Id. Cendoj: 28079230062005100165
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 14/06/2005
Nº de Recurso: 375/2002
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a catorce de junio de dos mil cinco.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 375/02 que ante esta Sala de lo

contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales

D. Ramón Rodríguez Noguera en nombre y representación de 3M ESPAÑA S.A y la Procuradora Dª

Mª Isabel Campillo García en nombre y representación de IASIST S.A. frente a la Administración del

Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la Resolución dictada por el

Tribunal de Defensa de la Competencia el dia 5 de abril de 2002, en materia relativa a sanción por

conductas prohibidas, con una cuantía de 4.200 euros. Ha sido Ponente la Magistrado Dª

Mercedes Pedraz Calvo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de 3M ESPAÑA S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de referencia mediante escrito de fecha 31-V-02 tramitado con el num. 375/02. La representación de ISASIST S.A. interpuso recurso el 11-VI-2002, tramitado con el num. 399/02. En ambos casos, la Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la representación de 3M ESPAÑA S.A formalizó la demanda mediante escrito presentado el 24 de octubre de 2002 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando la estimación del recurso y la declaración de nulidad del acto administrativo impugnado "por no resultar acreditadas las conductas que en la misma se imputan a la empresa 3M ".

En el recurso 399/02 la representación procesal de IASIST S.A. presentó escrito de demanda el 29 de enero de 2003 exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos en apoyo de su pretensión concretada en el suplico, pidiendo la nulidad del acuerdo impugnado y "la Sala sirva acordar y una multa acorde al hecho punible acreditado que el propio Tribunal de Defensa de la Competencia ha considerado como conducta restrictiva grave por parte de 3m España S.A. hacia IASIST y por lo tanto en cuantía del 10% de la cifra de ventas de 3M España S.A. o subsidiariamente de 901.518,16 euros o subsidiariamente a las anteriores en otra cuantía que estime el Tribunal en atención a todos los argumentos expuestos que así claramente lo justifican y de acuerdo con los criterios que establecen los apartados 1 y 2 del artículo 10 de la ley 16/1989 de Defensa de la competencia; así como adicionalmente se imponga asimismo una multa coercitiva en base a un criterio de proporcionalidad a 3M España S.A. por dia de incumplimiento así como adicionalmente se sirva imponer la sanción prevista en el artículo 10.6 de la referida ley en base a que ha quedado acreditado que 3M España S.A. aportó al expediente un dato falso sobre el volumen del mercado afectado (tamaño del mercado de 150.000 euros) que ha llevado a engaño al Tribunal de Defensa de la Competencia".

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda de 3M España S.A. mediante escrito de fecha 22-VII-03, para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

Igualmente, en la misma fecha contestó a la demanda de IASIST S.A. para solicitar su desestimación.

El 22-IX-03 la representación procesal de IASIST S.A. que se había personado como codemandada en el recurso interpuesto por 3M España S.A. contestó a la demanda solicitando la inadmisión del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado, excepto en lo relativo a la cuantía de la multa, de conformidad con lo pretendido en su escrito de recurso.

La representación procesal de 3M ESPAÑA S.A. que se había personado como codemandada en el recurso iniciado por IASIST S.A. presentó escrito el 23-X-03 para oponerse a la misma y solicitar su desestimación por falta de legitimación de la demandante, y subsidiariamente su desestimación.

La Sala dictó auto acordando la acumulación de ambos recursos el día 5 de noviembre de 2003 .

CUARTO.- La Sala acordó recibir a prueba el recurso practicándose la documental y la pericial a instancias de las dos recurrentes, con el resultado obrante en autos.

Las partes por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para

ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO.- La Sala dictó Providencia señalando par votación y fallo del recurso la fecha del 7 de junio de 2.005 en que se deliberó y votó habiendose observado en su tramitación las prescripciones legales.

II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el Acuerdo dictado el dia 5 de abril de 2002 por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente 517/01 (IASIST/3M) por el que acuerda :

"Primero.- "Declarar acreditada la realización por parte de 3M España S.A. de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia al imponer, sin justificación objetiva alguna, unas limitaciones y desventajas a su único competidor en el mercado de los analizadores, distorsionando la competencia en dicho mercado conexo al de los agrupadores en el que tiene posición dominante.

