

Roj: STS 1640/2005
Id Cendoj: 28079130032005100075
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 2824/2002
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA: EMPRESAS FARMACÉUTICAS (concursos vacuna antigripal del Servicio Andaluz de Salud) Nulidad de rectificación error material elevando importe de multa. Cuantía insuficiente. Escrito de interposición no referido a la resolución impugnada.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Marzo de dos mil cinco.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2.824/2.002, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, y AVENTIS PHARMA, S.A., representada por el Procurador D. Eduardo Carlos Muñoz Barona, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 17 de enero de 2.002 en el recurso contencioso-administrativo número 1.764/1.998, sobre prácticas restrictivas de la competencia consistentes en la concertación de previos de las vacunas antigripales con las que se concurría a los concursos convocados por el Servicio Andaluz de Salud.

Es parte recurrida AVENTIS PHARMA, S.A., representada por la Procuradora D^a M^a Gracia Garrido Entrena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 17 de enero de 2.002, por la que se estimaba en parte el recurso promovido por Rhône Poulenc-Rorer, S.A. - posteriormente Aventis Pharma, S.A.- contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de septiembre de 1.998 dictada en el expediente 395/97 (correspondiente al 1308/95 del Servicio de Defensa de la Competencia). En dicha resolución se declaraban acreditadas una serie de conductas prohibidas por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia por parte de varias empresas farmacéuticas entre las que se encuentra la actora, consistentes en la concertación de precios de las vacunas antigripales con las que se concurría a los concursos convocados por el Servicio Andaluz de Salud en los años 1.992, 1.993, 1.994 y 1.995; por ello, se imponían a las empresas una serie de multas que, en el caso de Rhône Poulenc-Rorer, S.A., ascendía a 14.400.000 pesetas (importe que por resolución del mismo Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de noviembre de 1.998, de corrección de errores de la anterior, fue elevado a 296.000.000 pesetas). La mencionada sentencia estima el recurso en lo que se refiere a la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de noviembre de 1.998, desestimándolo en cuanto a la impugnación de la de 30 de septiembre de 1.998.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, tanto la demandante como la Administración demandada presentaron escrito preparando recurso de casación, que fueron tenidos por preparados en providencia de la Sala de instancia de fecha 4 de abril de 2.002, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones tras el emplazamiento, se dio traslado de las mismas al Sr. Abogado del Estado para que manifestara si sostenía el recurso, lo que hizo en el plazo otorgado al efecto mediante escrito en el que también lo interponía, formulando un único motivo al amparo del *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de los *artículos 129 y 130 de la misma norma*, del *artículo 14 de la Constitución* y de la jurisprudencia.

Terminaba suplicando que se dicte sentencia por la que se case, anule y revoque el auto recurrido, decretando no haber lugar a la suspensión del acuerdo impugnado en el recurso contencioso-administrativo (sic).

La representación procesal de Aventis Pharma, S.A. compareció en forma en fecha 20 de mayo de 2.002, mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional*, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* ;
- 2º, también por infracción del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*, y
- 3º, por infracción del mismo precepto que los dos anteriores.

Terminaba suplicando que se anule la sentencia recurrida en el extremo en que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto, estimando el mismo y anulando la resolución de 30 de septiembre de 1.998.

Los recursos de casación fueron admitidos por providencia de la Sala de fecha 18 de noviembre de 2.003.

CUARTO.- Personada también como recurrida la empresa farmacéutica, su representación procesal ha formulado escrito de oposición al recurso de casación del Sr. Abogado del Estado, alegando la carencia de objeto sobrevenida del mismo y suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime con imposición de las costas a la parte recurrente.

QUINTO.- Por providencia de fecha 1 de diciembre de 2.004 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 1 de marzo de 2.005, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad Aventis Pharma, S.A. y la Administración del Estado recurren en casación la Sentencia dictada el 17 de enero de 2.002 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, que estimó parcialmente el recurso que la mencionada sociedad mercantil había interpuesto contra las resoluciones sancionatorias del Tribunal de Defensa de la Competencia señaladas en los antecedentes, en relación con determinadas prácticas restrictivas de la competencia, y que se sintetizan en la sentencia de instancia de la siguiente manera:

"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 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: un multa de 296 millones de pesetas." (fundamento de derecho primero)

SEGUNDO.- La Sentencia recurrida estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo entablado por Rhône Poulenc-Rorer, S.A. y anuló la segunda de las citadas resoluciones por entender que la misma no se limitaba a corregir errores materiales en los términos previsto en el *artículo 46.4 de la Ley de Defensa de la Competencia*, y hacía las siguientes consideraciones:

"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 1982\5381).

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 1999\8824).

Existe una constante jurisprudencia, recogida en las STS de 25 de mayo de 1999 (RJ 1999\5075), 16 de noviembre de 1998 (RJ 1998\8127), 28 de noviembre de 1992 (RJ 1992\8022) 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 si 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 rector 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 sumando s 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 auditoria 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." (fundamentos de derecho octavo a undécimo)

TERCERO.- El recurso de casación interpuesto por la empresa farmacéutica ya mencionada se articula mediante tres motivos formulados al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción* , por

supuestas infracciones al *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*. Antes de proceder a su examen es preciso, sin embargo, comprobar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del recurso, por ser cuestión de orden público procesal que ha de verificarse también en el presente momento, pese a la inicial admisión del recurso, según establece expresamente el *artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción*.

