

Id. Cendoj: 28079130032009100333
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 05/10/2009
Nº de Recurso: 315/2008
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

TRIBUNAL DEFENSA DE LA COMPETENCIA: ACUERDO COLECTIVO ENTRE EMPRESAS DEL SECTOR DE RADIOFÁRMACOS PARA FIJACIÓN INDIRECTA DE PRECIOS Y ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE MATERIALIZADA EN LA FIJACIÓN DIRECTA DE PRECIOS NO EQUITATIVOS. Acuerdo contrario a art. 1 LDC. Expte. 563/03 (2356/02 del SDC).Incongruencia omisiva: no concurre al responder en síntesis a las cuestiones planteadas con remisión a la motivación detallada en otra sentencia.Insuficiencia de la prueba de presunciones.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Octubre de dos mil nueve

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 315/2.008, interpuesto por TYCO HEALTHCARE SPAIN, S.L., representada por el Procurador D. Federico Gordo Romero, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 23 de mayo de 2.007 en el recurso contencioso-administrativo número 466/2.004, sobre acuerdo contrario al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (expte. 565/03 del Tribunal de Defensa de la Competencia).

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 23 de mayo de 2.007, desestimatoria del recurso promovido por Tyco Healthcare Spain, S.L. contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 22 de julio de 2.004 recaída en el expediente sancionador 565/03 (2356/02 del Servicio). En dicha resolución se declara acreditada la existencia de un acuerdo entre las empresas Nucliber, S.A., Amersham Health, S.A.,

Schering España, S.A. y la demandante contrario a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y se sanciona por ello a cada una de las mencionadas empresas con una multa de 250.000 euros.

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 5 de diciembre de 2.007, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Tyco Healthcare Spain, S.L. ha comparecido en forma en fecha 1 de febrero de 2.008, mediante escrito interponiendo recurso de casación, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, formulado al amparo del apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, del artículo 33.1 de la misma Ley jurisdiccional, del artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución;

- 2º, que se basa en el apartado 1.d) del citado artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del artículo 24 de la Constitución, del artículo 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la jurisprudencia;

- 3º, basado en el mismo apartado que el anterior, por infracción del artículo 24 de la Constitución, del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia y de la jurisprudencia, y

- 4º, también amparado en el apartado 1.d) del reiterado precepto procesal, por infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que, casando la recurrida, se estime el primer motivo de casación y se revoque la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de julio de 2.004 o subsidiariamente se anule o reduzca considerablemente la sanción impuesta o, subsidiariamente, que se revoque la citada resolución administrativa o subsidiariamente que se anule o reduzca considerablemente la sanción impuesta, y todo ello con expresa imposición de las costas del recurso contencioso-administrativo y del recurso de casación a la parte contraria.

El recurso de casación ha sido admitido por ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 6 de junio de 2.008.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida en cuanto declara conforme a Derecho la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia dictada con fecha 22 de julio de 2.004, todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte

recurrente.

QUINTO .- Por providencia de fecha 13 de mayo de 2.009 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 22 de septiembre de 2.009, en que han tenido lugar dichos actos.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

La sociedad mercantil Tyco Healthcare Spain, S.L., impugna en casación la Sentencia de 23 de mayo de 2.007 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso contencioso administrativo entablado contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de julio de 2.004, que le sancionó, junto con otras empresas farmacéuticas, por acuerdos colusorios entre ellas.

La Sentencia recurrida funda el fallo desestimatorio en los siguientes términos:

" PRIMERO: La cuestión planteada en el presente proceso fue objeto de enjuiciamiento en la Sentencia de esta misma Sección de 11 de abril de 2006, recurso nº 467/2004 , y aunque ciertamente en ambos procesos el acto impugnado fue exactamente el mismo, Resolución del Pleno del TDC de 22 de julio de 2004, lo cierto es que la empresa recurrente fue otra de las sancionadas por la mencionada Resolución, En estas circunstancias, razones de estricta coherencia nos llevan a dictar en esta resolución un pronunciamiento idéntico en sus términos lo que conduce a la desestimación del recurso.

SEGUNDO: Dado que los términos del debate en ambos procesos son absolutamente asimilables procedemos a continuación a exponer de forma sintética las razones que justifican en nuestra opinión, el rechazo de la demanda:

1) La Resolución del TDC, que este Tribunal asume y a la que se remite, se construyó desde la base de sólidos indicios que perfectamente concatenados según las reglas de la sana lógica que conduce de forma inequívoca a la conclusión de que los hechos se produjeron en la forma relatada en la Resolución y que de ellos es responsable la recurrente.

2) En definitiva, ha existido una concertación entre operados independientes que pone de manifiesto la existencia de una práctica tendente a sustituir la libre competencia por un acuerdo de precios que forzara al Hospital a pagar precios más elevados. Se ha acreditado una coincidencia muy llamativa de precios en cada concurso con un incremento muy similar en varios productos respecto de los precios de licitación.

