

RESOLUCIÓN (Expte. R 491/01 V, 3M/SIGESA)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 10 de octubre de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 491/01 v, (2030/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), de recurso interpuesto por la entidad IASIST S.A. contra el Acuerdo del Subdirector General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia, de fecha 16 de mayo de 2001, por el que se declaró incompetente para realizar la propuesta al Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC) de medidas cautelares solicitada por IASIST S.A. contra las empresas 3 M España S.A. y Sistemas de Gestión Sanitaria S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 9 de mayo de 2001, IASIST S.A. (en adelante, IASIST) se dirigió al Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia solicitando la reiteración, en sus mismos términos, de las medidas cautelares acordadas por el Tribunal en su Resolución de 30 de octubre de 2000, al Expte. MC 32/00, 3M/SIGESA 2. Dichas medidas eran, a su vez, reiteración de las ordenadas por el Tribunal en su Resolución de 6 de abril de 2000, al Expte. MC 31/00, 3M/SIGESA, modificadas mediante la Resolución aclaratoria de 22 de junio de 2000.

2. En respuesta a la solicitud de IASIST, el Servicio, mediante escrito del Subdirector General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia, de 16 de mayo de 2001, concluyó: *“este Centro Directivo no puede realizar la propuesta de medidas cautelares solicitadas en nombre y representación de lasist, si bien y de acuerdo con la doctrina del Tribunal (Resolución de 18 de julio de 1996, MC 10/96, Airtel, Telefónica y Resolución de 23 de diciembre de 1996, MC 15/96, Tabacos Canarias) en el caso de que considere que con la negativa del Servicio a proponer las citadas medidas se le causa indefensión a su representada, podrá plantear las mismas por la vía de recurso ante el Tribunal en virtud del artículo 47 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia. Lo que le comunico para su conocimiento y efectos”*.
3. Mediante escrito de 1 de junio de 2001, IASIST se dirigió al Tribunal interponiendo recurso contra el acto del Servicio reseñado en el párrafo anterior.
4. Tras la recepción de dicho escrito, el Tribunal, con fecha 6 de junio de 2001, solicitó el correspondiente Informe del Servicio. Mediante Providencia de 13 de junio de 2001 y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 48.3 de la LDC, el Tribunal inició el correspondiente trámite de alegaciones. Ese expediente, que se tramita bajo el número r 491/01 v, es el que ahora se falla.
5. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el recurso en su sesión del día 2 de octubre de 2001.
6. Son interesados:
 - IASIST S.A.
 - 3 M España S.A.
 - Sistemas de Gestión Sanitaria S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El Tribunal debe pronunciarse sobre la actuación del Servicio consistente en declarar que no tiene competencia para resolver la nueva solicitud de medidas cautelares presentada por IASIST con fecha 9 de mayo de 2001. El Servicio alega que, en aquellas fechas, el expediente sancionador había sido dado por concluido y el correspondiente Informe-Propuesta había sido remitido al Tribunal, motivo por el que ya no disponía de la facultad que le otorga el art. 45 LDC para proponer al Tribunal la adopción de medidas cautelares. El recurrente alega que el

Servicio ha incurrido en una interpretación excesivamente restrictiva de dicho artículo y que el término *expediente* que aparece en el mismo podría entenderse en el sentido de cubrir tanto los trámites que se desarrollan ante el Servicio como ante el Tribunal.

El texto literal de dicho artículo es el siguiente:

“Artículo 45.

1. *El Servicio, una vez iniciado el expediente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, proponer al Tribunal de Defensa de la Competencia las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte y, en especial, las siguientes:*
 - a) *Ordenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el expediente se refiere.*
 - b) *Fianza de cualquier clase, excepto la personal, declarada bastante por el Tribunal para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar.*

En el caso de que sean los interesados quienes propongan la adopción de medidas cautelares, el Tribunal podrá exigir la prestación de fianza a los mismos.

