

RESOLUCIÓN (Expte. SNC/DC/0037/15, GRIFOLS)

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 16 de Octubre del 2015

LA SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición ut supra, ha dictado esta **RESOLUCIÓN** en el marco del Expediente Sancionador SNC/DC/0037/GRIFOLS instruido por la Dirección de Competencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El día **10 de Marzo de 2015** ha tenido entrada en esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia **notificación relativa a la adquisición por parte de GRIFOLS S.A., del negocio de diagnóstico de transfusiones sanguíneas mediante el uso de tecnología de amplificación de ácidos nucleicos (NAT) de NOVARTIS INTERNATIONAL AG**” y ello de conformidad con lo prevenido en el Artículo 9 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, *por superar el umbral establecido en el Artículo 8.1.a)* según lo previsto en el Real Decreto 261/2008, de 22 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

La operación de concentración se instrumenta a través de un Contrato de Compraventa de Acciones y Activos de fecha 10 de Noviembre de 2013, que se cerró el día 9 de Enero de 2014, según la notificante. Y que a juicio de la Dirección de Competencia es **(1) una concentración económica conforme a lo dispuesto en el Artículo 7.1.b) de la Ley 15/2007; (2) no es de dimensión comunitaria, ya que no alcanza los umbrales establecidos en el Artículo 1 del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de Enero de 2004, sobre el control de concentraciones entre empresas; (3) cumple los requisitos previstos en el Artículo 8.1.a) y no cumple los requisitos previstos en el Artículo 56.1.b) ambos**

de la Ley 15/2007; y **(4) finalmente, cabe resaltar que la ejecución de la operación recibió la autorización por parte de las autoridades de competencia de Alemania (autorizada 16/12/2013), EEUU (autorizada 17/12/2013), Brasil (autorizada 23/12/2013).**

SEGUNDO.- Las Empresas partícipes son:

1º **GRIFOLS S.A.**, del holding Grupo Grifols, con sede social en España, que cotiza en la Bolsa de Madrid y cuyo control no lo ostenta ninguna persona física o jurídica, por sí sola o de manera concertada con otros. La compañía 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. Su división de Diagnóstico fabrica y comercializa sistemas de recolección de sangre, así como instrumentos de análisis in vitro y reactivos para la clasificación sanguínea y análisis clínicos.

La Facturación de GRIFOLS en el año 2012, conforme al Artículo 5 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, es, según la notificante, la siguiente (en millones de euros): Mundial 2621; Unión Europea 559; **y España 213.**

2º **NOVARTIS INTERNATIONAL AG.**, es una multinacional farmacéutica y sanitaria, controlada por un holding con sede en Suiza, que se dedica a la investigación, el desarrollo y la comercialización de productos y medicamentos de uso humano y de sanidad animal a nivel mundial. Los activos adquiridos corresponden 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. Estos productos no son fabricados en España, donde únicamente se comercializan.

La facturación de NOVARTIS en el último ejercicio económico conforme al Artículo 5 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, es, según la notificante, la siguiente (en millones de euros): Mundial 440; Unión Europea 136; **y España 8,6.**

Quince días después, el día **25 de Marzo de 2014**, esta SALA DE COMPETENCIA acordaba autorizar, sin condiciones, la concentración notificada.

TERCERO.- La Dirección de Competencia, con fecha **12 de Noviembre de 2013**, tuvo conocimiento mediante anuncios de prensa y a través de la información

publicada en el portal de las empresas, de la operación de concentración anteriormente descrita.

Iniciando en febrero del 2014 una **Información Reservada** a la que se dio número ACP 2014/005 con el objeto de analizar si dicha operación de concentración era o no susceptible de notificación, conforme a lo dispuesto en los Artículos 7, 8 y 9 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia (folios 19 a 28).

La Dirección de Competencia, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 39.1 y 55.3 de la Ley 15/2007, el día 5 de Marzo de 2014 solicitó información a GRIFOLS, con el fin de conocer si la citada operación era notificable conforme al Artículo 8.1 y en particular se le solicitó *“la descripción de la operación, el volumen de negocio, el mercado relevante y las cuotas de mercado”*. La contestación se recibió el día 11 de Marzo siguiente (folios 29 a 41, 50 a 66 y 67 a 76).

La Dirección de Competencia el día 9 de Mayo del 2014 solicitó información a ROCHE ESPAÑA S.A., único competidor del negocio adquirido en España, *“sobre el mercado relevante y las cuotas de mercado”*. La contestación se recibió el día 21 de Mayo siguiente (folios 42 a 49).

La Dirección de Competencia una vez determinado que la citada operación de concentración era de notificación obligatoria, el día 27 de Agosto de 2014 requirió a GRIFOLS que, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 9.5 de la Ley 15/2007 **procediera a notificar en el plazo de 20 días** (folios 77 a 82).

El día 30 de Septiembre de 2014 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia **notificación mediante formulario abreviado**, que al solicitarse el siguiente día 2 de Octubre por la Dirección de Competencia subsanación de la misma, el día 9 de Octubre tuvo entrada en forma dicha notificación por formulario ordinario.

A la vista de lo anterior, la Dirección de Competencia **el día 22 de Abril del 2015 acordó incoar Expediente Sancionador contra GRIFOLS** *“por el posible incumplimiento de la obligación de suspensión de la ejecución de una concentración, con carácter previo a su notificación y autorización, infracción prevista en el Artículo 62.3.d) de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia”*. Acuerdo que le fuera notificado con fecha 24 de Abril (folios 5 a 11).

GRIFOLS los días 8 y 13 de Mayo del 2015 presentó sendos escritos de alegaciones al Acuerdo de Incoación (folios 85 a 87 y 94 a 105).

El día **20 de Agosto del 2015** la Dirección de Competencia ha elevado a esta SALA DE COMPETENCIA el siguiente Informe Propuesta de Resolución

PRIMERO.- *Que por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se declare 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 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.- *Que se imponga a GRIFOLS S.A., la sanción establecida en el Artículo 63.1.b) de la citada Ley, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la multa propuestos.*

CUARTO.- En consecuencia, la infracción analizada consiste en la ejecución de una concentración sujeta a control (adquisición por GRIFOLS del control exclusivo de determinados activos de NOVARTIS) antes de haber sido notificada y haber obtenido la preceptiva autorización por parte de esta Sala de Competencia, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Cabe señalar que GRIFOLS S.A., en anteriores ocasiones, procedió a notificar a la hoy extinta Comisión Nacional de la Competencia operaciones de concentración antes de ejecutar las mismas: Expediente C-0275-10 GRIFOLS/TALECRIS.