3) No pueden aceptarse como razonables las explicaciones alternativas ofrecidas por la recurrente, pues no resiste análisis lógico alguno la conducta por la que se ofertan precios por encima de la licitación realizada por el Hospital. Lo relevante en este caso es la reacción de los licitantes ante los precios, subrayando que se trata de una conducta que se desarrolla posteriormente a la decisión del Hospital y frente a la cual la recurrente pudo decidir si participaba o no en las correspondientes licitaciones.

4) Existe motivación suficiente del acto en cuanto a la imposición de la sanción, sin que pueda aceptarse la tesis de que se ha infringido el artículo 10 de la LDC , pues la resolución recurrida sí tomó en consideración dichas circunstancias, sin que pueda tacharse de desproporcionada una sanción que se impone en su grado mínimo." (fundamentos jurídicos primero y segundo)

El recurso se formula mediante dos motivos. El primero de ellos se acoge al apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , y se basa en la supuesta incongruencia omisiva y falta de motivación de la Sentencia impugnada, al no responder a los motivos planteados en su demanda. El segundo motivo se ampara en el apartado 1.d) del citado precepto procesal y contiene, en realidad, tres submotivos que por su formulación autónoma han de examinarse de manera separada. En el primero de estos submotivos se alega la vulneración de los artículos 24 de la Constitución y 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , así como de la jurisprudencia en la aplicación de la prueba de presunciones. El segundo submotivo se funda en la supuesta infracción del artículo 24 de la Constitución, del 10 de la Ley de Defensa de la Competencia y de la jurisprudencia, en relación con la motivación de la sanciones en el ámbito del derecho administrativo sancionador. Finalmente, el tercer submotivo se basa en la alegación de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , en razón de que el supuesto acuerdo colusorio en ningún caso hubiera restringido la competencia.

El presente recurso se examina junto con los números 3.984/2.006 y 3.556/2.007, ambos interpuestos por empresas farmacéuticas sancionadas por la misma resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y dirigidos contra las respectivas Sentencias de instancias. En lo que respecta a la cuestión de fondo sobre la aplicación al caso de la prueba por presunciones hemos expuesto la posición de la Sala en la Sentencia recaída en el primero de dichos recursos y aplicaremos en este recurso el mismo criterio.

SEGUNDO .- Sobre la alegación de incongruencia omisiva y falta de motivación.

Con una extensa referencia a la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre incongruencia omisiva y falta de motivación, así como a los preceptos constitucionales y legales que exigen una respuesta motivada y plena a las pretensiones formuladas por las partes, la entidad actora sostiene que la Sentencia impugnada contradice todo ese cuerpo jurisprudencial y normativo.

Sin embargo, las infracciones de falta de respuesta judicial y/o de justificación suficiente de un determinado fallo tienen inevitablemente un carácter muy casuista. Que una sentencia judicial pueda resultar insuficiente o no, o que la respuesta haya de considerarse implícita dependerá, en cada asunto en concreto, de la forma en que han sido formuladas las pretensiones y los argumentos esenciales en que se sustentan, así como de la relevancia de unas y otros, del tipo y estructura de la respuesta judicial y de la argumentación en que se funda, de la mayor o menor especificidad o generalidad de la cuestión debatida, etc.

En el caso de autos la Sentencia recurrida se asienta básicamente en una previa sentencia de la Sala en un recurso contra la misma resolución sancionadora interpuesto por otra de las compañías farmacéuticas sancionadas, la Sentencia de 11 de abril de 2.006 (recurso 467/2.004) -frente a la que se interpuso la casación 3.984/2.006, también resuelta en la misma deliberación que el

presente recurso de casación-. A partir de la similitud de planteamientos de ambos recursos contencioso administrativos, la Sala de instancia ha efectuado un sucinto resumen de las principales cuestiones resueltas en la referida Sentencia de 11 de abril de 2.006 y ha desestimado el recurso a quo por los mismos fundamentos.

Pues bien, en semejante supuesto de recursos dirigidos contra la misma resolución administrativa, por sujetos que se encuentran en la misma posición procesal y que se fundan en cuestiones y alegaciones substancialmente semejantes, no resulta objetable recurrir al procedimiento adoptado por la Sala de instancia de recoger las principales conclusiones adoptadas en uno de tales recursos y hacerlas extensivas al otro recurso. Para que pudiera considerarse fundada la imputación de incongruencia omisiva y/o de falta de motivación suficiente la parte debería acreditar en términos específicos qué pretensión concreta y distinta a las referidas por la Sentencia que se recurre no ha sido respondida y qué alegación esencial para la decisión sobre tales pretensiones no fue rechazada expresa o implícitamente en la resumida respuesta ofrecida por la Sala juzgadora, cuyo desarrollo argumental se expone detalladamente en la Sentencia a la que se remite.

