

Id Cendoj: 28079230062000100679
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 0167/1997
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: FERNANDO DELGADO RODRIGUEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Diversas practicas restrictivas de la competencia.

SENTENCIA

Madrid, a veintisiete de enero de dos mil.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 06/167/1997, se tramita a instancia de ASOCIACION DE ORTOPEDICOS ESPAÑOLES, hoy FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORTESISTAS Y PROTESISTAS y antes FEDERACION ESPAÑOLA DE ORTOPEDICOS, de la ASOCIACION DE ORTOPEDICOS DE CASTILLA Y LEON, D. Jose Luis , D. Blas , D. Serafin en su propio nombre y como ORTOPEDIA DIRECCION000), CENTRO ORTOPEDICO BURGALÉS, S.L ORTOPEDIA CAÑAMARES, S.L, D. Eduardo , ORTOPEDIA CALZADA y ORTOPEDIA DIRECCION000 .., representado por la Procuradora D^a Esperanza Azpeitia Calvin, con asistencia Letrada, contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 12 de Diciembre de 1.996, sobre diversas prácticas restrictivas de la competencia, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 4.400.000 pesetas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por ASOCIACION DE ORTOPEDICOS ESPAÑOLES Y OTROS frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 12 de Diciembre de 1.996, solicitando a la Sala anule el acuerdo recurrido.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la

demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO.- Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, la Sala dictó auto en fecha 10 de Noviembre de 1998 con el resultado obrante en autos. Evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 25 de Enero de 2.000.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. Fernando Delgado Rodríguez

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en este litigio la Resolución (Expte. 364/95, Ortopédicos Castilla-León) del Pleno del T.D.C., fechada en Madrid, a 12 de Diciembre de 1996, cuyo origen fue el expediente 864/92 del Servicio de Defensa de la Competencia), iniciado por denuncia del INSALUD de Burgos contra la Asociación de Ortopédicos de Castilla-León y diversos empresarios del sector por haber acordado concurrir de manera conjunta y con los mismos precios y condiciones a un concurso para la adquisición de material ortopédico, convocado en régimen de concurrencia de ofertas, para la confección de órtesis de tronco.

SEGUNDO.- La parte actora en la demanda y en su escrito de conclusiones sintetiza los siguientes argumentos:

En cuanto se refiere a la Federación Española de Ortesistas y Protésistas, no se incoó expediente contra ella, no siendo válida la expresión genérica utilizada cuando se inició el expediente contra la Asociación de Ortopédicos de Castilla y León pues la misma sólo hacía referencia determinadas conductas y no a la que después se la achacó a la Federación; puesto que en opinión de la recurrente, aquella lista era meramente orientativa, no habiendo surtido efecto, y por lo tanto no procede imponer sanción alguna a la Federación.

Respecto a los recurrentes en general estamos, según la actora, ante un concurso de suministro de productos que deben ser fabricados de forma individual cuando se dé el caso concreto, pues llevan una adaptación totalmente individualizada. El INSALUD es el cliente único de los ortopédicos en este caso y para quien ofertó la Asociación, siendo él sólo quien puede dictar las leyes del mercado. El concurso convocado no fue totalmente abierto ya que al mismo solamente se invitó a participar a determinadas empresas. Los empresarios de la ortopedia están presentes en las comisiones que estudian la revisión de los precios que se encuentran estipulados tanto para el INSALUD como para los distintos Servicios de Salud de aquellas Comunidades Autónomas que tiene transferidas las competencias, en consecuencia, la actora entiende que su actuación no pretendió falsear el mercado ó restringir la libre competencia, sino que se trató de una actividad general de semiconcierto con el INSALUD a fin de proporcionar a los pacientes el mejor servicio.

La situación de la prestación ortopédica en España ha variado desde el año de 1.989 hasta la actualidad, existiendo una regulación sobre la misma representada por el R.D. 63/95, de 20 de Enero y la O.M. de 18 de Enero de 1.996, que evita situaciones como la sancionada en este caso, al permitir un acuerdo continuo entre los distintos Servicios de Salud y los profesionales de la ortopedia en orden a fijar el precio de la prestación para los beneficiarios del sistema.

En definitiva la actora concluye que en este caso se convocó un concurso restringido para el suministro de productos ortopédicos que debían ser fabricados de forma individual, lo que supone un concurso restringido para cubrir la plaza de ortopédico de la Dirección Provincial del Insalud de Burgos, lo cual constituye una clara limitación en la posibilidad de trabajar al resto de los ortopédicos que no podrían acceder a los pacientes de la Seguridad Social, cliente único del sector económico.