-----0-----

La transacción se ejecutó con fecha 10 de Enero de 2014 y su notificación no tuvo lugar hasta el 10 de marzo de 2015, si bien es cierto que con fecha 9 de Octubre de 2014 GRIFOLS presentó formulario abreviado de notificación.

La concentración se aprobó sin condiciones en diez días.

-----0-----

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia dispone en su **Artículo 55 Notificación de concentración económica, Apartado 1** que “*el procedimiento de control de concentración económica se*

iniciará una vez recibida en forma la notificación de la concentración de acuerdo con el formulario de notificación establecido reglamentariamente”.

La misma Ley 15/2007 en el **Artículo 62 Infracciones** establece en el apartado tercero que *“son infracciones graves: (...) la ejecución de una concentración sujeta a control de acuerdo con lo previsto en esta Ley antes de haber sido notificada (...)”.*

SEGUNDO.- Sobre el objeto del expediente.

La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como señala la DC en su informe-propuesta, GRIFOLS ha incumplido la obligación impuesta por el artículo 9 de la Ley 15/2007, en virtud del cual las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo 8 deberán notificarse a la CNMC previamente a su ejecución.

De ser así, esta conducta está tipificada en el artículo 62.3.d) como una infracción grave a la LDC, por lo que el Consejo de la CNMC podría imponer sanciones por un valor que no supere el 5% del volumen de negocios de la empresa infractora.

Por un lado, el artículo 7 de la LDC define lo que debe entenderse por una Concentración económica y, por otro, el artículo 8.1 b) establece que serán de notificación obligatoria aquellas operaciones en las que el volumen de negocios global en España del conjunto de los participantes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros.

Alternativamente a este requisito el mismo artículo 8.1, en su letra a), prevé 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 CNC 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 partícipes tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

Por su parte, el artículo 62.3.d) de la LDC tipifica como infracción grave *“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”.

De conformidad con lo establecido en la normativa transcrita, dos son los requisitos que deben concurrir para que resulte apreciable el elemento objetivo del tipo infractor; por un lado, que la operación de concentración en cuestión sea notificable con arreglo a lo dispuesto por la LDC y, por otro, que dicha notificación se haya efectuado con posterioridad a la ejecución de la operación jurídica a través de la cual se instrumenta la Concentración.

TERCERO: Sobre el elemento objetivo del tipo infractor previsto por el artículo 62.3 d) de la LDC.

Por lo que respecta al primero de los requisitos, el relativo a la notificabilidad de la operación, este Consejo al autorizar la operación de concentración mediante su resolución de 25 de marzo de 2015, ha dejado claro que la obligación de notificación existía, ya que, como señaló la DC en el Informe-Propuesta, la operación de concentración superaba el umbral establecido en el artículo 8.1 a) de la LDC.

GRIFOLS basa sus alegaciones en que la operación no superaba el umbral de notificación previstos en el artículo 8 LDC, por lo que no puede considerarse de obligatoria notificación y, consecuentemente, no se cumple el tipo infractor. En particular, alega GRIFOLS que a la operación de compraventa objeto del expediente le era de aplicación la excepción contenida en el segundo párrafo del artículo 8.1.a) de la LDC, por concurrir las dos condiciones establecidas en el mismo, por un lado, el volumen de negocios en 2012 en España de la rama de actividad adquirida fue inferior a diez millones de euros y la cuota en volumen adquirida en 2012 se encontraba ligeramente por debajo del 50%.

En primer lugar, dado que la operación constituía una concentración económica a los efectos del artículo 7 de la LDC, es necesario valorar el cumplimiento de alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 8.1 de la LDC, esto es, la cuota resultante de la operación en el mercado relevante definido y el volumen de negocio global de las partícipes en España. Teniendo en cuenta que el volumen de negocios de la sociedad adquirida en el último ejercicio contable no superaba los 10 millones de euros, de acuerdo con la modificación introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, solamente cuando las partícipes tuvieran una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados, se podría considerar superado el umbral de notificación.

Pues bien, en el año 2012, último ejercicio contable anterior a la operación de concentración, la cuota de mercado en volumen del negocio adquirido era de 51,37%, de acuerdo con el formulario de notificación presentado por la propia

GRIFOLS, con fecha 10 de marzo de 2015. Por tanto, la operación superaba el umbral legal de notificación. Como es sabido, el formulario presentado en forma determina, según el artículo 55.1 de la LDC, el inicio del procedimiento de control de concentraciones económicas y el contenido del mismo y la información aportada en cada uno de sus apartados determina el análisis en el marco de dicho procedimiento. Además, el artículo 56.7 del RDC determina la obligación de la parte notificante de informar *“inmediatamente a la Comisión Nacional de la Competencia sobre cualquier modificación relevante que pueda afectar al contenido del formulario de la notificación de la concentración durante la tramitación del expediente”*.

En este caso, la notificante, con posterioridad a su notificación, no ha comunicado ni a la DC ni al Consejo una información distinta a la puesta de manifiesto en su propio formulario, sobre un extremo tan relevante como la cuota de mercado. Solamente en el marco de este procedimiento sancionador, alega que los datos aportados por ella misma no son válidos por no incluir las unidades testadas destinadas a la industria fraccionadora. Incluyendo estas últimas, GRIFOLS en sus alegaciones, calcula una cuota de mercado como máximo de un 49%. No obstante, hay que tener en cuenta que la estimación de las cuotas en volumen presentan algunas dificultades, no siendo el número de donaciones automáticamente representativo de las cuotas en volumen, mientras que las facturaciones de cada parte son plenamente comparables. Por ello, si tomamos en consideración la facturación de las dos empresas actuantes en el mercado relevante definido, la cuota de GRIFOLS asciende a 52,2%.

En conclusión, esta Sala considera que la operación de concentración supera los umbrales legales, tal y como ha confirmado la Resolución del Consejo de la CNMC de 25 de marzo de 2015, y por ello, GRIFOLS estaba obligada a su notificación con carácter previo a su ejecución. Por tanto, los hechos tipificados como infracción administrativa por el artículo 62.3 d) de la LDC concurren en el presente caso por lo que la conducta ilícita existe, sin perjuicio del carácter con el que ha intervenido en dicha conducta el imputado, cuestión esta que se examinará a continuación.

CUARTO. Elemento subjetivo del tipo: carácter doloso o negligente de la conducta.

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, la culpabilidad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, viene afirmando que los principios del Derecho Penal son de aplicación con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador.

En este sentido, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso, de al menos, un principio de culpa (STC 246/1991; STS 26-03-86 entre otras).

