

RESOLUCIÓN**Expte. R/AJ/091/21 AMBULANCIAS DE VALENCIA****CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidenta**D^a. Cani Fernández Vicién**Consejeros**D^a. María Ortiz AguilarD^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 01 de junio de 2021

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/091/21 AMBULANCIAS DE VALENCIA, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por AMBULANCIAS LAPEÑA, S.L, AMBULANCIAS RIBERA ALTA, S.L y AMBULANCIAS PASCUAL, S.L, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el escrito de la Subdirección de Vigilancia de 5 de mayo de 2021, por el que se da traslado del expediente a los órganos de competencia de la Comunidad de Valenciana.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 10 de marzo de 2021, tuvo entrada en la Dirección de Competencia escrito de D^a. [dato personal], en representación de AMBULANCIAS LAPEÑA, S.L.; D. [dato personal], en representación de AMBULANCIAS RIBERA ALTA, S.L. y D. [dato personal], en representación de AMBULANCIAS PASCUAL, S.L., en el que se denunciaban conductas que pudieran ser contrarias a la LDC.

En concreto, se denunciaba que en la licitación convocada por la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana para la contratación del Servicio de transporte sanitario terrestre urgente y no urgente

de la Comunitat Valenciana, la adjudicataria del contrato no disponía de los locales y vehículos exigidos en la convocatoria de la licitación.

2. Con fecha 8 de abril de 2021, la Dirección de Competencia remitió a la Subsecretaría de la Consellería de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo de la Comunidad Valenciana, Servicio de Defensa de la Competencia, escrito en el que se proponía la asignación de la competencia para conocer del expediente a favor de los órganos de defensa de la competencia de la Comunidad Valenciana.
3. Transcurridos quince días desde la notificación de la resolución de la Dirección de Competencia, sin que la Subsecretaría valenciana se pronunciase en contra, la competencia fue aceptada tácitamente por la citada autoridad valenciana el 5 de mayo de 2021, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 1/2002, por lo que con la misma fecha quedó asignada la competencia a los órganos de la Comunidad Autónoma Valenciana.
4. Con fecha 5 de mayo de 2021, la Subdirección de Vigilancia de la Dirección de Competencia (DC) comunicó a los denunciantes, ahora recurrentes, que las prácticas denunciadas se circunscribían al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Valenciana, por lo que, en aplicación de la Ley 1/2002 correspondía analizar las conductas a los órganos de competencia de dicha Comunidad Autónoma.
5. Con fecha 11 de mayo de 2021, tuvo entrada en la sede electrónica de la CNMC recurso de AMBULANCIAS LAPEÑA, S.L, AMBULANCIAS RIBERA ALTA, S.L y AMBULANCIAS PASCUAL, S.L al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el escrito de la DC de 5 de mayo de 2021 referido en el punto anterior.
6. Con fecha 12 de mayo de 2021, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
7. Con fecha 17 de mayo de 2021, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 5. En dicho informe la DC considera que procede inadmitir el recurso interpuesto.

8. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 01 de junio de 2021.
9. Son interesados en este expediente: AMBULANCIAS LAPEÑA, S.L, AMBULANCIAS RIBERA ALTA, S.L y AMBULANCIAS PASCUAL, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente.

Se promueve el presente recurso, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el escrito de la Subdirección de Vigilancia de la Dirección de Competencia de fecha 5 de mayo de 2021, por el que se comunica a los recurrentes que se da traslado del expediente a los órganos de competencia de la Comunidad Autónoma Valenciana, por considerar que las prácticas denunciadas se circunscriben al ámbito territorial de dicha Comunidad Autónoma, y que en aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (Ley 1/2002), corresponde analizar las conductas a los órganos de defensa de la competencia de dicha Comunidad Autónoma.

Las recurrentes alegan que el escrito de la Subdirección de Vigilancia constituye un acto susceptible de recurso, en la medida en que les produce indefensión y perjuicio irreparable y les priva del derecho a que su denuncia sea tramitada por el órgano competente.

