

Roj: SAN 2765/2002
Id Cendoj: 28079230062002100259
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 1913/1998
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a seis de mayo de dos mil dos.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Laboratorios Leti S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Eduardo Codes Feijoo, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 30 de septiembre de 1998, siendo la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo por Laboratorios Leti S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Eduardo Codes Feijoo, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 30 de septiembre de 1998, solicitando a la Sala, se declare la nulidad del acto impugnado.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en 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 el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando a tal fin lo que estimó oportuno, e igualmente hizo la codemandada.

TERCERO: No habiéndose solicitado 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 veinticuatro de abril de dos mil dos.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 30 de septiembre de 1998, por la que se declara a la recurrente incurs en la

conducta descrita en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, por incurrir en concertación de precios de las vacunas antigripales en concurso convocado por el Servicio Andaluz de la Salud, imponiéndose a la actora la multa de 26.800.000 pesetas (161.071,24 euros).

La Resolución impugnada declara probados, en lo que interesa, los siguientes hechos: El Servicio Andaluz de la Salud, convocó en los años 1992, 1993, 1994 y 1995 diversos concursos para el suministro de vacunas antigripales, concurriendo la recurrente a todos los concursos referidos. En tales concursos, los precios ofertados por las concursantes coincidían exactamente.

Tales hechos han quedado acreditados en el expediente administrativo, y no son negados por la actora, quien los admite aunque discute la interpretación de los mismos.

SEGUNDO: El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 por el que se sanciona a los actores, dispone: "Se prohíbe todo acuerdo, decisión 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 mercado nacional...", a continuación el precepto señala determinadas conductas, a título de ejemplo, constitutivas de la infracción anteriormente definida - que lo es con sustantividad propia con independencia de las conductas a continuación enumeradas, que suponen la concreción ejemplificativa de algunos de los supuestos que son subsumibles en el tipo infractor definido -. De entre tales conductas, debemos resaltar la prevista en la letra a), fijación de forma directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicios.

El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas...".

Del primero de los preceptos citados resulta: 1) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia. 2) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. 3) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

TERCERO: A la luz de tal conjunto normativo y su interpretación antes expuesta, hemos de examinar las argumentaciones de la actora:

A) Tipificación de la conducta. La existencia de una conducta concertada - cuando exista acuerdo ya sea expreso o tácito -, o conscientemente paralela - cuando sin acuerdo entre los agentes económicos, conscientemente se uniforma el comportamiento entre los competidores - tiene perfecta cabida en el precepto antes señalado - artículo 1.1 de la LDC -. Así es, un acuerdo, ya sea expreso o tácito, o una actuación conscientemente uniforme para el establecimiento de precios, es conducta tipificada en el citado precepto, pues en sí misma encierra aptitud para eliminar, restringir o falsear la libre competencia mediante la fijación uniforme de precios, afectando a un elemento esencial, el precio, en la intermediación de bienes y servicios.

B) Consideración genérica de la conducta de la codemandada. De la lectura de la Resolución impugnada se deduce que la conducta de la actora ha sido individualmente considerada - especialmente cuadro de la página 8 y 10 y página 12 -, y que si bien - como señala el Sr. Abogado del Estado - no se la nombra expresamente al analizar las alegaciones, se analizan las por ella esgrimidas, por lo que ninguna irregularidad puede apreciarse.

C) Prueba de indicios. Como es bien sabido, la jurisprudencia viene admitiendo la prueba de indicios

siempre que, una vez probados determinados hechos, la conclusión a la que se llegue en el establecimiento de los hechos derivados de aquellos, sea la única explicación racional posible, sin que pudieran admitirse otras posibilidades alternativas.

Pues bien, de la coincidencia exacta de precios la Administración ha derivado una necesaria concertación como única explicación posible ante tan milimétrica coincidencia. Frente a ello la actora afirma haber aplicado una regla: establecer el precio máximo autorizado y aplicar el porcentaje de descuento de la Administración, siempre determinando el precio máximo autorizado, en función de aquel laboratorio que lo tuviese más bajo. Ahora bien, como razona el TDC, no se explica que una fórmula - que en sí misma no es evidente su aplicación a la determinación del precio -, haya sido espontáneamente utilizada por todas las concursantes, y si tal fórmula no ha sido aplicada no se explica la exacta coincidencia en el precio ofertado por todas las concursantes. Lo cierto es que la única explicación racionalmente posible es una concertación bien para utilizar una misma fórmula que necesariamente conduce al mismo precio, bien para el establecimiento del precio.

D) Incidencia de uniformar el precio. Se afirma por la actora la escasa incidencia del precio en el concurso que supone el 40% de la puntuación global. Ahora bien, el establecimiento de un precio idéntico elimina a éste como elemento integrante de la adjudicación y determina la misma en base a los restantes elementos. Esta eliminación del precio supone la restricción de competencia respecto al mismo, pues su incidencia desaparece en la adjudicación del concurso.

E) Graduación de la conducta. En las páginas 20 y 22 la Resolución impugnada razona la graduación de la sanción en atención a la gravedad de la conducta y la afectación del interés público, en cuanto estamos ante una concertación horizontal producida en un concurso público. No se acepta el razonamiento actor de que nos encontramos ante un supuesto de fijación de precios más bajos - a menos, se afirma, en el caso de la actora -. La cuestión no es la aplicación de la fórmula - en base a lo cual se hace esa afirmación - sino en los precios ofertados - en concurrencia a la baja - si no hubiese mediado la concertación, al existir la misma se impidió una competencia a la baja en los precios ofertados.

CUARTO: Todo lo expuesto lleva a la Sala a desestimar el recurso.

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 Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Laboratorios Leti S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Eduardo Codes Feijoo, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 30 de septiembre de 1998, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.