De esta forma, sólo pueden ser sancionadas, por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia.

La conducta debe ser reprochable, al menos, a título de negligencia, lo que excluye que necesariamente deba concurrir como elemento subjetivo de lo injusto el dolo (en cualquiera de sus grados); sino que basta con que se presencia la falta de una debida y básica diligencia. (STS 20-12-96).

Asimismo, cabe señalar que tanto en el ámbito del derecho penal como en el ámbito del derecho administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad por la inactividad del sujeto, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y especialmente, cuando lo sitúa en una posición de garante; si bien, en todo caso, también esta conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento intencional o negligente.

En tal sentido, GRIFOLS alega que no ha existido por su parte voluntad de infringir la prohibición, que efectuó la autoevaluación de forma diligente y que ha colaborado de forma activa, eficaz y transparente con la CNMC. Teniendo en cuenta lo precedente, a la hora de analizar si GRIFOLS es culpable, en los hechos que motivan el presente expediente, existen una serie de circunstancias que, a juicio de la Sala, son manifiestamente reveladoras de dicha responsabilidad.

Como ya se ha indicado la operación de concentración debió ser notificada antes de su ejecución por estar acreditado que cumplía el umbral de cuota de mercado superior al 50%. En el momento de la adquisición, la alegante estaba objetivamente en condiciones de realizar una estimación del mercado español analizado de la cual, al menos, se le hubieran planteado dudas sobre su notificación. Por tanto, una evaluación diligente, como defiende GRIFOLS, le habría llevado a hacer uso de la consulta previa, instrumento legal recogido en el artículo 55.2 de la LDC. Asimismo, el artículo 56.2 del RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia establece una vía alternativa, la prenotificación, que también habría permitido en última instancia verificar la obligatoriedad de notificación de la operación de concentración.

Como se ha indicado anteriormente, el mercado relevante está constituido por el mercado nacional de diagnóstico de transfusiones mediante la tecnología NAT, tal y como la propia GRIFOLS afirma en los escritos presentados ante la DC. Con respecto a los umbrales de notificación por razón de la cuota también se ha puesto de manifiesto que la operación superaba, aunque fuera por poco, los umbrales establecidos en la Ley. A pesar de las primeras estimaciones de la empresa, este extremo queda corroborado por ella misma en su propio formulario de notificación.

De todo lo anterior puede inferirse que una evaluación razonablemente diligente por parte de GRIFOLS hubiera debido llevarle a concluir, al menos, que, al igual que en otras jurisdicciones¹, la operación en España, con una alta probabilidad, también podría cumplir los umbrales de notificación, una vez que sus propias estimaciones variaran aunque fuera mínimamente respecto a los datos reales y definitivos del mercado. De hecho, con anterioridad a la presentación del formulario ordinario de notificación y durante la tramitación de las correspondientes actuaciones previas, GRIFOLS presentó a la DC estimaciones diferentes, al menos dos más, por lo que resultaba lógico pensar que las mismas pudieran no ser definitivas.

En definitiva, esta Sala, considera que en el caso que nos ocupa el elemento subjetivo de la infracción está presente, al menos en su forma más leve de culpa o negligencia.

QUINTO.- Contestación a otras cuestiones solicitadas en la fase de resolución

GRIFOLS ha solicitado varias cuestiones en la fase de resolución que, por motivos de oportunidad, conviene resolver en la presente resolución.

5.1. Proposición de prueba y Celebración de vista

En sus alegaciones presentadas a la Propuesta de Resolución el 7 de septiembre de 2015, GRIFOLS solicita celebración de vista y la práctica de las siguientes pruebas:

- a) La admisión de la prueba documental consistente en tener por incorporado al expediente el Certificado emitido por NOVARTIS con fecha 4 de septiembre de 2015 en relación con la información facilitada a GRIFOLS sobre los datos de cuota en el mercado afectado por la operación, acompañado del Plan de Negocio en el que constan los datos de mercado por país (*Novartis Diagnostics Dx Business Plan*), acompañado al presente escrito de alegaciones.
- b) Prueba Testifical consistente en que se cite a Don Tomás Dagá, abogado y socio de Osborne Clarke, en su condición de asesor legal de GRIFOLS, quien conoce en detalle de toda la operación de concentración y de los hechos acontecidos al tiempo de su preparación, cierre y ejecución, para que, en el día y hora señalado al efecto para la práctica de la vista, comparezca ante la Sala de Competencia del Consejo y conteste a las cuestiones acerca de los mismos que se le efectuarán en dicho acto, previa

¹ Cabe resaltar que la ejecución de la operación recibió la autorización de la operación por parte de las autoridades de competencia de Alemania (autorizada 16/12/2013), EEUU (autorizada 17/12/2013), Brasil (autorizada 23/12/2013).

su admisión por el Consejo en el mismo acto en que se lleve a cabo el interrogatorio.

- c) La práctica de actuaciones complementarias a fin de concretar la definición del mercado relevante y las cuotas de las empresas activa en él en el año 2012.

En materia de prueba, el artículo 17.3 del Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPS), aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que rige el presente procedimiento, dispone lo siguiente: *“La práctica de las pruebas que el órgano instructor estime pertinentes, entendiéndose por tales aquellas distintas de los documentos que los interesados puedan aportar en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”*

Y el artículo 137.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común establece que *“Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades. Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable”*.

En relación con las pruebas solicitadas por las partes, cabe señalar que el artículo 20.1 del mismo RPS dispone que *“Antes de dictar resolución, el órgano competente para resolver podrá decidir, mediante acuerdo motivado, la realización de las actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento”*.

Por tanto, en el esquema apuntado, la práctica de pruebas, acordada de oficio por la Sala de Competencia como actuaciones complementarias, es actuación potestativa del órgano de resolución, que acordará su práctica en la medida en que las considere necesarias para aclarar cuestiones que no constan en la instrucción, y que son precisas para la formación de su juicio antes de resolver.

Además, en materia probatoria, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, es criterio de esta Sala considerar que sólo son admisibles como prueba de descargo aquéllas que tienen potencial influencia decisiva en términos de defensa, lo cual debe ser debidamente motivado por el interesado (SSTC 25/1991, 205/1991, 1/1996, 217/1998 y 101/1999).

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el derecho a la prueba en el ámbito del derecho administrativo sancionador concluye que el derecho a la prueba no es un derecho absoluto, ni puede ejercerse

ilimitadamente, sino que ha de someterse a los requisitos de pertinencia y relevancia de las pruebas propuestas. Esta nota de pertinencia tiene dos vertientes, formal y material, estando la primera integrada por la necesidad de que las pruebas sean propuestas en tiempo y forma por la parte a la que interesen, mientras que la segunda supone la exigencia de que tales diligencias de prueba sean necesarias y útiles, en el sentido de que sean relevantes para formar la convicción del órgano instructor sobre el objeto del proceso en que se propusieron.

En este sentido, baste señalar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de septiembre de 1997, expresiva de la doctrina jurisprudencial sentada por ambos Tribunales. Dicha Sentencia señala lo siguiente: *“Más recientemente, el Tribunal Constitucional (STC 116/1997, de 23 junio [RTC 1997\116], R. amparo 1365/1993, F. 4. º) ha establecido la siguiente doctrina: «Existiendo un derecho genérico a la prueba, no se traduce sin embargo en un derecho absoluto y automático a ella, en todos los procesos y en cualquiera de sus grados, sea cual fuere el medio propuesto y lo que se pretenda probar. Ahora bien, desde una perspectiva formal, el litigante tiene la carga, en su acepción procesal, de explicar razonadamente no sólo la conexión de cada prueba con el objeto procesal sino su importancia para la decisión del pleito, en cuyo doble aspecto reside la pertinencia, por venir a propósito y concernir a lo que está en tela de juicio. Una exigencia simétrica impone al juzgador la obligación de razonar también, en su caso, la inadmisión o la impertinencia, sin cuya motivación tales decisiones podrían incurrir en arbitrariedad y, por tanto, quebrantar el derecho fundamental en cuestión». Más adelante añade «Corresponde al juzgador decidir sobre la admisibilidad de cada tipo de prueba según su naturaleza y su relación con cuanto se intenta verificar, adecuación e idoneidad con reflejo en la admisibilidad y pertinencia.»*

Así las cosas, esta Sala ha considerado pertinente incorporar al expediente todos los documentos nuevos aportados por GRIFOLS junto con su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución. Se ha admitido y, por tanto se ha tenido en cuenta la prueba documental aportada por GRIFOLS en su escrito de alegaciones.

Por el contrario, no se admite la prueba testifical ni la celebración de vista solicitada por GRIFOLS, al entender esta Sala que la misma no hubiese aportado información concluyente para desvirtuar la valoración en relación con la conducta objeto de esta Resolución, puesto que los datos relativos a la operación de concentración analizada ya han sido aportados por GRIFOLS.

5.2.- Solicitud de confidencialidad de parte de la información contenida en los escritos de alegaciones a la Propuesta de Resolución.

De conformidad con lo requerido al notificar la Propuesta de Resolución por la Dirección de Competencia, GRIFOLS (folios 151-179) ha aportado información sobre la que solicita la declaración de confidencialidad de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la LDC.

En concreto GRIFOLS solicita la confidencialidad de los siguientes datos y documentos:

- Página 4: volumen de facturación en 2012 en España de la rama de actividad adquirida.
- Página 5: número total de unidades de sangre testadas con los tests NAT de NOVARTIS en el año 2012, facturación de NOVARTIS a BIOMAT en el año 2012 y porcentaje que ésta representó sobre las ventas totales de NOVARTIS en España en 2012.
- Página 6: porcentaje que la facturación de NOVARTIS a BIOMAT representó sobre las ventas totales de aquélla en España en 2012, número total de unidades de sangre testadas con los tests NAT de NOVARTIS en el año 2012, número de unidades analizadas con la tecnología de NOVARTIS destinadas a la industria fraccionadora, volumen total del mercado en unidades testadas mediante los instrumentos y kits para la detección mediante la tecnología NAT en 2012 en España y cuota de mercado resultante del cálculo.
- Contenido completo del documento denominado *Certificado emitido por NOVARTIS con fecha 4/9/2015 en relación con la información facilitada a GRIFOLS sobre los datos de cuota en el mercado afectado por la operación, acompañado del Plan de Negocio en el que constan los datos de mercado por país (Novartis Diagnostics Dx Business Plan), citado en nuestro escrito de 11 de marzo de 2014.*
- Página 7: volumen total del mercado en unidades testadas mediante los instrumentos y kits para la detección mediante la tecnología NAT en 2012 en España de acuerdo con los cálculos efectuados y con las estimaciones de NOVARTIS, número de unidades analizadas con la tecnología de NOVARTIS destinadas a la industria fraccionadora y número de unidades analizadas con la tecnología de NOVARTIS destinadas a transfusiones.
- Página 8: número de unidades analizadas con la tecnología de NOVARTIS destinadas a transfusiones, cuota de mercado de NOVARTIS en 2012 en España resultante del cálculo, los datos empleados para dicho cálculo, y la

cuota de valor de NOVARTIS en España en 2012 determinada según esa CNMC.

- Página 9: cuota de mercado en volumen adquirida a NOVARTIS que se consignó en el formulario ordinario de notificación y dato máximo de la cuota de mercado de NOVARTIS según el escrito previo de alegaciones presentado por esta representación.
- Página 10: estimación del valor total de mercado hecha por GRIFOLS y valor total de mercado según concluyó esa CNMC.
- Página 12: valor máximo de la cuota de mercado adquirida según los cálculos efectuados por GRIFOLS sobre los datos de NOVARTIS.
- Página 22: valor total del mercado según concluyó esa CNMC.
- Página 24: importe máximo de la sanción que se podría imponer a GRIFOLS según la Propuesta de Resolución y volumen de facturación en 2012 en España de la rama de actividad adquirida.

En la medida en que tales peticiones se refieren a datos susceptibles de contener información comercial sensible cuya divulgación podría perjudicar sensiblemente a las partes o a terceros, se accede a declarar confidencial dicha información.

SEXTO.- Determinación de la sanción

Resuelta la existencia de una infracción a la LDC por incumplimiento del artículo 9 y establecida la responsabilidad de la parte obligada a la notificación, el responsable de dicho incumplimiento es acreedor de una sanción sobre la base del artículo 63 de la LDC.

Como se señala en la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de junio de 2011 (P.O. nº 219/2010), una infracción de esta clase está tipificada como una infracción grave en el artículo 62.3.d), por lo que el límite máximo a la sanción debe situarse en el 5% del volumen de negocios total de la empresa o empresas infractoras.

GRIFOLS plantea una serie de atenuantes como la colaboración activa, notificación inmediata, ausencia de daño a terceros ni al interés público, respeto a la legislación vigente y no ocultar la operación de concentración. La postura de la autoridad de competencia respecto de las notificaciones extemporáneas efectuadas tras el requerimiento del órgano de supervisión fue puesta de manifiesto en la Resolución de 26 de enero de 2010 (Expte. SNC/0003/09

ABERTIS-TRADIA) en la que se señala *"la Ley establece que el momento en el que debe presentarse la notificación de una operación de concentración ante la CNC debe ser anterior a su ejecución, y eso es lo que se ha incumplido por parte de las actoras. No pueden pretender estas que el haber notificado después de ejecutarla y previa comunicación de la CNC de que la operación era susceptible de notificación obligatoria, pueda ser ahora considerado como circunstancia atenuante"*. El Consejo tampoco aprecia la concurrencia del resto de atenuantes a la vista del periodo de tiempo transcurrido hasta su notificación definitiva.

Por otro lado, este Consejo toma en consideración el 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, que la situación de irregularidad se mantuvo durante un periodo de un año y dos meses y que se trata de una operación de concentración autorizada en primera fase por la Resolución de este Consejo de 25 de marzo de 2015 en la que no se aprecian amenazas para la competencia ni perjuicios concretos a los consumidores ni a otros operadores del mercado.

En definitiva, el Consejo valora que el hecho por el que se sanciona en este expediente es el incumplimiento del artículo 9 por lo que atendiendo a la naturaleza de la infracción, esto es, que se trata de una infracción al procedimiento, considera proporcionado imponer una sanción de 106.500 Euros, equivalente al 0,05% del volumen de negocios de GRIFOLS en el mercado nacional en 2012.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

HA RESUELTO

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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a GRIFOLS S.A., haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

VOTOS PARTICULARES

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a esta Resolución administrativa aprobada en el día de hoy, **16 de octubre del 2015**, por mayoría simple con el Voto de Calidad del Presidente, en el marco del Expediente Sancionador SNC/DC/0037/15 GRIFOLS.

Discrepancia que desarrollo en los siguientes **MOTIVOS**

I.-

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día **10 de Septiembre** de este corriente año 2015 me fue turnado, como Ponente, el Expediente Sancionador SNC/DC/0037/15 GRIFOLS.

En el día de ayer **15 de Septiembre** elevé a la SALA DE COMPETENCIA, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia una **Propuesta de Resolución**, escrita y totalmente finalizada, en cuya Parte Dispositiva se dice

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la Sesión Plenaria celebrada en la mañana del día de hoy

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar la existencia de una conducta grave incardinable en el Artículo 62.3.d) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, de la que es responsable GRIFOLS S.A.

SEGUNDO.- Imponer a GRIFOLS S.A., una multa de €uros 2.130 en aplicación de los Artículos 63.1.b) y 64.1 y 3 ambos de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

TERCERO.- Ordenar a los Servicios de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la publicación en la página web la Parte Dispositiva de esta Resolución e instar a la Dirección de Competencia para que vigile el correcto y fiel cumplimiento de lo arriba acordado.

Parte Dispositiva a la que llegaba, obviamente, tras establecer los preceptivos **HECHOS PROBADOS** y que en síntesis ahora reproduzco

PRIMERO.- El día 10 de Marzo del 2015 ha tenido entrada en esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia **notificación** relativa a la adquisición por parte de GRIFOLS S.A., del “negocio de diagnóstico de transfusiones sanguíneas mediante el uso de tecnología de amplificación de ácidos nucleicos (NAT) de NOVARTIS INTERNATIONAL AG” y ello de conformidad con lo prevenido en el Artículo 9 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, por superar el umbral establecido

en el Artículo 8.1.a) según lo previsto en el Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

La operación de concentración se instrumenta a través de un Contrato de Compraventa de Acciones y Activos de fecha 10 de Noviembre de 2013 **que se cerró el día 9 de Enero del 2014**, según la notificante. Y que a juicio de la Dirección de Competencia es **(1)** una concentración económica conforme a lo dispuesto en el Artículo 7.1.b) de la Ley 15/2007; **(2)** no es de dimensión comunitaria, ya que no alcanza los umbrales establecidos en el Artículo 1 del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de Enero de 2004, sobre el control de concentraciones entre empresas; **(3)** cumple los requisitos previstos en el Artículo 8.1.a) y no cumple los requisitos previstos en el Artículo 56.1.b) ambos de la Ley 15/2007; y **(4) finalmente, cabe resaltar que la ejecución de la operación recibió la autorización por parte de las autoridades de competencia de Alemania** (autorizada 16/12/2013), **EEUU** (autorizada 17/12/2013) y **Brasil** (autorizada 23/12/2013).

Quince días después, el día **25 de Marzo de 2014** esta Sala de Competencia **acordaba autorizar, sin condiciones**, la concentración notificada.

SEGUNDO.- La Dirección de Competencia, con fecha **12 de Noviembre de 2013** tuvo conocimiento mediante anuncios de prensa y a través de la información publicada en el portal de las empresas, de la operación de concentración anteriormente descrita.

En Febrero del 2014 inicia una **Información Reservada** (ACP 2014/005) y el día **27 de Agosto del 2014** requiere a GRIFOLS S.A., para que, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 9.5 de la Ley 15/2007 procediera a notificar en el plazo de 20 días (folios 77 a 82). El día **30 de Septiembre del 2014** GRIFOLS S.A., notifica mediante formulario abreviado y el siguiente día **9 de Octubre** lo hace mediante formulario ordinario.

TERCERO.- La Dirección de Competencia el día **20 de Agosto del 2015** eleva a esta SALA DE COMPETENCIA el siguiente Informe Propuesta de Resolución

“PRIMERO.- Que por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se declare 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 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.- Que se imponga a GRIFOLS S.A., la sanción establecida en el Artículo 63.1.b) de la citada Ley, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la multa propuestos.”

CUARTO.- La facturación de GRIFOL S.A., en el año 2012 conforme al Real Decreto 261/2008 de Defensa de la Competencia es, según la notificante, la siguiente (en millones de euros): Mundial 2621; Unión Europea 559; y **España 213**.

QUINTO.- La Dirección de Competencia establece en su Informe Propuesta de Resolución las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad (atenuantes):

cabe resaltar que la ejecutada operación recibió la autorización por parte de las autoridades de competencia de Alemania, EEUU y Brasil,

cabe señalar que GRIFOLS S.A., en anteriores ocasiones, procedió a notificar a la hoy extinta Comisión Nacional de la Competencia operaciones de concentración antes de ejecutar las mismas: Expediente C-0275-10 GRIFOLS/TALECRIS,

la concentración se aprobó sin condiciones en diez días,

dado que de haberse notificado en tiempo, la operación habría sido autorizada sin compromisos, no ha quedado acreditado que GRIFOLS S.A., haya conseguido ningún beneficio ilícito como resultado de la infracción, más allá del de retrasar el pago de las tasas correspondientes,

puediendo concluirse que la conducta infractora no ha causado daño a terceros, ni al interés público.

En el **FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO** de mi Resolución, literalmente establecía

TERCERO.- Dado que la concentración, una vez notificada, fue aprobada sin condiciones en el plazo de los diez días siguientes a la misma; dado que la incumbente no sólo no ha sido reincidente, sino que anteriormente había procedido a notificar; dado que si bien el retraso observado por GRIFOLS S.A., es castigable conforme a Ley, pero que según la propia Dirección de Competencia con ello no ha conseguido ningún beneficio ilícito como resultado de la infracción, más allá del retrasar el pago de las tasas correspondientes; y finalmente, dado que la conducta no ha causado daños o perjuicios a terceros, ni ha afectado al interés público; y dado que el mercado es el español, esta SALA DE COMPETENCIA de conformidad con la doctrina jurisprudencial (por todas la **SAN de 23 de Diciembre de 2013**) aplicada al caso que nos ocupa, atendiendo a nuestra Fundamentación Jurídica, entiende procede imponer a GRIFOLS S.A., una sanción del 0,001% sobre su facturación en el mercado nacional ascendente a €uros 213.000.000, es decir, €uros 2.130.

SEGUNDO.- Esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el día **31 de Julio del 2014** dictó en el marco del Expediente Sancionador **SNC/DC/0035/14 ESSILOR** la última de las sanciones pecuniarias por incumplimiento del deber de notificación de concentración empresarial, por lo que la misma debe tenerse en consideración como antecedente doctrinal a seguir.

En ella, esta SALA DE COMPETENCIA imponía a la incumbente una sanción de €uros 5.065 no obstante haber fijado previamente en el ANTECEDENTE QUINTO que “la facturación a nivel mundial de ESSILOR en el año 2013 ascendió a 5.065.000.000 de €uros” y sin haber circunstancias modificativas de la responsabilidad: ni agravantes, ni atenuantes, ni eximentes.

Este Consejero hoy discrepante fue el Ponente de dicha resolución administrativa que, tras su deliberación, fue aprobada por unanimidad.

TERCERO.- En todo caso, sería de aplicación al presente Expediente lo resuelto por la Ilma. Sección Sexta, de la Audiencia Nacional en su Sentencia 24 de Abril del 2015 (Recurso contencioso-administrativo 136/2012), de la que fue Ponente el Ilmo. Señor Magistrado Don Santiago Pablo Soldevila Fragoso, y en cuya Parte Dispositiva la Ilma. Sala disponía

FALLO

Estimamos el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la Administración demandada. Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

II.-

DISCREPANCIA

Me reitero en la totalidad de Antecedentes, Hechos Probados, Fundamentación Jurídica y Parte Dispositiva de mi Resolución, que considero mejor motivada y fundada conforme a Derecho, por cuanto queda suficientemente probada la infracción, la duración exacta de la misma, las circunstancias modificativas de la responsabilidad, con la relación de atenuantes que obran en el expediente y que en la Resolución, finalmente aprobada, no existen argumentos desvirtuadores, ni causas objetivas para el vencimiento, ni tampoco se han tenido en consideración la relación de circunstancias modificativas de la responsabilidad, ni valorado en Derecho la relación de normas legales y doctrina jurisprudencial por mi aportadas, que conforman los Fundamentos de Derecho Primero y Segundo, de mi propuesta de Resolución.

En todo caso, dejo designada mi Ponencia como parte fundamental e incardinable en este Mi Voto Particular que pronuncio, mando y firmo en Madrid en el mismo día de la aprobación de la Resolución ut supra.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero D. Benigno Valdés Díaz a la presente Resolución, aprobada en la Sesión del Pleno Extraordinario de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día 16 de octubre de 2015, en el marco del Expediente SNC/DC/0037/15, GRIFOLS.

Mi discrepancia se explicita de este modo:

PRIMERO.- Constan en el *HISTORIAL* del *Expediente* que ahora nos ocupa las siguientes anotaciones: «**Ponente:** *Fernando Torremocha García-Sáenz (FTG)*». «**10/09/2015:** *Alta de Fernando Torremocha García-Sáenz (FTG) como Ponente*».

SEGUNDO.- El Consejero Torremocha García-Sáenz completó en tiempo y forma el texto de su Ponencia, que fue elevada para deliberación de la SALA en su sesión del jueves día 15 de octubre de 2015, según consta en el Orden del Día, que al respecto dice lo siguiente: «**2.6.- Expte. SNC/DC/0037/15, GRIFOLS. Para deliberación y, en su caso, fallo. Consejero Torremocha.**»

La Ponencia fue deliberada, llegándose a dos acuerdos: (1) incorporar al texto las líneas a las que hago referencia el Apartado *CUARTO* de este Voto Particular; y (2), posponer la determinación de la sanción para una sesión extraordinaria a celebrar el día siguiente, 15 de octubre de 2015.

TERCERO.- A las 17:45 horas del mismo jueves, día 15 –es decir, tan sólo tres horas después finalizada la Sesión– recibí desde la Secretaría del Consejo dos documentos: (1) «*Convocatoria*» para la «*Sesión Extraordinaria de la SALA a celebrar el día 16*», con un único punto: «*Único.- Expte. SNC/DC/0037/15, GRIFOLS. Para deliberación y, en su caso, fallo*»; y (2) un texto para la «*deliberación y, en su caso, fallo*».

Dado que (i) del Orden del Día ha desaparecido el nombre del Consejero designado Ponente –D. Fernando Torremocha García Sáenz–, y (ii) el texto enviado «*Para deliberación y, en su caso, fallo*» no es el de la Ponencia elevada a la SALA, sino otro distinto –y de autor desconocido–, en la mañana de hoy, previo a la celebración de la Sesión Extraordinaria de la SALA, he preguntado al Consejero Torremocha si él mismo había procedido a cambiar el texto de su Ponencia. El Consejero me asegura que él no lo ha hecho y que desconoce de dónde ha salido el *nuevo texto*. Más aún, el único contenido a incorporar –las líneas a las que me he referido más arriba– no aparece.

CUARTO.- Como (i) **no** ha sido acordado por la SALA rechazar el texto de la Ponencia y, en consecuencia, (ii) **tampoco** se ha acordado una nueva asignación de Consejero responsable de elaborar una distinta, no realizaré comentario alguno sobre el contenido de la presente *Resolución* en cuanto sea reproducción del citado nuevo texto (diez páginas y media de las catorce que componen la *Resolución*), excepto en lo que hace referencia al Apartado «*SEXTO.-Determinación de la sanción*», por ser ésta, y nada más, la razón por la que esta SALA de COMPETENCIA, en su Sesión del jueves día 15 de octubre, acordó realizar la Sesión Extraordinaria de hoy.

