

Id Cendoj: 28079230062003101098
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 1876/1998
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a dieciocho de febrero de dos mil tres.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 1876/98, seguido a instancia de la mercantil "NEZEL SA", en la actualidad "SOLVAY PHARMA SA", representada por el Letrado D. Juan Carlos Hernanz Junquero, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Tribunal de **Defensa de la Competencia** (TDC), la cuantía se estimó superior a 150.253 € (menos de 25 millones de pts), e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 30 de septiembre de 1998, en el seno de un procedimiento seguido contra la recurrente, entre otras empresas, por presuntas conductas prohibidas se dictó resolución por parte del Pleno del Tribunal de **Defensa de la Competencia** (TDC), en cuya parte dispositiva, se dispone:

1º Declarar que resulta acreditada las conductas prohibidas por el *art. 1.1.a) de la Ley de DefensadelaCompetencia*, consistente en la concertación de precios de las vacunas antigripales con las que se concurría a los concursos convocados por el Servicio Andaluz de la Salud:

a) En el concurso 2028/92 Laboratorios Nezel SA, Rhône Poulenc-Rore SA, Instituto Berna España SA, Laboratorios Leti SA, Sanofi Winnthrop SA, e Instituto Llorente SA, concertaron el precio de 400 pts por dosis.

b) En el concurso 2034/93 Nezel SA, Rhône Poulenc-Rore SA, Laboratorios Leti SA, Sanofi Winthrop SA, y Evans Medical de España SA, concertaron el precio de 389 pts por dosis.

c) En el concurso 2011/94 Laboratorios Nezel SA, Rhône Poulenc-Rore SA, Instituto Berna España SA, Laboratorios Leti SA, Sanofi Winnthrop SA, y Evans Medical de España SA, concertaron el precio de 389 pts por dosis.

d) En el concurso 12010/95 Laboratorios Nezel SA, Rhône Poulenc-Rore SA, Instituto Berna España SA, Laboratorios Leti SA, Sanofi Winnthrop SA, y Evans Medical de España SA, concertaron el precio de 462,7 pts por dosis.

2º Imponer a "NEZEL SA", la multa de 37.050.000 pts.

3º. Intimar a los condenados a que cesen en las conductas que han sido declaradas prohibidas y a que se abstengan de realizarlas en lo sucesivo.

4º. Ordenar a los condenados a la publicación de la parte dispositiva de esta resolución en el BOE y en dos periódicos de máxima circulación, uno de los de ámbito nacional y otro de Sevilla.

SEGUNDO:.- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho.

La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

a) Infracción del derecho a la presunción de inocencia:

La sanción se ha impuesto sobre la base de unas presunciones o indicios a pesar de que la conducta de los sancionados responde una explicación alternativa razonable. Cita las SSTC 175/85, 229/88, y SSTJCE. Subraya que la coincidencia en la fijación del precio base responde a la adaptación inteligente al mercado y consecuencia de la total transparencia de precios existentes en el mercado relevante considerado que permite a todos los operadores conocer el pvl autorizado más bajo de las v.a.g. existentes en el mercado, y que siendo el pvl autorizados los más bajos del mercado europeo ningún laboratorio puede rebajarlos más. Por otra parte la oferta se concentra en un reducido grupo de laboratorios, (6 en el mercado español) en esa época. Todos los operadores soportan análogos costes de transporte, distribución y suministro en un mercado altamente intervenido (RD 271/1990). Destaca que la recurrente, en todos los concursos en los que participó siempre despreció los decimales pues esa práctica depende de infinidad de factores y no puede ser tenida como un indicio. Recuerda que lo convocado por el SAS fueron concursos y no subastas por lo que la adjudicación no era automática lo que pone de manifiesto el error del TDC en la valoración de los envases clínicos y concluye señalando la procedencia de la aplicación del descuento del 2% previsto en el Concierto entre el Sistema Nacional de la Salud y Farmaindustria.

b) Infracción del principio de proporcionalidad.

Con carácter subsidiario, señala que la sanción se impone atendiendo a la cifra global de negocios de la recurrente, cuando debería tomarse sólo como referencia la relativa a al específico mercado que motiva este recurso que supone una infracción del *art. 10 de la LDC*.

