia citada)".

Y concluye el TGUE que garantizar el mantenimiento de una competencia no falseada, comprende la contribución activa de una empresa a una restricción de competencia, aunque dicha contribución no se refiera a una actividad económica que forme parte del ámbito del mercado pertinente en el que esa restricción se materialice o tenga por objeto materializarse.

3. En segundo lugar, alega que la sentencia fija una doctrina sobre las normas infringidas que puede ser gravemente dañosa para los intereses generales, en tanto sienta un criterio de impunidad en relación con aquellas conductas colusorias de empresas vinculadas que, sin embargo, no comercializan productos en el mercado principal de referencia.

4. La Abogacía del Estado concreta la cuestión revestida de interés casacional objetivo en los siguientes términos: "(...) la determinación de si la intervención de una empresa en los actos constitutivos de un cártel, cuando dicha empresa no comercializa productos del mercado principal de referencia, y sí de un mercado vinculado o conectado al mismo, puede revestir los caracteres de tipicidad del artículo 61.1 LDC para considerarse infractora del artículo 1 LDC y 101 TFUE y por ello merece ser sancionada o se trata de una conducta impune por ser atípica".

TERCERO.- La admisión del recurso de casación.

1. Conforme recoge el auto de 29 de marzo de 2019 de la Sección de Admisión de esta Sala, no es posible obviar la existencia de precedentes autos de dicha Sección en relación con diversos recursos de casación preparados en relación con la citada resolución de la CNMC, de 26 de mayo de 2016 -Expdte. S/DC/0504/14 AIO-, que sanciona a varias empresas y a diversas personas físicas por la comisión de una infracción consistente en "la fijación del PVL de los AIO financiados por el Servicio Nacional de Salud (SNS) y distribuidos a través del canal farmacia y su mantenimiento hasta enero de 2014, así como por la implantación de una estrategia destinada a evitar o al menos retrasar el suministro de productos absorbentes para la incontinencia grave de orina en adultos (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".

Así, en los autos de 17 de enero de 2019 (recursos de casación núms. 4966/2018, *Fenin*, y 4067/2018, *Essity Spain* y *Essity Holding BV*), de 21 de enero de 2019 (recurso de casación núm. 3901/2018, *Laboratorios Hartmann* y *Paul Hartmann España*) y de 1 de marzo de 2019 (recurso de casación núm. 7889/2018, *Barna Import Medica*) se ha acordado la inadmisión de los recursos de casación preparados contra las sentencias desestimatorias dictadas por la Sección Sexta de la Audiencia Nacional por carencia manifiesta de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, al presentar el asunto un cariz marcadamente casuístico.

En cambio, en los autos de 3 de diciembre de 2018 (recurso de casación núm. 5280/2018, *Alfonsef Jaén*) y de 10 de diciembre de 2018 (recurso de casación núm. 5244/2018, *Aláez Usón*) se han admitido los recursos al apreciar la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en la cuestión consistente en "interpretar el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 25 de la Constitución Española, a fin de determinar si su aplicación exige necesariamente que la participación en la conducta infractora de los representantes legales de la persona jurídica o de las personas que integran sus órganos directivos lo sea a título de *cooperador/a necesario/a*, excluyéndose otro tipo de intervenciones de menor entidad o de simple complicidad en el hecho infractor".

2. El Abogado del Estado impugna la sentencia que estima el recurso interpuesto por TEXPOL al considerar que el mero conocimiento de la dinámica de funcionamiento del cártel (al haberse acreditado su participación en diversas reuniones) no constituye título de imputación de responsabilidad suficiente si la empresa no compete en el mercado principal de referencia. Y, sobre este particular, argumenta el Abogado del Estado, en resumen, que se trata de un asunto especialmente relevante, solicitando que esta Sala Tercera fije jurisprudencia a fin de determinar si la intervención de una empresa en los actos constitutivos de un cártel, aun cuando no comercialice productos en el mercado principal de referencia -pero sí en un mercado vinculado o conectado al mismo- puede considerarse una conducta típica con arreglo a lo dispuesto en el artículo 61.1 LDC en relación con el artículo 1 del mismo texto legal y con el artículo 1 TFUE.