CUARTO.- El artículo 8.1.a) de la LDC establece lo siguiente: «*Quedan exentas del procedimiento de control todas aquéllas concentraciones económicas en las que [...] 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 siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.*»

Pues bien, la concentración analizada satisface el primer criterio pero, en lo que se refiere al segundo, la DC sostiene que la cuota de mercado es el 52% mientras la imputada alega que no excede el [x%, *CONFIDENCIAL*]. He aquí una de esas concentraciones empresariales sobre las que, enfrentadas al Artículo 8.1-a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, *resulta extremadamente difícil concluir si son o no de obligatoria notificación a la CNMC*. Ello se debe a que la delimitación cuantitativa del volumen de negocio, tanto del mercado en su totalidad como en relación con las partes implicadas, es muy difícil de determinar con la exactitud necesaria para discernir si la cuota es **ligeramente** inferior o **ligeramente** superior al 50%.

Cuando la verdadera cuota de mercado está en el intervalo de vecindad del 50%, una pequeña variación razonable (es decir, legítimamente *argüible* desde el punto de vista técnico) en algún componente del cálculo, puede situar la estimación a un lado u otro de ese porcentaje; y eso es lo que ocurre en el caso que nos ocupa (*vid.*, a este respecto, Folios 180-19191, entre otros).

Ahora bien, GRIFOLS, S. A. era conocedora de que la cuota conjunta caía dentro del intervalo estadístico de vecindad del 50%, y que, llegado el caso, su cálculo del [X%, *CONFIDENCIAL*] bien podía llevarle a quedar enredada en este

bucle estadístico. Desde el punto de vista técnico, fue *imprudente* no haberlo comunicado a la CNMC.

Eso no significa que la empresa no haya sido diligente; desde luego, hizo los cálculos, por más que su interpretación del resultado resultara deficiente. Tampoco puede decirse que con su decisión de no notificar a la CNMC intentara ocultar la concentración a la Autoridad de Competencia; eso choca con el hecho acreditado de haber informado a la CNMV y al público en general a través de la prensa y de la propia página Web de la empresa; también con haber notificado a las autoridades de competencia de otros países en los que sí entendió que la obligación de notificar era incuestionable.

En razón de lo expuesto, me he mostrado partidario de incluir en el texto de la Ponencia elevada a la SALA por el Consejero Fernando Torremocha la inclusión de las siguientes líneas:

«No someter, cuando la Ley lo estipula necesario, una concentración al dictamen de la autoridad de competencia y obtener aprobación de ella con carácter previo a su ejecución, constituye una infracción de la Ley 15/2007. Dada la trascendencia que ese tipo de operaciones puede tener sobre la estructura del mercado, las empresas deben tener eso presente y conducirse de forma extremadamente cuidadosa a tal efecto. Por consiguiente, lo expuesto en los Apartados [...] de los FUNDAMENTOS de DERECHO no exime a GRIFOLS, S.A. del reproche que su –en este caso– descuidada actuación merece. Sin embargo, lo dicho en esos Apartados merece una especial consideración como elemento determinante de la sanción a imponer».

Estas líneas fueron aceptadas por el Consejero Torremocha para incluir en su Ponencia; también por los restantes miembros de la SALA. Ahora bien, no aparecen en el texto de la *¿otra «ponencia»?* ni en la *Resolución* aprobada, que es reproducción de ella.

QUINTO.- En virtud de lo expuesto, entiendo que además del citado reproche GRIFOLS, S.A. se ha hecho merecedora de una sanción económica, pero *no* los 106.500€ impuestos por esta SALA.

Debo enfatizar que en mi razonamiento sancionador ninguna cifra, ni 106.500€ ni cualquier otra, es «excesiva» o «escasa» *per se*, sino –y exclusivamente– **en relación con la gravedad de la infracción**. Pues bien, esto es lo que la propia Dirección de Competencia afirma en su *Informe* (es decir, son las palabras del propio Órgano Instructor):

(1) «[...] la situación de irregularidad se ha mantenido durante 1 año y 2 meses hasta la notificación en forma, pero 10 meses si se tiene en cuenta la primera notificación» (Folios 115-116, énfasis añadido).

(2) « [...] cabe señalar que la concentración no se materializó en un perjuicio a los derechos de los consumidores o de otros operadores económicos [...]» (Folio 116).

(3) «Esta Dirección de Competencia considera que la ausencia de un perjuicio constatable a los intereses de los consumidores como resultado de la infracción debe ser tomada en cuenta a la hora de modular la sanción, en virtud del principio de proporcionalidad» (Folio 116, énfasis añadido).

(4) «Dado que de haberse notificado en tiempo, la operación habría sido autorizada, no ha quedado acreditado que GRIFOLS haya conseguido ningún beneficio "ilícito" como resultado de la infracción, más allá de retrasar el pago de las tasas correspondientes» (Folio 116).

(5) «Cabe señalar que GRIFOLS ha procedido en ocasiones anteriores a notificar operaciones de concentración antes de proceder a la ejecución» (Folio 117).

Ahora comparemos esto con lo que la misma DC dijo en un caso reciente:
Expediente SNC/DC/0035/14 ESSILOR:

(1) «[...] la situación de irregularidad se ha mantenido durante 7 meses hasta la notificación en forma pero cuatro meses y medio si se tiene en cuenta la comunicación efectuada por ESSILOR a la CNMC con anterioridad a la notificación» (Folio 84).

(2) « [...] cabe señalar que la misma no se materializó en un perjuicio concreto a los derechos de los consumidores o de otros operadores económicos» (Folio 85).

(3) «Esta Dirección de Competencia considera que la ausencia de un perjuicio constatable a los intereses de los consumidores como resultado de la infracción debe ser tomada en cuenta a la hora de modular la sanción, en virtud del principio de proporcionalidad» (Folio 85).

(4) « Dado que de haberse notificado en tiempo, la operación habría sido autorizada, no ha quedado acreditado que ESSILOR haya conseguido ningún beneficio "ilícito" como resultado de la infracción» (Folio 85).

(5) Cabe señalar asimismo que ESSILOR ha procedido en ocasiones anteriores a notificar operaciones de concentración antes de proceder a la ejecución (Folio 85).

