

Roj: SAN 158/2002
Id Cendoj: 28079230062002100497
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 1764/1998
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a dieciseis de enero de dos mil dos.

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 1764/98, se tramita, a instancia de AVENTIS PHARMA, S.A. (antes RHÔNE-POULENC RORER, S.A.), representada por la Procuradora Dña. M^a Gracia Garrido Entrena, contra resoluciones del Tribunal de Defensa de la

Competencia, de fechas 30 de septiembre de 1998 y 11 de noviembre de 1998, sobre practicas restrictivas de la competencia y corrección de errores materiales, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por la Sra. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 296.000.000 Pts. (1.778.995,83 #).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de septiembre de 1998 (Expte. 395/97, Vacunas antigripales), mediante escrito de fecha 6 de noviembre de 1998, y la Sala, por providencia de fecha 16 de noviembre de 1998, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

Por escrito de 21 de diciembre de 1998 la parte demandante solicitó la ampliación del recurso a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 11 de noviembre de 1998, de corrección de errores materiales, y la Sala por providencia de 26 de abril de 1999 acordó la ampliación.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, que el 21 de julio de 2000 presentó su escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando la anulación de las Resoluciones impugnadas o, subsidiariamente, la reducción del importe de la sanción impuesta, con arreglo a las consideraciones que efectúa.

El 28 de marzo de 2001 presentó la Abogado del Estado su escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y solicitando la desestimación del recurso y la confirmación íntegra de la resolución impugnada.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos, y evacuado el trámite de conclusiones, mediante escritos presentados en fechas de 21 de junio y 5 de julio de 2001, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 16 de enero de 2002.

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 las dos siguientes Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC):

a) Resolución de 30 de septiembre de 1998, que en el expediente iniciado de oficio por el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) contra varias empresas farmacéuticas, entre ellas la demandante, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia, acordó por lo que a la recurrente se refiere:

- Declarar acreditada la conducta prohibida por el artículo 1.1.a) de la ley de Defensa de la Competencia, 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 14.400.000 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.

b) 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 1998 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.- La parte actora alega en su demanda: a) nulidad de pleno derecho de la Resolución del TDC de 11 de noviembre de 1998, pues con la excusa de rectificar un error, se impuso a la recurrente una nueva sanción de plano, con total olvido del procedimiento legalmente establecido, y con desconocimiento de sus derechos y garantías fundamentales, b) inexistencia de concertación alguna sobre precios entre los laboratorios participantes en los concursos, que se apoya en un único indicio, la coincidencia de los precios de las proposiciones presentadas, que fue debida a una alineación espontánea y natural de todos los laboratorios en torno al precio máximo autorizado más bajo, y c) subsidiariamente, la multa de 296.000.000 Pts. es absolutamente desproporcionada con la gravedad de los hechos, pues ya el propio TDC en su Resolución de 30 de septiembre de 1998 consideró que la sanción inicial de 14.400.000 Pts. resultaba proporcionada a la gravedad y duración de la conducta, si bien debe también tenerse en cuenta la incidencia del silencio del SAS en la repetición de la presunta infracción, circunstancia atenuante que debe ser ponderada sobre la multa inicialmente impuesta.

La Abogado del Estado señala que: a) la rectificación de errores se efectúa sobre exactamente las mismas bases sancionadoras que fueron consignadas en la resolución final del expediente, con la única sustitución de la magnitud numérica que se había hecho figurar en el apartado de cifra de negocios anual de determinadas empresas por la verdadera cifra de negocios anual de las mismas. El motivo por el que se había producido el error material era, además, imputable en gran medida al interesado, y adicionalmente, el error provocado tiene graves efectos sobre el principio de igualdad, pues si no se rectifica se condena en proporciones desiguales a distintos laboratorios por una misma participación en los hechos, b) respecto del fondo, resalta que está acreditada la existencia de una coincidencia exacta y milimétrica en el precio ofertado por cada laboratorio, a pesar de que las ofertas a los concursos se presentaban en sobre cerrado, de donde cabe deducir con un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, que existió una concertación entre los laboratorios sancionados, destacando finalmente el escrito de contestación la enorme gravedad de este tipo de concertación de precios.