TERCERO.- Los cargos objeto del presente recurso son:

a) La elaboración y publicación por parte de FEDOP de un catálogo denominado "Nomenclatura y Lista de precios" de productos ortoprotésicos que contenía los precios recomendados de venta al público, en el mes de junio de 1.989, estando vigente durante los años 1.990, y 1991, con algunas variaciones.

b) La adopción por la Asociación de Ortopédicos de Castilla y León el 4 de Abril de 1.992, de un

acuerdo para concurrir de manera conjunta a un concurso de concurrencia de ofertas para la confección de órtesis de tronco, convocado por la Delegación Provincial del INSALUD de Burgos. Se consideran también responsables de esta práctica a los asistentes a la junta general de socios de la citada Asociación en la que se adoptó el acuerdo, que votaron a favor del mismo.

c) La adopción por parte de cinco empresas del sector de la ortopedia de un acuerdo para concurrir al mencionado concurso con los mismos precios, también el 4 de Abril de 1.992.

CUARTO.- La práctica de la elaboración y publicación del listado de precios por FEDOP y su aplicación durante los años 1989, 1990 y 1991 es una decisión adoptada por una asociación de operadores económicos de un sector (FEDOP) que persigue la aplicación uniforme de precios en el país. Por lo tanto se puede calificar como una recomendación colectiva que tiene por objeto y produce el efecto de restringir la competencia en el territorio nacional, prohibida en el artículo 1.1. a) de la Ley de Defensa de la Competencia.

La alegación de prescripción de la infracción debe ser estimada en relación con la conducta de elaboración y publicación del catálogo denominado "Nomenclatura y Lista de Precios" con respecto al año 1989 en el que, bajo la vigencia de la Ley 110/1963, de prácticas restrictivas de la competencia, se consideraba que la prescripción operaba a los dos meses de cometida la infracción, según correctamente razona el T.D.C.

Pero no cabe esta apreciación respecto a los años 1990 y 1991, en que dicho catálogo estuvo vigente con algunas modificaciones, porque en este caso, al no haber sido notificado el hecho al SDC en el plazo de seis meses fijado por la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, le resulta aplicable el artículo 12.1 a) de esta Ley, que establece un plazo de prescripción de cinco años a contar del día en que se hubiera cometido la infracción, el cual no se había cumplido en el momento de la incoación del expediente. Y según la doctrina del Tribunal Supremo consolidada en sus sentencias de 26, 30 y 31 de Diciembre de 1.996; y 20 de Enero y 22 de Octubre de 1.997, el instituto de la prescripción no puede aplicarse a las actividades continuadas en el tiempo.

QUINTO.- No es aplicable en este caso el principio de confianza legítima en la Administración pues la Dirección General del INSALUD mantuvo contactos con FEDOP con vistas a la elaboración del Catálogo General de Especialidades de Material Ortoprotésico, que se publicó finalmente en el año 1989, que se refirieron a la normalización de los productos y de las prestaciones. Pero no a la determinación de los precios.

La actora considera que: "Nomenclatura y Lista de precios" era un documento de trabajo para negociar con el INSALUD. No obstante constan en el expediente testimonios e indicios probatorios suficientes de que la intención real de FEDOP era unificar los precios de los productos en el territorio nacional e imponer dichos precios a la Administración sanitaria española. El INSALUD era contrario a la unificación de los precios de las prestaciones según consta en sus Informes a requerimiento del Servicio y del Tribunal de Defensa de la Competencia. Y también en la correspondencia aportada por FEDOP sobre sus relaciones con la Dirección del INSALUD, en la que se encuentran varias cartas en las que se reflejan las verdaderas intenciones de la Federación como las numeradas como 4 y 8 en el Anexo de la documentación presentada por FEDOP. Así mismo en la publicación, a finales de 1989, del "Catálogo General de Especialidades de Material Ortoprotésico" no aparecen los precios.

SEXTO.- La Sala entiende que en este caso la FEDOP fue correctamente emplazada en el expediente administrativo, siendo incluible en el pliego de cargos, habiendo estado enterada desde la incoación de dicho expediente de cuantos trámites se efectuaron en el mismo. ----pues los cambios denominativos que ha tenido a lo largo del tiempo no inciden en la permanencia de su personalidad jurídica básica, los precios establecidos por dicha recurrente fueron orientativos, puesto que no fueron generalmente seguidos, de modo que fueron las Agrupaciones Regionales Federadas las que terminaron fijando los precios de los productos, tomando como base los marcados por FEDOP en su catálogo general. En el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia se prohíben, en materia de precios, tanto las decisiones (precios vinculantes) como las recomendaciones (precios orientativos). Por lo tanto la recomendación enjuiciada incurrió en la infracción de dicho tipo legal, no eximiéndole su carácter orientativo de la sanción, pero sí tiene efecto atenuatorio en el momento de su graduación.