3. El Abogado del Estado pone de manifiesto, en primer lugar, la existencia de otros nueve recursos contra la misma resolución sancionadora de la CNMC, de 26 de mayo de 2016, que han sido resueltos por la Audiencia Nacional. De ellos, puntualiza, todos los recursos presentados por las empresas sancionadas han sido desestimados -excepto el que da origen a este recurso de casación- deduciendo, de ahí, la existencia de una doctrina contradictoria respecto de la aplicación de los artículos 1 y 61.1 LDC.

Sin embargo, en relación con las sentencias de la Audiencia Nacional que trae a colación, no es posible constatar la concurrencia de una doctrina contradictoria. En efecto, el supuesto previsto en el artículo 88.2.a) LJCA no se aplica a resoluciones dictadas por el mismo órgano jurisdiccional; esto es, se requiere de una *alteridad* que no se aprecia en los ejemplos aportados pues todas las sentencias han sido dictadas por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

4. Pero, además de las sentencias de la Audiencia Nacional referidas, el Abogado del Estado señala la existencia, en la sentencia que aquí recurre, de una doctrina contradictoria con la sentada por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de julio de 2016 (recurso de casación núm. 2946/2013, *Productores de Uva y Jerez*) y de 1 de abril de 2016 (recurso de casación núm. 3691/2013, *Bofill Arnán y BCN Aduanas y Transportes*), así como con la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de noviembre de 2017 (Asunto T-180/15) que aplica la doctrina de la previa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de octubre de 2015 (Asunto C-194/14 P, *AC-Treuhand/Comisión*). Lo que subraya, básicamente, el Abogado del Estado por lo que concierne a estas sentencias es que, en ellas, se parte de la irrelevancia del mercado en que operen las partes cuando se trata de sancionar conductas anticompetitivas; esto es, que la participación en acuerdos colusorios y su sanción no se refiere únicamente a las empresas activas en el mercado afectado por las restricciones de la competencia.

5. En definitiva, parece necesario un pronunciamiento de esta Sala a fin de aclarar el grado de imputación de responsabilidad, o su exclusión, de las empresas que, participando o conociendo de la existencia de un cártel, no operan, sin embargo, en el mercado principal afectado por las prácticas colusorias.

CUARTO.- La cuestión que plantea interés casacional.

El auto de 29 de marzo de 2019 de la Sección de Admisión declara que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar los artículos 1 y 61.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la jurisprudencia que los interpreta, a fin de determinar el grado de responsabilidad (o, en su caso, su exclusión) de aquellas empresas que tienen conocimiento de la dinámica de una práctica colusoria (como pueda ser un cártel), o la facilitan, pero no compiten en el mercado afectado.

QUINTO.- Precedentes y doctrina jurisprudencial.

A) Planteamiento.

Han quedado expuestos los antecedentes de este asunto y las razones por las que se ha admitido el recurso de casación, ciñéndose, en principio, a la cuestión que presente interés casacional en los términos que se acaban de recoger. En definitiva, aclarar el grado de responsabilidad, o su exclusión, de las empresas que, participando o conociendo de la existencia de un cártel, no operan, sin embargo, en el mercado principal afectado por las prácticas colusorias.

A partir de aquí debemos examinar el recurso de casación.

B) Los precedentes del Tribunal Supremo.

Sin duda, a nuestro juicio, la sentencia precedente más relevante a los efectos de examinar el alcance del presente recurso es la dictada por esta Sala el 1 de abril de 2016 -recurso de casación núm. 3691/2013-. Tanto las partes como el auto de admisión así parecen también darlo a entender.

Dicha sentencia dice, en lo que ahora interesa:

"TERCERO.- (...) la resolución anulada considera que Bofill Arnán S.A. es infractora directa, a título personal y no por derivación solidaria de responsabilidad, de la infracción sancionada, porque al igual que BCN participó en el cartel de empresas del transporte, distorsionó el mercado y se benefició del mismo.