TERCERO.- Examinaremos las cuestiones planteadas en la demanda por su orden lógico, que exige resolver primero sobre la existencia de la conducta prohibida, pues sólo en el caso de que exista la infracción contraria a la competencia que se imputa a la demandante será necesario analizar la cuestión de la rectificación de errores.

La demandante considera: a) que no existe concertación en las ofertas -consideradas en su conjunto-

de los laboratorios participantes en los concursos, y b) que no concurren los requisitos normalmente exigibles para la aplicación de la prueba de indicios.

Para resolver la primera de las cuestiones es necesario una referencia a los concursos convocados por el Servicio Andaluz de Salud (SAS), en los que se produjeron las conductas que el TDC considera contrarias a la competencia.

EL SAS convocó en los años 1992 a 1995 unos concursos para la adquisición de vacunas antigripales. Los criterios de ponderación que utilizó el SAS para la adjudicación de los concursos fueron los siguiente:

- 1) Precio: 40 puntos
- 2) Características técnicas de las vacunas
(composición, presentación): 25 puntos
- 3) Calidad de la ejecución de contratos anteriores
(plazos de entrega, etc.): 20 puntos
- 4) Ofertas complementarias
(material para administración vacunas, etc): 15 puntos

TOTAL PUNTOS: 100 puntos

Los precios ofertados por los laboratorios que participaron en los concursos fueron los siguientes:

PRECIOS OFERTADOS (en pesetas/dosis)

Laboratorio Concurso 1992 Concurso 1993 Concurso 1994 Concurso 1995

Nezel 400 389 389 -

Rhône-Poulenc 400 389 389 462,7

Berna 400 - 389 462,7

Leti 400 389 389 462,7

Sanofi-Winthrop 400 389 389 462,7

Llorente 400 - - -

Evans Medical - 389 389 462,7

CUARTO.- El artículo 1 de la Ley 16/1989, de de Defensa de la Competencia (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."

El precepto indica con toda claridad que es una conducta prohibida "la fijación de precios o de otras condiciones comerciales o de servicios". No puede sostenerse, por tanto, que el artículo 1 LDC que hemos transcrito exija que el acuerdo se proyecte sobre todos los elementos integrantes de la oferta, que es la tesis del recurrente, sino basta que dicho acuerdo se refiera a la fijación de precios.

La plena aplicación del artículo 1 LDC al ámbito de los concursos públicos, sin la especial y más limitada interpretación que propone el recurrente, ha sido admitida por esta Sala, en sentencia de 5 de junio

de 1996 (recurso 2638/1992, de esta Sección 6ª), y por el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de enero de 1999 (RJ 1999274), dictadas las dos resoluciones en unos supuestos de concursos convocados para el suministro al Ministerio de Agricultura de vacunas de utilización veterinaria. En ambos casos se dijo que la conducta prohibida por el artículo 1 LDC es la concertación para fijar precios, sin que sea necesario que el acuerdo se extienda a otros elementos o condiciones del producto.

QUINTO.- Respecto de la prueba de indicios, el Tribunal Constitucional viene declarando que, para que sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano (autos TC 21/2000 y 228/2000 y sentencias TC 220/1998 y 91/1999).

La utilización de la prueba de indicios en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 19977421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 19987741) y 28 de enero de 1999, antes citada, y también por esta Sala, en sentencia de 24 de junio de 1999 (recurso 881/19997, Sección 6ª).

En este caso, los hechos acreditados, respecto de los que no cabe ninguna duda, consisten en la celebración, por convocatoria del SAS, durante los años 1992 a 1995, ambos inclusive, de unos concursos para el suministro de vacunas antigripales, a los que concurrieron los 7 laboratorios que cita la Resolución del TDC, que presentaron sus ofertas en sobres cerrados, y que en todos los concursos se produjo coincidencia en los precios a que se ofrecían las dosis de vacunas.