Así pues, es correcto concluir que FEDOP ha incurrido en una práctica restrictiva de la competencia, consistente en la adopción y puesta en práctica de una recomendación colectiva de precios que produce sus efectos en todo el territorio nacional. Procedé pues declarar la existencia de dicha práctica (artículo 46.1

LDC), intimar a sus autores al cese de la misma (artículo 9 LDC) e imponer una multa sancionadora al responsable de la misma (artículo 10 LDC), según correctamente se razona por el TDC en la Resolución recurrida.

En el nº 1 del artículo 10 de la LDC se establece el límite máximo de la capacidad sancionadora del Tribunal que, por lo que respeta a las personas jurídicas u operadores económicos que no tienen cifra de negocios, asciende a 150 millones de pesetas; y, en el nº 2 del citado artículo se establecen los criterios para la determinación de la sanción. Según los cuales, esta infracción se considera de mayor gravedad porque el mercado afectado ha sido todo el territorio nacional y que los efectos de la práctica han sido importantes en cuanto han condicionado los precios de las prestaciones ortoprotésicas. La gravedad de la infracción se atenúa si se considera que la duración de la restricción se ha limitado a dos años y que los precios establecidos por FEDOP se han aplicado tan sólo como orientativos. Valorando estas circunstancias el TDC aplicó a FEDOP una multa, lo cual está ajustado a Derecho, porque se ha ponderado adecuadamente el principio de proporcionalidad, en materia sancionadora, sin que los razonamientos y pruebas de la parte actora hayan desvirtuado la acertada decisión del TDC en este caso. No habiéndose producido indefensión porque los medios probatorios practicados en este recurso han sido suficientes para garantizar el principio de tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial en casos semejantes determinada por la Sala 3ª, Sección 3ª del Tribunal Supremo, entre otras, en sus sentencias de 17 de Mayo de 1.999 (dos), (Rs-5191 y 5192), que se remiten a las de 22 de Octubre de 1.997 y 12 de Mayo de 1.999.

SEPTIMO.- El acuerdo adoptado por la Asociación de Ortopédicos de Castilla y León de 4 de Abril de 1.992, para presentarse conjuntamente y ofreciendo el mismo precio a un concurso de concurrencia de ofertas para la elaboración de corsés ortopédicos, convocado por la Delegación Provincial de INSALUD de Burgos, ha sido probado, mediante el acta de la Junta General de aquella fecha, la carta de 6 de Abril y la circular de 9 de Abril del mismo año, y encaja entre las prohibiciones del artículo 1.1.a) y c) de la LDC puesto que se trata de un acuerdo o decisión de una Asociación de operadores económicos que trata de homogeneizar las ofertas (establecer un frente único en la terminología de la Asociación), restringir la competencia en precios, desvirtuar el sistema de concursos competitivos y potenciar posteriormente un reparto del mercado.

La actora manifiesta la inexistencia de culpabilidad al haber adaptado su oferta a los precios marcados por el INSALUD en su Catálogo General de Especialidades.

El artículo 1 de la LDC configura un tipo objetivo, y la actora incurre en la prohibición por la mera adopción de un acuerdo o decisión que produzca el efecto de restringir la competencia en el mercado, sin que sea necesaria la concurrencia de una intencionalidad específica. La culpabilidad, en estos casos, se valora al graduar la sanción, pero no constituye un elemento integrante del tipo de conducta prohibido.

El INSALUD procuró con el concurso, la concurrencia de ofertas y el abaratamiento de los precios de confección de las órtesis de tronco; no publicó su Catálogo General de Especialidades en el que se determinaban los precios máximos de los productos hasta el mes de Diciembre de 1.992, por lo tanto el acuerdo de 4 de Abril de 1.992 de dicha Asociación, objeto de este fundamento jurídico fue anterior a la supuesta adaptación de oferta; y en consecuencia los argumentos exculpativos de la recurrente en relación al presente cargo no son aceptables por la Sala.

OCTAVO.- Es ajustado a Derecho concluir que la Asociación de Ortopédicos de Castilla y León ha realizado una práctica restrictiva de la competencia consistente en la adopción de una decisión para concurrir a un concurso sus miembros conjuntamente limitando la competencia y determinando los precios a pagar por el INSALUD, según los artículos 46.1 y 10 de la LDC.