2. *No se podrán dictar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales.*
3. *El Tribunal oirá a los interesados en el plazo de cinco días y resolverá en el de tres, sobre la procedencia de las medidas.*
4. *El Tribunal, por sí o a propuesta del Servicio, para asegurar el cumplimiento de las medidas cautelares, podrá imponer multas coercitivas con las garantías y en la cuantía previstas en el artículo 11.*
5. *El Servicio podrá proponer al Tribunal, de oficio o a instancia de parte, en cualquier momento del expediente, la suspensión, modificación o revocación de las medidas cautelares en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieran ser conocidas al tiempo de su adopción.*

6. La adopción de medidas cautelares en ningún caso podrá exceder de seis meses y cesarán, en todo caso, cuando se ejecute la resolución del Tribunal.”

Resulta claro que la Ley establece el momento en que se inicia la facultad del Servicio, que coincide con el inicio del expediente, pero no aquél en que termina. Por otra parte, a tenor de los principios generales que rigen el procedimiento administrativo, y de acuerdo con lo que establece el art. 45.5 LDC, esa facultad sólo dura hasta que dicho procedimiento haya concluido. No obstante, la redacción del art. 45 no permite aclarar si dicha conclusión se produce con la redacción del Informe-Propuesta y su consiguiente envío al Tribunal o con la Resolución que adopta éste.

A favor del segundo argumento podría citarse el art. 87.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC), de aplicación supletoria a la LDC, que señala que:

“Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad.”

Dado que el Servicio se limita a emitir un Informe-Propuesta y es el Tribunal quien resuelve el expediente, el art. 87 LRJAP y PAC podría servir de base para considerar que, en virtud del art. 45 LDC, el Servicio puede proponer medidas aún cuando el expediente se encuentre ante el Tribunal. La LDC, en su Título III, distingue claramente entre una fase de procedimiento ante el Servicio (capítulo I, sección 1) y otra ante el Tribunal (capítulo I, sección 2) y la redacción del art 56.1 de la LDC, al hablar de *el plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio de Defensa de la Competencia*, parece confirmar que existe un procedimiento con dos fases. No obstante, esas consideraciones sobre las fases del proceso que encuentran eco en el escrito del recurrente, siguen sin aclarar si el Servicio es competente o no para proponer medidas en la fase del expediente que se desarrolla ante el Tribunal.

Ante las dificultades de interpretación que plantean los textos legales, el Tribunal considera que debe atenderse a la forma práctica en que se desarrollan esos procedimientos. El Servicio -realizados los trámites que estipula la Ley, y supuesto que considere, como ocurre en el caso que se dilucida, que ha existido una infracción de la LDC- finaliza su participación en el procedimiento sancionador mediante la remisión de un

Informe-Propuesta al Tribunal. La remisión de ese Informe-Propuesta implica la de toda la documentación adjunta, por lo que, a partir de ese momento, el Servicio carece de la documentación necesaria para resolver una solicitud como la que se le plantea; ciertamente, el Servicio podría solicitar del Tribunal el reenvío temporal del expediente, pero de ello se seguiría una paralización de trámites ante el Tribunal que iría en menoscabo de la deseable celeridad en la resolución de casos. Por todo ello, el Servicio no está exento de razón al considerar que no se encuentra en condiciones de proponer medidas cautelares una vez remitido el correspondiente Informe-Propuesta al Tribunal.

2. El recurrente solicita, de forma subsidiaria, que, de considerar que el Servicio ha obrado correctamente al no proponer las medidas cautelares solicitadas, el Tribunal dictamine que el acto del Servicio ha causado indefensión y, en virtud del art. 47 LDC, estime el recurso que presenta ante ese órgano.

Dado que el Servicio ha obrado ateniéndose a las atribuciones que le otorga la LDC en la materia, su actuación declarándose no competente no puede producir indefensión. Tampoco tendría sentido una Resolución del Tribunal que estimase el recurso y obligase al Servicio a realizar una actuación para la que no dispone de competencia. Por ello, el Tribunal no puede atender a las alegaciones del recurrente y debe rechazar el recurso que presenta contra el acuerdo, de fecha 16 de mayo de 20001, en que el Servicio afirma no disponer de la facultad de proponer las medidas cautelares que se solicitan.

