

Roj: STS 1954/2005
Id Cendoj: 28079130032005100090
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 4574/2002
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) Arts. 1.1 y 10 Ley Defensa de la Competencia (16/1989, de 17 de julio) Concertación de precios

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno 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 interpuesto por LABORATORIOS LETI, S.A., representada por el Procurador D. Eduardo Codes Feijoo, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 6 de mayo de 2.002 en el recurso contencioso-administrativo número 1.913/1.998 , 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 la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

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 6 de mayo de 2.002, desestimatoria del recurso promovido por Laboratorios Leti, 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 Laboratorios Leti, S.A., ascendía a 26.800.000 pesetas.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la sala de instancia de fecha 4 de junio de 2.002, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de Laboratorios Leti, S.A. compareció en forma en fecha 19 de julio de 2.002, mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* , que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del *artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* , por indebida imputación/tipificación de la conducta reprochada en dicha norma;

- 2º, por infracción del *artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia* , por indebida tipificación de la conducta reprochada en dicha norma por indebida aplicación de la prueba de indicios;

- 3º, por infracción del *artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia* , por indebida tipificación de la conducta reprochada en dicha norma por indebida aplicación de la norma al no tener en cuenta el contexto económico-jurídico del mercado relevante, y

- 4º, por infracción del *artículo 10 y concordantes de la Ley de Defensa de la Competencia* , por indebida imposición de multa a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso.

Terminaba suplicando que se dicte sentencia casando y anulando la recurrida y que resuelva declarar la nulidad de la resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el 30 de septiembre de 1.998 , en lo que dicha sociedad se refiere.

El recurso de casación fue admitido por providencia de la Sala de fecha 17 de diciembre de 2.003.

CUARTO.- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que, con desestimación del recurso, se confirme la que en el mismo se impugna y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la Ley jurisdiccional.

QUINTO.- Por providencia de fecha 23 de noviembre de 2.004 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 15 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.- Laboratorios Leti, S.A., recurre en casación contra la Sentencia de 6 de mayo de 2.002 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional , que desestimó su demanda contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de septiembre de 1.998. 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* consistentes en la concertación de precios de las vacunas antigripales con las restantes empresas farmacéuticas que participaban en los concursos convocados por el Servicio Andaluz de la Salud durante los años 1.992 a 1.995, y le imponía a la actora una multa de 26.800.000 pesetas.

La Sentencia recurrida justificaba el fallo desestimatorio con los siguientes fundamentos:

"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 incurso 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 probado, 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 se 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 culpable -claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente-, siendo la primera la que tiene 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 si 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 la 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 es aceptable 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." (fundamentos primero a tercero)

El recurso de casación se formula mediante cuatro motivos, todos ellos al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción*, por la presunta infracción del *artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* (motivos primero a tercero) y del *artículo 10 y concordantes del mismo cuerpo legal* (motivo cuarto).

SEGUNDO.- En el primer motivo de casación, la entidad actora alega la infracción del *artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia* por no haber tipificado de manera precisa la conducta prohibida que se le imputaba de entre las varias que se contemplan en el indicado precepto (acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas), hablando en cambio genéricamente de "concertación" y conculcando con ello el principio de legalidad y de tipicidad.

No puede aceptarse semejante argumentación. No cabe admitir que se conculque el principio de tipicidad por el hecho de que la Sala de instancia entienda, tal como expresa en el apartado A) del fundamento de derecho tercero que se ha reproducido, que los hechos acreditan la existencia bien de una conducta concertada -mediante acuerdo expreso o tácito-, bien de una actuación conscientemente paralela, ya que se trata, en todo caso, de comportamientos comprendidos entre las conductas prohibidas por el *artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la competencia* e inferidos a partir de los mismos datos fácticos. En efecto, aunque la Sentencia recurrida no se pronuncie de manera categórica sobre si hubo acuerdo, expreso o tácito, o conducta conscientemente paralela, hay una determinación de la conducta sancionada suficiente como para satisfacer el principio de tipicidad en un doble sentido: se describe una conducta comprendida inequívocamente en la tipificación legal y no se incurre en una imputación genérica que pudiera ocasionar indefensión.