2º Imponer a 3M España S.A. como autora de esta conducta prohibida una multa de 4.200 euros.

3º Intimar a 3M España S.A. a que se abstenga de realizar dicha conducta en el futuro.

4º Ordenar a 3M España S.A. la publicación, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de entre los cinco de mayor difusión en el ámbito nacional."

SEGUNDO.-. Los hechos declarados probados son los siguientes:

Los hospitales públicos españoles están obligados a recoger el conjunto mínimo básico de datos para la elaboración del expediente sanitario del paciente (edad, sexo etc.)

Conjunto Mínimo Básico de Datos = C M B D

Para homogeneizar los datos este CMBD opera sobre un sistema único de codificación de diagnósticos, siguiendo la Clasificación Internacional de Enfermedades .

El sistema de clasificación utilizado en España es la OMS CIE-9-MC (en Francia es otro, el ICD-10 en otros países es otro).

Las combinaciones a que puede dar lugar el CMBD son muchas por lo tanto es preciso reducir los datos a analizar, reducción para la cual se utilizan los AGRUPADORES.

SISTEMA DE AGRUPACIÓN DE PACIENTES: método de agrupación y clasificación de los enfermos a través de rasgos o características comunes de su patología, que permiten asignar a cada paciente de un hospital un código que recoge toda la información relevante sobre sus CIRCUNSTANCIAS PERSONALES Y CLINICAS.

Hay multitud de agrupadores:

-medición de la calidad del hospital

-prevención de la mortalidad

definición de la relación dolencia/recursos (costes del tratamiento...)

En relación con los RECURSOS hay muchos sistemas de agrupación, pero en España el más extendido es el GRD

Dentro de los agrupadores GRD hay dos líneas,

1º HCFA-GRD los más antiguos y se aplican en relación con personas mayores de 65 años.

2º los AP-GRD surgieron en l.987 y son aplicables a toda la población.

Las dos líneas tienen muchas versiones dependiendo: a) del sistema informático (windows, MS-dos etc,) y b) del sistema de clasificación de enfermedades que se siga.

El sistema informático no constituye un problema, porque pueden ser sustituidos entre si, pero el sistema para determinar el CONJUNTO MINIMO BASICO DE DATOS no es irrelevante.

El sistema 1º HCFA-GRD era de una empresa luego adquirida por 3M, pero IASIST puede adquirir el agrupador de otros proveedores.

El sistema 2º AP-GRD es de 3M dueña de los derechos de autor sobre el sistema y su aplicación informática, de modo que si alguien quiere tener el agrupador, debe obtenerlo de 3M.

En España el Comité Internacional de Enfermedades aprobó la utilización de la versión AP-GRD 14.1 y de la versión 16 del HCFA-GRD teniendo los hospitales libertad de elección, si bien la mayoría d e los hospitales y de las CCAA y el Insalud utilizan el segundo.

La consecuencia para facilitar la homogeneidad de datos es que en la mayoría de los hospitales se utiliza el AGRUPADOR AP.

Cuando se tramitó el expediente solo seguían con el HCFA-GRD Cataluña y Valencia y esta se disponía a cambiar al AP. Por su parte, los hospitales tienden a utilizar el mismo agrupador que su C. Autónoma y en resumen, cuota de mercado de 3M 67,45 que sería de 75% con el cambio de Valencia.

El paciente se ha clasificado en un código GRD en función de la información obtenida de su Conjunto Mínimo Básico de Datos obteniéndose el coste del proceso.

Sobre este dato se realizan otras operaciones: cálculos de indicadores, cálculos estadístico que permiten a los gestores de los hospitales el seguimiento y la comparación de los distintos servicios y unidades hospitalarias.

Las citadas operaciones se llevan a cabo con los ANALIZADORES.

Los analizadores son programas de ordenador, y en España en las fechas relevantes se comercializaban dos, 1º el CLINOS de IASIST y 2º el ESTACION CLINICA de 3M. La fundamental diferencia entre ambos reside en que el Clinos es solo un analizador,

precisa por tanto de un agrupador independiente mientras la Estación Clínica lleva analizador y agrupador. Los dos pueden utilizarse con el agrupador HCFA o con el AP.

Algunos hospitales tienen su propio analizador, y en las fechas en que se tramitaba el expediente ante el T.D.C. había aparecido una tercera empresa de analizadores.

