

Id Cendoj: 28079230062007100195
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 454 / 2004
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a diez de mayo de dos mil siete.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 454/2004, se tramita, a instancia de SCHERING ESPAÑA, S.A., representada por el Procurador D. Arturo Molina Santiago, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 22 de julio de 2004 (expediente 565/03), sobre prácticas prohibidas por la ley de Defensa de la Competencia, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 250.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de SCHERING ESPAÑA, S.A. interpuso recurso contencioso administrativo, contra la Resolución de referencia, mediante escrito de fecha 22 de octubre de 2004, y la Sala, por providencia de fecha 24 de noviembre de 2004, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

La Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

TERCERO.- No se solicitó el recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 8 de mayo de 2007.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de

Defensa de la Competencia, de 22 de julio de 2004.

La parte dispositiva de la Resolución del TDC impugnada dice lo siguiente:

Primero.- Que ha resultado acreditada la existencia de acuerdo entre las denunciadas contrario a lo dispuesto en el *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*.

Segundo.- Imponer a cada una de las empresas Nucliber, S.A., Amersham Health, S.A., Tyco Healthcare Spain, S. L. y Schering España, S.A. una sanción de 250.000 euros.

Tercero.- Intimar a los imputados para que cesen en las conductas que se han declarado prohibidas y para que se abstengan de realizarlas en lo sucesivo.

Cuarto.- Ordenar a los imputados la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el BOE y en un periódico de ámbito nacional en el plazo de dos meses. Así como imponer una multa coercitiva de 600 euros por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación de publicación.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: a) infracción por aplicación indebida del *artículo 1.1 LDC*, b) violación del *artículo 24.3 CE*, en lo que se refiere a la presunción de inocencia, en conexión con error de derecho en cuanto a la apreciación de la prueba, y c) infracción por aplicación errónea del *artículo 10 de la LDC*.

El Abogado del Estado contesta que la práctica concertada entre la hoy recurrente y otras empresas del sector de radiofármacos ha resultado plenamente acreditada, la única explicación lógica a su juicio para la indudable similitud de comportamiento, es la existencia de una concertación entre las sociedades demandadas. El aumento de los costes, la existencia de unos costes comunes o los precios que estaban dispuestos a pagar otros demandantes, podían explicar una tendencia al aumento de los precios, pero no precios idénticos o muy similares y muy superiores a los precios máximos de licitación.

TERCERO.- La Sala ya se ha pronunciado sobre las cuestiones que se plantean en este recurso, en los procedimientos seguidos contra la misma Resolución del TDC que ahora se impugna, a instancia de otras dos empresas sancionadas, en sentencias de 11 de abril de 2006 (recurso 467/2004) y 17 de abril de 2007 (recurso 465/2004), cuyas declaraciones de hechos probados y razonamientos ahora seguimos por razones de unidad de criterio.

Las sentencias citadas declaran probados los hechos recogidos en la Resolución del TDC, a los que sirve de base el expediente administrativo común a todos los recursos:

Se declaran probados los hechos recogidos como tales en la resolución impugnada, y entre ellos los siguientes:

1) El Hospital General Universitario "Gregorio Marañón" viene convocando anualmente concursos para el suministro de los radiofármacos necesarios para la prestación de sus servicios. En los concursos 127 y 128/02 convocados el año 2001 presentaron ofertas diversas empresas, entre ellas la hoy recurrente.

2) Las coincidencias de precios en el concurso 127/02 fueron las siguientes: en los precios ofertados en los kits de HDP (en las ofertas de Tyco y Schering), en los Kits de DPTA, en los DMSA y en los de pirofosfato (en las de Tyco y Amersham) y en Kits de Br-Hida (entre Amersham y Schering). Por otra parte, en el concurso 128/02 las coincidencias en ofertas de Tyco y Amersham se produjeron en las cápsulas de 75 mci y en las de 100 mci de I-131 (en las de 150 mci la diferencia es sólo de 10 céntimos de euro) y en los generadores de 99, -Te (tanto en los de 1100 como en los de 900 mci en primer elución).

3) Por lo que se refiere a los excesos de los precios de las ofertas sobre el máximo fijado por el Hospital Gregorio Marañón para licitación, resulta probado en el concurso 127/02 lo siguiente:

- Tyco presentó 6 ofertas: cinco por encima del precio de licitación en cuantías del 27%, 49% y 63% y una un 0,06% menor.

