

RESOLUCIÓN (Expte. R 407/99, Ortopedias Andalucía 2)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 1 de septiembre de 2000.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 407/99 (1750/97 del Servicio de Defensa de la Competencia, en lo sucesivo, el Servicio) incoado para resolver el recurso interpuesto por D^a Rosa M^a Guiote Ordóñez, como Gerente y actuando en nombre de la empresa Ortopedia Guiote S.L., contra el Acuerdo del Servicio de 16 de noviembre de 1999 por el que se sobreseía el expediente abierto por denuncia de la recurrente de diversas prácticas supuestamente contrarias a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), llevadas a cabo en el Hospital General La Inmaculada de Huércal-Overa (Almería).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 13 de diciembre de 1999 tiene entrada en el Tribunal un escrito de D^a Rosa M^a Guiote Ordóñez, actuando como Gerente y en nombre de Ortopedia Guiote S.L., presentado en la Subdelegación del Gobierno en Granada el día 4 de dicho mes, mediante el que interponía el presente recurso contra el Acuerdo del Servicio, de 16 de noviembre de 1999, por el que se sobreseyó el expediente 1750/98, que tuvo su origen en su denuncia de fecha de entrada en el Servicio 12 de enero y 2 de febrero de 1998 contra dos empresas de ortopedia locales y a varios miembros del equipo profesional del Hospital General La Inmaculada de Huércal-Overa (el Hospital), por no haber respetado los turnos rotatorios de gabinetes ortopédicos establecidos para los pacientes hospitalizados y por haber derivado pacientes externos hacia las ortopedias denunciadas, prácticas que, en opinión de la denunciante, serían

desleales y estarían prohibidas por la LDC. Y también se denuncia desviación de poder por parte de ciertos órganos de la Administración sanitaria andaluza.

2. El 18 de mayo de 1998 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia dicta un Acuerdo de archivo de las actuaciones que había llevado a cabo a partir de la denuncia. El Servicio, de los datos aportados en el escrito de denuncia y de los obtenidos de la información reservada que realizó, concluye que la ortopedia en cuyo nombre actúa la denunciante no había sido tenida en cuenta por el personal del Hospital porque no figuraba en las relaciones allí manejadas de las ortopedias concertadas y de los turnos de guardia rotatorios, aunque tenía derecho a ello por ser una ortopedia concertada. Pero el Servicio estima que la omisión fue debida a un error en la información enviada por la Delegación Provincial del Servicio Andaluz de Salud al Hospital, sin responsabilidad de éste. En definitiva, el Servicio no observa indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC por lo que entiende que no procede la incoación de expediente y, además, considera que, al regirse los asuntos relativos a la información controvertida por un Pliego administrativo de prescripciones técnicas, los órganos de defensa de la competencia carecen de competencia en el caso.
3. El Tribunal, por Resolución de 27 de octubre de 1998 (Expte. r 322/98), estimó el recurso interpuesto por D^a Rosa M^a Guiote Ordóñez contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 18 de mayo de 1998, por el que se decretó el archivo del expediente, ordenando al Servicio que *proceda a la apertura de expediente para esclarecer todos los hechos denunciados y la posible comisión de prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia por los particulares, y, o, autoridades sanitarias y autoridades y personal hospitalario denunciados.*
4. En cumplimiento de lo acordado por la citada Resolución del Tribunal, el 10 de noviembre de 1998 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 LDC contra Ortopedia Técnica Vázquez S.L., de Almería, Ortopedia Técnica Almería S.C.A., de Huércal-Overa, D. Tomás Benítez Martínez, como Director Gerente del Hospital, D. Francisco Javier Valero Sánchez, como Médico Rehabilitador del Hospital, D^a Aurelia Ramírez Román, Trabajadora Social del Hospital, D. Manuel Lucas Matheu, Delegado Provincial de Salud en Almería, D^a Dolores López Soriano, Directora Provincial de Gestión Económica y Jefa del Servicio de Planificación y Evaluación de Recursos y actualmente Secretaria General de la Delegación Provincial de la Consejería de Salud en Almería, D. Julio Soria García, Director del Equipo Provincial de Inspección de P. y S. Sanitarios de la Delegación Provincial de la Consejería de Salud en Almería, y

D. Juan Manuel Pérez Moreno, Jefe de Servicio de Planificación y Evaluación Asistencial de la Delegación Provincial de la Consejería de Salud en Almería.