IASIST era distribuidora preferente de los agrupadores AP de 3M

Tras diversas modificaciones del contrato, 3M comunica a Iasist que solo le venderá el agrupador como consumidor final, nunca como complemento o apoyo comercial para la venta de otras aplicaciones de software. Igualmente, se niega a proporcionarle información de precios venta al público. La situación que en aquel momento se produjo se resume en que, en las fechas relevantes, si IASIST quiere vender el CLINOS a un hospital tiene que notificar a 3M que el agrupador que le solicita va a ser vendido al referido cliente concreto, con nombre y apellidos; lo mismo ocurre si el hospital tiene el CLINOS y quiere comprar el agrupador.

Cuando el INSALUD quiso efectuar una compra masiva, el precio que 3M le dio para el analizador combinado con el CLINOS fue un 38% mas alto que en el supuesto de que fuera combinado con el Estación Clínica..

TERCERO.- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente 3 M pueden resumirse como siguen:

1º "No puede definirse un mercado como el de los "agrupadores" en el cual 3M tendría posición dominante. Los agrupadores son programas informáticos que realizan una determinada función que ayuda a la gestión hospitalaria. 3M disiente de que un programa informático pueda ser considerado un "mercado relevante" en si mismo. Igualmente 3M observa en especial que, como señala la propia Resolución en su Fundamento de Derecho Séptimo, el mercado afectado, esto es el de los agrupadores, es un "mercado" cuyo tamaño total en España es de, aproximadamente, 150.000 euros. Tan reducida dimensión sugiere que el mercado se ha definido de una manera irrazonablemente estrecha, concluyéndose en una posición dominante cuando únicamente nos encontramos ante "un producto de éxito".

2º aún cuando el mercado pudiera definirse así 3M no tendría posición de dominio.

3º aún si tuviese posición de dominio su conducta no ha sido abusiva.

La propia recurrente resume la tesis de la Administración en estos términos: "3M h abría abusado de su posición de dominio en el mercado de los productos informáticos de agrupación al imposibilitar que su único competidor en el mercado de productos de análisis IASIST pudiese incorporar a la oferta de su producto de análisis el producto de agrupación de 3M, pretendiendo de este modo extender su posición de dominio al mercado vecino de los productos de análisis.".

3M no está de acuerdo con la delimitación del mercado que a su juicio no debe limitarse al de "agrupadores" y al de "analizadores", modificación que conlleva la ausencia de posición de dominio. Alega en este sentido que sus clientes son administraciones públicas frente a las que no se pueden imponer condiciones arbitrarias o excesivas, que ofertó sus productos en un concurso que establece precios fijos para sus productos, que su política de precios es reveladora en tal sentido.

Alega igualmente que los mercados de analizadores y de agrupadores son independientes, porque los productos son complementarios pero independientes, y la Administración está además en condiciones de elaborar sus propios productos.

En tercer lugar, considera que en todo caso su conducta no es abusiva, y no son constitutivas de abuso ni la negativa de licencias e información de precios ni se han aplicado precios no equitativos.

CUARTO.- Los hechos alegados por la recurrente IASIST S.A. pueden resumirse como sigue:

1º Infracción del principio de proporcionalidad, porque "resulta claro que la escasa cuantía de la multa de 4.200 euros impuesta a 3M ESPAÑA resulta más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas y no sanciona adecuadamente un hecho restrictivo de la competencia.. por lo siguiente: La conducta sancionada se considera "especialmente grave" lo que "provoca serias restricciones en la competencia" de acuerdo con la propia resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia".

2º Infracción del Art. 10.2 de la ley 16/89 y falta de motivación porque el Tribunal no ha considerado debidamente los criterios que por ley se deben ponderar para imponer la sanción. Incide especialmente en la cuestión relativa a que el dato considerado por el TDC para la determinación del mercado es erróneo y concretamente es erróneo en cuanto a su dimensión.

3º 3M ha incumplido el acuerdo del TDC y aún así no le ha sido impuesta multa coercitiva.