La sentencia impugnada tiene por acreditado que Bofil Arnán S.A., que fue la empresa recurrente en la instancia, y BCN Aduanas y Transportes S.A., comparten la misma sede social, los mismos accionistas, la misma estructura y composición de Consejo de Administración, y en la época objeto de las actuaciones administrativas el mismo Director General, por lo que consideró que estaban sujetas a una misma dirección y formaban parte del mismo grupo empresarial, si bien ninguna de las dos empresas tenía un control sobre la otra, y como las prácticas anticompetitivas se produjeron en el ámbito del sector del transporte por carretera,



en el que no actuaba la empresa recurrente, cuyo ámbito de actividad estaba limitado al sector del transporte marítimo y aéreo, estimó que los datos de unidad de dirección e integración en el mismo grupo empresarial eran "insuficientes para declarar la responsabilidad solidaria de la hoy recurrente por la actuación desarrollada por la otra empresa".

El artículo 61 LDC, en su primer apartado, considera sujetos infractores a las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la Ley y, al lado de esta declaración de responsabilidad por actos propios, el apartado segundo del mismo precepto también contempla la posibilidad de imputación por actos ajenos, al señalar que también será imputable la actuación de una empresa a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas. La sentencia impugnada estimó que en el presente caso no concurrían elementos suficientes para declarar la responsabilidad de la empresa recurrente por actos de otra empresa, pero al realizar dicho análisis confundió el título de imputación de la resolución sancionadora, que no había considerado a la empresa recurrente responsable por la actuación de otra empresa, de conformidad con el artículo 61.2 LDC, sino que declaró la responsabilidad de la empresa recurrente contemplada en el artículo 61.1 LDC, por estimar que había realizado por sí misma las acciones descritas como infracciones en la LDC. (...)

Pero no solamente Bofill Arnan, S.A. estuvo presente, a través de su Director General, en las reuniones de coordinación del cártel, sino que también intervino en la ejecución de alguno de sus acuerdos y participó de los beneficios que procuraban determinadas prácticas anticompetitivas.

Aunque ya hemos indicado que el cártel tenía por objeto acordar conductas en el ámbito del sector del transporte de mercancías por carretera, sin embargo en su seno se adoptaron unos acuerdos en los que participó también la empresa recurrente, a pesar de que su actividad se desarrollaba en los sectores diferentes del transporte marítimo y aéreo.

Los acuerdos adoptados por los empresarios en el cártel, en los que participaron Bofil Arnan, S.A. y BCN Aduanas y Transportes, S.A., a través de su representante común, el Director General de ambas empresas, se referían a las siguientes cuestiones principalmente: a) recargo por incremento del carburante, b) incremento anual de tarifas en función del IPC, c) repercusión por el pago de peajes y d) pacto de no agresión en relación con los empleados de las otras empresas del cártel, y así como los tres primeros pactos parecen restringidos por su naturaleza a las empresas de transporte terrestre de mercancías, el último pacto, que se hizo efectivo a partir de la reunión de 3 de marzo de 2005, manteniéndose desde entonces vigente hasta que finalizaron las reuniones del cártel, no se limitó específicamente a dicho sector del transporte terrestre, sino que se aplicó -y benefició- a todas las empresas que participaban en el cártel, incluida la empresa recurrente.

La sentencia recurrida incorpora en su narración de hechos probados las referencias precisas de reuniones en las que participó la representación de la empresa recurrente y se adoptaron acuerdos relativos a la no contratación de empleados de otras empresas participantes en el cártel.

Todos los anteriores datos fácticos son suficientes para sostener la responsabilidad de la empresa recurrente por sus propios actos, que la resolución sancionadora de la CNC consideró constitutivos de infracciones de la LDC.

Como afirma el Abogado del Estado, Bofill Arnan S.A. es infractora directa, a título personal y no por derivación solidaria de responsabilidad, de la infracción sancionada, porque al igual que BCN Aduanas y Transportes S.A., participó en el cártel, distorsionó el mercado y se benefició de dicha participación.

Estimamos, por tanto, que la sentencia impugnada ha infringido el artículo 61.1 LDC, como denuncia el motivo único del recurso del Abogado del Estado, al no haber apreciado la responsabilidad de la empresa recurrente por su intervención en los hechos que declaró acreditados.

También la Abogacía del Estado invoca la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2016 (recurso de casación núm. 2946/2013, *Productores de uva y vinos de Jerez*) sobre participación en la conducta colusoria de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, en la que se examinó y reconoció la posibilidad de declarar responsable de realizar una práctica anticompetitiva a un órgano de la Administración Pública.

C) La doctrina del Tribunal de Justicia y del Tribunal General de la Unión Europea.

