



Roj: **SAN 1279/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:1279**

Id Cendoj: **28079230062020100108**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/05/2020**

Nº de Recurso: **777/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000777 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07178/2015

Demandante: GRIFOLS, S.A.

Procurador: D. GONZALO HERRÁIZ AGUIRRE

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **777/2015** promovido por el Procurador D. Gonzalo Herráiz Aguirre, en nombre y representación de **GRIFOLS, S.A.**, contra la Resolución dictada en fecha 16 de octubre de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente sancionador SNC/DC/0037/15 GRIFOLS por la que se le impone una sanción de multa por importe de 106.500 euros y contra la Resolución dictada por el Secretario del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en fecha 21 de diciembre de 2015 que inadmite la solicitud de acceso a determinada información del expediente SNC/DC/0037/15. 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 que se dicte sentencia estimatoria por la cual:

"Primero. Declare nula de pleno Derecho o, subsidiariamente, anule en su integridad la Resolución de 16 de octubre de 2015 adoptada en el marco del expediente sancionador SNC/DC/0037/15 GRIFOLS por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que declara la existencia de una infracción del artículo 62.3.d) de la LDC, siendo responsable de dicha infracción Grifols, S.A., sancionando a esta con una multa de 106.500 euros. Y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a la CNMC a reembolsar a Grifols, S.A. la sanción abonada más los intereses que sean de aplicación.

Segundo. Subsidiariamente respecto de la pretensión anterior, con plena jurisdicción anule la Resolución citada y reduzca la mencionada multa al importe de 2.130 euros conforme a los criterios atenuantes expuestos por los consejeros disidentes en sus votos particulares. Y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a abonar a Grifols, S.A. la diferencia que resulte entre la sanción ya abonada y su reducción, con los intereses que puedan ser de aplicación.

Tercero. Adicionalmente, en caso de que se estime el recurso en su integridad o parcialmente, se publique por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la sentencia estimatoria y una nota de prensa relativa al sentido de la sentencia en su sitio web, que deberá figurar en la página en la que se encuentra publicada la documentación relativa al expediente administrativo, en la sección de novedades de la página de inicio (donde deberá permanecer al menos tres días) y en la página en la que se encuentra el archivo de novedades a partir de ese momento.

Asimismo, que se ordene a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la publicación de la parte dispositiva de la sentencia estimatoria que recaiga en el presente procedimiento contencioso-administrativo en un periódico de tirada nacional a su costa.

Cuarto. Condenen en costas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia".

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

TERCERO.- Una vez practicadas las pruebas admitidas, se concedió a las partes trámite de conclusiones y una vez presentados los correspondientes escritos quedaron las actuaciones pendientes para votación y fallo cuando por turno le correspondiera. Y se fijó para ello la audiencia del día 11 de marzo de 2020.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso la mercantil GRIFOLS, S.A. impugna dos resoluciones administrativas:

1. La Resolución de 16 de octubre de 2015 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en el expediente sancionador SNC/DC/0037/15 GRIFOLS que acuerda:

"PRIMERO. Declarar que la ejecución de la adquisición por GRIFOLS, S.A. de determinados activos de NOVARTIS INTERNATIONAL AG llevada a cabo el 9 de enero de 2014 sin haber sido previamente notificada a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, supone una infracción grave del artículo 62.3.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a GRIFOLS, S.A.

SEGUNDO. Imponer a GRIFOLS, S.A. la sanción de 106.500 euros conforme al artículo 63.1.b) de la citada Ley.

TERCERO. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución".

2. La Resolución dictada por el Secretario del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en fecha 21 de diciembre de 2015 que inadmite la solicitud de acceso a información del expediente SNC/DC/0037/15 GRIFOLS en relación con la ponencia de propuesta de resolución dictada por el Consejero don Casimiro. Inadmisión que se apoya en lo dispuesto en el artículo 18.1.b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, de acceso a la información pública y buen Gobierno.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente se solicita la nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas y ello en virtud de las siguientes consideraciones.



Niega que su conducta pueda ser considerada como infracción administrativa grave tipificada en el artículo 62.3.d) de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con los artículos 8.1 y 9.1 de la misma. Asimismo, niega que, en su caso, concorra culpabilidad o negligencia en la comisión de la conducta imputada.