QUINTO.- El Abogado del Estado contestando a la demanda de 3M España S.A. alega sobre el mercado relevante y la posición de dominio de 3M España que "el propio caso de autos es un ejemplo gráfico de que ambos productos no forman parte de un mismo mercado relevante; que son mercados conexos si es cierto, como se explica en la resolución recurrida. Conexión que viene dada porque los analizadores necesitan apoyarse en el trabajo previo de los agrupadores. Pero sin embargo sus funciones son distintas...la estructura de la oferta no es en absoluto homogénea respecto de ambos productos"

En cuanto al mercado geográfico considera que fue correctamente determinado por el SDC, y pone de relieve las ventajas que al producto de 3M proporciona el llamado "efecto red" en cuanto a los beneficios que trae la estandarización en este tipo de aplicaciones. Respecto del poder negociador frente a las Administraciones Públicas, recuerda que el mismo de existir no ha impedido que la recurrente ostente una posición de dominio frente a sus competidores, y que no se están enjuiciando estas relaciones, sino las que ha tenido con su competidor IASIST S.A.

SEXTO.- Debe examinarse en primer lugar la causa de inadmisión alegada por la representación procesal de 3M S.A. en relación con la pretensión de IASIST : esta tiene una única pretensión como recurrente y es que la cuantía de la multa pecuniaria sea elevada bien por tomarse como base el 10% de la cifra de ventas de 3M España S.A. o subsidiariamente de 901.518,16 euros o subsidiariamente "en otra cuantía que estime el Tribunal". Igualmente solicita que se imponga una multa coercitiva por dia de incumplimiento así como la imposición de la sanción prevista en el artículo 10.6 L.D.C . por haber aportado 3M España S.A. al expediente un dato falso

sobre el volumen del mercado afectado.

Se plantea en primer lugar la legitimación del denunciante que ha obtenido satisfacción a su pretensión en vía administrativa para impugnar el acto administrativo que declara cometida una infracción e impone una sanción. El Tribunal Supremo en la sentencia de 5-XI-99 (recurso 9537/1995) ha establecido las bases de la legitimación del denunciante en la situación descrita:

"Partiendo de que la respuesta a la cuestión de la legitimación activa del recurrente-denunciante debe ser casuística, de modo que no resulte aconsejable ni una afirmación ni una denegación indeferenciadas para todos los casos, ha de entenderse que la existencia de la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte, a cuya satisfacción sirva el proceso, lo que de partida sitúa el análisis en la búsqueda y determinación de ese interés, cuya alegación y prueba cuando es cuestionado, es carga que incumbe a la parte que se lo arroga, estimándose que el referente de tal interés no puede ser sólo un determinado acto de un determinado procedimiento administrativo, ya que únicamente tiene, en su caso, una relación instrumental con la satisfacción de dicho interés, sino que éste debe tener una entidad sustantiva y no meramente formal, y que en principio ha de ser el mismo que esté en la base del procedimiento administrativo y del proceso contencioso administrativo de impugnación de las resoluciones dictadas en aquél, siendo la consecuencia inmediata de este planteamiento que, si se niega la condición de parte en el procedimiento administrativo, por falta de interés en él, se carece ya de una base (en términos sustancialistas) para poder sustentar esa misma condición en un ulterior proceso impugnatorio de actos de aquél, pues el mero dato formal de la existencia de un acto dictado en el procedimiento administrativo no tiene "per se" entidad suficiente para alumbrar un interés nuevo diferenciable del existente antes (el archivo del expediente sancionador sin sanción no genera tal acto de archivo por si mismo un interés nuevo e independiente y diferenciable del preexistente), lo que no acontece si la Administración ha reconocido en vía procedimental administrativa dicha condición.

La clave, pues, para la determinación de si existe o no un interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución dictada en expediente abierto a virtud de denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad, debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen, en esa esfera, y será así, en cada caso, y en función de lo pretendido, como puede darse la contestación adecuada."

En el supuesto enjuiciado, se ha impuesto una sanción, cuyo importe a juicio de la denunciante resulta insuficiente, desproporcionado por su escasa cuantía, carente de todo efecto sancionador en resumen, por su bajo importe, cifrándose el éxito del recurso de esta parte en la elevación de tal importe. No alcanza a esta pretensión la legitimación en vía contencioso-administrativa tal y como ha sido construido jurisprudencialmente el concepto, en la sentencia citada y en otras del Tribunal Supremo: la imposición de una sanción más elevada no puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante, ni puede eliminar una carga o gravamen, ni dada la configuración de nuestro sistema jurídico, aparece relación alguna entre la cuantía de la sanción pecuniaria y el importe de una posible futura indemnización de daños y perjuicios. Esta falta de legitimación constituye una causa de inadmisión del recurso.