La Abogacía del Estado hace hincapié en la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2017 (Asunto T-180/15) que aplica la doctrina de la previa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de octubre de 2015 (Asunto C-194/14 P, *AC-Treuhand/Comisión*).

Así cabe destacar:



"97 Procede recordar que no hay nada en la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, que indique que la prohibición que establece se refiera únicamente a las partes en los acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por éstos (sentencia de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand/Comisión, C-194/14 P, EU:C:2015:717, apartado 27).

(...)

100 Además, cuando se trata de acuerdos y prácticas concertadas con un objetivo contrario a la competencia, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la Comisión debe demostrar, para declarar la participación de una empresa en la infracción y su responsabilidad por los distintos aspectos que conlleva, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que podía de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (véase la sentencia de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand/Comisión, C-194/14 P, EU:C:2015:717, apartado 30 y jurisprudencia citada).

101 A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado, en particular, que los modos pasivos de participación en la infracción, como la presencia de una empresa en reuniones en las que se han concluido acuerdos con un objeto contrario a la competencia, sin oponerse expresamente a ellos, reflejan una complicidad que puede conllevar su responsabilidad en virtud del artículo 101 TFUE, apartado 1, ya que la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y dificulta que se descubra (véase la sentencia de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand/Comisión, C-194/14 P, EU:C:2015:717, apartado 31 y jurisprudencia citada).

102 Si bien el Tribunal de Justicia ha señalado que un "acuerdo" en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, hace referencia a la manifestación de la voluntad concordante de las partes de comportarse en el mercado de una forma determinada y que los criterios de coordinación y cooperación constitutivos de una "práctica concertada" en el sentido de dicha disposición deben interpretarse a la luz de la lógica inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado, según la cual todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que pretende seguir en el mercado común, de estas consideraciones no se deriva que los conceptos de acuerdo y de práctica concertada presupongan una limitación recíproca de la libertad de acción en un mismo mercado en el que operen todas las partes (sentencia de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand/Comisión, C-194/14 P, EU:C:2015:717, apartados 32 y 33).

103 Por otra parte, no cabe deducir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el artículo 101 TFUE, apartado 1, se refiera únicamente, bien a las empresas activas en el mercado afectado por las restricciones de la competencia o incluso en los mercados anteriores, posteriores o similares a dicho mercado, bien a las empresas que limiten su autonomía de comportamiento en un mercado determinado en virtud de un acuerdo o de una práctica concertada. En efecto, es jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia que la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, se refiere con carácter general a todos los acuerdos y prácticas concertadas que, en relaciones horizontales o verticales, falseen la competencia en el mercado común, con independencia del mercado en el que operen las partes y de que sólo el comportamiento comercial de una de ellas resulte afectado por los términos de los pactos de que se trate (véase la sentencia de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand/Comisión, C-194/14 P, EU:C:2015:717, apartados 34 y 35 y jurisprudencia citada).

104 Ha de subrayarse también que el objetivo principal de la prohibición establecida en el artículo 101 TFUE, apartado 1, es garantizar el mantenimiento de una competencia no falseada en el interior del mercado común y que su plena eficacia implica que comprenda la contribución activa de una empresa a una restricción de competencia, aunque dicha contribución no se refiera a una actividad económica que forme parte del ámbito del mercado pertinente en el que esa restricción se materialice o tenga por objeto materializarse (véase la sentencia de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand/Comisión, C-194/14 P, EU:C:2015:717, apartado 36 y jurisprudencia citada)".

SEXTO.- El examen del recurso de casación. Sobre el grado de responsabilidad (o, en su caso, su exclusión) de aquellas empresas que tienen conocimiento de la dinámica de una práctica colusoria o la facilitan, pero no compiten en el mercado afectado.

1. A la luz de los anteriores precedentes, conforme al planteamiento del auto de admisión y la cuestión que presenta interés casacional, atendidos los razonamientos del Abogado del Estado y la oposición de la parte recurrida, debemos examinar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional que anuló la multa impuesta a TEXPOL por la resolución de la CNMC.