Apoya su defensa refiriendo que, en relación con la operación de adquisición de activos de Novartis, no tenía obligación de realizar la notificación previa a la CNMC para obtener autorización ya que no concurrían los requisitos legales exigidos en el artículo 8.1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Y ello porque entiende que el volumen de negocios de Novartis en el mercado afectado por la adquisición no superaba en el último ejercicio contable - año 2012- la cantidad de 50 millones de euros. Y, además, porque en el mercado afectado no se tenía una cuota individual o conjunta igual o superior al 50%.

Para alcanzar dicha conclusión refiere que si se aceptara, a efectos meramente hipotéticos, que el mercado afectado por la adquisición de activos de NOVARTIS implicó la adquisición de su negocio de diagnóstico de transfusiones sanguíneas mediante test NAT - como así sostiene la CNMC- entonces, en ese caso, según refiere la recurrente, como Novartis había utilizado el test NAT en 902.000 muestras de las 1.808.000 unidades de sangre donadas que constituían el total del mercado, la consecuencia es que la cuota de mercado de Novartis era del 49,89 %. A juicio de la recurrente, para determinar la cuota de mercado debe estarse al número de unidades válidamente analizadas. Y no, como sostiene la CNMC, entre la facturación y el número de test o kits vendidos.

Sin embargo, la mercantil recurrente no comparte la determinación del mercado afectado por la operación de concentración que ha tenido en cuenta la CNMC para determinar la cuota de mercado afectado por la adquisición. En esta línea argumenta que, en la determinación del volumen del negocio adquirido, debe incluirse la totalidad de las pruebas de diagnóstico efectuadas mediante la tecnología de los test NAT que incluye, por una parte, las unidades de sangre donadas para su posterior transfusión y, por otra parte, el análisis de los tejidos y órganos para su posterior donación, así como el análisis del plasma para la fabricación de medicamentos derivados de hemoderivados. Y en esa valoración conjunta, según el recurrente, tampoco se alcanzaría el 50% del volumen en el mercado afectado.

Asimismo, niega que pueda apreciarse culpabilidad en su conducta ya que actuó con diligencia por cuanto, con carácter previo a la adquisición de los activos de NOVARTIS, realizó una autoevaluación con los datos de que disponía en ese momento y, en ningún caso, en ese cálculo previo se obtuvo la cuota del 50% en discusión. Por ello considera que efectuó una estimación razonable que impide sancionarle.

Por otra parte, refiere que la resolución sancionadora carece de motivación; la cuantía de la multa impuesta es desproporcionada y, además, se vulnera el principio de igualdad.

Finalmente, sostiene que se le ha causado indefensión por cuanto se le ha denegado el derecho a acceder a la propuesta de resolución efectuada por el consejero D. Casimiro que no figura en el expediente administrativo.

TERCERO.- Centrado el objeto de debate corresponde a esta Sala analizar si la conducta realizada por la recurrente GRIFOLS, S.A. encaja en la conducta tipificada como infracción grave en el artículo 62.3.d) de la Ley de Defensa de la Competencia que tipifica como tal: *"La ejecución de una concentración sujeta a control de acuerdo con lo previsto en esta Ley antes de haber sido notificada a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o antes de que haya recaído y sea ejecutiva resolución expresa o tácita autorizando la misma sin que se haya acordado el levantamiento de la suspensión"*.

Para centrar adecuadamente el objeto del proceso debemos destacar los siguientes hechos que son incontrovertidos por las partes:

a) Mediante contrato de compraventa de acciones y activos de fecha 10 de noviembre de 2013, la mercantil recurrente GRIFOLS, S.A. adquiere a NOVARTIS INTERNATIONAL, AG *"el negocio de diagnóstico de transfusiones sanguíneas mediante el uso de tecnología de amplificación de ácidos nucleicos (NAT)"*. Acuerdo que se materializó en fecha 9 de enero de 2014.

La mercantil, GRIFOLS, S.A. se dedica a la investigación, desarrollo, fabricación, comercialización y distribución de medicamentos, principalmente hemoderivados, así como soluciones parenterales y productos sanitarios para el diagnóstico clínico y de laboratorio.