En relación con las pretensiones de imposición de multa por incumplimiento, es

cuestión ajena al propio acto administrativo objeto del recurso, reguladas en el artículo 11 de la Ley como potestad del TDC para "obligar" y de la lectura de los cuatro apartados resulta que se trata de resoluciones vinculadas a la ejecución del acto por la Administración autora del mismo.

En este supuesto, el denunciante que obtiene una resolución declarando que se ha producido una infracción de la ley de Defensa de la Competencia, imponiendo una sanción e intimando a la sancionada a que cese la conducta en el futuro, está legitimado para dirigirse a la Administración autora del acto, en este caso, el Tribunal de Defensa de la competencia y solicitar su ejecución.

Ahora bien: el acto impugnado fue el acuerdo del TDC de 5 de abril de 2002, así resulta de la lectura del escrito de interposición del recurso presentado el día 11 de junio de 2002. Es en el suplico del escrito de demanda donde aparece la solicitud de imposición de multa coercitiva "por día de incumplimiento", y la imposición de la sanción prevista en el art. 10.6 de la ley porque "3M España S.A. aportó al expediente un dato falso sobre el volumen del mercado afectado...".

La Sala carece de competencia para sustituir a la Administración en este caso al TDC en la imposición de esa multa "por incumplimiento" de la resolución administrativa, que corresponde a las facultades sancionadoras del órgano autor del acto administrativo, específicamente a sus facultades de ejecución de sus propios actos administrativos.

En este supuesto concreto, no consta que se hayan dictado actos administrativos denegando la ejecución, y aún se hubieran dictado, no han sido objeto de este recurso contencioso- administrativo. En el marco de un litigio contencioso-administrativo contra la Resolución que resuelve un expediente sancionador, si la ejecución del mismo no está suspendida, la denunciante está legitimada para solicitar de la Administración que la dictó su ejecución;, en este supuesto se ha dirigido directamente a esta Sala que antes de dictar sentencia según disponen los Arts. 103 y siguientes, en relación con los arts. 129 y siguientes de la ley jurisdiccional , no puede sustituir a la Administración .

Distinto carácter tiene la sanción establecida en el apartado 6 del Art. 10 que es multa sancionadora por "temeridad o mala fé" en este caso concreto, por el supuesto engaño en las cifras relativas al mercado afectado. Respecto de esta cuestión concreta deben distinguirse dos aspectos: en cuanto a la "lealtad" a la Administración instructora del expediente o sancionadora, corresponde a esta la consideración de su existencia, y una vez concluida que no hubo tal "deslealtad" no corresponde a este Tribunal sustituir a la Administración en la apreciación de tal ausencia. En todo caso, la circunstancia de que un motivo de discrepancia fundamental entre las partes se encuentre en la definición del mercado relevante, permite descargar a la parte que facilita los datos de responsabilidad en la determinación de las cifras en juego, siendo la Administración quién ha elaborado sus propias conclusiones al respecto.

Aún considerando que, como sostiene IASIST S.A., tal valoración es responsabilidad exclusiva y dolosa de 3M ESPAÑA S.A. y que la diferencia hubiera podido tener incidencia en la base de cálculo del importe de la sanción pecuniaria prevista en el propio artículo 10 L.D.C . (dado que la cuantía de la multa se vincula entre otros factores a la cuota de mercado de la empresa correspondiente y a la dimensión del mercado afectado) la inadmisibilidad del recurso basado en la única pretensión de aumento del importe de la multa, como se ha razonado más arriba, impide igualmente

entrar a conocer de este aspecto de la cuestión.

SÉPTIMO-. Entrando a valorar los motivos de impugnación alegados por la recurrente 3M ESPAÑA S.A. pueden resumirse como sigue: 1º no puede definirse un mercado como el de los "agrupadores"; 2º aún cuando el mercado pudiera definirse así 3M no tendría posición de dominio; 3º aún si tuviese posición de dominio su conducta no ha sido abusiva.

En relación con el mercado relevante en este litigio cada parte ha practicado una prueba pericial con resultados diametralmente opuestos.