Estos hechos son aceptados en la demanda, que sin embargo mantiene que falta la prueba de lo que considera otros indicios mínimos indispensables, como son la existencia de reuniones o contactos entre los laboratorios cuyo objeto fuera la realización de las prácticas concertadas. La Sala considera, por el contrario, que la existencia de una reunión o contactos previos para concertar precios, en definitiva la misma concertación, es precisamente la conclusión o consecuencia de la prueba indiciaria, y que si hubieran sido acreditadas tales reunión o contactos, no haría ninguna falta acudir a la prueba de indicios. La sentencia del Tribunal de Primera Instancia que se cita, de fecha 15 de marzo de 2000 (asunto T-25/95, Cimenteries CBR y otros contra Comisión), en el extremo que se cita, no se refiere a un supuesto de concertación de precios, sino a una práctica restrictiva de la competencia relativa al reparto del mercado en el sur de Francia (punto 1836), y la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 16 de febrero de 1995 (RJ 19951659), citada por la recurrente, tampoco exige el requisito de prueba de las reuniones o contactos con el objeto de conseguir la coincidencia de precios.

Tal coincidencia durante 4 años seguidos en los precios, entre empresas competidoras, con estructuras y costes distintos, e incluso con precios de venta de laboratorio (PVL) también diferentes (más tarde se volverá sobre este concepto), encuentra una explicación racional, sin ningún salto de lógica o ausencia de premisas intermedias, en un acuerdo previo de fijación de precios entre los laboratorios. Dicha explicación, además de racional, lógica y coherente, es la única posible.

SEXTO.- La demandante sostiene que no existe un enlace preciso y directo entre los hechos probados (precios idénticos) y los hechos presumidos (concertación), porque existe otra inferencia alternativa también razonable. La explicación alternativa consiste en que se ha producido una alineación espontánea y natural de todos los laboratorios en torno al precio máximo autorizado más bajo, al que se aplicaba el descuento pactado con Farmaindustria y el tipo de IVA vigente.

Esta explicación, que el recurrente encuentra razonable, se apoya en las características especiales tanto del mercado de vacunas antigripales como de los concursos convocados por el SAS, en el primer caso especialmente por la intensa intervención de los precios por la Administración, y en el segundo por la escasa relevancia del precios en los criterios de adjudicación de los concursos.

Respecto de la primera cuestión, efectivamente, el Real Decreto 271/1990, de 23 de febrero, de especialidades farmacéuticas, establece en su artículo 1 que el precio de venta de laboratorio (PVL) o precio industrial de las especialidades farmacéuticas, estará sometido a intervención y será fijado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, bien entendido que se trata de precios máximos y que una empresa puede efectuar la comercialización de una especialidad a un precio menor del autorizado notificándolo al citado Ministerio (artículo 3)

Por tanto, no está prohibida, ni siquiera sometida a autorización, la puesta en el mercado de especialidades farmacéuticas a precio inferior al máximo autorizado, y nada impide que los entes

administrativos que prestan servicios sanitarios adquieran tales especialidades a precio inferior al máximo autorizado. En efecto, no es necesaria la notificación al Ministerio de Sanidad y Consumo a que se refiere el artículo 3 del RD 271/1990, de la disminución del precio máximo autorizado, cuando se trate de ventas al INSALUD o a los servicios de salud de las Comunidades Autónomas, pues el artículo 2.1 del RD 217/1990 se refiere a la comercialización en relación a la fijación de venta al público, es decir a la dispensación del medicamento en establecimientos abiertos al público en general (oficinas de farmacia).

La posibilidad de venta a la Administración a precios más bajos al PVL se refiere tanto a los casos de adjudicación en los que se promueve la concurrencia (subasta y concurso), como a los supuestos excepcionales en que la concurrencia se excluye (adjudicación directa), como pone de manifiesto el informe de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios que obra al folio 14.155 del expediente del SDC.