Y la mercantil NOVARTIS INTERNATIONAL, AG es una multinacional farmacéutica y sanitaria y los activos adquiridos correspondían a la unidad de diagnóstico de transfusiones sanguíneas que comprende innovadores métodos basados en pruebas sanguíneas y equipamiento para analizar e identificar infecciones y material genético viral en las donaciones de sangre.

b) La Dirección de Competencia inicia en febrero de 2014 una Información Reservada con el objeto de analizar si dicha operación de concentración era o no susceptible de notificación conforme a los dispuesto en los



artículos 7, 8 y 9 de la Ley de Defensa de la Competencia. Información Reservada que determinó el inicio de un procedimiento que finalizó con la Resolución dictada en fecha 25 de marzo de 2015 por la Sala de Competencia de la CNMC por la cual se consideró que la citada operación de concentración sí era susceptible de notificación obligatoria y acordó autorizar, sin condiciones, la concentración.

c) Posteriormente, la Dirección de Competencia acordó en fecha 22 de abril de 2015 incoar expediente sancionador contra GRIFOLS por posible incumplimiento de la obligación de suspensión de la ejecución de una operación de concentración con carácter previo a su notificación y autorización. Procedimiento sancionador que finalizó mediante la Resolución dictada por la Sala de Competencia de la CNMC en fecha 16 de octubre de 2015 que constituye el objeto del presente proceso.

CUARTO.- La recurrente impugna en este proceso la referida resolución sancionadora y, como hemos señalado anteriormente, niega que concurra tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del tipo infractor imputado.

Corresponde así a esta Sala analizar la concurrencia de ambos elementos del tipo infractor.

Pues bien, para que concurra el elemento objetivo deben darse dos requisitos: primero, que la operación de concentración en cuestión sea notificable con arreglo a lo dispuesto por la Ley de Defensa de la Competencia; y segundo, que dicha notificación se haya efectuado con posterioridad a la ejecución de la operación jurídica a través de la cual se instrumenta la operación de concentración. Y en el caso analizado la recurrente niega que se estuviera ante una operación de concentración que exigiera una autorización previa por parte de la CNMC ya que niega que el volumen de negocios en el mercado afectado de la mercantil NOVARTIS supere el 50% como así exige, entre otros requisitos, el artículo 8.1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

El artículo 8.1. en su letra a) de la LDC dispone que las operaciones de concentración que den lugar a una adquisición o incremento de una cuota de mercado superior al 30% del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo también deberán ser notificadas a la CNMC para su valoración, si bien quedan exentas del procedimiento de control todas aquellas concentraciones económicas en las que, aun alcanzando la mencionada cuota de mercado, el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros. Se exceptúan de esta última exención las operaciones en las que las empresas participes tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50% en cualquiera de los mercados afectados en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

Y de todos esos requisitos el único respecto del cual existe discrepancia entre la recurrente y la CNMC consiste en acreditar que se supera o no esa cuota del 50% en el mercado afectado. La CNMC ha considerado que, de acuerdo con el último ejercicio contable anterior a la operación de concentración -año 2012-, la cuota de mercado en volumen del negocio adquirido era del 51,37% atendiendo para su determinación al porcentaje fijado en el formulario de notificación presentado por GRIFOLS, S.A. en fecha 10 de marzo de 2015 que determinaba el inicio del procedimiento de control de concentraciones económicas.

Sin embargo, la recurrente considera que no es correcto ese porcentaje del 51,37% por cuanto refiere que ha sido errónea la determinación del mercado afectado por la adquisición que es el que, en su caso, deberá tenerse en cuenta para valorar el volumen de la empresa Novartis y su cuota de volumen en el mercado afectado por la operación de concentración.

No podemos desconocer que la CNMC ha determinado la cuota de mercado de Novartis en el mercado afectado siguiendo los datos proporcionados por la propia recurrente en el procedimiento de concentración económica iniciado por la CNMC. Y, en un principio, determinada así la cuota de mercado destacamos que ello implica ya el propio reconocimiento de la mercantil afectada. Sin embargo, también es cierto que, en el procedimiento sancionador ahora examinado, en el que debe prevalecer el derecho de presunción de inocencia, es posible desvirtuar la inexactitud de ese dato como así pretende ahora la recurrente.

Y en este punto, la discrepancia entre la recurrente y la CNMC está en la determinación de cuál es el mercado afectado por la operación de concentración económica y como debe determinarse el volumen de Novartis en el mercado relevante afectado por esa operación.

Esta Sala entiende que para la determinación de la cuota de mercado analizada es imprescindible analizar cuál ha sido el mercado que GRIFOLS ha adquirido de NOVARTIS. Y la propia recurrente, GRIFOLS, en el escrito presentado en fecha 10 de marzo de 2015 en el procedimiento C/0607/14 GRIFOLS-ACTIVOS NOVARTIS señaló que se había adquirido el negocio de diagnóstico de transfusiones sanguíneas mediante el uso de tecnología de amplificación de ácidos nucleicos (NAT) de NOVARTIS. Y en ese mismo escrito se especificó que el negocio NAT era *"el negocio para la comercialización en el segmento de los bancos o centros de transfusiones"*



de sistemas de test NAT en transfusiones sanguíneas con el objetivo de detectar posibles virus y bacterias como aquellos que causan la Hepatitis (B y C) y el Virus del Nilo Occidental".

