

Id Cendoj: 28079230062002100876
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 1918/1998
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a doce de septiembre de dos mil dos.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 1918/98 que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de MEDEVA PHARMA S.A. (antes Evans Medical España S.A.) frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la Resolución dictada por el Tribunal de **Defensa de la Competencia** el día 30-IX-98 y la resolución de corrección de errores de la anterior de 11-XI-98 en materia relativa a sanción por conductas prohibidas. Ha sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La recurrente indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 5-XII-99. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

Segundo.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia por la que declare nula la resolución impugnada "anulándola en todos sus extremos contenidos en los epígrafes Primero b) y c) y d), Segundo g) Tercero y Cuarto del cuerpo resolutivo de la Resolución de 30 de septiembre de 1.998 o subsidiariamente reduciendo la cuantía de la multa impuesta a MEDEVA en el epígrafe Segundo g) del cuerpo resolutivo de la Resolución de 30 de septiembre de 1.998; y ordenando a la Administración demandada el reembolso del pago de la multa impuesta a MEDEVA PHARMA S.A. con sus correspondientes intereses para el caso de que este se hubiera efectuado a la fecha de la sentencia".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La Sala acordó recibir a prueba el recurso practicándose la documental a instancias de la actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

Quinto.- La Sala dictó Providencia señalando par votación y fallo del recurso la fecha del 11 de

septiembre de 2.002 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

I.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el Acuerdo dictado el día 30 de septiembre de 1.998 por el Tribunal de **Defensa de la Competencia** por el que en el expediente 395/97 acuerda :

- Declarar acreditada la conducta prohibida por el *artículo 1.1.a) de la Ley de DefensadelaCompetencia* , consistente en la concertación de precios de las vacunas antigripales con las que concurría a los concursos convocados por el Servicio Andaluz de Salud.

- Imponer a la demandante una multa de 10.500.000 Pts.

- Intimar a la demandante a que cese en la conducta declarada prohibida y a que se abstenga de realizarla en lo sucesivo.

- Ordenar la publicación de la parte dispositiva de la Resolución en el BOE y en dos periódicos de máxima circulación, uno de ellos de ámbito nacional y el otro de Sevilla.

La Resolución de 11 de noviembre de 1998, de corrección de errores materiales, que acordó: 1º) Corregir el error material de la Resolución de 30 de septiembre de 1.998 relativo a las cifras de negocios de la demandante, y 2º) Corregir el importe de la multa impuesta a la demandante, en los siguientes términos: una multa de 296 millones de pesetas.

SEGUNDO.- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue: el acto administrativo impugnado ha valorado indebidamente las características del mercado relevante para la conducta. La presentación de ofertas idénticas por los distintos operadores está justificada por la transparencia del mercado. La actora tiene una vacuna diferente, que no le proporciona rentabilidad económica, habiendo apreciado erróneamente la Administración el método seguido para establecer el precio. Por último sostiene que el sistema utilizado para graduar las sanciones impuestas no es conforme a derecho.

TERCERO.- El *artículo 1 de la Ley 16/1989, de DefensadelaCompetencia (LDC)* prohíbe "todo acuerdo o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del territorio nacional, y en particular, los que consistan en:

a) la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicios."

En primer lugar cabe resaltar que no se discute la absoluta identidad de precios ofertados por las distintas empresas luego sancionadas, sino que se argumenta que, al menos la ahora actora, llegó a tal identidad como consecuencia no de un acuerdo con sus "competidoras" sino exclusivamente a causa de las características de un mercado en el que, según alega no es posible la competencia en precios.

En cuanto al primer motivo de impugnación, la actora lo plantea como una valoración indebida por la Administración de las características del mercado relevante porque a su juicio éste presenta unas condiciones de competencia homogéneas y es altamente transparente, lo que justifica que se presenten ofertas idénticas por los distintos operadores en ausencia de contacto, coordinación o concertación.

