

JUZGADO DE INSTRUCCION
NUMERO 4 DE VALENCIA
Diligencias Previas nº *

AUTO

En Valencia, a veintiséis de febrero de dos mil dieciocho.

HECHOS

UNICO.- Presentado atestado del Grupo de Delincuencia Económica de la U.D.E.F. de la Jefatura Superior de Policía de la Comunidad Valenciana, se incoó la presente causa mediante auto de 13 de mayo de 2016, acordándose la declaración de A. y R , y solicitándose informe a la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana, así como documentación y actuaciones realizadas en relación con los hechos denunciados. Mediante auto de 4 de noviembre de 2016 la presente instrucción fue declarada compleja, por lo que se fijó un plazo de instrucción de dieciocho meses, que podrían prorrogarse a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes. El 22 de noviembre de 2016 se recordó el oficio remitido a la Consellería. Mediante providencia de 17 de enero de 2017 se ofició a la Consellería de Sanidad para la remisión de las facturas originales relacionadas con el pago de prótesis suministradas a los Hospitales gestionados por Ribera Salud S.A. Con fecha de 23 de febrero de 2017, se recibió informe de la Generalitat Valenciana. Mediante providencia de 24 de marzo de 2017, se libró oficio a las entidades Smith and Nephew, Stryker, Jhonson and Jhonson, MBA Incorporado S.L. y Mectronic Iberia S.L. para que informaran de la persona encargada de las negociaciones y decisiones en los contratos suscritos con B2B en los años 2015 y 2016, así como para que remitieran copia de los contratos y de los pagos efectuados a dicha central de compras, y de la propuesta de precios efectuada a la Generalitat, entre otra documentación. Con fecha de 24 de marzo de 2017, la Generalitat aportó copia del expediente administrativo de

comunicación de actividad de distribución de productos sanitarios presentada por B2B Salud S.L. Por auto de 5 de abril de 2017 se acordó remitir oficio al Registro Mercantil para recabar informe sobre B2B y a la Agencia Tributaria para que informara de la actividad económica de dicha sociedad y de los pagos recibidos. El 27 de abril de 2017 se recibe contestación de Smith & Nephew SAU, el 2 de mayo de 2017 del Registro Mercantil, el 12 de mayo de MBA Incorporado S.L., el 19 de julio de 2017 de Johson & Johnson. Con fecha 18 de mayo de 2017, se incorporó documentación de Stryker. El 15 de junio de 2017 se presentaron alegaciones por B2B Salud S.L. Acordadas declaraciones testificales tuvieron lugar el 10 de noviembre a de F., J. y J.. El 23 de noviembre fue la declaración de R. Tras la incomparecencia a la primera citación, se citó de nuevo al testigo J. para el día 19 de enero de 2018, fecha en la que tuvo lugar la declaración de dicho testigo. Con fecha de 22 de diciembre de 2017, el partido político Podemos, en ejercicio de la acusación popular, solicitó diversas declaraciones testificales. De dicha solicitud se dio traslado a las partes, para solicitar las diligencias que consideraran pertinentes, con el resultado que consta en las actuaciones, habiendo evacuado el traslado B2B Salud S.L. el 8 de enero, la representación de C.S. CC.OO. P.V. el 15 de enero, la Abogacía de la Generalitat el 23 de enero y la Fiscalía el 6 de febrero, por lo que quedaron los autos sobre la mesa para resolver.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

UNICO.- Por la representación procesal de B2B Salud S.L. se alega la expiración del plazo de instrucción, conforme a lo previsto en el art. 324.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En efecto, dicho precepto establece que las diligencias de instrucción se realizarán en el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o las diligencias previas. Si la instrucción es declarada compleja el plazo de duración de la instrucción será de dieciocho meses, que el instructor d ella causa podrá prorrogar por igual plazo o uno inferior a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes.

En el presente caso, la causa fue declarada compleja por auto de fecha 4 de noviembre de 2016, por lo que el plazo de instrucción es de dieciocho meses, a contar desde el auto de incoación de diligencias previas de fecha 13 de mayo de 2016. Por tanto, el plazo de instrucción expiró el 13 de noviembre de 2017.

No procede acordar la prórroga del expresado plazo, puesto que no fue solicitada por el Ministerio Fiscal ni por ninguna de las partes personadas en este proceso, según dispone la norma precitada.