En el presente caso, la sociedad actora no acredita en modo alguno tal extremo. Antes al contrario, todas las cuestiones que ofrece como muestra de la falta de respuesta de la Sala están expresamente recogidas en la motivación de la Sentencia de instancia, si bien de forma resumida por la remisión a la otra resolución. Así sucede con el reproche sobre la supuestamente errónea aplicación por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia de la prueba de presunciones (cuyo rechazo es expreso en los tres primeros apartados del fundamento jurídico segundo), la afectación del mercado relevante (cuestión respondida afirmativamente, de forma implícita pero clara, en los mismos apartados citados) o la suficiente justificación de la sanción impuesta (expresamente contestada en el apartado 4 del citado fundamento de derecho segundo).

Finalmente, no puede admitirse en el presente caso la alegada insuficiencia de la motivación dada la remisión expresa y con referencia del número de recurso a la Sentencia ya mencionada, que permite a la parte conocer de forma detallada la argumentación de la Sala sobre las cuestiones expuestas.

Dicho lo anterior, ello no obsta para afirmar que es sin duda preferible una expresa reproducción en la propia Sentencia de la argumentación en que se apoyan las conclusiones sobre las principales cuestiones planteadas en el recurso, con referencia expresa y específica a los alegatos formulados por la parte recurrente en el concreto asunto que se resuelve. Así, aunque en el presente asunto no pueda sostenerse que se haya producido denegación de tutela judicial o insuficiencia de la motivación, o que se haya producido indefensión a la recurrente, no cabe duda de que una respuesta más detallada, aunque sea reproduciendo los argumentos expuestos en otra resolución y, sobre todo, con referencia expresa a los alegatos tal como han sido expuestos por la parte actuante en el concreto proceso, es lo más acorde con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 de la Constitución.

TERCERO .- Sobre el segundo motivo en lo relativo a la prueba de presunciones.

En el segundo motivo, la parte aduce la infracción del artículo 24 de la Constitución y del artículo 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

, así como de la jurisprudencia de este Tribunal que se cita, en relación con la indebida aplicación de la prueba de presunciones.

En relación con la misma resolución sancionadora hemos examinado ampliamente la aplicación de la prueba de presunciones en los tres recursos de casación deliberados conjuntamente. Reproducimos seguidamente los razonamientos recogidos en la Sentencia de 5 de octubre de 2.009 (RC 3.984/2.006), en los que estimamos una alegación semejante y que nos conducen en el presente recurso a igual resultado estimatorio:

" Sexto.- El primer motivo se plantea al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional y en él "Amersham Health, S.A." denuncia, de modo conjunto, la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Sostiene, en síntesis, que no hubo acuerdo entre las empresas sancionadas ni restricción de la competencia y que el tribunal de instancia hizo una incorrecta aplicación de la prueba de presunciones. A su juicio, ante la "absoluta ausencia de prueba sobre la concertación de precios objeto infracción" y la inexistencia de acuerdo colusorio, no es aplicable el referido artículo 1 en cuya virtud fue sancionada.

El análisis del motivo no puede prescindir de un planteamiento inicial que ha lastrado todo el razonamiento tanto del acuerdo sancionador como de la sentencia de instancia. Por referirnos sólo a esta última, la Sala de la Audiencia Nacional ha prescindido -de modo explícito- de evaluar la incidencia que un conjunto significativo de circunstancias de hecho pudiera tener en el enjuiciamiento de la conducta infractora. La Sala pone el acento en la concertación de ofertas (sobre la base de las coincidencias de precios que han quedado expuestas y de la "tendencia general" al alza de las ofertas licitadoras) como si este fuera el único factor relevante y ninguna importancia significativa tuvieran aquellas otras circunstancias, relativas tanto a la fijación de los precios establecidos en la convocatoria del HGM como a ciertos extremos que a continuación expondremos. La restricción de su enfoque será tanto más inadecuada cuanto que, tratándose como se trataba de una sanción impuesta sobre la base de presunciones, la toma en consideración de dichas circunstancias hubiera permitido deducir de su conjunto, en términos de razonabilidad, que los indicios de concertación no eran prueba suficiente para justificar una respuesta sancionadora.

Ha de tenerse en cuenta que la conducta colusoria sancionada en este caso a título del artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia lo fue no tanto porque el concierto ilícito se hubiera llevado a cabo plasmándolo en un precio único de oferta (de los hechos que la propia Sala admitirá como probados se infiere que las coincidencias de precios singulares eran pocas, en términos relativos, sobre el total de productos) sino, más bien, porque todos los licitadores presentaron un buen número de propuestas que, siendo diferentes entre sí, coincidían en superar el precio máximo de licitación fijado por el HGM en los dos concursos de referencia. Para juzgar si esta "reacción" podía o no ser explicada en función de otros elementos de juicio distintos del mero acuerdo colusorio era necesario prestar una atención más detallada a todo el conjunto de circunstancias que seguidamente expondremos.