Con independencia de que exista un precio máximo (por debajo de este existe un margen para establecer el de cada empresa) y una cierta similitud en los costes, el mercado permite que existan diferencias entre precios. Esta Sala considera que precisamente si el mercado permite conocer los precios máximos autorizados como los precios de comercialización, la obtención de un contrato de tal entidad como el suministro del producto al cliente que adquiere según alega la actora, hasta el 80% del producto deberá, al menos en parte, sostenerse en la oferta de un mejor precio. Como recordaba el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de octubre de 1.998 "La conjunción de elementos tales como variedad de ofertas, sobre una misma clase de papel de diferentes calidades y tamaños, en la misma época y por idénticos precios, que en relación con la recurrente constituye prácticamente todas sus variantes de papel estucado, impide pensar que sea la casualidad la determinante de la coincidencia, siendo más lógico intuir que se ha debido

a un concierto previo entre ambas empresas; pues aun admitiendo con la actora, que se trata de dos empresas de dimensiones similares, con parecidas estructuras de coste, de que en el mercado de productos del papel los precios son resultado de unos costes económicos que en gran medida están determinados por exigencias muy concretas, ello podría producir precios homogéneos con cortas diferencias, pero nunca una igualdad absoluta en relación con los de determinadas clases de papel; es más, si así fuera, la identidad se habría producido en todos los tipos del producto, y no sólo en la modalidad de estucado, que es, en palabras de la demanda, la que representa mayor volumen de ventas, y en la que las transacciones se efectúan entre fabricante y mayorista.

Tampoco cabe hablar de imitación de una empresa por otra, ya que es costumbre, reconocida en la demanda, que las empresas de este sector publiquen sus tarifas en las mismas épocas del año; por tanto, aunque haya diferencias de días entre las distintas publicaciones, la proximidad de éstas hace inviable la copia, por las enormes perturbaciones que podrían producir en el funcionamiento mismo de la empresa los ajustes súbitos a los precios de los competidores. Como acertadamente señala el Abogado del Estado, la dificultad de analizar, en términos de la economía de la empresa, en el plazo de días, las consecuencias previsibles derivadas de la asimilación de tarifas propias a las ajenas, induce a pensar que la prudencia y diligencia empresariales no estimará adecuado introducir modificaciones en una cuestión como la del precio final, que viene "predeterminada" por circunstancias diversas de las que la competencia es una de ellas. Es de señalar, además, que la imitación o copia de una empresa por otra ha sido negada por ambas.

La propia sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de julio de 1.972 (materias colorantes), tantas veces citada por la demandante, hace derivar, como en el caso de autos, de la conjunción de diversos factores, la existencia de práctica concertada: el carácter de los tipos aplicados, las raras excepciones en la identidad y la gran proximidad incluso identidad de su fecha de aplicación por los productores.

Existe, en definitiva, un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado -identidad de precios- y la consecuencia -convenio entre productores- que permite concluir, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional antes expuesta, que no se ha producido la alegada 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**, no es arbitrario, caprichoso ni absurdo.

En el supuesto enjuiciado, resulta exacta y precisamente que, en un mercado de tales características, únicamente se produce tal absoluta identidad en el precio cuando se trata de ofertar la vacuna al cliente que adquiere la mayor parte del producto, lo que lleva a concluir que tal identidad no es consecuencia de las condiciones de la oferta y la demanda sino de la colusión entre los operadores ofertantes del producto, falseando, e impidiendo la competencia.

La trascendencia de esta actuación queda si cabe reforzada al comprobarse que, en los concursos que el S.A.S. convocó en los años 1.992 a 1.995 para la adquisición de las vacunas antigripales, el precio suponía 40 puntos dentro de los 100 puntos utilizados como criterio de ponderación.

En estas circunstancias, resulta irrelevante que la actora oferte una vacuna que a su juicio es superior por sus prestaciones, o que no obtenga rentabilidad por su actividad económica en ese concreto sector, ni que los precios sean los más bajos de la U.E., teniendo en cuenta que por debajo del precio máximo establecido por la Administración existe un abanico de cifras, y las expedientadas ofertaron año tras año idénticos precios.

Finalmente, en cuanto al método utilizado para calcular el precio ofertado, con independencia de que sea sencillo (como alega la recurrente) o complicado (como lo califica el TDC) esta Sala considera que la valoración del TDC es acertada en cuanto a los significativo de que todas las empresas calculen el precio partiendo del de los envases clínicos siendo así que una de las condiciones del concurso es que las vacunas se presenten en envases individuales, y que todas apliquen el descuento del 2% (cuando la finalidad del concurso es comprar al precio más bajo, no comprar con un único descuento previamente acordado).