En consecuencia, no pueden estimarse las diligencias solicitadas por Podemos, puesto que han sido propuestas fuera del plazo de instrucción y sin que ninguna de las partes haya solicitado la prórroga de dicho plazo de instrucción. En este sentido, el art. 324.6 Lecr. dispone que el Juez concluirá la instrucción y dictará auto que proceda conforme al art. 779 Lecr. cuando haya transcurrido el plazo máximo de la instrucción. Y el apartado 7 del mismo precepto prevé que las diligencias de investigación acordadas antes del transcurso de los plazos legales serán válidas, sin perjuicio de su recepción tras la expiración de los mismos: por lo que, a sensu contrario, debe entenderse que no serán válidas si las diligencias se acuerdan con posterioridad a la expiración del plazo de instrucción.

No obstante, el art. 324.7 Lecr. también establece que en ningún caso el mero transcurso de los plazos máximos fijados en este artículo dará lugar al archivo de las actuaciones si no concurren las circunstancias previstas en los arts. 637 o 641 Lecr.

Por consiguiente, se declaran concluidas las presentes diligencias previas y procede dictar alguna de las resoluciones previstas en el art. 779 Lecr.

La presente investigación se inicia porque representantes de la Sección Sindical del Hospital de la Ribera comparecieron en la Jefatura Superior de Policía manifestando que les había llegado un comunicado anónimo y manifestaciones de traumatólogos con la siguiente información: la central de compras B2B estaba cobrando una comisión a los proveedores de prótesis, entidad perteneciente a la sociedad que gestiona de forma privada el Hospital por concesión

administrativa, si bien era la Generalitat Valenciana la que finalmente realizaba el pago de dichas prótesis. Según las manifestaciones recogidas por los comparecientes, las comisiones llegarían hasta un 30 por ciento o más.

Por tanto, la sección sindical se limitó a trasladar denuncias anónimas, suministrando datos muy escasos, lo que ha planteado la necesidad de recopilar abundante documentación y testimonios relacionados con la contratación de B2B Salud y la gestión de las prótesis por la Generalitat Valenciana, con la finalidad de determinar si se ha producido una actividad delictiva en la gestión de la prestación ortoprotésica y concretar el posible ilícito penal.

Debe subrayarse que el presente procedimiento no tiene por objeto determinar la eficiencia y coste del sistema de concesión administrativa del servicio público, cuestión a dilucidar en otros ámbitos, sino esclarecer si los hechos investigados son subsumibles en alguno de los tipos penales previstos en el Código Penal y averiguar quién puede ser responsable.

Como resultado de la investigación, ha quedado acreditado que la central de compras B2B está excluida en la gestión de la prestación endoprotésica, pues -como indica en su informe- la Generalitat Valenciana dispone de un sistema informático, denominado HERA, que comprende todo el proceso, desde un catálogo de prótesis y proveedores, hasta la prescripción por parte del facultativo y el pago de facturas a proveedores. De este modo, los proveedores solicitan la inclusión del implante en el catálogo, dirigiéndose al Servicio de Asistencia Ortoprotésica de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, competente conforme al Decreto 156/2015, de 18 de septiembre, del Consell. El proveedor genera su propuesta de precios, de acuerdo con el catálogo de precios máximos autorizados por la Consellería de Sanitat Universal i Salut Pública, incluido en la aplicación. El Servicio de Asistencia Ortoprotésica autoriza entonces la lista de precios en el sistema, momento a partir del cual el implante está disponible para que cualquier profesional del sistema sanitario pueda prescribirlo. El facultativo selecciona el implante ajustado a las necesidades del paciente y una vez efectuada la intervención quirúrgica el implante se registra en HERA, del que se obtiene una

copia impresa para su entrega al proveedor, que es firmada por el médico implantador. Finalmente, el proveedor factura directamente al Departamento de Salud, agrupando los implantes en una factura mensual que se registra en HERA. Por consiguiente, el pago de la prestación endoprotésica está excluido del objeto contractual de las concesionarias y el gasto es asumido directamente por la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública. Este procedimiento ha sido corroborado por todos los testigos que han comparecido.