2. En la resolución anulada, la CNMC determinó la responsabilidad de TEXPOL por sus propios actos, dirigidos a la consecución de los objetivos de la infracción sancionada, aunque esta empresa no estuviera presente en el mercado directamente afectado por el cártel (comercialización de AIO financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados en el canal farmacia), sino en el canal hospitalario o institucional que, según sostiene el Abogado del Estado y al contrario de lo que afirma la sentencia recurrida cuando dice que no se mencionan mercados conexos, fue analizado conjuntamente con el canal farmacia en el apartado IV de la resolución de la CNMC (Mercado afectado).

Por eso, aunque TEXPOL no comercializara pañales en el canal farmacéutico, la resolución de la CNMC había acreditado:

(i) Que TEXPOL era miembro de Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIM) desde 1995, participando en reuniones del GTAIO, de acuerdo con la información obrante en el expediente, tal y como han reconocido FENIN y la propia TEXPOL.

(ii) Que TEXPOL permitía la participación en dichas reuniones de directivos de ALBASA, que participaban en representación de TEXPOL, si bien la mayor parte de las veces se trataba de directivos que pertenecían a las mismas empresas, como Mercé Vilamú, Sales and Marketing Manager de TEXPOL-ALBASA desde julio de 2010 a mayo de 2013.

(iii) Que eran los productos fabricados por ALBASA, bajo marca TEXPOL, los que comercializaba ALBASA en el sector farmacéutico, siendo también TEXPOL la titular de los códigos de producto financiado (cupón precinto) de AIO desde 1996.

Por lo tanto, la resolución no circunscribe la actividad de TEXPOL a la comercialización de AIO en el sector hospitalario, sino que expone su titularidad sobre productos financiados y su alianza comercial con ALBASA.

(iv) Que TEXPOL y ALBASA pertenecían hasta 2013 a los mismos propietarios (familia Victorio) si bien en mayo de 2013 INDAS adquirió el negocio de incontinencia que venía desarrollando la familia Victorio a través de ALBASA, TEXPOL y BLACTESA, cediendo TEXPOL a ALBASA la titularidad de los cupones precinto y renunciando a comercializar AIO.

3. No hay nada en la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, que indique que la prohibición que establece se refiera únicamente a las partes en los acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por éstos.

La intervención de una empresa en los actos constitutivos de un cártel, aun cuando no comercialice productos en el mercado principal de referencia -pero sí en un mercado vinculado o conectado al mismo- puede considerarse una conducta típica con arreglo a lo dispuesto en el artículo 61.1 LDC en relación con el artículo 1 del mismo texto legal y con el artículo 1 TFUE.

Se parte de la irrelevancia del mercado en que operen las partes cuando se trata de sancionar conductas anticompetitivas; esto es, que la participación en acuerdos colusorios y su sanción no se refiere únicamente a las empresas activas en el mercado afectado por las restricciones de la competencia.

No cabe deducir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el artículo 101 TFUE, apartado 1, se refiera únicamente, bien a las empresas activas en el mercado afectado por las restricciones de la competencia o incluso en los mercados anteriores, posteriores o similares a dicho mercado, bien a las empresas que limiten su autonomía de comportamiento en un mercado determinado en virtud de un acuerdo o de una práctica concertada. En efecto, es jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia que la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, se refiere con carácter general a todos los acuerdos y prácticas concertadas que, en relaciones horizontales o verticales, falseen la competencia en el mercado común, con independencia del mercado en el que operen las partes y de que sólo el comportamiento comercial de una de ellas resulte afectado por los términos de los pactos de que se trate.

4. Resultaría así que la participación activa en una práctica restrictiva constituye un supuesto punible ex artículos 1 LDC y 101 TFUE, incluso si el partícipe activo no forma parte del mercado de referencia, sea en este caso por su condición de partícipe en un mercado conexo.

Ante hechos similares, la sentencia recurrida, frente a la doctrina sentada por esta Sala en la sentencia de 1 de abril de 2016 (recurso de casación núm. 3691/2013) declaró atípica la actuación de la empresa TEXPOL cuya participación en los actos constitutivos de la conducta colusoria, basada en una interpretación de los artículos 1 y 61.1 LDC respecto de la responsabilidad de las empresas que participan en dichas conductas sin estar presentes en el mercado afectado que no era correcta y además no tuvo en consideración que la resolución sancionadora si había valorado los mercados conexos.