TERCERO:.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia, bien inadmitiendo, bien desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente:

a) Existencia de pruebas indirectas que confirman la concertación:

b) Está acreditado que los precios ofertados por los distintos laboratorios fueron los mismos en distintos concursos, que las ofertas se presentaron en sobres cerrados, se trataba de productos farmacéuticos diferentes, y con precios máximos de venta al público autorizados por el Ministro de Sanidad también diferentes, de lo que cabe presumir la existencia de concertación, especialmente si se tiene en cuenta que de acuerdo con la tabla de criterios de adjudicación, el precio era la principal magnitud que debía tenerse en cuenta para adjudicar el concurso (40%).

c) Los precios reales de comercialización en España de dichos productos en los mismos ejercicios eran diferentes, sin que existiera homogeneidad ni en los productos ofertados ni en sus costes..

d) La graduación de la sanción fue correcta.

El TDC impuso la sanción teniendo en cuenta, en una operación compleja, tanto la gravedad de la conducta, como su duración, y en cuanto a la dimensión de la empresa recuerda que el *art. 10 LDC* solo pretende medir el indicador de la capacidad económica de la empresa y no su cuota en un mercado determinado, siendo la multa impuesta (0,5%) inferior al 10% del volumen de ventas, máximo autorizado. Solo cuando el volumen relativo de actuación en el mercado relevante es un factor determinante para

diferenciar la gravedad objetiva de la conducta imputable a cada empresa procedería actuar como señala la recurrente.

CUARTO:.- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO:.- Señalado el día 18 de febrero de 2003 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO:.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es sustancialmente idéntica a la resuelta por nuestra sentencia de 17 de enero de los corrientes en el recurso 1764/98 , resolutorio de una reclamación formulada contra el mismo acto objeto de impugnación en el presente proceso, a instancia de "Aventis Pharma SA", por lo que debemos remitirnos a la fundamentación de dicha resolución y en consecuencia desestimar el presente recurso. Aunque no se plantea de forma expresa en este proceso, consideramos conveniente destacar que la *LDC es plenamente aplicable al presente caso, pues no concurren los presupuestos exigidos por el art. 2 de la misma para su inaplicación por causa de intervención administrativa en el Sector ya que ésta se refiere a la fijación de precios máximos en supuestos de venta al público (art. 1 RD 271/1990)*, por lo que existe libertad para la fijación de precios inferiores, especialmente cuando el destinatario es una Administración Pública. Por otra parte, debemos subrayar que el proceso de razonamiento establecido en la resolución impugnada para concluir sobre la culpabilidad de la recurrente es plenamente acorde con la jurisprudencia constitucional que permite imponer sanciones sobre la base de indicios siempre que éstos estén suficientemente acreditados y de ellos se deduzca con un razonamiento preciso y lógico que el sancionado fue efectivamente el autor de los hechos que se le imputan (ATC 21/2000 que reitera consolidada doctrina anterior). En el presente caso es un hecho admitido que al concurso convocado en los años 1992 a 1995 concurrió la recurrente con otros tantos laboratorios, presentaron sus ofertas en sobres cerrados y que la coincidencia de precios ofertados que giraron en torno a los máximos señalados por la Administración fue absoluta. Por otra parte en el FJ 7 de la Sentencia a la que nos remitimos se razona por la Sala sobre la importancia del precio en la adjudicación del concurso y en la inexistencia de otra explicación racional distinta a la concertación para la fijación de los precios por la recurrente y demás implicadas. Finalmente, sólo cabe señalar que la resolución impugnada individualizó la sanción respecto de la recurrente, en el FJ 7 del acto impugnado. Aunque esta Sección estima que la gravedad de la conducta no puede tomarse como un factor de agravación de la misma por cuanto se trata de un elemento del tipo, sí compartimos plenamente la exposición del TDC en el sentido de que la dimensión territorial afectada, la duración y persistencia de la conducta (4 años), y la toma referencial de un porcentaje del 0,50 % (el máximo sería el 10%), resultan criterios compatibles con la aplicación del principio de proporcionalidad. Por otra parte compartimos las alegaciones del Abogado del Estado en cuanto a la toma en consideración para la aplicación de dicho porcentaje del conjunto de la actividad de negocio de la recurrente.

SEGUNDO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *art. 131 de la LJCA* .

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente:

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 248 de la LOPJ* al tiempo de notificar esta Sentencia de indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.