La finalidad del *artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia* es tipificar determinadas conductas enumeradas en las letras del apartado que, por un lado, se deban a una actuación intencionada o negligente por parte de las empresas y, por otro, que persigan o puedan producir los efectos contrarios a la libre competencia que se enuncian en el precepto. Así pues, son factores comunes a todas ellas y esenciales de la tipificación el que sean imputables a las empresas a título de dolo o de actuación negligente, y que tengan efectos adversos a la competencia. Por ello, constando a la Sala de instancia que la única explicación plausible de la coincidencia (hasta el céntimo) del precio ofertado por las empresas sancionadas es la deliberada y consciente fijación de un precio coincidente por todas ellas (como se justifica de manera expresa en el apartado C al valorar la prueba indiciaria), resulta irrelevante la falta de precisión que la actora denuncia respecto a la modalidad de la conducta. Por otra parte, es evidente que la imputación de una práctica de fijación de precios idénticos, bien sea concertada bien conscientemente uniforme, parte de los mismos hechos acreditados y es lo suficientemente concreta como para permitir a la actora una defensa adecuada, como efectivamente ha hecho al sostener que dicha coincidencia se debía a factores autónomos del funcionamiento del mercado farmacéutico, y no a la voluntad (concertada o paralela) de las empresas sancionadas.

Por todo ello ha de rechazarse el motivo.

TERCERO.- El segundo motivo se basa en la indebida aplicación de la prueba de indicios al caso de autos. Se puede resumir la argumentación de la actora de la siguiente manera: la identidad de los precios no es suficiente como indicio de contactos para basar en el la existencia de concertación o cooperación; existen otras explicaciones racionales y lógicas de la coincidencia de los precios; y, por último, la mera existencia de tales explicaciones alternativas es suficiente para descartar la imputación en ausencia de prueba.

Tampoco puede prosperar este motivo. De acuerdo con la Sentencia impugnada y de manera muy sintética, la coincidencia de precios constituye, en las circunstancias en las que se inscribe, indicio suficiente para explicar la concertación o la práctica conscientemente paralela -no la existencia de contactos- y,

consiguientemente, la conducta prohibida y sancionable. De esta manera, lo que la Sala infiere del dato cierto de la coincidencia de precios no es tanto la existencia de contactos, sino directamente la conducta prohibida, esto es, la concertación o práctica paralela relativa a los precios. Y aunque la eventual prueba de la existencia de contactos sería sin duda un elemento probatorio extremadamente relevante, no resulta imprescindible para obtener la conclusión a la que llegó la Sala sobre la comisión de la conducta colusoria que considera acreditada.

Por otra parte, conviene resaltar que nos encontramos frente a una apreciación razonable y no arbitraria en la que la Sala de instancia ha apreciado que un hecho indubitado y no negado por las empresas farmacéuticas -la coincidencia de precios-, en las circunstancias en las que se ha producido, es un indicio suficiente para considerar acreditada la existencia de la conducta prohibida.

De hecho, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse como Sala de instancia en un recurso contencioso administrativo ordinario sobre un supuesto absolutamente coincidente y ha entendido, al igual que en este caso lo ha hecho la Sala a quo, que la coincidencia de precios era indicio suficiente de la concertación o de la práctica paralela:

"De la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (174/1985, 175/1985, 229/1988), puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

En nuestro caso, hemos de señalar que existe el dato de que las ofertas presentadas en sobre cerrado por todos los laboratorios concursantes eran idénticas, hasta el extremo de que en alguno de los concursos aparecen cifras decimales iguales. La conjunción de elementos tales como pluralidad de oferentes y presentación en sobre cerrado que imposibilitaría el conocimiento mutuo, hace impensable, que se pueda llegar a una identidad de precios sin un concierto previo entre los concursantes; pues aún en el supuesto, invocado por el recurrente, de que en el mercado de productos zoosanitarios los precios son resultado de unos costes económicos que en gran medida están determinados por exigencias muy concretas y detalladas, con márgenes comerciales muy cortos, de que en este sector son frecuentes los contactos entre los funcionarios de la Administración sanitaria y los laboratorios, que permite conocer cuáles van a ser los precios que se van a abonar, y de que éstos resultan de los datos suministrados por aquélla, ello podría producir precios homogéneos con cortas diferencias, pero nunca una igualdad absoluta en la de todos los oferentes.