CUARTO.- En relación a la alegada violación del principio de presunción de inocencia consagrado en la Constitución por la utilización indebida de la prueba de indicios, el Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de marzo de 2000 (recurso 373/1993) afirmó, 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 conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda."

En aquel recurso el Tribunal de **Defensa de la Competencia** basaba su resolución en que el reparto de un determinado mercado resultaba acreditado a partir de indicios que esta misma Sala consideraba suficientes, pues "[...] existe, en definitiva, un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado y la consecuencia que conduce a declarar, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional antes expuesta, 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**, no es arbitrario, caprichoso ni absurdo."

En relación con el uso de la prueba de indicios para apreciar la existencia de prácticas colusorias en el seno de procedimientos de licitación, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de noviembre de 1996 (recurso 2554/91). Tras reiterar la misma doctrina general antes expuesta, sostiene:

"[...] existe el dato, admitido unánimemente, de que las ofertas presentadas en sobre cerrado por todos los laboratorios concursantes eran idénticas, hasta el extremo de que en alguno de los concursos aparecen cifras decimales iguales. La conjunción de elementos tales como pluralidad de oferentes y presentación en sobre cerrado que imposibilitaría el conocimiento mutuo, hace impensable, que se pueda llegar a una identidad de precios sin un concierto previo entre los concursantes; pues aún en el supuesto, invocado por el recurrente, de que en el mercado de productos zoonosanitarios los precios son resultado de unos costes económicos que en gran medida están determinados por exigencias muy concretas y detalladas, con márgenes comerciales muy cortos, de que en este sector son frecuentes los contactos entre los funcionarios de la Administración sanitaria y los laboratorios, que permite conocer cuáles van a ser los precios que se van a abonar, y de que éstos resultan de los datos suministrados por aquélla, ello podría producir precios homogéneos con cortas diferencias, pero nunca una igualdad absoluta en la de todos los oferentes".

Aquellos indicios fueron considerados suficientes para acreditar la existencia de un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado -identidad de precios- y la consecuencia -convenio entre los laboratorios- que permitía dar por probada la práctica colusoria; las similitudes con el caso de autos son patentes.

Análogas consideraciones hizo el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de enero de 1999 (recurso 263/1995) añadiendo, respecto de la precedente, que no podía compartirse la defensa del entonces recurrente, basada en "[...] que la coincidencia obedece al previo conocimiento que los oferentes tenían de los precios máximos por dosis y el número de éstas, lo que determinó, mediante una sencilla división, obtener el importe. Tal argumento no puede acogerse porque, como señala el acto del Tribunal de **Defensa de la Competencia** 'el precio máximo por dosis a pagar sólo aparece en uno de los concursos... En todos los demás, figuran únicamente las sumas presupuestadas para la adquisición de la vacunas para las que se convoca el concurso'. En cualquier caso, aun admitiendo el conocimiento de ambos elementos de la operación, las ofertas no tenían por qué ser idénticas, ya que al ser precios máximos cabía rebajar su importe, siendo ilógico que -sin previo acuerdo- todos los concursantes o bien no hiciesen bajas o que éstas fuesen absolutamente iguales. La misma actora reconoce la existencia de 'unos márgenes mínimos que resultaban muy inferiores a los del mercado libre', con lo que se está admitiendo la posible oscilación del precio dentro de ese margen, oscilación que resulta incompatible con la total y absoluta identidad de los ofrecidos."

