

Id. Cendoj: 28079130032009100330
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 05/10/2009
Nº de Recurso: 3984/2006
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la competencia. Sanción.

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 3984/2006 interpuesto por "AMERSHAM HEALTH, S.A.", representada por la Procuradora D^a. María de los Ángeles Gáldiz de la Plaza, contra la sentencia dictada con fecha 11 de abril de 2006 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 467/2004, sobre conductas colusorias; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Amersham Health, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 467/2004 contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de julio de 2004, adoptada en el expediente número 565/2003 ("Materiales Radiactivos"), que acordó:

"Primero.- Que ha resultado acreditada la existencia de acuerdo entre las denunciadas contrario a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

Segundo.- Imponer a cada una de las empresas Nucliber, S.A., Amersham Health, S.A., Tyco Healthcare Spain, S. L. y Schering España, S.A. una sanción de 250.000 euros.

Tercero.- Intimar a los imputados para que cesen en las conductas que se han declarado prohibidas y para que se abstengan de realizarlas en lo sucesivo.

Cuarto.- Ordenar a los imputados la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el BOE y en un periódico de ámbito nacional en el plazo de dos meses. Así como imponer una multa coercitiva de 600 euros por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación de publicación.

Quinto.- Devolver a Tyco la versión confidencial de su escrito de conclusiones.

Sexto.- Las empresas sancionadas justificarán ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de lo acordado en los apartados segundo, tercero y cuarto de esta Resolución."

Segundo.- En su escrito de demanda, de 25 de enero de 2005, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "por la que se declare la nulidad de pleno derecho o anulabilidad de dicha Resolución junto con los demás pronunciamientos que resulten de aplicación a juicio de la Sala en ejecución de dicha declaración". Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 28 de julio de 2005, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho".

Cuarto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 5 de septiembre de 2005 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 11 de abril de 2006, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad Amersham Health, S.A. contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 22 de julio de 2004, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho. Sin expresa imposición de costas".

Quinto.- Con fecha 14 de julio de 2006 "Amersham Health, S.A." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 3984/2006 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por "infracción del artículo 1 de la LDC y vulneración del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24 CE)".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, por "vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE en relación con el artículo 60 de la LJCA: privación a esta parte de la práctica de los medios de prueba pertinentes para su defensa".

Tercero: "infracción del principio de proporcionalidad de las resoluciones sancionadoras, previsto en el artículo 131 de la LRJ-PAC".

Sexto.- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso y suplicó su desestimación con imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

Séptimo.- Por providencia de 25 de febrero de 2009 la Sala acordó:

"Se suspende el señalamiento efectuado para el día de la fecha a fin de resolver el presente recurso de casación número 3984 de 2006 conjuntamente con los números 3556/2007 y 315/2008 interpuestos, respectivamente, por 'Nucliber, S.A.' y 'Tyco Healthcare Spain, S.L.' contra sendas sentencias de la Audiencia Nacional (de fechas 17 de abril y 23 de mayo de 2007) en las que se enjuiciaba la validez de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de julio de 2004 en cuya virtud unas y otras empresas fueron sancionadas por la misma conducta colusoria, resolución que puso fin en la vía administrativa a un único expediente sancionador (número 565 de 2003). Se señala para la votación y fallo de dichos tres recursos de casación el día 22 de Septiembre de 2009."

Octavo.- Por providencia de 18 de mayo de 2009 se señaló para su votación y fallo el 22 de septiembre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 11 de abril de 2006, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Amersham Health, S.A." contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de julio de 2004, adoptada en el expediente número 565/2003 ("Materiales Radiactivos"), que acordó sancionarla -junto con otras tres empresas del sector- por haber concertado sus ofertas en dos de los concursos (números 127/02 y 128/02) convocados por el Hospital General Universitario Gregorio Marañón para la adquisición de radiofármacos.

La conducta, tipificada finalmente por el órgano administrativo como una de las prácticas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , fue enjuiciada en el expediente abierto a virtud de la denuncia formulada por el referido Hospital General Universitario Gregorio Marañón (en lo sucesivo, HGM) que, a su vez, la había calificado de "acuerdo colectivo entre las empresas del sector para la fijación indirecta de los precios".

Segundo.- La sentencia de instancia resumió en estos términos las razones que habían determinado la sanción administrativa:

"[El Tribunal de Defensa de la Competencia] tras considerar inexplicable, a tenor de las alegaciones de las denunciadas, que la coincidencia de los precios ofertados en los concursos del caso (que en la gran mayoría de los supuestos conllevan incrementos sobre los de licitación de los concursos) de manera que de las 79 ofertas realizadas en conjunto por las denunciadas para los diferentes productos, 64 superan los precios máximos fijados por el Hospital, considera que ha existido la infracción consistente en la concertación para presentarse al concurso, con la consiguiente vulneración del art. 1.1 a) de la LDC , consistiendo la vulneración en la adopción de un acuerdo que tiene por objeto la limitación de la competencia en

precios, con independencia de cual haya sido su resultado. Además a juicio del TDC la conducta anticompetitiva es de especial gravedad tratándose de un supuesto de concertación para licitar en un concurso convocado por un hospital integrado en el sistema de salud pública."