Como así expone el Doctor en Medicina D. Gerardo , en el informe pericial aportado por la recurrente en este proceso, la tecnología NAT detecta la presencia de una infección viral activa (VIH, VCH y VHB) al analizar directamente los ácidos nucleicos virales. Asimismo, dicho perito señala que la tecnología NAT es utilizada para examinar sangre entera, plasma, otros derivados de la sangre y órganos y tejidos destinados a trasplante e investigación de enfermedades, así como para el diagnóstico de hemoderivados para la fabricación de medicamentos basados en el plasma humano. Y añade que el test de ácidos nucleicos es un proceso analítico molecular para detectar virus y bacterias. Se basa en una serie de reacciones para crear numerosas copias de ADN o ARN para identificar microorganismos, aun cuando estén presentes en un número muy pequeño en muestras biológicas.

Por tanto, como refiere en su informe el Doctor D. Gerardo , técnicamente es posible que la tecnología NAT pueda tener una finalidad analítica que va más allá de la de utilizarse para efectuar análisis previos a la transfusión de las unidades de sangre donadas. Y así puede servir también para realizar pruebas diagnósticas de tejidos y de órganos antes de su donación, así como para el diagnóstico de hemoderivados para la fabricación de medicamentos basados en el plasma humano.

Sin embargo, la adquisición de activos de NOVARTIS por parte de GRIFOLS no supuso la adquisición de la tecnología NAT con sus distintas finalidades ni usos diagnósticos. La propia mercantil ahora sancionada, GRIFOLS, en el escrito presentado en fecha 10 de marzo de 2015 en el procedimiento C/0607/14 GRIFOLS-ACTIVOS NOVARTIS señaló que se había adquirido el negocio de diagnóstico de transfusiones sanguíneas mediante el uso de tecnología de amplificación de ácidos nucleicos (NAT) de NOVARTIS. Y en ese mismo escrito se especificó que el negocio NAT era *"el negocio para la comercialización en el segmento de los bancos o centros de transfusiones de sistemas de test NAT en transfusiones sanguíneas con el objetivo de detectar posibles virus y bacterias como aquellos que causan la Hepatitis (B y C) y el Virus del Nilo Occidental"*.

Por tanto, debemos concluir que la adquisición afectó exclusivamente al negocio de diagnóstico de transfusiones sanguíneas mediante el uso de la tecnología de amplificación de ácidos nucleicos (NAT) de NOVARTIS. Y, en consecuencia, es este exclusivamente el mercado afectado por la operación de concentración económica y ese mercado debe ser la referencia para determinar el volumen de negocios en el ejercicio anterior a la adquisición para analizar si en el mismo se alcanza o supera el 50% en discusión.

Es cierto que en el informe pericial emitido por el Doctor D. Gerardo , aportado como prueba pericial por la parte actora y ratificado en vía judicial, se insiste en que como los usos que tienen los TEST NAT no solo afectan a los análisis de las muestras de sangre donadas para transfusiones sanguíneas sino también para donaciones de órganos y tejidos, debería incluirse ese negocio igualmente en la determinación de la cuota de mercado afectado. No obstante, esta Sala, que no discute la apreciación técnica en relación con los diversos usos de la tecnología NAT, concluye que la pericia únicamente puede alcanzar a las consideraciones técnico-médicas y que, por tanto, no podemos aceptar las conclusiones que el citado perito efectúa cuando analiza conceptos tales como "mercado relevante afectado" que exceden de su conocimiento técnico-medico e invade con ello campos propios de la valoración judicial.

Así, esta Sala concluye que, en el caso analizado, GRIFOLS ha adquirido de NOVARTIS únicamente los activos para el diagnóstico de transfusiones sanguíneas mediante el uso de la tecnología NAT para identificar infecciones y material genético viral para su posterior transfusión.

Delimitado así el mercado relevante afectado que ha sido objeto de adquisición por parte de GRIFOLS debemos ahora determinar la correspondiente cuota de mercado.

