

Id Cendoj: 28079230062002100310
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 1759/1998
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a uno de julio de dos mil dos.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Sanofi Winthrop S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Jaime Briones Mendez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de **Defensa de la Competencia** de fecha 30 de septiembre de 1998 y 11 de noviembre de 1998, siendo la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo por Sanofi Winthrop S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Jaime Briones Mendez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de **Defensa de la Competencia** de fecha 30 de septiembre de 1998 y 11 de noviembre 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: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día diecinueve de junio 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 demas Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resoluciones 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, y de 11 de noviembre de 1998, en la que mediante corrección de errores materiales se eleva la multa impuesta.

La Resolución de 30 de septiembre de 1998 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 los siguientes aspectos:

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 actora. 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 aquéllos, 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 se ha argumentado por las implicadas 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: Hasta aquí el examen de la Resolución de 30 de septiembre de 1998. En lo que se refiere a la Resolución de 11 de noviembre de 1998, ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre la misma en nuestra sentencia de 17 de enero de 2002, dictada en el recurso 1764/98. Decíamos que la rectificación que contiene el acuerdo que nos ocupa no puede subsumirse en la rectificación de errores materiales o aritméticos, regulados en el artículo 46 de la Ley 16/1989 y 105 de la Ley 30/1992. Efectivamente, el problema se plantea en cuanto a la graduación de la sanción tendiendo al volumen de ventas. Cuando la Administración requirió a las implicadas, todas, menos la actora y otra, informaron del volumen de ventas totales, mientras que la recurrente y otra interesada, informaron sobre el volumen de ventas de vacunas antigripales - haciéndolo constar -. Como consecuencia de ello la sanción se graduó en principio sobre tales ventas, y posteriormente se modificó en la Resolución que comentamos, entendiendo la Administración que nos encontramos ante un supuesto de error material.

No podemos aceptar la calificación de error material en la graduación de la sanción atendiendo al volumen de ventas, precisamente porque ni resulta evidente, ni palmario, ni indubitado que la graduación de la sanción sea consecuencia de un error, y sobre todo, porque el problema encierra de manera clara una cuestión jurídica, cual es determinar si la multa ha de graduarse atendiendo al volumen de ventas totales o al correspondiente a aquella actividad económica en la que se cometió la infracción.

Por ello, no concurriendo los supuestos del artículo 102 o 103 de la Ley 30/1992, ni 105.1 del mismo Texto Legal, la Administración no puede alterar de oficio, para agravarlo, un acto administrativo sin acudir al procedimiento de lesividad - artículo 103.2 de la Ley 30/1992 -.

Todo lo expuesto lleva a la Sala a estimar parcialmente 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 estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por Sanofi Winthrop S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Jaime Briones Mendez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del

Tribunal de **Defensa de la Competencia** de fecha 30 de septiembre de 1998 y 11 de noviembre de 1998, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución de 30 de septiembre de 1998, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos, y, así mismo, debemos declarar y declaramos ser contraria a Derecho la Resolución de 11 de noviembre de 1998, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos, 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.