En este caso, los precios máximos autorizados y los precios de comercialización eran diferentes. Estas diferencias se debían, de un lado, a la existencia de tres tipos de vacunas distintas, si bien todas tienen unas prestaciones y eficacias similares, y de otro a que el coste de fabricación de cada una también es diferente, como ponen de relieve los Anexos al Informe Propuesta del Instructor del expediente (folios 14.641 a 14.643 del expediente del SDC).

Se expresan seguidamente los PVL máximos autorizados y de comercialización, durante el período de mayo de 1995 a junio de 1997, al lado del precio idéntico ofertado por los laboratorios en el concurso convocado por el SAS en 1995.

Laboratorio Especialidad PVL max. aut

5/95 a 6/97 PVL comerc.

5/95 a 6/97 precio oferta

concurso 95

Nezel Imovac 489 475,8 -

Rhône-Poulenc Mutagrip 467 454 462,7

Berna Inflexal 467 454 462,7

Leti V. anti. Leti 469 456 462,7

Sanofi-Winthrop V. anti. asteur 467 454 462,7

Llorente Fluarix 467 467 -

Evans Medical Evagrip 489 489 462,7

Por lo que se refiere a la segunda cuestión antes enunciada, las condiciones del concurso, el demandante considera que el precio tiene una escasa relevancia en los criterios de adjudicación. Ya hemos visto anteriormente que la relevancia del precio no es escasa, sino exactamente hasta 40 puntos sobre 100.

En el expediente del SDC (folio 14.345) se encuentra un Informe del SAS sobre la forma de distribución de esos 40 puntos que ponderan el precio. Aunque el Informe del SAS se refiere al año 1996, sus criterios, en opinión del demandante, son plenamente aplicables a los concursos sobre los que se discute en este recurso. De acuerdo con tal informe, los 40 puntos corresponden a una bajada máxima del 15% respecto del tipo de licitación, atribuyéndose una puntuación inferior a los descensos en el precio hasta el 15%, que se calcula con una fórmula que se incluye en el indicado informe.

En aplicación de dicha fórmula de cálculo, y a modo de ejemplo, en un concurso con un tipo de licitación de 462,7 Pts. por dosis (como sucedió en 1996), una rebaja de un 1% sobre dicho precio (4,6 Pts.) habría sido ponderada con 2,6 puntos, si la rebaja fuera del 2% (9,2 Pts.), con 5,3 puntos, del 3% (13,8 Pts.), con 8 puntos y del 5% (23,1 Pts.), con 13,3 puntos.

Debe tenerse presente que los concursos eran adjudicados en ocasiones por muy escaso margen de

puntuación. Así, en el ejemplo del concurso de 1996 que hemos utilizado, como resulta del folio 14.361 del expediente, el lote 12 (vacunas antigripales de virus no enteros) fue adjudicado a la empresa hoy recurrente, que obtuvo un total de 20,75 puntos, mientras que el segundo clasificado, el laboratorio Evans Medical, obtuvo 20,00 puntos, (ambos ofrecieron un precio igual, de 462,7 Pts. por dosis). Aplicando los índices de ponderación del concurso que hemos visto, si el segundo clasificado hubiera ofrecido un precio inferior en tan sólo 1,5 Pts. por dosis (un descuento del 0,3% sobre el tipo de licitación), habría sido el adjudicatario de dicho lote.

Por lo tanto, la Sala tampoco comparte el argumento de que el precio tuviera poca relevancia en los criterios de adjudicación de los concursos convocados por el SAS. Al contrario, tenía mucha importancia.

SEPTIMO.- De acuerdo con lo hasta aquí razonado, las especiales circunstancias del mercado de las vacunas antigripales, y de los concursos convocados por el SAS no explican la identidad de precios de oferta de las vacunas antigripales en los concursos.

Sostiene el demandante que la coincidencia no se produce tanto en los precios, como en la fórmula para calcular el precio que más les interesaba, que utilizaron los laboratorios implicados. Al utilizarse la misma fórmula, se ofrecieron los mismos precios.

Es indiferente, a los efectos sancionadores de la LDC, que el acuerdo o concierto tenga por objeto los precios o la fórmula para calcularlos, pues la conducta prohibida por el artículo 1 LDC es la fijación de precios, "...de forma directa o indirecta."

Pero existen al menos dos circunstancias que llevan a la Sala al convencimiento del acuerdo entre los laboratorios sobre los precios, no sobre la fórmula de cálculo.

Por un lado, en esa fórmula de cálculo (precio máximo autorizado más bajo, menos descuento pactado por Farmaindustria, más IVA), todos los laboratorios coinciden en incluir un descuento idéntico, del 2% sobre el precio máximo autorizado más bajo, porque ese era el descuento pactado entre Farmaindustria y la Administración. Debe decirse que el descuento del 2% estaba previsto para los casos de ventas directas, mientras que las empresas coincidieron en aplicar tal descuento en un procedimiento de adjudicación por concurso. Por otro lado, todos los laboratorios aplicaron el descuento del 2%, cuando el descuento pactado entre Farmaindustria y el SAS para las ventas directas era del 1%. Es cierto, como dice el demandante, que la Circular en la que se especifica que el descuento era del 1% es de fecha 6 de junio de 1995, pero de ello no puede seguirse que el descuento del 1% se aplicó únicamente a las ventas directas a partir de entonces, sino al contrario, la Circular confirma que ese descuento era también el vigente hasta entonces, al decir que "...el descuento aplicable a las ventas hospitalarias a los Centros del Servicio Andaluz de Salud continúa siendo el 1%."

Por otro lado, también apoya la tesis del acuerdo en los precios, que el resultado de la operación de cálculo, el precio ofrecido por todos los laboratorios, sea coincidente incluso en los decimales, incluyéndolos en unas ocasiones y en otros excluyéndolos. Así, en el concurso de 1995, todos los laboratorios incluyeron un decimal en el precio, que fue de 462,7 Pts., mientras que en el concurso de 1992, todos los laboratorios prescindieron del decimal y ofrecieron idéntico precio de 400 Pts., a pesar de que el resultado de la fórmula que utilizaron los laboratorios -espontáneamente en la argumentación actora- produce un resultado de 400,3 Pts.

Todos los argumentos de la demanda podrían explicar o justificar precios homogéneos en las ofertas de los laboratorios, con cortas diferencias, pero nunca una igualdad absoluta.

Por tanto, entendemos que la explicación que se ha examinado no constituye una alternativa razonable a la consecuencia que antes se ha obtenido de los hechos acreditados, y que, en realidad, sobre la identidad de precios ofertados durante 4 años por los 7 laboratorios implicados, no existe ninguna otra explicación racional distinta a la previa concertación para la fijación de esos precios.

OCTAVO.- Respecto de la rectificación de errores, el artículo 46.4 de la LDC indica que "los errores materiales y los aritméticos podrán ser rectificadas en cualquier momento". Se trata de una concreción al ámbito del procedimiento ante el TDC de lo dispuesto en el artículo 105.2 LRJ-PAC, que establece que "las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos."

La pura rectificación material de errores de hecho o aritméticos tiene como única finalidad la de

eliminar errores en la transcripción o de simple cuenta, y deben separarse tales supuestos de aquellas otras rectificaciones de mayor trascendencia, no autorizadas por los preceptos citados.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido perfilando los límites y requisitos de este excepcional mecanismo de rectificación del contenido de los actos administrativos. Así, se niega el carácter de error de hecho siempre que su aplicación implique un juicio valorativo, o exija una operación de calificación jurídica. Igualmente, debe negarse la libertad de rectificación en caso de duda o cuando la comprobación del error exige acudir a datos de los que no hay constancia en el expediente, por entender que el error material o aritmético es solamente el error evidente, que consiste en meras equivocaciones aritméticas, permaneciendo fijos los sumandos o factores (STS de 8 de julio de 1982, RJ 19825381).

El artículo 105.2 LRC-PAC (o con mayor precisión, su antecedente artículo 111 LPA de 1958), lo único que autoriza es la rectificación de aquellos errores que se producen en la transcripción o de simple cuenta, pero no de los que supongan una alteración sustancial del acto rectificado (STS de 9 de diciembre de 1999, RJ 19998824).

Existe una constante jurisprudencia, recogida en las STS de 25 de mayo de 1999 (RJ 19995075), 16 de noviembre de 1998 (RJ 19988127), 28 de noviembre de 1992 (RJ 19928022) y en las demás resoluciones que en estas sentencias se citan, que mantiene que el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorizarse "prima facie" por su sola contemplación, por lo que para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se exige que concurren, en esencia, las siguientes circunstancias: 1) que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos, 2) que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en que se advierte, 3) que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables, 4) que no se proceda de oficio a la revisión de actos firmes y consentidos, 5) que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica), 6) que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no genere anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión, y 7) que se aplique con un hondo criterio restrictivo.

NOVENO.- En este caso, debemos concluir que no concurren los requisitos mencionados para la simple rectificación de un error aritmético.

La rectificación de errores se produce, de acuerdo con lo expresado por la Resolución de 11 de noviembre de 1998, porque entre los hechos probados de la Resolución de 30 de septiembre de 1998 figuraba que la cifra de negocios del laboratorio Rhône Poulenc Rorer había sido, en el ejercicio de 1995, la de 728.861.000 pesetas y "tras la consulta efectuada al Registro Mercantil Central, se incorporaron...las cifras de negocios correspondientes a Rhône-Poulenc Rorer, S.A., que no coincidían con las que obraban en el expediente" (Antecedentes de hecho 1º y 5º). Más adelante (Fundamento de Derecho 3º), se indica que la cifra de negocios del laboratorio demandante en 1995 fue la de 14.879.954.000 Pts.

Así pues, resulta que el dato de la cifra de negocios que se rectifica, no coincidía con el que obraba en el expediente y fue necesario, por lo que se dice en la Resolución impugnada, acudir a una consulta al Registro Mercantil Central para conocer ese nuevo dato. Se incumple por tanto el requisito antes enunciado de que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en que se advierte.

Por otro lado, tampoco estamos ante un simple error de aritmético o de suma, en el que permanecen fijos los sumandos o factores, pues ha sido precisa la modificación de los hechos probados y de las bases que constan en la Resolución que se rectifica (y en el propio expediente).

Además de todo ello, la modificación es sustancial, pues se pasa de una multa de 14.400.000 Pts. a otra de 296.000.000 Pts. (un aumento de 281.600.000 Pts. ó del 2055,5%).

DECIMO.- Destaca la Abogado del Estado sobre este punto que el error fue imputable "en gran medida" a los propios interesados. En el expediente se aprecia que, efectivamente, el SDC por providencia de 2 de diciembre de 1996 (folio 14.531 del expediente del Servicio), acordó solicitar a los laboratorios

implicados información sobre el "volumen de facturación de la empresa durante el ejercicio 1995", y la mayoría los laboratorios contestaron a esa cuestión indicando su volumen de ventas totales, salvo dos laboratorios, el demandante y otro, que indicaron únicamente su volumen de venta de antigripales.

Sin embargo, debe tenerse presente que no hubo propiamente ninguna clase de ocultación al SDC por parte de la empresa recurrente, porque en su contestación al requerimiento indicado dice expresamente que "el volumen de facturación de la empresa durante el ejercicio 1995, correspondiente a la vacuna antigripal, ascendió a la cantidad de 728.861 miles". Así pues, en la contestación no existe ninguna clase de falsedad o engaño, porque la empresa recurrente hace constar con claridad que se está refiriendo a la facturación correspondiente a la vacuna antigripal.