En este punto, la recurrente considera que NOVARTIS no alcanza el 50% y para ello refiere que, dada la peculiaridad del mercado adquirido, la cuota de mercado debe determinarse atendiendo a las donaciones de sangre efectuadas en el año 2012 de acuerdo con los datos proporcionados por el Sistema de Información del Sistema Nacional para la Seguridad Transfusional. Y esos datos señalan que en el año 2012 se alcanzó la cantidad de 1.808.000 de unidades de sangre donadas de las cuales NOVARTIS analizó 902.000 unidades frente a las 906.000 que efectuó la única competidora en ese mercado, la mercantil ROCHE. Y, según la recurrente, esas unidades de sangre donadas y analizadas implican un valor de 8.562.000 euros para NOVARTIS frente al valor de la empresa competidora, ROCHE, de 8.638.000 euros lo cual, a su juicio, implica un valor de uso de los test NAT que supuso para NOVARTIS alcanzar la cuota del 49,89% frente al 50,11% del único competidor, GRUPO ROCHE en España, en ese mercado. Es decir, la recurrente calcula la cuota de mercado atendiendo al uso de la tecnología de los test NAT según el número de donaciones de sangre, frente al criterio de la CNMC que atiende a la facturación obtenida por la venta de kits o test NAT que se suministran, así como el precio que abonan en su caso los clientes a quienes se suministran esos test.



Esta Sala acoge el criterio utilizado por la CNMC que implica que para determinar la cuota de volumen de negocio en el mercado adquirido se tenga en cuenta el beneficio obtenido y para ello se tiene en cuenta la facturación de NOVARTIS en el mercado analizado. Y ello porque entendemos que el volumen de negocio en el mercado afectado solo puede determinarse correctamente si se atiende a la facturación de NOVARTIS en el suministro a sus clientes de los test NAT ya que el criterio propuesto por la recurrente no implica obtener el volumen de negocio en si sino, en su caso, el uso de los test NAT en relación con las unidades de sangre donadas, pero al margen del precio abonado por los clientes de NOVARTIS en la adquisición de los test NAT.

Y siguiendo el criterio de la CNMC es claro que sí se había superado el 50% exigido en el artículo 8.1 de la LDC que exigía a GRIFOLS notificar previamente a la CNMC la operación de concentración económica para obtener su autorización antes de proceder a su ejecución. Criterio este que, además, es el seguido por GRIFOLS en el procedimiento de concentración económica iniciado por la CNMC en relación con la adquisición de activos a NOVARTIS.

QUINTO.- Por otra , la recurrente niega que se le pueda reprochar negligencia en su actuación por cuanto, de los datos de que disponía en el momento de la adquisición de los activos y de la autoevaluación de los datos de los que disponía, entendió que no era necesario notificar previamente a la CNMC la operación de concentración así realizada ya que NOVARTIS tenía una cuota de mercado que no alcanzaba el 50% sino que era del 49,89%.

Nuevamente rechazamos esa afirmación. En el caso analizado podemos apreciar en la conducta de la recurrente una culpabilidad, al menos, a título de simple negligencia ya que fue poco diligente en su conducta cuando el mismo reconoce que efectuó una autoevaluación estimativa con los escasos datos de que disponía en el momento de la adquisición de activos y que obtuvo una cuota de mercado del 49,89%; una cuota que se aproximaba muchísimo al umbral de notificación que era del 50% establecido en el artículo 8.1.a) de la LDC a partir del cual debía notificar a la CNMC la operación de concentración de forma previa a su ejecución. Y, sin embargo, a pesar de esa aproximación al umbral y dado que los resultados obtenidos podían ser poco certeros ya que se partía para su determinación de datos estimativos, sin embargo, la recurrente continuó con la ejecución de la operación de concentración sin asumir que la cuota de mercado así obtenida debía llevarle a ser más prudente y presumir que podían existir dudas bastante razonables de que podía estarse ante una operación de concentración que exigía notificación previa a la CNMC antes de su ejecución .

SEXTO. - Asimismo, la recurrente refiere que la sanción impuesta carece de motivación, es desproporcionada y vulnera el principio de igualdad.

La infracción grave imputada implicaba la posibilidad de imponer una sanción de multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa o empresas infractoras según dispone el artículo 62.3. d) de la LDC. Y, en este caso, se le ha impuesto la sanción de multa por importe de 106.500 euros que es el resultado de aplicar al volumen de negocios de GRIFOLS en el mercado nacional en el año 2012 el porcentaje del 0,05%.