Tercero.- Los hechos que, por su parte, la Sala de instancia declaró probados fueron los siguientes:

"El sustrato fáctico de la resolución impugnada viene constituido por la siguiente relación de 'Hechos Probados' expresamente admitidos en la demanda sin objeción alguna que pueda desvirtuarlos:

1º) El Hospital General Universitario 'Gregorio Marañón' viene convocando anualmente concursos para el suministro de los radiofármacos necesarios para la prestación de sus servicios. En los concursos 127 y 128/02 convocados el año 2001 presentaron ofertas diversas empresas, entre ellas la hoy recurrente.

2º) Las coincidencias de precios en el concurso 127/02 fueron las siguientes: en los precios ofertados 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). Por otra parte, en el concurso 128/02 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 ^{99m}Tc (tanto en los de 1100 como en los de 900 mci en primer elución).

3º) Por lo que se refiere a los excesos de los precios de las ofertas sobre el máximo fijado por el Hospital Gregorio Marañón para licitación, resulta probado en el concurso 127/02 lo siguiente:

- Tyco presentó 6 ofertas: cinco por encima del precio de licitación en cuantías del 27%, 49% y 63% y una un 0,06% menor.

- Amersham presentó 12 ofertas: nueve superiores al precio de licitación entre un 38% y un 83%, una igual a ese precio y dos por debajo, entre un 0,22% y el 4%.

- Nucliber presentó 4 ofertas, todas ellas por encima del precio de licitación (una un 45% mayor y tres un 60%).

- Schering presentó 9 ofertas, todas por encima del precio de licitación en porcentajes que oscilan entre el 26% y el 64%.

4º) En el concurso 128/02 resulta probado en relación a los precios máximos de licitación fijados por el Hospital que la hoy actora presentó 15 ofertas, dos al precio de licitación, una por debajo en un 1,99% y doce por encima entre un 35% y el 79%. Asimismo las restantes empresas presentaron las siguientes ofertas: Tyco presentó 10, una un 27% inferior al precio de licitación, una igual y ocho por encima entre un 45% y el 67% (excepto una de ellas que sólo supera el precio de licitación en 1,2%); Schering presentó 12 ofertas, diez por encima entre el 38% y el 62% y dos por debajo en menos del 1% y Nucliber presentó 11 ofertas, una por debajo del 2% y 10 por encima entre el 31% y el 78%.

5º) La práctica se produjo en un submercado particular del más global mercado

farmacéutico. En particular en el submercado de productos radiofármacos empleados en el diagnóstico de pacientes mediante Gammacameras:

-Kits para marcajes con tecnecio para estudios gammagráficos: Radiofármacos destinados únicamente en la preparación de determinadas composiciones de tecnecio, distinto del administrado directamente al paciente sin someterlo previamente al procedimiento de preparación.

- Materiales radioactivos para diagnóstico en medicina nuclear: determinadas composiciones precursoras para la preparación de complejos radioactivos.

6º) Respecto al incremento de los precios ofertados en los concursos de actual referencia respecto de los precios del año anterior, al objeto de ver cuál fue y como tuvo lugar dicho incremento resulta ilustrativo el siguiente cuadro obrante en el expediente administrativo [...]"

Cuarto.- Las consideraciones jurídicas más relevantes que la Sala de instancia expuso en su sentencia para corroborar la validez de la decisión administrativa fueron éstas:

"Comienza la actora su extensa argumentación impugnatoria por negar la comisión de la infracción que se le imputa que, además, entiende deficientemente concretada en el procedimiento y en la resolución sancionadora que, a su juicio, se basa en una aplicación errónea de la prueba de presunciones.

Pero la Sala no puede compartir tales afirmaciones ante la evidencia de unos hechos que se declaran probados por aparecer, en efecto, plenamente acreditados en el expediente, tanto por la documentación obrante en el mismo, como por la documentación aportada por la propia recurrente, amén de la contribución al acervo probatorio de las otras empresas denunciadas.

En efecto, ninguna de las explicaciones aportadas por la actora, ni por las otras empresas que obran en el expediente administrativo, para justificar su actuación, básicamente centradas en la estructura del mercado y en la adecuación de los precios ofrecidos a los del mercado así como los ofrecidos a otros hospitales, destacando especialmente el aumento de los gastos de personal y de transporte, así como de los materiales, de manipulación y embalaje, de las tasas, cambio de estrategias comerciales y empresariales, la revisión de la estructura de costes así como el propio efecto de la inflación, en nada obstan a 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, apreciándose que hubo, en efecto, un incremento muy similar en varios productos respecto de los precios de licitación así como, finalmente, 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 de que efectivamente ha existido un concertación entre las empresas farmacéuticas encaminada a sustituir la competencia por el acuerdo entre competidoras y, en consecuencia, la existencia de una conducta prohibida por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia ."

[...] Así las cosas, 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. Dificilmente 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. Tampoco 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 que lo relevante resulta ser 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.

[...] 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."

Quinto.- De los tres motivos de casación formulados por "Amersham Health, S.A." el segundo ha de tener atención preferente pues en él se denuncia, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional , un supuesto quebrantamiento de las formas esenciales del juicio al haber sido privada aquélla de "la práctica de los medios de prueba pertinentes para su defensa".

La censura se refiere, en concreto, a la falta de aportación de una de las pruebas documentales admitidas por el Tribunal de instancia pero no practicadas ulteriormente. La actora había solicitado -y Sala accedió a ello- que el HGM aportase "los documentos que acrediten que los precios máximos de licitación en los concursos 127/02 y 128/02 habían sido fijados teniendo en cuenta la comunicación permanente con otros hospitales y las empresas y que, por lo tanto, sus precios eran adecuados al mercado. En particular, deberá aportar la justificación documental de haber mantenido contactos

con otros hospitales o empresas que expliquen su afirmación respecto a la compatibilidad de dichos precios con el nivel existente en el mercado así como cualquier elemento documental previa a dichos concursos que justifique de alguna forma el nivel de precios fijado por dicho Hospital en los referidos concursos". El Hospital, sin embargo, no cumplimentó la prueba pese al oficio que le fue remitido.

El documento era relevante -por eso fue admitida la prueba- y con él trataba la recurrente de apoyar una de sus líneas esenciales de defensa: pretendía que el Tribunal de instancia comprobase cómo el HGM no había fijado el precio de licitación conforme a criterios objetivos de mercado sino de manera arbitraria y sin tomar en consideración los precios establecidos por otros hospitales y fabricantes. Premisa a partir de la cual deducía que las ofertas de las empresas licitadoras sancionadas eran las "normales" en el mercado y facilitadas a cualquier otro cliente.

La no aportación del documento por parte del HGM no supuso, sin embargo, que se produjera un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio determinante de la casación de la sentencia. De hecho, en su escrito de conclusiones de 9 de enero de 2006 la parte recurrente no llegó a solicitar la suspensión de los trámites procesales sucesivos hasta tanto se aportara aquel documento (ni recurrió la subsiguiente providencia de 16 de febrero de 2006 en que se declaraba concluso el procedimiento y se señalaba para su votación y fallo), limitándose a formular determinadas consideraciones sobre el significado del "silencio" del HGM en relación con las cuestiones objeto de debate a las que se refería la prueba no cumplimentada.

Es precisamente desde esta perspectiva como procederá valorar la negativa del HGM a facilitar la información. Según analizaremos acto seguido, la recurrente sugiere que el silencio del HGM podía haber sido valorado por la Sala de instancia como contrapunto a las presunciones utilizadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia en cuanto "[...] genuina y auténtica ficta confessio tal y como así prescribe la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 329 en sede de exhibición documental o, en idéntico sentido y por aplicación analógica en sede de interrogatorio de parte, artículo 307, apartado 2)". Propugnaba, pues, que la no cumplimentación de la prueba documental permitiera tener por reconocidos y admitidos los hechos a los que se refería el documento, esto es, que la fijación de los precios de licitación se llevó a cabo por el HGM al margen de las consideraciones de mercado.

Este enfoque propicia que la cuestión concerniente a la prueba documental omitida se resuelva no en la sede procesal de los quebrantamientos de forma (artículo 88.1.c de la Ley Jurisdiccional) sino en la sede sustantiva (artículo 88.1.d de la misma Ley) de la apreciación conjunta del material probatorio -del existente y del admitido pero no cumplimentado- a los efectos de corroborar la mayor o menor corrección en el uso de las presunciones o indicios sobre cuya base se impuso la sanción y se resolvió el litigio en primera instancia. Esto es, en el examen del primero de los motivos casacionales que debemos afrontar.

Anticipamos ya que todo el debate procesal gira en torno a los límites de la utilización de la prueba de presunciones. El Tribunal de Defensa de la Competencia, la Sala de instancia, la parte recurrente y el Abogado del Estado han transcrito fragmentos de sentencias de esta Sala expresivos de cuáles son los criterios que reputamos admisibles para deducir de las presunciones, ante la habitual falta de pruebas directas acreditativas de un acuerdo colusorio entre las empresas, consecuencias

sancionatorias. No repetiremos nuestra doctrina general a este respecto, dándola por suficientemente conocida.

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 aquella. 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 expondremos, 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.

Decimotercero.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, no procede hacer especial imposición de las costas causadas en la instancia, debiendo cada parte satisfacer las suyas en cuanto a las de este recurso de casación.

Por lo expuesto en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.- Ha lugar al recurso de casación número 3984/2006 interpuesto por "Amersham Health, S.A." contra la sentencia dictada el 11 de abril de 2006 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional en el recurso número 467 de 2004, sentencia que casamos dejándola sin efecto.

Segundo.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo número 467/2004 interpuesto por "Amersham Health, S.A." contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de julio de 2004, adoptada en el expediente número 565/2003 ("Materiales Radiactivos"), resolución que anulamos.

Tercero.- No hacemos especial imposición de las costas causadas en la instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en cuanto a las de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, 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 por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.