- Amersham presentó 12 ofertas: nueve superiores al precio de licitación entre un 38% y un 83%, una igual a ese precio y dos por debajo, entre un 0,22% y el 4%.

- Nucliber presentó 4 ofertas, todas ellas por encima del precio de licitación (una un 45% mayor y tres

un 60%).

- Schering presentó 9 ofertas, todas por encima del precio de licitación en porcentajes que oscilan entre el 26% y el 64%.

4) En el concurso 128/02 resulta probado en relación a los precios máximos de licitación fijados por el Hospital que Amersham presento 15 ofertas, dos al precio de licitación, una por debajo en un 1,99% y doce por encima entre un 35% y el 79%. Asimismo las restantes empresas presentaron las siguientes ofertas: Tyco presentó 10, una un 27% inferior al precio de licitación, una igual y ocho por encima entre un 45 y el 67% (excepto una de ellas que sólo supera el precio de licitación en 1,2%), Schering presentó 12 ofertas, diez por encima entre el 38 y el 62% y dos por debajo en menos del 1% y Nucliber presentó 11 ofertas, una por debajo del 2% y 10 por encima entre el 31 y el 78%.

CUARTO.- Ni la estructura del mercado ni la adecuación de los precios ofrecidos a los del mercado y a los ofrecidos a otros hospitales, o el aumento de los gastos de personal y de transporte, constituyen prueba en contrario de la concertación que indudablemente resulta del elevado numero de coincidencias de precios en cada concurso en los que se produjeron ofertas para una serie de productos cuyos precios eran en muchos casos idénticos y en otros similares.

Se comprueba que el incremento fué muy similar en varios productos respecto de los precios de licitación y se aprecia una tendencia general al incremento de los precios ofrecidos por las denunciadas respecto de los máximos fijados para la licitación, tal y como resulta de la Resolución impugnada que, en definitiva, pone de relieve una similitud de comportamiento en la presentación de las ofertas en dichos concursos que es lo que permite llegar a la conclusión alcanzada en la resolución impugnada.

El artículo 1 LDC prohíbe "todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional...", añadiendo en sus diferentes subapartados que se considerarán como tales, "en particular los que consistan en...a) la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio (y) c) el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento [...]".

Esta Sala considera que no es admisible la censura que la actora dirige al acuerdo impugnado de haber formado su convicción sobre la base de meras presunciones. Muy al contrario, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia se atuvo a los indicios, sólidos, razonados y perfectamente concatenados, según las reglas de la sana lógica de los que inequívocamente, también a juicio de la Sala, se desprende racionalmente que ha existido una concertación entre operadores independientes, de la que se puede concluir la existencia de una práctica tendente a sustituir la libre competencia por un acuerdo de precios que forzara al Hospital a pagar precios más elevados.

Por otra parte, las hipótesis alternativas y las interpretaciones distintas e interesadas sobre los hechos que la demandante formula resultan poco plausibles y razonables. Difícilmente se puede aceptar la explicación relativa al incremento de los precios de las denunciadas, que si bien pudieran justificar un cierto aumento de los mismos, nunca el que las mismas decidieran elevar sus ofertas por encima de los precios de licitación; lo lógico en libre competencia no es presentar los precios por encima de los de licitación, sino que lo normal es ajustarse al máximo a dichos precios o, caso de no interesar, no presentar oferta, esto es no participar en los concursos. Lo que aquí resulta relevante no es, como por la actora se argumenta, la fórmula de fijación de los precios por parte del Hospital Gregorio Marañón, sino la reacción de los licitantes ante esos precios; es decir, una conducta que se desarrolla posteriormente a la decisión del Hospital y frente a la cual todas las empresas sancionadas, y por ello también la recurrente tuvieron plena libertad para decidir si participaban o no en las licitaciones de referencia.

Por lo demás, esta Sala ha venido ratificando en numerosas ocasiones el procedimiento frecuentemente utilizado por el Tribunal de Defensa de la Competencia cuando en la materia que le es propia acude a la prueba de presunciones para demostrar la existencia de una infracción, fundamentalmente, cuando de conductas colusorias se trata. Y ello en perfecta sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que igualmente ha sentado ya un sólido criterio sobre las posibilidades y los límites de utilización de la prueba de indicios por la Administración sancionadora y, derivadamente, por los órganos jurisdiccionales de instancia que controlan la conformidad a derecho de sus resoluciones sancionadoras en materia de Defensa de la Competencia.