3. No obstante, el Tribunal es consciente de que se encuentra en juego la tutela de un importante interés del recurrente. En el caso que se analiza concurren las siguientes circunstancias especiales:
 - a) El Tribunal se ha pronunciado ya en dos ocasiones ordenando el establecimiento de medidas cautelares.
 - b) La apariencia de buen derecho que existía en el pasado a favor de IASIST se ha visto reforzada por la emisión, por parte del Servicio, del correspondiente Informe-Propuesta, en el que se considera a 3 M España S.A. responsable de la realización de prácticas contrarias al art. 6 LDC.
 - c) IASIST alega que el peligro en la mora que pudo existir en aquellas dos ocasiones se encuentra todavía presente, aspecto sobre el que 3 M España S.A. y Sistemas de Gestión Sanitaria S.A. no han tenido

ocasión de pronunciarse debidamente ya que las cuestiones de fondo no constituyen el objeto del presente expediente.

Por ello, y en aras de proteger el legítimo interés del recurrente a que sea analizada su solicitud de medidas cautelares, así como el interés también legítimo del 3 M España S.A. y Sistemas de Gestión Sanitaria S.A. a oponerse adecuadamente a la adopción de dichas medidas, el Tribunal resuelve iniciar de oficio expediente de medidas cautelares para su trámite con arreglo a los apartados 3, 4, 5 y 6 del art. 45 LDC.

En virtud de todo lo anterior, el Tribunal

RESUELVE

1. Desestimar el recurso presentado por IASIST S.A. contra el Acuerdo de 16 de mayo de 2001, por el que el Servicio se declara no competente para proponer las medidas cautelares solicitadas por IASIST en su escrito de 9 de mayo de 2001.
2. Iniciar de oficio expediente de medidas cautelares para su trámite con arreglo a los apartados 3, 4, 5 y 6 del art. 45 LDC, llevando testimonio de la presente Resolución al citado expediente.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber a éstos que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pero que no es firme pues pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.

VOTO PARTICULAR
QUE FORMULA LA VOCAL DÑA. M. JESÚS MURIEL ALONSO Y AL QUE
SE ADHIERE EL VOCAL D. JOSÉ JUAN FRANCH MENÉU.

Aceptando los Antecedentes de Hecho de la Resolución de este Tribunal dictada en el expte. r 491/01v, lamento disentir de la opinión de la mayoría por las razones que paso a exponer:

1. Sin desconocer la finalidad de la argumentación jurídica que la Resolución adoptada por la mayoría trata de obtener, dando respuesta, como en ella se señala, a los problemas y dificultades que en la práctica diaria se suscitan en la adopción de las medidas cautelares en el ámbito del Derecho de la Competencia y, eludiendo una referencia más profunda a las situaciones de hecho que de ella se pueden derivar, cual sería la adopción por este Tribunal “*de oficio*”, sin solicitud alguna, de medidas cautelares, es lo cierto que la interpretación que en esta Resolución se hace de los preceptos aplicables, en concreto del artículo 45 de la LDC, no me parece ni correcta ni acorde con el sistema legal adoptado, pues, partiendo de la consideración de que, en efecto, las normas han de ser sometidas a criterios interpretativos que, en ocasiones, pueden llegar a efectos extensivos del inicial tenor literal de la misma, no obstante, no debe olvidarse que esa técnica hermenéutica resulta tan sólo admisible en los supuestos de vacío legal o laguna que necesita ser colmada por el intérprete. Lo que, en el presente caso, en modo alguno ocurre, ya que el artículo 45 de la LDC, como luego expondré, es suficientemente terminante en la expresión de la voluntad del legislador. Y sin que sea admisible llegar a una conclusión que tergiversar esa voluntad por mucho que nos estemos refiriendo a aspectos formales de la tramitación, ya que, en el fondo con ello, se está infringiendo el régimen de garantías, las “reglas del juego” establecidas para la tramitación del procedimiento. Es por ello, que considero indispensable, aunque la solución final que se alcance tenga el mismo sentido que la decisión de la mayoría, señalar el respeto debido a las normas procedimentales como construcción de un sistema completo que otorga certeza a las garantías de las partes implicadas y a la propia actuación tanto del Servicio como de este Tribunal.
2. Siendo esto así, en opinión de esta Vocal, para la adecuada solución de la pretensión esgrimida por el recurrente debe acudirse al tenor literal del artículo 45 de la LDC, en cuanto que tal precepto, lejos de contener omisión alguna, resuelve de modo claro la cuestión hoy suscitada.