Entienden los recurrentes que las prácticas denunciadas tienen alcance supraautonómico, por lo que su conocimiento es competencia de la CNMC. En primer lugar, porque el concurso público en el que se cometió la supuesta infracción tenía alcance nacional, dado que en el mismo podían participar empresas de todo el territorio español, tal y como así ocurrió. En este sentido, invocan la sentencia del Tribunal Constitucional nº 152/2020, de 22 de febrero de 2020, en la que se determinó que la competencia era de la CNMC.

En segundo lugar, alegan que la conducta denunciada ha permitido la adjudicación del contrato a UTE AYUDA, en detrimento del resto de competidores, otorgándole una ventaja competitiva no sólo en el ámbito de la Comunidad Valenciana, sino en todo el territorio nacional, obteniendo además una solvencia económica y técnica

que la sitúa en posición de ventaja indebida en otros concursos públicos, que no hubiera conseguido de haber presentado su oferta real y no falseada.

Asimismo, señalan que sin perjuicio de lo anterior, la Generalitat Valenciana fue parte demandada en el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de adjudicación del contrato de transporte sanitario denunciado y que la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana se adscribe a la Conselleria con competencias en materia de economía, por lo que de derivarse la instrucción de la denuncia a dicho organismo, no actuaría con la debida objetividad e imparcialidad, por encontrarse en una situación de conflicto de interés.

Las recurrentes solicitan al Consejo de la CNMC que estime el recurso interpuesto y se revoque el acuerdo de la Subdirección de Vigilancia de 5 de mayo de 2021, y se dicte otro en su lugar, declarando que la competencia para conocer la denuncia presentada el 10 de marzo de 2021 es de la CNMC.

Frente a lo alegado por la recurrente, la DC propone en su informe de 17 de mayo de 2021, la inadmisión del recurso al no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, toda vez que el acto de designación de órgano competente de conformidad con lo previsto en la Ley 1/2002, carece de cualquier contenido sancionador y no tiene naturaleza definitiva, no siendo por tanto susceptible de producir indefensión o perjuicio irreparable a las recurrentes.

SEGUNDO.- Naturaleza del recurso interpuesto.

El artículo 47 LDC prevé la posibilidad de presentar recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción, estableciendo que:

"Las resoluciones y actos dictados de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días".

Tal y como ha expresado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de septiembre de 2013 (recurso 5606/2010) y 21 de noviembre de 2014 (recurso 4041/2011), el artículo 47 de la LDC no abre la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo, sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar *"perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos"*.

“En efecto, la vía a través de la cual es posible la impugnación "anticipada" de las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación es precisamente, en la nueva Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, la establecida en su artículo 47.1, esto es, el recurso (interno) frente a unas y otros ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Pero no se trata de una vía que abra la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos”.

TERCERO.- Inadmisión del recurso por no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC .

El Consejo de la CNMC¹ ha reiterado que la posible vulneración del artículo 24 de la CE no podrá invocarse en relación con actos de mero trámite, en consonancia con la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas su Sentencia de 7 de febrero de 2007 (6456/2002):

“tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE sólo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador.

Pero ha de completarse con esta importante matización: esa protección deberá invocarse en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pueda merecer la calificación de procedimiento sancionador, sean definitivos, y por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador. Esto es, la posible vulneración no podrá ser invocada en relación a meros actos de trámite”.

Ninguna de las dos condiciones exigidas por la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo se puede apreciar en el presente supuesto: no nos encontramos ante un acto definitivo ni tampoco ante un acto con contenido sancionador.

Analizado el contenido del escrito de la Subdirección de Vigilancia de 5 de mayo de 2021, cabe señalar que se trata de un acto de designación de órgano competente de conformidad con lo previsto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero de Coordinación

¹ Resoluciones del Consejo de la CNMC de 26 de julio de 2018 R/AJ/050/18 ECOIMSA/GTMA; R/AJ/051/18 IRMASOL; R/AJ/052/18 RECYPILAS.

de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

El procedimiento de designación de órgano competente regulado en la referida Ley 1/2002 ha de ser calificado como un procedimiento administrativo previo al procedimiento administrativo sancionador al que podría dar lugar el análisis y la investigación de los hechos denunciados, que tiene su origen en la sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre de 1999, que reconoció a las Comunidades Autónomas con competencias en materia de comercio interior, el ejercicio de funciones ejecutivas en materia de defensa de la competencia.

De acuerdo con la regulación contenida en la Ley 1/2002, en este procedimiento previo intervienen exclusivamente la Dirección de Competencia, y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, sin que este prevista la participación de las partes denunciadas ni denunciadas en ninguna de las fases que integran dicho procedimiento de designación de órgano competente.

En efecto, Ley 1/2002 tras establecer en su artículo 1 los puntos de conexión que delimitan genéricamente el ejercicio de las competencias por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas, establece en el artículo 2 el mecanismo a seguir por las autoridades de competencia en relación con las denuncias que por infracción de la LDC reciban.

En aplicación de este artículo, los órganos de defensa de la competencia han de notificarse las denuncias, así como aquellas conductas detectadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción, debiendo expresarse en esa notificación el órgano, estatal o autonómico, que se considere competente. Si en el plazo de 15 días el órgano notificado no comunica su opinión en contrario, se podrá iniciar el procedimiento correspondiente por parte del órgano competente. Finalmente, si después de las notificaciones indicadas, cada órgano mantuviera su competencia, cualquiera de ellos podrá solicitar de la Junta Consultiva en materia de conflictos que emita su informe, que en todo caso es un informe no vinculante, por disposición del artículo 3.1 de la Ley 1/2002.

Este ha sido el procedimiento seguido en el presente caso, a través del cual ambos órganos implicados (CNMC y Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana) han puesto de manifiesto su conformidad con la competencia del órgano de defensa de la competencia de la Comunidad Valenciana, por lo que los hechos denunciados han de ser analizados e investigados por este

último, sin que ello suponga en ningún caso menoscabo a los derechos de defensa de las partes denunciadas, puesto que las mismas podrán formular alegaciones, interponer recursos o utilizar todos los medios de defensa a su alcance en el procedimiento correspondiente, ni tampoco merma de la responsabilidad de tramitación del procedimiento administrativo y de la obligación de resolver de toda Administración Pública, como se apunta en el presente recurso, pues ello supondría cuestionar todo el sistema instaurado por la mencionada sentencia del TC de 1999.

Por todo ello, esta Sala considera que el recurso presentado no reúne los requisitos legales expresamente establecidos en el artículo 47.1 de la LDC y no es, por tanto, susceptible de impugnación.

La propia naturaleza del procedimiento de asignación previsto en la Ley 1/2002 y descrito en los párrafos precedentes determina que el acto de la Subdirección de Vigilancia de 5 de mayo de 2021 no pueda per se, ser considerado como un acto administrativo susceptible de recurso como consideran las recurrentes, lo que conduce a la inadmisión del presente recurso.

Sin perjuicio de lo anterior, a mayor abundamiento, cabe igualmente señalar que la actuación administrativa de la Subdirección de Vigilancia objeto de recurso tampoco es susceptible de causar indefensión o perjuicio irreparable tal y como sostienen las recurrentes.

Como ha señalado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional, para apreciar la existencia de indefensión no basta con que se produzca una transgresión formal de las normas sino que es necesario que tal vulneración se traduzca en una privación, limitación, menoscabo o negación real, efectiva y actual del derecho de defensa².

En el mismo sentido, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones la CNMC³.

En relación con el concepto de indefensión, es necesario recordar que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional:

"El Tribunal Constitucional tiene establecido que por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías

² Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1995, de 24 de enero.

³ Resolución de la CNMC de 9 de enero de 2020 Expte. R/AJ/131/19, FACTOR IDEAS INTEGRAL SERVICES).

consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses" señalando que "la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes". Es decir, que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa. Estima, por tanto, la Jurisprudencia Constitucional que: "no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (STC 71/1984, 64/1986)".

Por otro lado, respecto a la existencia de perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende que es "*aquel que provoque el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*" (entre otros, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009 y 124/2012, de 18 de junio de 2012).

Las recurrentes alegan que el escrito de la Subdirección de Vigilancia recurrida les produce indefensión o perjuicio irreparable en la medida en que les priva del derecho a que su denuncia sea tramitada por el órgano competente.