Es difícil admitir la alegación de que se vulnera el principio de proporcionalidad cuando la CNMC ha aplicado el porcentaje del 0,05% estando el límite en el 5%. Por otra parte, tampoco se aprecia falta de motivación en la determinación del porcentaje del 0,05% ya que siguiendo la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015 (Caso AC-Treuhand/Comisión): *"A la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculos de la multa"*.

Asimismo, no puede valorarse la proporcionalidad invocada ni vulneración del principio de igualdad atendiendo a la actuación de la CNMC en otros expedientes sancionadores en los que, según la recurrente, se han aplicado porcentajes sancionadores menores que el que ahora se ha aplicado. La reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala que únicamente puede analizarse la posible vulneración del principio de igualdad si se ha otorgado un trato diferenciado a circunstancias que son idénticas. Y precisamente es difícil apreciar esa identidad de circunstancias entre la responsabilidad del ahora recurrente y las empresas sancionadas en otros expedientes sancionadores.

Finalmente, rechazamos la falta de motivación en la determinación del citado porcentaje sancionador por cuanto en la resolución sancionadora se especifican los criterios que han conducido a la fijación del 0,05% como porcentaje sancionador. Y esos criterios son: peso en cuota de mercado y volumen de negocios en el mercado relevante de la empresa adquirente y adquirida; el carácter negligente de la conducta; la duración durante el periodo de un año y dos meses de irregularidad; que fue una operación de concentración autorizada en primera fase y que no se aprecian amenazas para la competencia ni perjuicios concretos a los consumidores ni a otros operadores del mercado.



En consecuencia, esta Sección considera que la resolución sancionadora impugnada es ajustada a derecho y debe confirmarse.

SÉPTIMO.- Por otra parte, la recurrente también ha impugnado en este proceso la Resolución dictada por el Secretario del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en fecha 21 de diciembre de 2015 que inadmite la solicitud de acceso a determinada información del expediente SNC/DC/0037/15 GRIFOLS en relación con la ponencia de propuesta de resolución dictada por el Consejero Don Casimiro . Inadmisión que se apoya en lo dispuesto en el artículo 18.1.b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, de acceso a la información pública y buen Gobierno por cuanto considera que, esa ponencia, en cuanto no fue aprobada por el órgano colegiado se convierte en un mero borrador que, al no haber sido aprobada como tal, no forma parte del expediente administrativo -salvo, lógicamente la nueva propuesta de resolución- ni se tiene derecho a obtener, en su caso, una copia.

La parte actora sostiene que esa negativa vulnera su derecho de defensa.

En este punto tampoco podemos dar la razón a la recurrente toda vez que no se considera motivo de indefensión no conocer el proyecto de la propuesta de resolución inicialmente realizada ya que únicamente se le reconoce el derecho a conocer de la propuesta de resolución que finalmente es aprobada por los miembros del órgano colegiado. Y no se tiene derecho a conocer ni las deliberaciones del citado órgano ni la opinión mostrada por cada uno de sus miembros, tal como dispone el artículo 9.2 del Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC aprobado el 4 de octubre de 2013 que dispone que: *"Las deliberaciones del Consejo tienen carácter reservado, debiendo guardar secreto de esta, quienes, por razón de sus funciones, tuvieren conocimiento de estas"*. Y el proyecto de propuesta de resolución cuya entrega reclama es un mero borrador que tiene carácter auxiliar, preparatorio y no definitivo previo a la deliberación realizada en el Consejo que tiene carácter reservado y que no constituye la voluntad del órgano colegiado.

En consecuencia, debemos desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto.

OCTAVO.- Al haberse desestimado el presente recurso contencioso administrativo procede imponer a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia conforme a lo establecido 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

1. DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo núm. **777/2015** interpuesto por el Procurador D. Gonzalo Herráiz Aguirre, en nombre y representación de **GRIFOLS, S.A.**, contra la Resolución dictada en fecha 16 de octubre de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente sancionador SNC/DC/0037/15 GRIFOLS por la cual se le ha impuesto una sanción de multa por importe de 106.500 euros y contra la Resolución dictada por el Secretario del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en fecha 21 de diciembre de 2015 que inadmite la solicitud de acceso a determinada información del expediente SNC/DC/0037/15.
2. En consecuencia, confirmamos dichas resoluciones al ser ajustadas a Derecho.
3. Se imponen a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia.

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 60 días, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2 del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID 19 en el ámbito de la Administración de Justicia, debiendo acreditarse en el escrito de preparación del recurso 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.

PUBLICACIÓN.- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 22/06/2020 doy fe.