Resulta difícil no concluir que estamos ante un caso ¿similar? ¿Muy similar? ¿Igual? Existen dos diferencias entre ambos, a saber:

(1) En el caso del Expediente SNC/DC/0035/14 la imputada, habiendo apreciado la existencia del «bucle estadístico» al que he hecho referencia más arriba, envió –meses después de haber ejecutado la concentración– la siguiente información a la CNMC: «[...] recientemente [hemos] advertido que la operación de concentración podría estar sujeta a la obligación de autorización por parte de las autoridades de competencia españolas, ya que, tomando en consideración los datos de cuotas de mercado en valor, se superarían los umbrales establecidos en el artículo 8.1 a) [...] Por ello aunque la consideración de las cuotas de mercado en valor y/o en volumen no es un tema perfectamente claro, dado que existe la posibilidad de que se considere que se ha infringido lo dispuesto en el artículo 9 de la LDC, ESSILOR está preparando un borrador de notificación de la operación para su sometimiento a la Dirección de Competencia lo antes posible» (Folio 87). Es decir, el punto de prudencia estadística que he reprochado a GRIFOLS no haber tenido. Ahora bien, apuntando –a efectos sancionadores– en dirección opuesta:

(2) El volumen de negocios utilizado como base a la que aplicar el eventual porcentaje sancionador derivado del Art. 64 era 5.065.000.000€ (cinco mil sesenta y cinco millones de euros, *Folio 82*), mientras que en el presente caso asciende a 212.983.000€ (doscientos doce millones novecientos ochenta y tres mil euros, *Folio 114*).

Pues bien, en aquella ocasión esta SALA de COMPETENCIA impuso a la imputada la multa de 5.065 euros (*Folio 141*), mientras que en el caso que hoy nos ocupa impone la multa de 106.500 euros. En la vertiente cuantitativa, eso es lo que ocurre por haber elevado en 500 veces el porcentaje sancionador aplicable a la conducta.

SEXTO.- No hay duda, pues, de que en el día de hoy esta SALA de COMPETENCIA ha decidido sancionar con un criterio distinto al utilizado hace año y medio. No me opongo a los cambios de doctrina siempre y cuando las modificaciones estén adecuadamente motivadas. Si todas las Resoluciones deben estar bien motivadas, con más razón – incluso– deben estarlo aquellas en las que opera un cambio doctrinal.

Mi problema con la presente *Resolución* es que no encuentro en ella ninguna explicación de lo que ha llevado a la mayoría de la SALA a cambiar de doctrina. Desde luego, el cambio no puede estar basado en un nuevo entendimiento del *principio de proporcionalidad*, por estar perfectamente delimitado por la Ley (Art. 64-1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia).

Esto deja una única posibilidad: que la mayoría de la SALA haya operado con un nuevo entendimiento del *principio de disuasión*. Ahora bien, aunque la citada Ley no explicita con qué limitaciones opera ese principio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, *STS de 29 de enero de 2015, Recurso de Casación Núm. 2872/2013*) lo ha acotado bastante:

«[...] se ha hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia [...] Pero tal carácter ni es exclusivo de este sector del ordenamiento ni puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo [...] desplazando al principio de proporcionalidad» (*Fundamento de Derecho NOVENO, pág. 23*).

Es preciso, pues, decidir con qué límites opera el *principio de disuasión*. En mi *Voto Particular* en la *Resolución* al Expte S/0469/12 *FABRICANTES DE PAPEL Y CARTON ONDULADO* he argumentado que la legislación actual no permite que las sanciones pueden elevarse, *por mor de la disuasión, tantas veces por encima del beneficio ilícito como quiera el órgano sancionador*. Éste no tiene potestad para operar con ese criterio:

«Aunque ello dependerá ya del legislador [...], un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel de disuasión adecuado quizá debería implicar no sólo la ausencia de aquellos beneficios sino un plus [...] En todo caso, corresponde a la ley –y no a quien la ejecuta o la interpreta– establecer los [...] límites que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en esta área del ordenamiento jurídico» (*Fundamento de Derecho NOVENO, pág. 24*).

Es decir, es legítimo opinar que la vigente legislación en materia de defensa de la competencia no resulta suficientemente disuasoria, pero la CNMC no tiene potestad para, adelantándose al legislador, suplir esa posible carencia de la Ley con sus propios criterios.

En todo caso, es incluso difícil –personalmente me resulta directamente imposible– imaginar que si el legislador decide algún día abordar este asunto establezca como criterio cuantitativo que, en aras a la disuasión, una multa puede ser una enormidad de veces el beneficio ilícito, porque entonces la sanción resulta *absolutamente desproporcionada* a la gravedad de la infracción, colisionando con lo establecido por el Tribunal Supremo, y posiblemente también con los límites constitucionales –que es, en mi opinión, lo que ocurre en el caso que nos ocupa–

SÉPTIMO.- La presente *Resolución* incluye otro aspecto que, aunque menor por comparación con lo expuesto, aparece muy confuso. En la página 14 dice, a propósito del cálculo de la sanción, lo siguiente: «Este Consejo toma en consideración el peso [...] en volumen de negocios en el mercado relevante de la empresa *adquirente y adquirida* [...] (Énfasis añadido)». Como no dice en qué forma lo ha tomado en cuenta, no es posible saber a qué se refiere exactamente, pero incita a confusión, porque la Ley establece lo siguiente: «Las infracciones graves con multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa» (Art. 63-1-b de la Ley 15/2007).

La multa ha sido impuesta en el año 2015, de modo que «*el ejercicio, etc.*» es el 2014, por lo que *sólo hay una empresa*, no dos (desde el 9 de enero de 2014, fecha aceptada como ejecución de la concentración). Bien podemos imaginar que se quiere decir otra cosa, a saber: que –en consideración del Artículo 64 de la citada Ley– para determinar el % sancionador se ha tomado en cuenta el volumen de negocios conjunto en el año en el que tuvo lugar la concentración. Pero esta interpretación choca con lo siguiente: «[...] el Consejo [...] considera proporcionado imponer una sanción de [...] 0.05% del volumen de negocios de GRIFOLS en el año 2012».

Podríamos concluir con que este embrollo no es más que algún error de redacción, no afectando al resultado. Pero tampoco esa interpretación tiene sentido porque, según deduzco, la SALA *sí* ha aplicado el 0.05% al volumen de negocios de GRIFOLS en España en el ejercicio 2012. Consta en el *Expediente (Folio36)* que ese volumen de negocios es 212.986.000 Euros, y ocurre que el 0.05% de esa cantidad es exactamente 106.493 euros.

OCTAVO.- Por lo expuesto no puedo, en conciencia, votar favorablemente esta *Resolución*.

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a de 16 de octubre de 2015.