Por otra parte, las negociaciones llevadas a cabo entre los distintos suministradores de prótesis y la centra de compras B2B no han alterado el precio de las prótesis que la Generalitat debe abonar. Así, J., representante de MBA INCORPORADO S.L. ha declarado que los precios ofrecidos a la Generalitat eran similares a los de plataformas como Plaza Salud 24. Igualmente, Johnson & Johnson informó que los precios presentados en HERA están en línea con aquellos propuestos a otras entidades públicas, como el Instituto Catalán de la Salud, el Hospital Universitario Vall d'Hebrón o el Servicio Aragonés de Salud, o incluso entidades privadas, habiendo casos en que los precios propuestos a estas entidades es superior al propuesto a la Generalitat Valenciana, o bien puede ser ligeramente inferior. En el caso de Stryker, dicha entidad informó que los precios son impuestos por el Servicio de Asistencia Ortoprotésica a los proveedores que se adscriben a la plataforma HERA y que son inferiores incluso a la lista de precios de Stryker y similares a otras propuestas de precios de los mismos productos efectuadas a otros servicios de la red sanitaria española, como Plataforma de Compras de Sevilla, Gregorio Marañón, Consorci Mar Parc Salut de Barcelona, el Servicio Aragonés de Salud, ICS y MCMutual. En el mismo sentido, puede citarse la declaración de F., al señalar que los precios son fijados unilateralmente por la Generalitat, siendo similares a los de otras entidades o plataformas de compras, como el hospital privado Quirón.

En conclusión, las negociaciones llevadas a cabo entre B2B y los distintos suministradores de prótesis no han supuesto un mayor coste para el erario público, pues la propia Administración negocia y fija los precios de las prótesis. Así, el cobro de rapeles u otros conceptos por la plataforma de compras B2B no se puede relacionar con un correlativo mayor coste para la Administración. De modo que

no ha quedado acreditado el delito de malversación de fondos públicos, ya que el art. 432 C.P. exige un perjuicio para el patrimonio administrado, perjuicio que en este caso no se ha acreditado. Además, no consta que ninguna autoridad o funcionario público haya desviado fondos de alguna manera ni que haya favorecido intereses privados a cabo de alguna remuneración, como exige el delito de cohecho del art. 419 C.P. De modo que no hay base para continuar el procedimiento por ninguno de los delitos contra la Administración Pública.

Partiendo de esta base, dado que B2B Salud es una sociedad mercantil, la investigación también puede enfocarse en relación con un posible delito de corrupción en los negocios. El art. 286 bis del Código penal castiga al directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales; y también a quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

El bien jurídico protegido en este tipo delictivo es la libre competencia (justa y honesta, como indica la Exposición de Motivos de la LO 5/2010), que podría verse fuertemente influida de un modo negativo a través de la introducción, en el marco de las relaciones contractuales económicas, de elementos extraños a los propios del libre juego de los productos y servicios, provocando una distorsión de las reglas del buen funcionamiento del mercado.

Sin embargo, el primer problema que debe afrontarse con este planteamiento consiste en que, según ha quedado acreditado en autos, la adquisición de las prótesis no depende de la central de compras B2B, sino que son los propios profesionales de la medicina, quienes

prescriben la prótesis que consideran adecuada, tal como ha quedado reflejado en el procedimiento expuesto, dentro del catálogo HERA confeccionado por la Generalitat.

En segundo lugar, el beneficio o ventaja injustificados deben percibirse por un directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad, para sí o para un tercero, y en el caso que nos ocupa las cuotas cobradas a los proveedores por la adhesión a la central de compras se perciben y facturan por la propia central B2B, como contraprestación a sus servicios, y no por administradores, empleados u otras personas en su provecho o de terceros.

En tercer lugar, para cometer tal delito es preciso demostrar que la contraprestación carece de justificación, desde el punto de vista comercial o del tráfico jurídico, lo cual tampoco está acreditado en el caso de B2B, pues los testigos coinciden en señalar que es práctica habitual en el sector la concentración en unos pocos proveedores, para facilitar la gestión del Hospital y tener beneficios asistenciales, en la medida en que dicha limitación se traduce en mejor gestión del almacenaje e instrumental y más adecuada formación de profesionales.

En este sentido, A. como representante de Exactech, una de las entidades supuestamente perjudicadas y descartadas por la supuesta subida brusca de comisiones, declaró que B2B alegó cuestiones técnicas, relacionadas con la amplitud del catálogo de productos suministrados, sin que la desestimación de la oferta se debiera al rechazo frente a comisiones injustificadas.