Como ya se ha indicado, la Sentencia recurrida estimó parcialmente el recurso de Rhône Poulenc-Rorer, S.A. y anuló la segunda de las resoluciones impugnadas, de 11 de noviembre de 1.998, por la que se corregía el importe de la multa de 14.400.000 pesetas a 296 millones de pesetas. Consiguientemente, el recurso de casación de la referida empresa mercantil se formula exclusivamente en lo que respecta a la desestimación de la impugnación de la resolución de 30 de septiembre de 1.998. Lo anterior tiene como consecuencia que si bien la cuantía del litigio se fijó en la instancia de acuerdo con el importe de la multa fijado por la resolución de 11 de noviembre de 1.998 (296 millones de pesetas), una vez anulada ésta la cuantía que resulta para recurrir en casación es la del importe de la multa tal como se fijó inicialmente en la resolución de 30 de septiembre de 1.998, 14.400.000 pesetas. Como es claro, esta cuantía queda por debajo del límite para el acceso a la casación, establecido por el *artículo 86.2.b) de la vigente Ley de la Jurisdicción* en 25 millones de pesetas.

No obsta a la conclusión anterior el hecho de que la referida resolución impugnada en la instancia incluya también otras determinaciones además de la multa, puesto que las mismas o son irrelevantes al objeto de fijación de la cuantía, o tampoco alcanzan la cantidad necesaria para el acceso a la casación.

En efecto, no resulta relevante para establecer la cuantía la intimación para cesar en la conducta prohibida, ya que la misma es una mera consecuencia de la constatación de la conducta que ha sido sancionada con una multa económica de cuantía determinada, la cual extiende su alcance a la valoración de la propia conducta y, en consecuencia, de la susodicha intimación. En cuanto a la publicación de la resolución, aunque sería posible cuantificar su coste, es manifiesto que en ningún caso alcanzaría el umbral necesario para el acceso a la casación. Así pues, tal como hemos declarado en ocasiones anteriores análogas, es la cuantía de la multa la que determina el acceso a la casación en este tipo de resoluciones sancionadoras del Tribunal de Defensa de la Competencia (entre otras muchas, Sentencia de 15 de julio de 2.004 -RC 4.344/2.002 -) y la misma se ha visto reducida, merced a la estimación parcial del recurso contencioso administrativo, a una cantidad insuficiente para alcanzar dicho acceso.

Debe pues declarar la inadmisibilidad del recurso de casación formulado por la empresa Aventis Pharma, S.A., al deber rectificarse la cuantía inicialmente atribuida al presente asunto como consecuencia de la estimación parcial acordada por la Sentencia impugnada.

CUARTO.- También ha de ser inadmitido el recurso de casación formulado por el Abogado del Estado en representación de la Administración, puesto que el escrito de interposición no guarda relación con la Sentencia recurrida respecto a la que había preparado el correspondiente recurso de casación. En efecto, sin duda por error, dicho escrito de interposición, referido correctamente al presente recurso de casación 2.824/2.002, y haciendo mención de la diligencia de ordenación de 6 de mayo de 2.002, que obra en los autos y por la que se le dio traslado para formalizar el correspondiente recurso, no se desarrolla en relación con la Sentencia impugnada, sino contra el Auto de 14 de septiembre de 1.999, por el que la Sala de instancia denegó la suspensión del acto recurrido en el recurso contencioso administrativo a quo.

Ello hace que sea de aplicación el motivo de inadmisión estipulado en el *artículo 93.2.b) en la Ley de la Jurisdicción*, puesto que el escrito de interposición en cuestión no guarda relación alguna con las cuestiones debatidas, al no ir referido a la Sentencia que se impugna.

QUINTO.- En virtud de lo señalado en los dos anteriores fundamentos de derecho, procede declarar la inadmisión de sendos recursos de casación de la entidad mercantil Aventis Pharma, S.A. y de la Administración del Estado, en aplicación de lo dispuesto en el *artículo 95.1 en relación con los artículos 93.2.a) y 86.2.b) respecto al recurso de la citada sociedad mercantil, y en relación con el artículo 93.2.b), todos ellos de la Ley de la Jurisdicción*, respecto al formalizado por el Abogado del Estado. En cuanto a las costas y de acuerdo con lo prevenido por el *artículo 139.2 de la propia Ley procesal*, procede imponer a cada recurrente las ocasionadas en su respectivo recurso.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que DECLARAMOS LA INADMISIBILIDAD de los recursos de casación interpuestos por la

Administración General del Estado y Aventis Pharma, S.A. contra la sentencia de 17 de enero de 2.002 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 1.764/1.998 . Con imposición de costas a los recurrentes de las causadas en sus respectivos recursos.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos . PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.