En efecto, de la literalidad del artículo 45 de la LDC se desprende la distinción entre dos conceptos: “la *petición* de las medidas cautelares y la *adopción* de éstas”. La legitimación para solicitar las medidas cautelares se atribuye expresamente al Servicio, lo cual es lógico, pues éste interviene en defensa del interés público, quien lo puede efectuar **en cualquier momento del expediente**, exigiéndose tan sólo como presupuesto temporal que el **expediente se haya iniciado, y que no haya recaído Resolución** en el mismo. Por contra, el Tribunal es el único órgano competente para la adopción de las medidas cautelares; es decir, es el único que las puede adoptar una vez iniciado el expediente y cualquiera que sea su estado de tramitación.

Es cierto que el Tribunal, teniendo en consideración que la LDC protege también intereses privados en cuanto que éstos se vean afectados por infracción de las normas de competencia, ha admitido, al amparo del artículo 47 de la LDC, que los particulares, a los que negó el Servicio solicitar la adopción de medidas cautelares, tengan una legitimación indirecta para plantearlas al Tribunal por vía de recurso, pero exigiendo siempre la previa negativa del Servicio (Expte.MC-10/96, Resolución 18 de julio de 1996, Expte. MC-15/96 Resolución de 23 de diciembre de 1996 y Expte.220/97, Resolución de 17 de julio de 1997).

Por tanto, y como antes se ha señalado, es claro que el Servicio es el que ostenta la legitimación directa para solicitar la adopción de las medidas cautelares, no pudiéndose sostener, a mi juicio, la dualidad de expedientes a que alude el texto de la Resolución de la mayoría, pues es claro que “Expediente” sólo hay uno, aún cuando éste, a lo largo de su tramitación, atraviese por dos fases distintas: la instructora ante el Servicio y la resolutoria ante este Tribunal (a diferencia de lo que ocurre en la Comisión Europea y en otros expedientes administrativos). Ya que, es de sobra conocido que, cualquier expediente principia con una incoación y finaliza con su correspondiente resolución, sin que se advierta la existencia de incoaciones intermedias.

Por ello, me veo obligada a insistir en que cuando el artículo 45 de la LDC se refiere “al expediente” lo está haciendo en referencia al único existente y, por ende, a lo largo de todo él, el protagonismo del Servicio se mantiene en cuanto a la titularidad de la iniciativa de demandar la adopción de las medidas. Sin que se pueda decir otra cosa sin sustraer, contra la legalidad misma esa facultad que el repetido Servicio ostenta en exclusiva. Existiendo, como existen, mecanismos para que el propio Servicio lleve a cabo esa finalidad, desde el punto de vista instrumental, ya que en él se conservan testimonios del expediente remitido al Tribunal, sin duda precisamente, pensando de manera fundamental en

esta clase de supuestos, y máxime cuando en el caso que examinamos el propio Servicio está ejecutando las medidas cautelares cuya “prórroga” se debate.

Dar el paso a reconocer incluso por vía de oficio, facultades a este Tribunal de iniciar estas cuestiones supone, por tanto, un distanciamiento de las previsiones legales.

Por consiguiente, la solución procedimental acertada, en mi criterio, pasa por la estimación del recurso interpuesto, respetando en este sentido la competencia que tiene el Servicio, en todos los casos, para pronunciarse precisamente sobre la oportunidad de las medidas, si bien, en cuanto al fondo de la pretensión, revocando en este supuesto la negativa dada al recurrente, encontrando que pueden existir razones, ya expuestas por la mayoría y a las que me remito, para acordar la adopción de medidas cautelares.