Ello justificará que accedamos a la primera de las solicitudes formuladas en el motivo objeto de examen -con expresa invocación de lo dispuesto en el artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional - esto es, que procedamos a la integración de los hechos omitidos por el tribunal de instancia que estaban

suficientemente acreditados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulta necesaria para apreciar si fue correctamente aplicado el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

Séptimo.- De entre las circunstancias no debidamente apreciadas por el tribunal de instancia la más destacada es que el precio de licitación fijado por HGM en los dos concursos en cuestión era significativamente menor -para los mismos productos- que el fijado por dicho hospital en concursos precedentes desde 1998 y 1999 (si bien coincidía con el de 2001) y, sobre todo, que el establecido en fechas próximas por otros hospitales privados y públicos, algunos de ellos englobados en el mismo sistema público de salud, para idénticos productos.

De estas circunstancias deducía la recurrente que, en realidad, las ofertas de los licitadores al alza no eran sino respuesta lógica y comprensible a la inexplicada -y, a su entender, anormal- bajada o minoración de los precios de licitación aprobados por el HGM para los dos concursos objeto de litigio. La respuesta se atenía a los precios reales del mercado, como se deducía del hecho de que otros hospitales públicos así los hubiesen tenido por tales en sus pliegos de condiciones para la adquisición de los mismos productos. Las ofertas, afirma la recurrente, incorporaban las "cifras que, por ser de mercado, son además coincidentes con las ofertadas por esta parte y los demás licitadores".

Era igualmente relevante, a estos efectos, consignar que tanto "Amersham Health, S.A." como algunas otras empresas habían presentado ofertas superiores al precio máximo de licitación en concursos anteriores. La tabla comparativa que se adjunta al escrito de recurso así lo evidencia y se trata de un dato que la propia resolución sancionadora admite en el último párrafo del cuarto "hecho probado", si bien es cierto que subrayando su excepcionalidad. Se reseñan en ella dos concursos precedentes para productos análogos (el número 128/99 y el 128/01) para destacar que en ambos "[...] Cis (ahora Schering) ofreció precios superiores en un solo producto; en el 128/00, Amersham en uno solo, y Nucliber en cuatro; y en el 128/01, Amersham en cuatro y Nucliber en uno".

Octavo.- También eran procedente la toma en consideración de un conjunto de rasgos significativos del mercado de productos de radiofarmacia objeto de los dos contratos públicos de suministro.

El Tribunal de Defensa de la Competencia no realizó propiamente un análisis del mercado afectado al considerar que "tal definición es imprescindible en aplicación del artículo 6 de la LDC , pero no en el caso del artículo 1 cuando lo que se trata de justificar es una identidad de comportamientos en un momento puntual, algo que no depende en absoluto de cómo se defina el mercado". La Sala, por su parte, se limitó a expresar que se trataba del "submercado particular del más global mercado farmacéutico [...] en particular en el submercado de productos radiofármacos empleados en el diagnóstico de pacientes mediante Gammacameras". Pero lo cierto es que tampoco se refirió, en concreto, a alguna de las particularidades de aquél que contribuyeran a la mejor comprensión de las relaciones entre las empresas cuya concertación se castiga y los entes (en este caso, el HGM) a los que suministran sus productos.

Es cierto, como bien afirma el Tribunal de Defensa de la Competencia, que el análisis del mercado relevante (necesario de todo punto cuando se trata de sanciones contra abusos de posición de dominio que, por definición, exigen concretar en qué segmento

del mercado se han producido) no resulta siempre y en todo caso imprescindible para determinar si ha habido un pacto colusorio. Es exagerado sostener, como hace la recurrente, que la omisión de este análisis "invalida el acto impugnado y la sentencia de instancia".

Ahora bien, el examen del mercado en el que se produce el pacto colusorio puede ser útil para apreciar el alcance de la conducta concertada si contribuye a esclarecer, en un sentido o en otro, la conexión entre los hechos indiciarios probados y la conclusión de que, conforme a las reglas del criterio humano, se produjo aquélla. De modo singular, el análisis será procedente para explicar la racionalidad (o para excluir la irracionalidad) de las conductas imputadas sobre la base de la aplicación de la prueba de presunciones cuando el sector en cuestión, o las operaciones enjuiciadas, presenten ciertos rasgos que no se avienen con la utilidad económica -para sus autores- de algunos acuerdos colusorios. Y aquel mismo análisis será pertinente para deducir si, por su ocasionalidad, el acuerdo colusorio resulta una excepción más o menos coherente con la conducta habitual de las empresas imputadas.

El mercado de suministros de los radiofármacos objeto de concurso aparece muy centrado sobre las adquisiciones que de éstos hacen los prestadores de servicios públicos y privados de salud. En el supuesto de autos nos referiremos de modo singular a los públicos cuyo suministro se llevaba a cabo mediante fórmulas de adquisición competitivas, esto es, concursos sujetos a la legislación de contratos públicos.

Ello tiene una primera consecuencia: el comportamiento de las empresas que facilitan los productos puede venir, en buena lógica, determinado por su conocimiento de los precios de las demás ya que, dado el régimen de publicidad de los concursos, son conocidas por todas y cada una de ellas las ofertas precedentes de las demás (tras la apertura de las plicas) para los mismos productos, siendo igualmente conocidos los precios de adjudicación de cada uno de los hospitales que requieren el suministro. Circunstancia a la que se añade el hecho, ya reseñado, de que todas conocen o pueden conocer sin dificultad los precios de cada uno de los concursos de todo el territorio nacional, obteniendo de este modo una referencia valiosa para fijar los que ellas mismas ofertarán. Y no cabe olvidar que los órganos de contratación públicos venían obligados a fijar un precio de los contratos "adecuado al mercado", según disponía el artículo 14.1. in fine de la legislación aplicable en aquel momento (texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio).

Desde este punto de vista no es, en principio, anómalo que las empresas licitadoras presenten unas ofertas parcialmente coincidentes con las que ellas mismas han presentado, para idénticos productos, en concursos convocados por otros hospitales y que, a su vez, coincidan con las propuestas por algunas de ellas en estos últimos. La transparencia de este mercado y de los precios que en él se ofrecen es innegable.

También es relevante el hecho de que el organismo público convocante del concurso goce de una situación de preeminencia - en términos jurídicos- que refuerza su poder negocial hasta el punto de poder imponer, haciendo uso de la prerrogativa prevista en el Real Decreto-Legislativo antes mencionado, la prórroga de los contratos del año anterior en idénticas condiciones (en el caso de autos el propio Tribunal de Defensa de la Competencia subraya cómo el HGM acudió a la prórroga de los contratos del año anterior para garantizar el suministro de radiofármacos). Y puede igualmente el órgano

convocante del concurso, si considera que las ofertas económicas de los licitadores resultan inaceptables, prescindir del resultado de aquél, dejándolo desierto, y acordar la apertura de un procedimiento negociado.

Posibilidades todas ellas de las que las empresas licitadoras eran conscientes, como es lógico, y que contribuyen a debilitar la eficacia económica de la supuesta conducta concertada. Si los cárteles de precios tienen una racionalidad económica es el provecho de todos los que en ellos participan, de modo que no parece muy lógico pactar una conducta colusoria que, en definitiva, puede fácilmente resultar en beneficio singular de una sola de las empresas concertadas (a menos que se trate de un reparto de cuotas o de mercados, lo que en este caso no se ha imputado).

Otro rasgo destacado del mercado de suministros públicos de los radiofármacos es que los concursos públicos para su adquisición contienen pliegos de condiciones de distinta naturaleza, no meramente económicas, de modo que el factor del precio ofertado no es el único determinante de la adjudicación (se trataría entonces de una subasta) y coexiste con otros que, aun no revistiendo el carácter preponderante que normalmente tiene aquél, pueden tener una incidencia significativa en la adjudicación. El análisis de la supuesta conducta colusoria debería, en consecuencia, atender no sólo a la concertación de precios sino también a la coincidencia en el resto de condiciones ofertadas, lo que en este caso no se ha comprobado.

Finalmente, es de destacar que la conducta colusoria imputada afectaba a dos únicos concursos de los que se realizaron dentro del mercado de medicina nuclear en España en el año 2002. Según los datos que facilitó una de las empresas sancionadas, el valor de los suministros afectados por aquellos dos concursos se limitaba a menos del 1,8 por ciento del citado mercado, dato que esta Sala no está en condiciones de verificar ni de desmentir, al no haberse procedido a un análisis detallado del sector en las instancias previas, pero que parece gozar de fiabilidad. Si ello fuera así, la presunción que lleva a afirmar la existencia de una conducta colusoria entre las empresas sancionadas -actores económicos destacados en el campo de los suministros de radiofármacos- quedaría debilitada pues resulta, cuando menos, dudosa la lógica económica de un mero acuerdo ocasional y episódico de precios en una parte ínfima del mercado mientras que se mantiene la competencia efectiva de las mismas empresas en el resto de ese mercado (al menos, no consta en autos que haya existido ninguna decisión administrativa en sentido contrario sobre ello).

Noveno.- Integrados así los hechos y descritas algunas de las características del mercado en que se produjeron, estamos en condiciones de analizar si de los indicios de colusión apreciados podía obtenerse, en términos que excluyeran la duda razonable, la consecuencia jurídico-sancionatoria que en este caso ha sido deducida.

En primer lugar hemos de destacar que las coincidencias de precios ofertados por las cuatro empresas que la Sala de instancia tiene como acreditadas en el apartado segundo del fundamento jurídico cuarto de la sentencia se limitan a 4 de los 17 (o 5 de los 16, según el Servicio) productos objeto de licitación en el concurso 127/02 y a 5 de los 21 productos objeto de licitación en el concurso 128/02. Por lo demás, la propia Sala, que hace suyo a estos efectos el segundo de los "hechos probados" de la resolución administrativa, admite que las coincidencias fueron parciales, esto es, que en ningún momento las cuatro empresas coincidieron en sus ofertas respecto de los productos referidos.

Y es que, en efecto, por lo que se refiere al primero de los concursos (para la

adquisición de "kits fríos de medicina nuclear") las coincidencias de precios ofertados que se tienen por acreditadas lo son tan sólo "en los kits de HDP (en las ofertas de Tyco y Schering), en los Kits de DPTA, en los DMSA y en los de pirofosfato (en las de Tyco y Amersham) y en Kits de Br-Hida (entre Amersham y Schering)". Y en cuanto al concurso 128/02, para el suministro de materiales radioactivos de diagnóstico en medicina nuclear, "las coincidencias en ofertas de Tyco y Amersham se produjeron en las cápsulas de 75 mci y en las de 100 mci de I-131 (en las de 150 mci la diferencia es sólo de 10 céntimos de euro) y en los generadores de 99,-Te (tanto en los de 1100 como en los de 900 mci en primer elución (sic))".

En uno y otro concurso, por lo demás, se procedió a la adjudicación definitiva de determinados lotes (7 de los 17 convocados en el concurso 127/02 y 6 de los 21 convocados en el concurso 128/02) a las diferentes empresas concurrentes, sin mayores problemas ni imputación alguna de conducta colusoria al respecto.

De aquellas coincidencias parciales no es posible obtener sin más la conclusión sancionadora que sería válida ante una plena e inexplicable identidad de todas (o la mayor parte de) las ofertas por todos los oferentes. Tanto menos cuanto que, como ya hemos expuesto, al tratarse de un concurso no sujeto a las reglas de la subasta, la adjudicación no dependía en exclusiva de los precios ofertados y debieron haberse analizado también los demás componentes de las ofertas para apreciar la igualdad, por concierto previo, de todas ellas. En todo caso, según inmediatamente exponremos, la coincidencia de precios ni siquiera fue el factor clave para la imputación.

Décimo.- En lo que se refiere a la mayor o menor similitud de los incrementos de precios de varios de los productos ofertados por los cuatro licitadores en los dos concursos de referencia (incremento respecto a los precios de licitación), el Tribunal de Defensa de la Competencia afirmó en su resolución que "[...] para los diferentes lotes de productos, los aumentos estaban comprendidos en la mayoría de los casos en un intervalo entre el 50% y el 60%". La Sala de instancia, por su parte, se limitó a transcribir el cuadro comparativo de los precios unitarios en 2001 y los precios ofertados en los concursos de 2002, expresivo de que, en efecto, para dichos concursos se habían incluido aumentos significativos sobre los precios de 2001.

Este cargo en realidad no puede ser desvinculado del siguiente, relativo a la común "tendencia general" a sobrepasar el precio máximo de licitación fijado por el HGM en ambos concursos. El aumento de las ofertas sobre dicho precio máximo sería asimismo expresivo de la concertación en cuanto al porcentaje de incrementos supuestamente pactados.

Lo cierto es, sin embargo, que la lectura del apartado tres del fundamento jurídico cuarto de la sentencia pone de relieve la disparidad de los porcentajes de subida entre las distintas ofertas. De modo pormenorizado para cada concurso la Sala de instancia expresa cómo los porcentajes de incremento distan de ser coincidentes. Baste a estos efectos, sin necesidad de reiterar su transcripción (ya hecha en el fundamento jurídico cuarto), destacar cómo en el concurso 127/02 los incrementos de Tyco (27,49 y 63 por ciento) difieren de los de Amersham (entre el 38 y el 83 por ciento), de los de Nucliber (45 por ciento) y de los Shering (entre el 26 y el 64 por ciento). Algo análogo ocurre con el concurso 128/02.

El supuesto acuerdo colusorio no vendría constituido, pues, en realidad por la similitud en los precios incrementados o en el porcentaje mismo de incremento (pues no existe dicha coincidencia significativa) sino en el hecho de que los cuatro licitadores hubieran

formulado buena parte de sus proposiciones sobrepasando los precios máximos de licitación. Que este era realmente el núcleo de la conducta imputada se deduce tanto de la propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia como de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la propia sentencia.

En efecto, el Servicio reconocía (folio 37 de su propuesta) que "resulta lógico que las empresas participantes en los concursos 127/02 y 128/02 tuvieran en cuenta los precios de venta recientes para formular sus propias ofertas y que, dada la dura competencia a la que afirman que se enfrentan, propusieran precios muy similares a aquéllos, pero eso no explica que las cuatro decidieran proponer prácticamente para todos los productos precios por encima de los de licitación y menos aun en porcentajes tan elevados".

Por su parte, el Tribunal de Defensa de la Competencia al menos en dos pasajes de la resolución administrativa afirma que la conducta colusoria atribuida a las empresas licitadoras consistió en que, ante la disminución de precios fijados en la convocatoria, "[...] las imputadas reaccionaron en este caso sustituyendo la libre competencia por un acuerdo de precios que forzara al Hospital a pagar precios más elevados". Y la Sala de instancia les reprocha asimismo el intento de "sustituir la libre competencia por un acuerdo de precios que forzara al Hospital a pagar precios más elevados".

Undécimo.- Para resolver si la coincidencia en la presentación de ofertas que excedían, para algunos productos, del precio máximo de licitación tenía o no una justificación lógica y alternativa al mero acuerdo colusorio no era en absoluto irrelevante - como apreciaron el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Sala de instancia- que el HGM, a diferencia de otros hospitales, hubiera establecido unos precios de licitación anormalmente inferiores a los precios de mercado aceptados por otros hospitales públicos y privados. El Servicio de Defensa de la Competencia admitía este hecho al afirmar que el HGM "no se dejó llevar por la tendencia al aumento de precios observada en otros hospitales sino que decidió fijar los precios de licitación más bajos".

No ha sido desvirtuada la alegación de que las ofertas realizadas por las empresas sancionadas en otros concursos de suministro de idénticos productos, convocados anteriormente o de manera más o menos simultánea por diversos hospitales del mismo u otros servicios públicos de salud, eran similares a las que aquéllas presentaron en los dos concursos del HGM objeto de litigio y se hallaban dentro de los márgenes de precio de los respectivos concursos. No ha habido, por el contrario, una explicación satisfactoria de que la fijación de los precios de licitación por el HGM se hubiera hecho conforme al criterio legal de mercado.

La justificación de esta circunstancia no podía, insistimos, reputarse irrelevante como afirman el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Sala de instancia para poner el acento tan sólo en la ulterior reacción de las licitadoras. Por el contrario, contribuía de modo significativo a aclarar las circunstancias concurrentes la comprobación de cuáles habían sido los precios máximos fijados por el HGM en concursos anteriores -en una perspectiva que no sólo englobara el año 2001 sino una serie de años más- para los mismos productos, y, sobre todo, los establecidos por otros hospitales en concursos similares de aquel mismo año o años precedentes. Pues entra dentro de la lógica que las empresas que licitan simultáneamente en varios procesos selectivos de suministro tiendan a presentar, para los mismos productos, ofertas de precio similares a las que ellas mismas han realizado en otras convocatorias, siempre dentro de los límites de los precios de mercado, o similares a las que rigen como precio máximos en otros

concursos análogos.

Siendo ello así, pudiera considerarse como una explicación alternativa a la colusión el hecho de que la "tendencia general" al incremento de los precios ofrecidos por las empresas al HGM respecto de algunos de los productos de las convocatorias (incremento que ya hemos visto cómo se concretaba en porcentajes no necesariamente coincidentes) respondía al designio legítimo de mantener los precios de mercado que, en cuanto tales, regían en otras convocatorias y de los que, sin explicación suficiente, se había apartado tan sólo uno de los hospitales que demandaba el suministro de radiofármacos. Se trataba, repetimos, de precios de mercado públicamente conocidos, y aceptados como tales por instituciones hospitalarias públicas similares. Todas ellas, al igual que el HGM, en cuanto órganos de contratación públicos habían de fijar los precios de los contratos "adecuados al mercado", según hemos expuesto al recordar el artículo 14.1. in fine de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

Es cierto que la "reacción" frente a los términos del concurso podía haber sido la abstención de las licitadoras, esto es, la no presentación de sus ofertas. Tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Sala de instancia entendieron que esta era la única respuesta idónea afirmando, respectivamente, que "[...] si consideraban demasiado bajos los precios fijados por el Hospital en relación a la tendencia del mercado y hubieran actuado de forma independiente, lo lógico hubiera sido no acudir a la licitación" (fundamento jurídico octavo de la resolución administrativa) o que "[...] lo lógico en libre competencia no es presentar los precios por encima de los de licitación, sino que lo normal es ajustarse al máximo a dichos precios o, caso de no interesar, no presentar oferta, esto es no participar en los concursos" (fundamento jurídico quinto de la sentencia).

Ocurre, sin embargo, que la presentación de ofertas por encima del precio máximo - además de no ser una conducta prohibida en la legislación de contratos- puede tener en ciertos casos una explicación satisfactoria o, al menos, no ilegítima, distinta del mero designio colusorio. De hecho, ya hemos reseñado cómo esta práctica había sido ejercitada por las empresas recurrentes en otros concursos análogos de años anteriores. Dichas empresas subrayaron, a este respecto, las circunstancias singulares del específico mercado de radiofarmacia en el que la venta se realiza, en una parte muy considerable, a determinados hospitales públicos cada uno de los cuales ostenta un elevado poder de negociación frente a los suministradores de los radiofármacos y que, además de atender al factor precio pueden y deben, en tanto que organismos de contratación, valorar otras circunstancias distintas de las meras ofertas económicas.