Tal y como se ha señalado con anterioridad, la competencia de las autoridades estatal o autonómica para aplicar la LDC respecto de determinados hechos se basa, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1/2002, exclusivamente en el ámbito territorial de los efectos de las conductas.

El artículo 1 de la Ley 1/2002 determina los puntos de conexión que delimitan el ejercicio de las competencias por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas, disponiendo específicamente que:

1. Corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en la LDC, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC "*cuando las citadas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya que realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas.*

2. En todo caso, se considera que se altera o se puede alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, en los siguientes casos:

a) Cuando una conducta altere o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional o pueda afectar a la unidad de mercado nacional, entre otras causas, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.

b) Cuando una conducta pueda atentar contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, implicar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, suponer la compartimentación de los mercados o menoscabar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.”

A su vez, el apartado 3 del artículo 1 de la Ley 1/2002, dispone que corresponderá a las Comunidades Autónomas el ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la LDC, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC “cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma”.

De acuerdo con lo anterior, el reparto de competencias entre la Administración del Estado y las Administraciones Autonómicas se fundamenta en el ámbito geográfico de los efectos de la conducta objeto de investigación, lo que, por otra parte, ha sido asimismo confirmado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 16 abril de 2012 y de 22 de octubre de 2020, esta última citada por las recurrentes, y por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1287/2020, de 13 de octubre de 2020.

Con respecto a la alegaciones de las recurrentes de que en el concurso público en el que se cometió la supuesta infracción participaron empresas de todo el territorio español o que la adjudicación otorgó a la empresa denunciada una mejor posición o solvencia a nivel nacional, esta Sala entiende que dichos argumentos no pueden ser tenidos en cuenta, pues ello quebrantaría el criterio legalmente establecido de los efectos reales o potenciales de la conducta, para tener en cuenta el carácter nacional o autonómico de las empresas afectadas, directa o indirectamente, por los supuestos hechos, lo que conculcaría la Ley 1/2002. Tal y como señala la DC, al tratarse de un procedimiento de licitación cuyo fin es la prestación del servicio de transporte sanitario terrestre en la Comunidad Valenciana, al no haberse aportado prueba de comportamientos similares en licitaciones análogas en otros territorios y dado el carácter local de las empresas denunciadas y la denunciada, los efectos de una supuesta infracción de competencia en el mismo se circunscribirían, en todo caso, al territorio en el que se materializaría el servicio licitado, esto es, el autonómico.

Por otro lado, con respecto a la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de octubre de 2020 invocada por las recurrentes, esta Sala coincide con la DC en que este caso no puede ser asimilado por analogía al asunto resuelto por el Tribunal Constitucional, en el que, tal y como se deriva de la propia sentencia y también del informe anterior de la Junta Consultiva en materia de conflictos de competencia de 21 de febrero de 2020, las conductas analizadas conllevaban de forma manifiesta una compartimentación del mercado nacional lo que determinó la asignación del expediente a la CNMC, circunstancia que no concurre en el presente caso.

Por último, respecto a la alegación de las recurrentes de la existencia de conflicto de interés por parte de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana, por su adscripción a la Conselleria con competencias en materia de economía de la Generalitat Valenciana, la cual fue parte demandada en el recurso contencioso-administrativo deducido por los recurrentes contra la resolución de adjudicación del contrato, la misma debe ser rechazada toda vez que no puede ponerse en duda, de forma apriorística y abstracta, la debida objetividad e imparcialidad de la Administración, sea cual sea la autoridad competente, pues ello supondría cuestionar todo el sistema instaurado por la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional 11 de noviembre de 1999 y, en definitiva, el cumplimiento de los principios constitucionales y generales al que está sometida toda la Administración Pública de servir con objetividad a los intereses generales (arts.103.1 CE y 3.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

De acuerdo con lo expuesto, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DC en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de las recurrentes.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por AMBULANCIAS LAPEÑA, S.L, AMBULANCIAS RIBERA ALTA, S.L y AMBULANCIAS PASCUAL, S.L, contra el escrito de la Subdirección de Vigilancia de 5 de mayo de 2021, por el que se da traslado del expediente a los órganos de competencia de la Comunidad Valenciana.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.