Alega el recurrente que la coincidencia obedece al previo conocimiento que los oferentes tenían de los precios máximos por dosis y el número de éstas, lo que determinó, mediante una sencilla división, obtener el importe. Tal argumento no puede acogerse porque, como señala el acto del Tribunal de Defensa de la Competencia "el precio máximo por dosis a pagar sólo aparece en uno de los concursos... En todos los demás, figuran únicamente las sumas presupuestadas para la adquisición de la vacunas para las que se convoca el concurso". En cualquier caso, aun admitiendo el conocimiento de ambos elementos de la operación, las ofertas no tenían por qué ser idénticas, ya que al ser precios máximos cabía rebajar su importe, siendo ilógico que -sin previo acuerdo- todos los concursantes o bien no hiciesen bajas o que éstas fuesen absolutamente iguales. La misma actora reconoce la existencia de "unos márgenes mínimos que resultaban muy inferiores a los del mercado libre", con lo que se está admitiendo la posible oscilación del precio dentro de ese margen, oscilación que resulta incompatible con la total y absoluta identidad de los ofrecidos.

Existe, en definitiva, un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado -identidad de precios- y la consecuencia -convenio entre los laboratorios- que permite concluir, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional antes expuesta, que no se ha producido la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, porque el proceso deductivo, según las reglas del criterio humano, realizado en el acto del Tribunal de Defensa de la Competencia, no es arbitrario, caprichoso ni absurdo." (Sentencia de 28 de enero de 1.999 -recurso contencioso administrativo 263/1.995-, fundamento de derecho tercero)

CUARTO.- Procede, finalmente, por las mismas razones ya vistas en los anteriores fundamentos de

derecho, descartar los dos últimos motivos. En efecto, en el motivo tercero se plantea de nuevo, bajo la argumentación de que la Sala de instancia no tuvo en cuenta "el contexto económico jurídico del mercado relevante", la misma cuestión ya formulada en el motivo segundo. La sociedad actora viene a argumentar que las peculiaridades del mercado relevante permiten una transparencia tal del mismo que es perfectamente comprensible que las empresas conozcan anticipadamente el comportamiento de sus competidoras. Nos encontramos de nuevo frente a una discrepancia respecto a las valoraciones efectuadas por la Sentencia recurrida, que descartó las explicaciones alternativas de las conductas sancionadas ofrecidas por la actora en el ya citado apartado C) del fundamento de derecho reproducido. Valoración motivada, razonable y no arbitraria que, además, es coincidente con el criterio adoptado por esta Sala en el precedente mencionado en el anterior fundamento de derecho.

En cuanto al cuarto motivo, en el que se aduce la infracción del *artículo 10 y concordantes de la Ley de Defensa de la Competencia*, la actora se limita a afirmar que no procede la imposición de multa alguna al no haberse probado la existencia de ningún elemento de concertación y porque no ha actuado de forma contraria a la competencia al haber ofertado precios más bajos de los autorizados por la Administración. Como es palmario, esta argumentación parte de un supuesto erróneo, puesto que la Sentencia recurrida precisamente lo que hace es declarar acreditada la conducta concertada o conscientemente paralela de fijación de precios coincidentes con las empresas competidoras, conducta en sí misma prohibida con independencia de que dichos precios idénticos fuesen inferiores a los legalmente autorizados por la Administración. De esta manera, el rechazo del motivo es también consecuencia necesaria de la desestimación del motivo segundo.

QUINTO.- El decaimiento de todos los motivos en los que se funda el recurso de casación supone la desestimación de éste, así como la imposición de las costas de acuerdo con lo prevenido en el *artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción*.

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 NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Laboratorios Leti, S.A. contra la sentencia de 6 de mayo de 2.002, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 1.913/1.998. Con imposición de las costas al recurrente.

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 constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.