Respecto al perito propuesto por IASIST S.A. cuya tacha se formuló por la representación de 3M ESPAÑA S.A. no puede prosperar: la fundamentación de la misma se encuentra en la circunstancia de que el perito, durante un tiempo, colaboró con el despacho de abogados encargado de la defensa de los intereses de la empresa contraria. Tal colaboración de un economista con un bufete integrado por numerosos Letrados y que consta de varios departamentos sería impeditiva a los efectos de su pretendida imparcialidad si se hubiese acreditado que tuvo conocimiento del asunto durante el tiempo de tal colaboración, lo que supondría una tacha en relación con su imparcialidad. Ahora bien: no ha quedado acreditado que en el transcurso de su colaboración con el bufete defensor de la parte contraria tuviera participación en las tareas de defensa que le haya proporcionado un conocimiento del asunto que vicie su informe pericial.

En cuanto a la "inadmisibilidad en el procedimiento del informe pericial de Nera Economic Consulting" que sostiene la representación de IASIST S.A. en su escrito de contestación a la demanda, es a la Sala a la que corresponde valorar las conclusiones expuestas en el mismo, su objetividad, etc, debiendo mantenerse unido a los autos con independencia de la fecha de presentación. Esta Sala considera que, pese a ser de aplicación con carácter supletorio la normativa contenida en la LEC respecto a la práctica de la prueba en el proceso, su aplicación concreta debe modularse teniendo en cuenta la diferencia fundamental que separa el proceso contencioso-administrativo del proceso civil: en aquel se está revisando un acto administrativo, conocido por las partes, (máxime cuando una de ellas es siempre la representante de la autora del acto impugnado), partes que en el previo procedimiento administrativo han sostenido ya, como es el caso, sus tesis divergentes con amplitud de posibilidades de alegación y práctica de prueba. No ocurre nada de lo expuesto en un proceso civil entre dos partes privadas, que enfrentan sus pretensiones en el litigio sin pronunciamiento previo, adquiriendo especial relevancia cuestiones como el momento de aportación del dictamen pericial y la forma de resolverse la tacha.

La absoluta y palmaria contradicción entre las conclusiones obtenidas por los peritos propuestos por cada parte sitúa a este Tribunal en la tesitura de valorar el mercado relevante con los datos objetivos extraídos de ambos informes y desechando las valoraciones que cada perito obtiene en apoyo de las tesis de la parte que respectivamente le propone.

Es así que, vistas las actuaciones que se llevaron a cabo por el Servicio de Defensa de la Competencia, y valorando los datos obrantes en el expediente y los autos, este Tribunal llega a la conclusión de que la definición del mercado relevante que realiza la resolución impugnada debe mantenerse: en efecto, el mercado relevante es el de licencias hospitalarias de agrupadores clínicos, conexo con el mercado de analizadores clínicos, puesto que el analizador requiere de un agrupador.

Ha quedado acreditado que los GRD son el sistema de clasificación de pacientes utilizado por la Administración sanitaria autonómica y estatal, no estando disponible en las fechas relevantes un producto sustitutivo. No pueden confundirse con un programa informático sin mayor especificación, dado que, pese a utilizarse a través de un software, gozan del nivel más alto de protección en la legislación de propiedad intelectual. Por otra parte, es obligatorio para los hospitales y centros sanitarios públicos la recogida del CMBD, y el tratamiento homogéneo de los datos así recopilados. En cuanto al mercado conexo, el de los analizadores, pues necesitando estos un agrupador el cierre del mercado de los agrupadores al que únicamente suministra analizadores necesariamente supone un condicionamiento de su actividad económica en este otro ámbito empresarial

La configuración del mercado relevante desde el punto de vista del producto así delimitada, se completa con la que se ha de fijar desde el punto de vista geográfico, que a juicio de este Tribunal alcanza a la totalidad del territorio nacional, con dos vertientes de la Administración sanitaria, según las Comunidades Autónomas: la estatal y la autonómica. La propia configuración de los productos objeto de los mercados conexos (agrupador clínico y analizador clínico) conlleva que la homogeneización entre hospitales constituya un plus, dado que su uso está vinculado a la exigencia de recogida del C.M.B.D.

OCTAVO.- Una vez determinado el mercado relevante, tanto geográfico como de producto, es preciso valorar si 3M ESPAÑA S.A. ostenta o no en el mismo posición de dominio.