Esta circunstancia, que la empresa demandante había indicado su cifra de ventas de la vacuna antigripal, no sólo se advierte con toda facilidad por la simple lectura de su contestación al SDC, sino también fue puesta en conocimiento del TDC en el trámite de prueba por otro de los laboratorios implicados. En efecto, el laboratorio NEZEL, S.A., en el apartado VIII de su escrito de prueba de 15 de octubre de 1997 (folios 61 a 63 del expediente del TDC), propone prueba sobre los volúmenes de facturación de las distintas empresas, pues unas habían indicado su facturación total y otras sus ventas de vacunas antigripales, si bien el TDC en el auto de admisión de pruebas (folios 160 a 177), entiende que tal prueba no es necesaria por el momento, teniendo por hechas las manifestaciones para en su caso, si resultare necesaria, acordarse para mejor proveer.

En definitiva, no puede entenderse que el error fuera debido a una conducta de ocultación o enmascaramiento de datos de la demandante, pues no omitió, sino hizo constar expresamente, el concepto al que respondían los datos que proporcionaba, y el SDC y el TDC tuvieron constancia y aviso de que los datos se referían al volumen de ventas de antigripales, no a la facturación total.

UNDÉCIMO.- A lo anterior se añade que la Resolución de 11 de noviembre de 1998 causa al recurrente indefensión. En efecto, el TDC modifica los hechos probados y la parte dispositiva de su Resolución de 30 de septiembre del 1998, en la forma que se ha dicho, sin audiencia de ninguna clase del demandante, a quien, con posterioridad a la Resolución del 30 de septiembre de 1998, no se le da traslado de ninguna decisión del TDC de averiguación de su volumen de facturación total, ni tampoco de cualquier dato sobre esta cuestión, al fin de que pudiera conocerlo y efectuar alegaciones.

Es más, ni siquiera obran esos datos en el expediente remitido por el TDC, sino únicamente aparece que por diligencia de 10 de noviembre de 1998 (folio 660 del expediente del TDC), se hace constar que se incorpora al expediente la documentación remitida por los Registros Mercantiles de Barcelona y Madrid, en relación con determinados datos reclamados por el Vocal Ponente respecto de las entidades Sanofi Pharma S.A. y Rhône-Poulenc Rorer, S.A. y efectivamente, están unidos los datos relativos a las cuentas anuales e informe de auditoría relativos a la primera de las empresas, pero no los datos de la empresa demandante.

Por estas razones, debemos estimar la demanda en este extremo y declarar la nulidad de la Resolución de 11 de noviembre de 1998, por ser contraria a derecho.

DUODECIMO.- Con carácter subsidiario a sus dos pretensiones principales, que han sido examinadas, el recurrente articula su pretensión de que se reduzca el importe de las sanciones por ser su cuantificación incorrecta.

Al estimar la nulidad de la Resolución de 11 de noviembre de 1998, no cabe ya ningún pronunciamiento sobre su proporcionalidad.

Respecto de la Resolución de 30 de septiembre de 1998, entiende la recurrente que debía haberse apreciado la circunstancia atenuante de que el SAS, al no denunciar los hechos, propició la conductas después sancionadas, reforzando de esta forma la convicción de la demandante de no haber infringido norma alguna.

El principio de confianza legítima fue formulado por el Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, de 1 de febrero de 1990 (RJ 19901258), que indica que su admisión debe basarse en signos externos producidos por la Administración los 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, así en sentencias de 28 de julio de 1997 (RJ 19976890) y 26 de septiembre de 2000 (RJ 20007047), 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 caso al que se refiere este recurso 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).

Por tales razones la Sala entiende que no debe ser acogida la pretensión subsidiaria de reducción de la cuantía de la multa impuesta por la Resolución del TDC de 30 de septiembre de 1998.

DECIMOTERCERO.- 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:

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de AVENTIS PHARMA, S.A. (antes RHÔNE-POULENC RORER, S.A.) contra las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fechas 30 de septiembre y 11 de noviembre de 1998, DESESTIMANDO EL RECURSO en relación con la Resolución de 30 de septiembre de 1998, que se declara ajustada a derecho en los extremos examinados, y ESTIMANDO EL RECURSO en relación con la Resolución de 11 de noviembre de 1998, que se anula por ser contraria de derecho.

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^a DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-