Dicha práctica restrictiva de la competencia debe su gravedad, al tipo de conducta prohibida de fijación de precios y porque su posible efecto era encarecer las prestaciones de la sanidad pública. Sin embargo, la dimensión del mercado afectado, que en este caso se limita al concurso para la confección de un producto ortopédico en el ámbito de una Comunidad Autónoma no es suficiente para aminorar la sanción enjuiciada, pues aunque no sea precisa la producción de un resultado inmediato, por caracterizar este tipo de infracciones administrativas la simple actividad contraria al principio de la libre competencia, que no obstante pudo determinar en este caso su negativa incidencia en la producción de efectos al declarar el INSALUD desierto el concurso, hacen considerar a la Sala que el Acuerdo del TDC imponiendo a la Asociación de Ortopédicos de Castilla y León una multa no sea excesivo, y no transgrede el principio de proporcionalidad sancionadora. La multa impuesta al FEDOP, también estaba adecuada a dicho principio según razonamos en nuestro anterior fundamento jurídico sexto, pero mientras en aquel supuesto era una

infracción de la libre competencia caracterizada por el resultado de la conducta, en el actual caso, no obstante pudo tener influencia decisiva en que quedara desierto el concurso al restringirse la participación de ofertas, y no se puede concluir que careciera de carácter potencial o de riesgo, de eficacia práctica alguna. Lo mismo cabe decir en cuanto a la actuación de los representantes de la Asociación, y las multas deben ser mantenidas en la misma medida en virtud del principio de accesividad, siendo cooperadores necesarios en la infracción administrativa cometida, aunque respecto de sus restantes actuaciones se limitaran a cumplir con sus obligaciones representativas.

NOVENO.- La tercera de las prácticas restrictivas de la competencia, enjuiciadas consiste en la adopción por parte de las empresas INVERLID, S.A., Ortopedia CALZADA, Ortopedia DIRECCION000 , Centro Ortopédico BURGALÉS, S.L., y CAÑAMARES, S.A. de un acuerdo para acudir al citado concurso con idénticos precios, encuadrables entre los prohibidos en el artículo 1.1. a) de la LDC, que está probado.

El tratamiento jurídico de dicha infracción administrativa debe ser paralela al dispensado en el octavo fundamento de derecho de esta sentencia, y procede declarar la existencia de una práctica prohibida (artículo 46.1.LDC) e imponer una multa sancionadora a sus autores (artículo 10 LDC). Al graduar la sanción resultan de aplicación la consideraciones de la Sala sobre los límites y los criterios a tener en cuenta para la determinación de su cuantía, con la salvedad, en este caso, de que, al tratarse de empresas con cifra de facturación de ventas, el límite máximo aplicable a la multa será el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico anterior (artículo 10.1 LDC).

Para determinar la cuantía de la sanción hemos ponderado la naturaleza de la infracción, la intencionalidad, la dimensión del mercado afectado y los efectos de la práctica sobre éste, que atenúan dicha gravedad. En consecuencia, hemos acordado ---también mantener como en el fundamento jurídico anterior y por sus mismos razonamientos la multa impuesta por el TDC a las empresas participantes en el acuerdo teniendo en cuenta la doctrina de la Sala 3ª, Sección 3ª del Tribunal Supremo, fijada en sus sentencias de 4 de Julio de 1.992, 30 de Diciembre de 1.996 y 12 de Mayo de 1.999, puesto que en este caso resulta clara la gravedad del acto sancionado por sus efectos contrarios a la competencia, en un campo tan sensible a las lesiones a la libre concurrencia como es el de la Sanidad Pública, con la inherente consecuencia de restringir la libertad a la Administración para elegir, entre diferentes ofertas, aquélla que considere más ventajosa, lo que ya ,de por sí, supone daño a la Economía Nacional. Como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley 110/1963 "late la idea común a todos los aspectos de la técnica jurídica del orden público: la definición en razón a la finalidad prohibida; dicho en otros términos, prohibición de un resultado económicamente dañoso para la Comunidad y protección al interés de los consumidores, según se razona por el Tribunal Supremo entre otras en sus citadas sentencias de 17 de Mayo de 1.999.

DECIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art. 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de ASOCIACION DE ORTOPEDICOS ESPAÑOLES, hoy FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORTESISTAS Y PROTESISTAS y antes FEDERACION ESPAÑOLA DE ORTOPEDICOS, de la ASOCIACION DE ORTOPEDICOS DE CASTILLA Y LEON, D. Jose Luis , D. Blas , D. Serafin en su propio nombre y como ORTOPEDIA DIRECCION000), CENTRO ORTOPEDICO BURGALÉS, S.L ORTOPEDIA CAÑAMARES, S.L, D. Eduardo , ORTOPEDIA CALZADA y ORTOPEDIA DIRECCION000 .., confirmando la Resolución descrita en el primer fundamento de esta sentencia, por estar ajustada Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará constar que contra la misma cabe recurso de casación, conforme previene el art. 248.4 de la Ley Orgánica 6/1.985 de 1 de Julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. Presidente D. FERNANDO DELGADO RODRIGUEZ estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-