Lo contrario permitiría sentar un criterio de impunidad en relación con aquellas conductas colusorias de empresas vinculadas que, sin embargo, no comercializan productos en el mercado principal de referencia.

En definitiva, aunque la empresa sancionada no forme parte del mercado principal afectado, sino de un mercado conexo o relacionado, si su participación, como es el caso, facilitó la colusión, aunque no obtenga un beneficio explícito directo, pero cuya presencia e intervención, como quedó reseñado, beneficia al cártel, siquiera sea de forma indirecta, da lugar a la sanción impuesta, atendida la doctrina general que antes quedó expuesta.

Lo mismo cabe decir, no solo si el partícipe activo no forma parte del mercado de referencia, por su condición de partícipe en un mercado conexo como sucede en este caso, sino también, por su condición de Autoridad administrativa (en este sentido la sentencia de esta Sala ya mencionada de 18 de julio de 2016 -recurso de casación núm. 2946/2013- en la que se examina y acoge la posibilidad de declarar responsable de realizar una práctica a un órgano de la Administración Pública -en aquel caso la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía-).

5. Atendidas las circunstancias del caso relatadas en la resolución sancionadora y acreditadas en el expediente, la Sala "a quo", sin perjuicio del examen pormenorizado que ha hecho de este asunto, habría tenido que desestimar el recurso por resultar acorde con los artículos 1 y 61.1 LDC y 101 TFUE que una empresa que interviene en un cártel, con conocimiento de la dinámica de dicho cártel y facilita los acuerdos colusorios, como es el caso, es autora de una infracción en materia de competencia por la que debe ser sancionada, aunque participe en un mercado conexo con el mercado de referencia de la práctica colusoria. Sin que la condición de agente o participante en el mercado conexo pueda servir de eximente de responsabilidad cuando queda documentada la intervención activa de la empresa en las prácticas colusorias, como ha sucedido en este caso y resulta de la lectura de la resolución sancionadora.

SÉPTIMO.- Sobre la fijación de doctrina.

Atendidas los anteriores fundamentos debe fijarse la siguiente jurisprudencia sobre la cuestión de interés casacional objetivo: constituye infracción en materia de competencia la conducta de una empresa que participa activamente en los actos de constitución de un cártel aunque dicha empresa no comercialice productos en el mercado principal de referencia pero si lo haga en un mercado conexo del de referencia, y cuya intervención activa en las prácticas colusorias debe ser corregida mediante la imposición de la correspondiente sanción, debiendo interpretarse en dicho sentido los artículos 1 y 61.1 LDC en relación con el artículo 101 TFUE.

En consecuencia, debe estimarse el recurso de casación del Abogado del Estado y casar la sentencia recurrida.

OCTAVO.- El recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la CNMC.

La casación de la sentencia de la Audiencia Nacional impone examinar el inicial recurso contencioso-administrativo de TEXPOL.

1. En el extenso escrito de demanda constan otros motivos de impugnación de la resolución de la CNMC, adicionales al que se estima por la Sala de instancia, sobre los que no existe pronunciamiento en la sentencia impugnada. Y la parte hoy recurrida -y entonces actora- se refiere a los siguientes:

- Motivo de impugnación segundo: infracción de los artículos 25 de la Constitución y 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC), derivada de la ausencia de culpabilidad de TEXPOL en la conducta relacionada con la fijación del precio de venta de laboratorio de los AIO, al haber inducido la administración las actuaciones de los fabricantes de AIO.

- Motivo de impugnación tercero: infracción del principio de tipicidad (artículo 129.1 de la LRJAP y PAC), al declarar que la conducta consistente en la interposición de recursos administrativos y contencioso-administrativos tiene carácter anticompetitivo.

- Motivo de impugnación cuarto: en relación con la imposición de una sanción a la actora por la presunta infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE: (i) no cabe imponer a TEXPOL y a ALBASA dos sanciones diferentes en la medida en que las dos empresas han de tenerse como una unidad económica a los efectos de la aplicación de la LDC y del TFUE y merecen una única sanción; (ii) la infracción de los principios de proporcionalidad e igualdad de trato en la determinación de la sanción impuesta, como consecuencia de la errónea asignación de un volumen de negocios a TEXPOL en el mercado afectado por las conductas sancionadas; (iii) la infracción del principio de tipicidad habida cuenta que las conductas objeto del expediente no reúnen las condiciones de cártel a las que se refiere el apartado segundo de la disposición adicional cuarta de la LDC; y (iv) la infracción del artículo 64.1 de la LDC como consecuencia de la incorrecta valoración de algunos de los criterios para la determinación del tipo sancionador global mínimo del 5,30%.



2. Pues bien, lo primero que debe señalarse es que, rechazado en sede casacional el motivo que dio lugar a la estimación de la demanda, y siendo los demás en gran medida análogos a los que la Audiencia Nacional ha rechazado respecto a otras empresas del cártel investigado en el mismo expediente y siendo firme y reiterada aquella doctrina, el resto de los motivos pierden en buena medida su virtualidad.

Y la actora conoce aquellas sentencias. Así nos referimos, al menos, a los recursos interpuestos por las distintas empresas o entidades allí sancionadas y que han dado lugar a las sentencias de 20 de marzo de 2018 -recurso núm. 374/2016 de Laboratorios Hartmann, S.A. y Paul Hartmann España, S.L.U.-; 6 de abril de 2018 -recurso núm. 363/2016 de Sca Hygiene Products, S.L. y Laboratorios Indas, S.A.U.-; 16 de mayo de 2018 -recurso núm. 345/2016 de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)-; y 26 de junio de 2018 -recurso núm. 364/2016 de Barna Import Médica, S.A.-. Prescindimos de las dictadas respecto a personas físicas declaradas responsables que presentan un interés distinto y cuestiones jurídicas diferentes.

3. La actora, en caso de que se estime el recurso de casación, como así ha sido, considera procedente que se devolvieran las actuaciones a la Sala de instancia para que se pronunciara a su vez sobre los restantes motivos de impugnación.

Entendemos que, en este caso, puede sostenerse que no hay necesidad de devolver las actuaciones a la Sala de instancia para que se pronunciase acerca de algunos de los motivos de impugnación contenidos en el escrito de demanda (motivos segundo y tercero), pues su contenido presenta similitudes notables con el de algunos de los motivos de impugnación que se han desestimado en las sentencias dictadas por la Sala de instancia en los recursos contencioso administrativos de terceras empresas también sancionadas en la resolución de la CNMC (por ejemplo, en la sentencia recaída en el recurso núm. 363/2016 y las demás que quedaron citadas).

La propia interesada admite que los motivos segundo y tercero vienen a ser similares a los de los restantes recursos que la Audiencia Nacional ha examinado -y rechazado- en todos los asuntos vinculados al expediente reseñado.

4. Veamos, en todo caso, los principios cuya vulneración se denuncia.

a) Sobre el principio de culpabilidad.

Como resulta de la resolución de la CNMC y del escrito de la Abogacía del Estado, ha quedado acreditado que las entidades incoadas conocían y eran conscientes de la ilicitud de las conductas desarrolladas durante el período individualizado para cada empresa. Así, el 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, son elementos suficientes para concluir la existencia de una actuación consciente y buscada por las empresas partícipes en la conducta, sin que la naturaleza de ésta ni la experiencia en el mercado y capacidad de medios personales y económicos de las entidades partícipes permita que pueda apreciarse el desconocimiento del carácter ilícito del comportamiento por parte de ninguna de ellas. Al contrario, la referencia en los intercambios de correos al concepto de confidencial o documento interno, respecto de documentos vinculados a la conducta analizada, denotan en el elemento de ocultación derivado del conocimiento del carácter ilícito de la práctica.

De la documentación obrante en el expediente se desprende que las entidades partícipes contribuyeron activamente a la puesta en práctica de la conducta; que existió la voluntad de participar en la práctica restrictiva, así como un conocimiento del objeto de la conducta, imprescindible para la operativa del acuerdo.

Ha quedado acreditado que las empresas imputadas han intervenido de forma directa en la adopción de los acuerdos anticompetitivos, siendo FENIN el medio a través del cual dichos acuerdos se adoptaron e implementaron por las empresas asociadas que formaron el GTAIO en el seno de FENIN.

b) Sobre el principio de tipicidad.

Al margen de las consideraciones que se han hecho en el fundamento de derecho sexto al examinar la cuestión que ha dado lugar a la admisión del recurso de casación, conviene recordar, con la resolución administrativa, que:

"Para la consecución del objetivo de mantener el suministro de los AIO a pacientes no hospitalarios a través del canal farmacéutico, tras la fijación del PVL, las empresas miembros del GTAIO concertaron en el seno de dicho grupo tanto los términos de las negociaciones llevadas a cabo con el resto de agentes como la línea a seguir respecto a los concursos públicos convocados por diferentes Administraciones sanitarias para la adquisición y posterior suministro de AIO a pacientes no hospitalizados, acordando la presentación de recursos administrativos y contencioso-administrativos contra los concursos públicos convocados a partir de los años '90, primero por el INSALUD y posteriormente por las Administraciones sanitarias autonómicas, con



la intención de frenar o al menos demorar dichos expedientes de licitación pública para suministro de AIO a residencias, centros de salud y ambulatorios".

Ya en los autos de inadmisión dictados por la Sección Primera de esta Sala con fecha 17 de enero de 2019 -recursos de casación núm. 4966/2018 y 4067/2018-, 21 de enero de 2019 -recurso de casación núm. 3901/2018- y 1 de marzo de 2019 -recurso de casación núm. 7889/2018- todos ellos respecto a las sentencias desestimatorias de la Audiencia Nacional ya citadas, se hace mención de la litigación abusiva en concursos públicos.

En otro orden de cosas nada impide la imposición de sanciones diferentes a TEXPOL y Algodones de Bages, S.A. (ALBASA), sin perjuicio de la conexión que puede existir entre ambas, atendidas sus diferencias y distinta participación. Salvo error ALBASA -a la que se impuso una sanción de 251.456 euros, de cuyo importe responderá solidariamente Laboratorios Indas, S.A.U. hasta un importe de 14.987 euros y Domtar Lux Holdings, SARL, hasta un importe de 1.665 euros-, no habría recurrido.

c) Sobre el principio de proporcionalidad.

Los criterios tenidos en cuenta para la determinación de la sanción se contienen detallados en la resolución recurrida. Criterios que han sido sancionados por las reseñadas sentencias de la Audiencia Nacional. A las mismas nos remitimos así como a la resolución de la CNMC (fundamento de derecho sexto, apartados 6.1 a 6.4).

Como señala el Abogado del Estado, las sanciones 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.

En la ya citada sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de abril de 2018 -recurso núm. 363/2016- respecto a la allí sancionada dentro del mismo cártel se dice:

"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 SCA, el volumen de negocios en el mercado afectado es de 791.771.525 euros, y la correspondiente cuota de participación del 24,37%.

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 6,5%, y a una consiguiente sanción de 35.144.767 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 SCA en su extensa demanda al referirse a que "La conducta no podía ser calificada de cártel", "La conducta tuvo una duración inferior al sostenido por la CNMC", "La Resolución no tuvo en cuenta la especial intervención de la Administración en la conducta", o "La multa impuesta a SCA no cumplía con los requisitos de los artículos 63 y 64 de la LDC, tal y como han sido interpretados por la Jurisprudencia", reiterando argumentos ya desechados en los razonamientos que anteceden".

Dichos criterios son aquí trasladables, en análogos términos a los de las restantes sentencias ya citadas.

5. En consecuencia, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 26 de mayo de 2016 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) -Expdte. S/DC/0504/14 AIO- y la multa que se impone a TEXPOL por importe de 801.738 euros.

NOVENO.- Sobre las costas.

Al estimarse el recursos de casación, de conformidad con los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y tampoco procede la imposición de las costas de instancia, pues la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas al litigante vencido.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, tras fijar la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto en el precedente fundamento jurídico séptimo de esta sentencia:

- 1) Declarar haber lugar al presente recurso de casación núm. 7880/2018 interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación legal y asistencia letrada que legalmente ostenta de la Administración General del Estado, contra la sentencia de 29 mayo de 2018, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso núm. 369/2016, que anulamos.
- 2) Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad Textil Planas Oliveras, S.A. contra la resolución de 26 de mayo de 2016 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -Expdte. S/DC/0504/14 AIO-.
- 3) Sin imposición de las costas de casación ni de las de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espín Templado D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D^a. María Isabel Perelló Domenech

D. José María del Riego Valledor D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.