Los testigos V. y J., agente comercial y jefe regional de ventas por parte de Stryker, han admitido que dicha firma ha satisfecho a B2B una cuota de adscripción, con un canon variable según facturación. Como es obvio, al igual que sucede con otros proveedores, la negociación perseguía en este caso garantizarse un mayor volumen de facturación. Sin embargo, los testigos sostienen que B2B presta determinados servicios, como gestión de inventario, de caducados o de vales. Además, la empresa realiza presentaciones para los médicos y existe competencia con otros proveedores, pues el facultativo es quien tiene la decisión final. Además, cuanto mayor es el volumen de

prótesis suministradas menor es el coste logístico, produciéndose finalmente un beneficio asistencial derivado del depósito de las prótesis y del instrumental, y de una mejor formación de los médicos. En parecidos términos ha declarado F., alegando que la negociación tiene como finalidad una fidelización que luego conlleva costes más reducidos.

Por su parte, R., como encargado de la negociación por parte de Johnson and Johnson, manifiesta que B2B solicitaba una aportación a docencia o por formación, ofreciendo un mayor volumen de facturación. Además, realizaba gestión de caducados y vales. Por parte de dicho proveedor no se aceptó las condiciones ofrecidas por B2B, al no considerar ético pagar un rapel o aportación a un CIF distinto del que factura. De modo que el problema no eran “las elevadas comisiones”, como manifestaba la denuncia, y no se discutió la cuantía o importe del rapel.

J. fue subdirector de compras del Hospital de La Ribera. Fue despedido en junio de 2015, cuando Adeslas vende su participación y la central de compras Plaza Salud 24 deja de operar en el Hospital, quedándose exclusivamente como central de compras B2B Salud. Lo más significativo de su declaración es que, con anterioridad a su cese, el propio testigo creó una Comisión de Compras con representación de la parte clínica y financiera (compuesta por el Director Financiero, el Director Médico, el Director de Enfermería, el Jefe de Compras y el Director del Hospital). Esta Comisión seleccionaba dentro del catálogo de prótesis las que se iban a indicar a los facultativos como preferibles, con la finalidad de concentrar la actividad endoprotésica a cuatro o cinco firmas, al ser ello necesario debido al limitado espacio de almacenaje y a la necesidad de mejorar la organización y tratamiento del producto. De este modo, a cambio de un mayor volumen de ventas, las empresas proveedoras se hacían responsables del producto y garantizaban su calidad, trazabilidad, reposición, etc. Además, las empresas financiaban cursos y formación a los facultativos, mejorando la eficiencia de los cirujanos, e incluso se obtenía mejor precio en otros materiales no financiados por la Generalitat, ya que se negociaban paquetes completos. De hecho, el Comité de Docencia recibía aportaciones para docencia e investigación. Por consiguiente, es práctica habitual, que ya se realizaba con anterioridad a 2015, ofrecer a

los proveedores mayor volumen de ventas a cambio de ciertas prestaciones o ventajas. De hecho, sobre unos doscientos fabricantes admitidos en el catálogo, se trabajaba con unos ocho, para lo cual los responsables de compras se reunían con los médicos con el fin de efectuar la selección adecuada, tanto con arreglo a criterios técnicos como económicos. Respecto de los elevados porcentajes de remuneración que se mencionan en la denuncia, la única noticia que tiene el testigo es a través de comentarios de proveedores, pero sin poder precisar más.

En consecuencia, con base en las diligencias practicadas, la selección de determinados proveedores por parte de la Comisión de Compras del Hospital tendría justificación desde el punto de vista técnico, por lo que no consta que se haya producido un indebido favorecimiento por B2B Salud de unos proveedores frente a otros. Todo ello, partiendo de que compete al facultativo prescribir libremente la prótesis adecuada y de que no constan informaciones que contradigan esta potestad. De modo que no se dan los requisitos del art. 286 bis del Código Penal.

Por consiguiente, con base en las diligencias practicadas, no está debidamente justificada la perpetración del delito que ha motivado la formación de la causa, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 789 y 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede decretar el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

En atención a lo expuesto,

DISPONGO: el sobreseimiento provisional de la presente causa.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que esta resolución no es firme y frente a ella cabe recurso de reforma que se interpondrá ante este Juzgado en el plazo de tres días.

Lo manda y firma, D PEDRO ANTONIO CASAS COBO, Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción número 4 del Valencia. Doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado; doy fe.