Tal y como se ha venido definiendo la posición de dominio por la jurisprudencia comunitaria (por ejemplo sentencias de 25-X-77 Metro-Saba, United Brands de 14-VII-78 o Hoffman La Roche de 13- II-79), una empresa está en posición dominante cuando puede determinar sus comportamientos con independencia, sin tomar en consideración a sus competidores, compradores o proveedores

El abuso de posición de dominio es sancionado en el artículo 6 LDC , que prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición d e dominio en todo o en parte del mercado nacional, o de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente.

En primer lugar, la empresa denunciada y sancionada por el T.D.C. está dentro del ámbito subjetivo de la norma.

En cuanto al elemento objetivo, de la prueba practicada en autos ha resultado acreditado que la denunciada ostenta posición de dominio en el mercado: la utilización de los productos litigiosos no solo es necesaria sino que a partir de determinada fecha deben emplearse por aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 1247/2002 de 3 de diciembre en la concreta área relativa al cálculo de costes de los procesos hospitalarios en relación con el Fondo de Cohesión entre las Comunidades Autónomas para la asistencia sanitaria prestada a desplazados residentes en España. Se ha acreditado igualmente que la utilización de este sistema de agrupación de datos no solo se ha generalizado en la sanidad española, sino que los hospitales públicos tienen la obligación de realizar el Conjunto Mínimo Básico de Datos sobre los pacientes. La utilización de los agrupadores GRD parece, a tenor de dicha prueba, ir unida a su utilidad y necesidad.

Puesto que la empresa 3M ESPAÑA S.A. es la titular de los derechos de propiedad intelectual del agrupador AP-GRD, es únicamente a través de esta que se puede obtener el suministro no constando que exista otro medio alternativo de hacerse con el producto. No solo por el importe de su cuota de mercado, sino por la situación de independencia en la actuación en el mercado que todos los factores citados le confieren, debe concluirse con el T.D.C. que 3M ESPAÑA S.A. ostenta posición de dominio en el mercado relevante.

El argumento relativo a su falta de poder en el mercado por la circunstancia de que sus clientes son Administraciones Públicas no puede prosperar: a medida que el agrupador AP-GRD se ha ido imponiendo como la alternativa que permite unificar la gestión de los datos en toda la red hospitalaria pública, puede concluirse que el poder de mercado de la titular del producto ha aumentado correlativamente con la paralela disminución de la capacidad de maniobra de las Administraciones autonómicas y la estatal. Aún admitiendo que el concurso público correspondiente señalase un precio de licitación, 3M es el único que puede suministrar el producto con las características requeridas, lo que indudablemente le confiere una posición de partida reforzada frente a cualquier posible competidor.

Finalmente, es preciso valorar si 3M ESPAÑA S.A. ha abusado de dicha posición de dominio. Se ha probado en vía administrativa y contencioso-administrativa que la negativa de dicha empresa a proveer al competidor es injustificada, y la imposición de precios no equitativos.

Se ha acreditado la necesidad de que Iasist cuente con la licencia del AP-GRD y el listado de precios para comercialidar su analizador sin que la circunstancia de que 3M España S.A. comercialice un producto de la competencia sea justificación de su negativa. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el carácter de injustificado de una negativa de proveer al competidor cuando se fundamenta única y exclusivamente, como es el caso, en la reserva de tal sector de actividad para la empresa que ostenta posición de dominio en el mercado de un servicio que es imprescindible para la prestación de aquel que provee la que recibe la negativa (Sentencia de 3-X-1985 asunto 311/84).

Igualmente anticompetitiva resulta la práctica, conexa con la negativa de venta y la imposición de precios no equitativos de negar el listado de precios que, como pone de manifiesto la representación procesal de IASIST S.A. condiciona su actividad porque le impide comunicar al cliente el precio final del paquete integrado, convirtiendo en ilusoria la venta del analizador sin el agrupador.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de 3M ESPAÑA S.A. y la confirmación del acto administrativo impugnado.

NOVENO -. No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional , justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

F A L L A M O S:

Que debemos INADMITIR como INADMITIMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de IASIST S.A. contra el Acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el dia 5 de abril de 2002. Y que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por 3M ESPAÑA S.A., contra el Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia dictado el dia 5 de abril de 2.002 descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifiquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional