

Id. Cendoj: 28079130032009100344
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 05/10/2009
Nº de Recurso: 3556/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. IMPOSICIÓN DE MULTA POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA. ARTÍCULO 1 DE LA LEY 16/1989, DE 17 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. NUCLIBER, S.A. HOSPITAL GENERAL UNIVERSITARIO GREGORIO MARAÑÓN. ACUERDO COLECTIVO ENTRE EMPRESAS FARMACÉUTICAS PARA LA FIJACIÓN INDIRECTA DE LOS PRECIOS MEDIANTE LA REALIZACIÓN DE OFERTAS POR ENCIMA DE LOS PRECIOS DE LICITACIÓN. PRUEBA DE PRESUNCIONES.

SENTENCIA

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

VISTO el recurso de casación número 3556/2007, interpuesto por la Procuradora Doña María Rosa Vidal Gil, en nombre y representación de la entidad mercantil NUCLIBER, S.A., con asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de abril de 2007, dictada en el recurso contencioso- administrativo 465/2004, seguido contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de julio de 2004, sobre sanciones por prácticas prohibidas. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 465/2004, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 17 de abril de 2007 , cuyo fallo dice literalmente:

« Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de NUCLIBER, S.A., contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 22 de julio de 2004, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas. ».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la entidad mercantil NUCLIBER, S.A. recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante providencia de fecha 11 de junio de 2007 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de la entidad mercantil NUCLIBER, S.A. recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y con fecha 27 de julio de 2007 , presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que tenga por presentado este escrito y previas las deliberaciones correspondientes, se sirva admitirlo y tener por personada a esta parte e interpuesto recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de fecha 17 de abril de 2007 en el procedimiento ordinario 0000465/2004, dictando Sentencia por la que ordene reponer las actuaciones al estado anterior a la providencia de la Sala a quo de 25 de julio de 2006 que acordaba la inadmisión de la prueba testifical por esta parte propuesta o, en otro caso, dicte Sentencia que casando la recurrida la anule y, declare no ser ajustada a Derecho la objeto de este recurso de casación .».

CUARTO.- La Sala, por providencia de fecha 28 de noviembre de 2007 , admitió el recurso de casación.

QUINTO.- Por providencia de 15 de enero de 2008 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó el Abogado del Estado, en escrito presentado el día 29 de enero de 2008, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, tener por formalizado a nombre del Estado escrito de oposición al presente recurso ordinario de casación interpuesto contra la Sentencia de 17 de abril de 2007, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (autos 465/2004); seguir el procedimiento por sus trámites y, en su día, dictar sentencia por la que se desestime el recurso, confirmando la sentencia recurrida en cuanto declara conforme a Derecho la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de julio de 2004 impugnada en autos; todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente. ».

SEXTO.- Por providencia de fecha 18 de mayo de 2009, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat , y se señaló este recurso para votación y fallo el día 22 de septiembre de 2009, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

El presente recurso de casación que enjuiciamos se interpone contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de abril de 2007 , que desestimó el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil NUCLIBER, S.A. contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de julio de 2004, que le impuso una sanción de 250.000 euros al considerar acreditada la existencia de un acuerdo entre determinadas empresas, en relación con la presentación de ofertas en Concursos convocados por el Hospital General Universitario "Gregorio Marañón" para el suministro de radiofármacos, contrario a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

La Sala de instancia fundamenta la declaración de conformidad a Derecho de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de julio de 2004, con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

« [...] La actora, tras la práctica de pruebas a su instancia, considera acreditado que al haber adquirido con anterioridad otros hospitales a NUCLIBER los mismos o similares productos a precios superiores, "resulta ocioso entrar en la dinámica del debate sobre la pertinencia o no en este caso, de la prueba de presunciones, ya que los precios de licitación de los productos en varios Centros de la Red hospitalaria eran relevantemente superiores a los del Gregorio Marañón".