En este segmento del mercado farmacéutico, caracterizado por la transparencia en el precio de los productos y de las ofertas (ya hemos repetido que los restantes licitadores y los propios hospitales fácilmente llegan a saber, con posterioridad a las adjudicaciones, los precios propuestos por los participantes en los diferentes concursos) puede no ser ilógico que cada una de las empresas suministradoras trate de mantener una cierta coherencia en sus propuestas de suministro a los diferentes centros sanitarios y oferte, en consecuencia, precios similares para todas las convocatorias del sector, incluso si ello supone que en algún caso sobrepasar los límites máximos de alguna convocatoria.

Cuando resulta que, además, los precios ofrecidos por cada una de las empresas en los dos concursos singulares están dentro de los márgenes de los que han regido para convocatorias públicas de los mismos productos, coetáneas o próximas en el tiempo,

pero resultan superiores al precio fijado por el HGM (en términos no suficientemente explicados), el hecho de acudir a ambos concursos haciendo propuestas por encima del precio de licitación puede interpretarse como un acto testimonial - probablemente condenado al fracaso, pues el concurso podrá quedar desierto sin mayores consecuencias ya que se prorroga el contrato vigente por un año más- de no romper las relaciones comerciales con el órgano de contratación pero hacerle ver lo erróneo, a juicio de los licitantes, de parte de su convocatoria.

A ello ha de añadirse que ambos concursos englobaban una pluralidad de productos diferenciados y que, de hecho, las plicas presentadas por las cuatro licitadoras sólo contenían ofertas superiores a los precios máximos de licitación respecto de algunos de aquéllos, no todos. Era obvio, pues, el interés de las empresas en acudir a los dos concursos aun cuando al hacerlo fueran conscientes de que determinadas ofertas singulares para ciertos productos difícilmente podrían ser admitidas. En cuanto a otros lotes de los mismos concursos, por el contrario, no hubo problemas de este género como lo acredita el hecho, ya reseñado, de que la Gerencia del HGM adjudicó definitivamente a varias de las licitadoras 7 de los 17 lotes en el concurso 127/02 y 6 de los 21 lotes en el concurso 128/02.

Existía, pues, al menos una explicación alternativa que justificaba tanto la asistencia al concurso como la "tendencia general" al incremento de algunos de los precios ofertados sobre los precios máximos de convocatoria. El comportamiento de las licitadoras al acudir al concurso y presentar sus propias ofertas, diferentes en sí pero coincidentes en que superaban determinados precios de la convocatoria para proponer otros más ajustados a los de mercado, aunque también distintos entre sí, no es menos racional que el único comportamiento juzgado por la Sala de instancia como "normal", esto es, el de no participar en los dos concursos.

Duodécimo.- En suma, de los indicios de colusión apreciados no podía deducirse sin más, en términos que excluyan la duda razonable, que las empresas sancionadas se hubieran concertado para obtener un beneficio ilícito en detrimento de la competencia, que es lo que castiga el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia . La utilización de la prueba de presunciones no permite, en este caso -que por sus características singulares probablemente constituya un supuesto límite- corroborar la validez de la respuesta jurídico-sancionadora que el Tribunal de Defensa de la Competencia acordó y la Sala de instancia confirmó.

Procede, en consecuencia, la estimación del primer motivo casacional y del propio recurso de casación (sin necesidad de analizar, por lo tanto, el motivo tercero) y, por las mismas razones, la estimación del recurso contencioso-administrativo." (fundamentos de derecho sexto a duodécimo)

La estimación del motivo hace innecesario el examen de los restantes formulados en el recurso de casación.

CUARTO .- Conclusión y costas.

La estimación del recurso de casación por apreciar que la prueba de presunciones no tenía un fundamento sólido para imponer las sanciones que se acordaron en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de julio de 2.004 supone casar y anular la Sentencia recurrida, que rechazó tal alegación por infracción de los preceptos constitucionales y legales y de la jurisprudencia invocados en el motivo correspondiente. Las mismas razones sustantivas conducen, en aplicación de lo

dispuesto en el artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción , y como resulta evidente, a la estimación del recurso contencioso administrativo previo interpuesto por la sociedad actora, con la consiguiente anulación de la referida resolución administrativa en lo que respecta a la sociedad recurrente.

No concurren las circunstancias prevenidas legalmente para la imposición de costas ni en la instancia ni en la casación, según lo dispuesto en los artículos 95.3 y 139.1 y 2 de la Ley jurisdiccional.

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

1. Que HA LUGAR y por lo tanto ESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Tyco Healthcare Spain, S.L. contra la sentencia de 23 de mayo de 2.007 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 466/2.004 , sentencia que casamos y anulamos.

2. Que ESTIMAMOS el citado recurso contencioso-administrativo, interpuesto por Tyco Healthcare Spain, S.L. contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de julio de 2.004 dictada en el expediente sancionador de ese órgano administrativo nº 565/03, y anulamos dicha resolución en lo que se refiere a la sociedad recurrente.

3. No se hace imposición de las costas del recurso contencioso-administrativo ni de las del de casación.

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 .-Ramon Trillo Torres.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- 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.-Alfonso Llamas Soubrier.-Firmado.-