QUINTO.- La actora considera que la resolución recurrida viola el principio de proporcionalidad de las sanciones establecido en el *art. 131 de la Ley 30/92* en relación con los criterios de cuantificación y graduación de las sanciones previstos en el *art. 10 pfo. 2 de la LDC*. Y ello porque la base para cuantificar la multa impuesta ha tomado como base la cifra total de su negocio y no la facturada en materia de vacunas antigripales.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de octubre de 1.997 estableció que: " Es claro que la decisión de la Administración en que se imponga la sanción ha de ser motivada; en otras palabras, la Administración ha de justificar, de manera objetiva, el porqué de la sanción que impone. Aún cabe añadir; la Administración, necesariamente, ha de acomodar su potestad sancionadora a cada caso. Por lo tanto, a la hora de imponer la sanción tras el correspondiente expediente, ha de tomar en consideración las circunstancias particulares de cada caso, así como -y esto es relevante- las circunstancias del mercado y producción dominantes al momento en que la infracción se cometió; no se olvide que, como anteriormente hemos dicho, en las infracciones contra la competencia, opera la actividad de producción de riqueza, pero orillando a la competencia legal que queda perjudicada, como también queda perjudicados los consumidores y, en definitiva la Economía Nacional, dado que el interés público, siempre relevante, resulta lesionado cuando, como en el caso que resolvemos, se produce una actividad clara contra la competencia."

El *art. 10 de la LDC* establece que "La cuantía de las sanciones se fijará tendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta..." es decir, el único criterio es la importancia de la infracción, si bien la Ley establece criterios para valorar esta importancia. De estos, uno es la "dimensión del mercado afectado" y "la cuota de mercado" pero otro de igual intensidad es "la modalidad y alcance de la restricción de la competencia". En consecuencia no existe impedimento legal alguno para que por la Administración se tenga en cuenta la cifra global de negocio de una empresa para valorar la importancia de la infracción.

En relación con las consecuencias del que la actora llama "intervencionismo de la Administración", como ya se señaló en la sentencia de 17 de enero de 2.002 , el principio de confianza legítima tal y como ha sido formulado por el Tribunal Supremo, su admisión debe basarse en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa. El mismo T.S. ha aplicado dicho principio en el ámbito del derecho de la competencia, (sentencias de 28 de julio de 1997 y 26 de septiembre de 2000), en las que el signo externo de la Administración suficientemente concluyente consistió en una recomendación expresa del Ministerio de Educación para realizar determinada conducta. En el supuesto de autos, no puede considerarse que la Administración haya sugerido, provocado o inducido las conductas prohibidas, ni que la falta de denuncia del SAS sea equiparable a esos signos externos de la Administración suficientemente concluyentes que viene exigiendo la jurisprudencia del T.S. para aplicar el principio de confianza legítima.. Por el contrario, para la Sala no existe duda alguna de la gravedad del acto sancionado, por sus efectos contrarios a la competencia (*artículo 1 LDC*), en un campo de tan relevante interés público como es el de la adjudicación de vacunas antigripales a los Servicios Nacionales de Sanidad, con el efecto añadido de restringir la libertad de la Administración para elegir entre las diferentes ofertas la más ventajosa, impidiendo de esta forma la ejecución del gasto público conforme a los criterios de eficiencia y economía (*artículo 31.2 CE*).

Debe en consecuencia desestimarse igualmente este motivo de recurso.

SEXTO.- En el escrito de interposición del recurso se impugna asimismo el Acuerdo del TDC de 11-XI-98 por el que se corrigen errores del anterior. Dicho Acuerdo fue anulado por sentencia de esta Sala y Sección de fecha 17 de enero de 2.002 . Tal acuerdo no es objeto de alegación ninguna por parte de la recurrente, ni el contenido de la misma afecta sus legítimos intereses por cuanto la referida corrección altera la cuantía de las multas impuestas a otras dos empresas implicadas en los hechos enjuiciados, sobre la base de que se calculó el importe fijado en el Acuerdo de 30-IX-98 en relación con unas cifras de negocio que eran en realidad las de la actividad de vacunas antigripales y no las del total de su actividad como pretendía el TDC.

En consecuencia, entiende esta Sala que visto el tenor del suplico de la demanda, no es procedente efectuar pronunciamiento sobre el Acuerdo de corrección de errores.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado por ser conforme a derecho.

SEPTIMO.- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el *art. 131 Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional* , justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS:

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por

MEDEVA PHARMA S.A. (antes Evans Medical España S.A.) contra el Acuerdo del Tribunal de **Defensa de la Competencia** dictado el día 30 de septiembre de 1.998, el cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el *art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*.

ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Illmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.