La circunstancia de que en otros hospitales se produjeran concursos con otros precios, o que según declara el testigo, se le ofertara a la empresa una adjudicación directa de un volumen de compra mayor si bajaba los precios no altera, a juicio de esta Sala, las conclusiones.

En efecto, ni la estructura del mercado ni la adecuación de los precios ofrecidos a los del mercado y a los ofrecidos a otros hospitales, o el aumento de los gastos de personal y de transporte, constituyen prueba en contrario de la concertación que indudablemente resulta del elevado número de coincidencias de precios en cada concurso en los que se produjeron ofertas para una serie de productos cuyos precios eran en muchos casos idénticos y en otros similares.

Se comprueba que el incremento fué muy similar en varios productos respecto de los precios de licitación y se aprecia una tendencia general al incremento de los precios ofrecidos por las denunciadas respecto de los máximos fijados para la licitación, tal y como se recoge en el cuadro anteriormente referenciado que, en definitiva, pone de relieve una similitud de comportamiento en la presentación de las ofertas en dichos concursos que es lo que permite llegar a la conclusión alcanzada en la resolución impugnada.

El art. 1 LDC prohíbe "todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional...",

añadiendo en sus diferentes subapartados que se considerarán como tales, "en particular los que consistan en...a) la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio (y) c) el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento [...]".

Esta Sala considera que no es admisible la censura que la actora dirige al acuerdo impugnado de haber formado su convicción sobre la base de meras presunciones. Muy al contrario, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia se atuvo a los indicios, sólidos, razonados y perfectamente concatenados, según las reglas de la sana lógica de los que inequívocamente, también a juicio de la Sala, se desprende racionalmente que ha existido una concertación entre operadores independientes, de la que se puede concluir 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.

Por otra parte, las hipótesis alternativas y las interpretaciones distintas e interesadas sobre los hechos que la demandante formula resultan poco plausibles y razonables. Difícilmente se puede aceptar la explicación relativa al incremento de los precios de las denunciadas, que si bien pudieran justificar un cierto aumento de los mismos, nunca el que las mismas decidieran elevar sus ofertas por encima de los precios de licitación; 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. Lo que aquí resulta relevante no es, como por la actora se argumenta, la fórmula de fijación de los precios por parte del Hospital Gregorio Marañón, sino la reacción de los licitantes ante esos precios; es decir, una conducta que se desarrolla posteriormente a la decisión del Hospital y frente a la cual todas las empresas sancionadas, y por ello también la recurrente tuvieron plena libertad para decidir si participaban o no en las licitaciones de referencia.

Por lo demás, esta Sala ha venido ratificando en numerosas ocasiones el procedimiento frecuentemente utilizado por el Tribunal de Defensa de la Competencia cuando en la materia que le es propia acude a la prueba de presunciones para demostrar la existencia de una infracción, fundamentalmente, cuando de conductas colusorias se trata. Y ello en perfecta sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que igualmente ha sentado ya un sólido criterio sobre las posibilidades y los límites de utilización de la prueba de indicios por la Administración sancionadora y, derivadamente, por los órganos jurisdiccionales de instancia que controlan la conformidad a derecho de sus resoluciones sancionadoras en materia de Defensa de la Competencia.

Así en la STS de 6 de marzo de 2000 el Tribunal Supremo, reiterando doctrina precedente, afirmaba:

"Esta Sala ha sentado ya un sólido criterio sobre las posibilidades y los límites de utilización de la prueba de indicios por el Tribunal de Defensa de la Competencia y, derivadamente, por los órganos jurisdiccionales que controlan la conformidad a derecho de sus resoluciones sancionadoras.

En la sentencia de 6 de marzo de 2000 (R-2000/7048) hemos afirmado, reiterando doctrina precedente 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.

Hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda."

En el caso examinado por la sentencia que parcialmente se acaba de transcribir, al igual que ocurre en el presente, el Tribunal de Defensa de la Competencia basaba su resolución en que el reparto de un determinado mercado resultaba acreditado a partir de una prueba indiciaria que la Sala de instancia consideró suficiente al existir, en definitiva, como en el presente caso acontece, un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado y la consecuencia que conduce a declarar, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que no se ha producido 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, lejos de resultar arbitrario, caprichoso o absurdo, resulta de todo punto razonable.

En definitiva, esta Sala ha de ratificar la suficiencia de los indicios considerados en la resolución impugnada para acreditar la existencia de un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado -identidad o similitud entre los precios ofertados por las entidades sancionadas en los concursos convocados para el suministro de radiofármacos, unido a una tendencia general al incremento de los precios ofertados respecto de los máximos fijados para la licitación- y la consecuencia, -la concertación entre las sociedades sancionadas- que permite dar por probada la práctica colusoria sancionada, máxime si se tiene en cuenta que las empresas presentaron sus ofertas en sobres cerrados con la finalidad de que ni el Hospital ni los competidores conocieran su contenido hasta el momento de la apertura, lo que abunda en la dificultad de creer que la identidad de un comportamiento prácticamente idéntico de precios pudiera haberse producido sin un concierto previo entre los oferentes; y ello con independencia de lo limitado de los márgenes comerciales y de la influencia de determinados costes empresariales en los precios.

[...] El Tribunal Supremo viene admitiendo en materia sancionadora por infracciones de las normas de Defensa de la Competencia, que el juicio de reprochabilidad se base en pruebas de indicios, si bien como se razona en la sentencia de 26 de abril de 2005 , tales pruebas indiciarias deben estar sometidas a un estricto control para ponderar su validez, derivando tal rigor en la valoración de las pruebas indiciarias en el derecho a la presunción de inocencia. Añade la sentencia citada que la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión, de modo que será irrazonable si los indicios acreditados no llevan

naturalmente al hecho que se hace desprender de ellos o lo descartan, como desde el canon de su suficiencia o calidad concluyente, no siendo pues razonable cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa.

Se ha acreditado en el supuesto enjuiciado la comisión de la infracción y se ha impuesto la sanción que corresponde según lo previsto en el artículo 10 de la ley 16/89 de Defensa de la competencia. La resolución impugnada recoge que la autoescuela del recurrente no está asociada y se la sanciona por aplicar precios prácticamente idénticos en un mismo periodo de tiempo.

[...] En relación con la alegación de inconstitucionalidad del artículo 10 LDC, como ha señalado la doctrina, el precepto tiene una deficiente técnica legislativa pero los Tribunales han rechazado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, expresamente el Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de marzo de 2003 citada por el Abogado del Estado, considerando que si bien la regulación de este precepto LDC puede tacharse de indeterminada, no por ello franquea los límites constitucionales establecidos con el carácter de garantía mínima.

El artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia ha previsto la imposición de multas y la previsión de su cuantía se realiza mediante la alusión a un tope máximo de 900.000 euros "cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal".

En el párrafo 2 se establece que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: la modalidad y alcance de la restricción de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota de mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; la duración de la restricción de la competencia y la reiteración de las conductas prohibidas.

El acto administrativo de imposición de una sanción ha de ser motivado, pero la motivación puede ser implícita, siempre que permita a los interesados conocer las razones por las que se adoptaron las medidas controvertidas y al órgano jurisdiccional competente disponer de los elementos suficientes para ejercer su control. Como ha recordado nuestro Tribunal Supremo, la motivación ha de ser suficiente, es decir, aún cuando fuera breve o sucinta, ha de contener en todo caso, la razón esencial de decidir, en lo dispuesto en el acto administrativo, de tal modo que el interesado pueda conocer con exactitud y precisión, el cuando, como y porqué de lo establecido por la Administración, con la amplitud necesaria para su adecuada posible defensa, permitiendo también a su vez a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa, sancionada en el art. 106 de la Constitución.

En este caso, la resolución impugnada tiene en el apartado 19 una motivación claramente escueta, pero considera esta Sala que no es insuficiente, si se pone en relación con el resto de la Resolución: se impone en cuantía inferior a la mínima, considerando que "se ha producido solo en dos concursos y para una serie limitada de

productos", lo que sumado a otras consideraciones (pfo. 17 entre otros) a juicio de esta Sala constituye una motivación suficiente.

Como ya ha recordado esta Sala en anteriores ocasiones, la aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector de éste afectado, y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable, cual es, en el caso enjuiciado, el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia .

Vistos los antecedentes expuestos por el Acuerdo del TDC se justifica el importe de la sanción, a la vista de las circunstancias económicas del hecho por el que se impone sanción y del volumen de negocio de la entidad ahora recurrente . » .

TERCERO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil NUCLIBER, S.A. se articula en la exposición de cinco motivos de casación.

El primer motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, imputa a la sentencia recurrida la infracción del artículo 60.4 de la Ley jurisdiccional, en relación, por inaplicación, con el artículo 1244 del Código Civil y con el artículo 381.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que le ha producido indefensión, en cuanto que considera que la Sala de instancia ha interpretado erróneamente el artículo 335.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al inadmitir la prueba testifical propuesta, consistente en informe escrito de la empresa auditora Gramaudits, S.A., que era un elemento esencial para desvirtuar la existencia de una práctica concertada.

El segundo motivo de casación, formulado al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, denuncia que la sentencia recurrida infringe, por interpretación errónea, los artículos 1249 y 1253 del Código Civil , en relación con las presunciones aplicadas, al inferir del hecho base acreditado de identidad o similitud entre los precios ofertados por la empresa sancionada en los concursos convocados para el suministro de radiofármacos la existencia de una práctica colusoria, en relación con el Concurso 128/02 en que NUCLIBER presenta oferta para 12 productos, sin respetar la exigencia de un enlace preciso y directo, según las reglas de la lógica.

El tercer motivo de casación, fundado al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, reprocha a la sentencia recurrida la infracción, por inaplicación, de los artículos 137.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el artículo 24.2 de la Constitución, puesto que, según se aduce, la ausencia en el expediente de elementos probatorios de cargo pone de relieve la procedencia de aplicar a NUCLIBER, S.A. la

presunción de inocencia.

El cuarto motivo de casación, al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se fundamenta en la infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.1 a) y c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, así como del artículo 9.3 de la Constitución, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo emanada sobre actos concluyentes e inequívocos, de donde se desprende que de inferencias ilógicas no puede deducirse que NUCLIBER, S.A. haya tenido intervención o expectativa alguna en un supuesto convenio vinculante entre ella y las compañías farmacéuticas denunciadas.

El quinto motivo de casación, que se formula con carácter subsidiario, al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción, por interpretación errónea, del artículo 10.1 e inaplicación, del artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto que la sentencia recurrida no ha respetado el principio de proporcionalidad, al confirmar la corrección jurídica de la sanción administrativa porque se impone en cuantía inferior a la mínima legal, sin aplicar este principio.

CUARTO.- Sobre la prosperabilidad del recurso de casación.

El recurso de casación debe prosperar acogiendo la doctrina expuesta en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 5 de octubre de 2009 (RC 3984/2006), en que, conociendo del recurso de casación promovido contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de abril de 2006, hemos declarado la nulidad de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de julio de 2004, con base en los siguientes razonamientos jurídicos:

« 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 exponremos. 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

[...] 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".

[...] 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).

[...] 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.

[...] 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".

[...] 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.

[...] 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 . » .

En consecuencia con lo razonado, procede declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil NUCLIBER, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de abril de 2007 , dictada en el recurso contencioso-administrativo 465/2004, que casamos.

Y, de acuerdo con lo fundamentos expuestos, procede estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil NUCLIBER, S.A. contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de julio de 2004, que anulamos.

QUINTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en primera instancia, ni las originadas en el presente recurso de casación.

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

Primero.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil NUCLIBER, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de abril de 2007 , dictada en el recurso contencioso-administrativo 465/2004, que casamos.

Segundo.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil NUCLIBER, S.A. contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de julio de 2004, que anulamos.

Tercero.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en primera instancia ni de las originadas en el presente recurso 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.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Alfonso Llamas Soubrier.- Firmado.