Así en la STS de 6 de marzo de 2000 el Tribunal Supremo , reiterando doctrina precedente, afirmaba:

"Esta Sala ha sentado ya un sólido criterio sobre las posibilidades y los límites de utilización de la prueba de indicios por el Tribunal de Defensa de la Competencia y, derivadamente, por los órganos jurisdiccionales que controlan la conformidad a derecho de sus resoluciones sancionadoras.

En la sentencia de 6 de marzo de 2000 (R-2000/7048) (recurso 373/1993) hemos afirmado, reiterando doctrina precedente que:

"[...] el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

Hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda."

En el caso examinado por la sentencia que parcialmente se acaba de transcribir, al igual que ocurre en el presente, el Tribunal de Defensa de la Competencia basaba su resolución en que el reparto de un determinado mercado resultaba acreditado a partir de una prueba indiciaria que la Sala de instancia consideró suficiente al existir, en definitiva, como en el presente caso acontece, un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado y la consecuencia que conduce a declarar, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que no se ha producido vulneración del derecho a la presunción de inocencia, porque el proceso deductivo, según las reglas del criterio humano, realizado en el acto del Tribunal de Defensa de la Competencia, lejos de resultar arbitrario, caprichoso o absurdo, resulta de todo punto razonable.

En definitiva, esta Sala ha de ratificar la suficiencia de los indicios considerados en la resolución impugnada para acreditar la existencia de un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado -identidad o similitud entre los precios ofertados por las entidades sancionadas en los concursos convocados para el suministro de radiofármacos, unido a una tendencia general al incremento de los precios ofertados respecto de los máximos fijados para la licitación- y la consecuencia, -la concertación entre las sociedades sancionadas- que permite dar por probada la práctica colusoria sancionada, máxime si se tiene en cuenta que las empresas presentaron sus ofertas en sobres cerrados con la finalidad de que ni el Hospital ni los competidores conocieran su contenido hasta el momento de la apertura, lo que abunda en la dificultad de creer que la identidad de un comportamiento prácticamente idéntico de precios pudiera haberse producido sin un concierto previo entre los oferentes; y ello con independencia de lo limitado de los márgenes comerciales y de la influencia de determinados costes empresariales en los precios.

QUINTO.- El *artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia* ha previsto la imposición de multas y la previsión de su cuantía se realiza mediante la alusión a un tope máximo de 900.000 euros "cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal".

En el párrafo 2 se establece que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios, la duración de la restricción de la competencia y la reiteración de las conductas prohibidas.

El acto administrativo de imposición de una sanción ha de ser motivado, pero la motivación puede ser implícita, siempre que permita a los interesados conocer las razones por las que se adoptaron las medidas controvertidas y al órgano jurisdiccional competente disponer de los elementos suficientes para ejercer su control. Como ha recordado nuestro Tribunal Supremo, la motivación ha de ser suficiente, es decir, aún cuando fuera breve o sucinta, ha de contener en todo caso, la razón esencial de decidir, en lo dispuesto en el acto administrativo, de tal modo que el interesado pueda conocer con exactitud y precisión, el cuando,

como y porqué de lo establecido por la Administración, con la amplitud necesaria para su adecuada posible defensa, permitiendo también a su vez a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa, sancionada en el *art. 106 de la Constitución* .

En este caso, la resolución impugnada tiene en el apartado 19 una motivación claramente escueta, pero considera esta Sala que no es insuficiente, si se pone en relación con el resto de la Resolución: se impone en cuantía inferior a la mínima, considerando que "se ha producido solo en dos concursos y para una serie limitada de productos", lo que sumado a otras consideraciones (pfo. 17 entre otros) a juicio de esta Sala constituye una motivación suficiente.

Como ya ha recordado esta Sala en anteriores ocasiones, la aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector de éste afectado, y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable, cual es, en el caso enjuiciado, el *artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* .

Vistos los antecedentes expuestos por el Acuerdo del TDC se justifica el importe de la sanción, a la vista de las circunstancias económicas del hecho por el que se impone sanción y del volumen de negocio de la entidad ahora recurrente.

De todo lo anterior se deriva la procedencia de desestimar el recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

SEXTO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa* .

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de SCHERING ESPAÑA, S.A., contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 22 de julio de 2004, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el *artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* .

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, lltmo. Sr. D. JOSE M^º DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-