5. El 16 de noviembre de 1999 el Servicio dicta el Acuerdo de sobreseimiento, objeto del presente recurso, en el que, básicamente, se contienen los siguientes razonamientos:

a) La decisión de si una ortopedia cumple o no los requisitos establecidos al respecto, así como la de contratar o no el servicio de elaboración y dispensación de material ortopédico con una determinada ortopedia, en este caso la de D^a Rosa M^a Guiote Ordóñez, constituye un acto administrativo sujeto a normas de derecho público, sin que pueda decirse que en su ejercicio el SAS asume el papel de operador económico. En consecuencia, su actividad no puede ser analizada ni ser revisada por los órganos de competencia, sino que, una vez agotados los recursos administrativos, es susceptible de ser revisada por la jurisdicción contenciosa.

Es la propia Consejería la única que tiene competencias para determinar si las ortopedias reúnen o no los requisitos exigidos para su concierto.

No ha podido demostrarse que el hecho de que la ortopedia de D^a Rosa M^a Guiote Ordóñez, de Huércal-Overa, no fuera incluida en las relaciones enviadas desde el momento del concierto, se haya debido a un acuerdo entre los funcionarios del SAS que han intervenido en los distintos procedimientos de autorización y elaboración de relaciones de ortopedias concertadas, y las ortopedias denunciadas. Los errores de no introducir al establecimiento de Huércal-Overa en el listado de turnos de guardia con posterioridad a la resolución del Concurso es indicio, en su caso, del mal funcionamiento de la Administración, pero nunca de la existencia de prácticas colusorias prohibidas por la LDC, quedando la actuación de los funcionarios del SAS sometida a la normativa específica sobre función pública.

b) En cuanto a la actuación del Hospital, éste se ha limitado a distribuir las relaciones enviadas por la Delegación a los pacientes no hospitalizados y a aplicar los turnos de guardia, también enviados por la Delegación a los pacientes hospitalizados, sin que se haya podido demostrar que ni el Hospital ni los empleados del mismo hayan actuado de forma irregular, tal y como se ha puesto de manifiesto en los distintos informes emitidos como resultado de las inspecciones realizadas con motivo de las denuncias de D^a Rosa M^a Guiote Ordóñez.

- c) En cuanto a la actuación del Sr. Vázquez, de la Ortopedia del mismo nombre, según se ha puesto de manifiesto en los hechos acreditados, si bien hasta febrero de 1995 el propio Hospital reconoce su presencia en el mismo *los lunes, cuando el facultativo lo precisa* y el Informe de la Inspección concluye que el Técnico de Ortopedia Vázquez se encuentra presente en todos los hospitales a partir de 1996, dicho Técnico se persona en el Hospital para efectuar la revisión del material suministrado por dicha ortopedia y que el paciente ha elegido libremente, sin que se haya podido probar que existiera ningún tipo de acuerdo con los trabajadores del Hospital para desviar hacia su ortopedia las recetas (la relación se da a los pacientes para que elijan) ni se hayan dejado de respetar los turnos de guardia establecidos en relación con los pacientes hospitalizados.
6. La recurrente alega en esencia no compartir los mencionados razonamientos del citado Acuerdo del Servicio, solicitando que se declare la existencia de las prácticas prohibidas por el desvío de recetas por parte del personal del Hospital a las Ortopedias denunciadas y el trato discriminatorio recibido de la Administración. Alega también indefensión por la denegación por el Servicio de determinadas pruebas.
7. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC, mediante escrito de 14 de diciembre de 1999, el Tribunal solicitó al Servicio la remisión del expediente, así como su informe sobre el presente recurso.
8. El 17 de diciembre de 1999 se recibió en el Tribunal el informe del Servicio, en el que se reitera que no se ha demostrado la existencia de las prácticas colusorias denunciadas y que la denegación de determinadas pruebas se debió a su improcedencia ante las inspecciones realizadas por la Junta de Andalucía. Por último, en cuanto a la presencia del Sr. Vázquez, de las Ortopedias denunciadas, en el Hospital y sus contactos para dirigir las recetas, entiende el Servicio que no es de aplicación el artículo 1 LDC por inexistencia de pluralidad de partes, que no puede hablarse de posición de dominio y, por tanto, de abuso de la misma y que tampoco se cumplen los requisitos de los actos desleales que exige el artículo 7 LDC.
9. Por Providencia de 10 de enero de 2000 se designó Ponente y se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan alegaciones y presentaran los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes, trámite en el que concurrieron las partes, insistiendo en los mismos argumentos esgrimidos en el expediente del Servicio, y debiéndose señalar que los funcionarios de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía y miembros del personal del Hospital, aportan la reciente Sentencia nº 1.892/99 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia

de Andalucía en el recurso interpuesto por la ahora recurrente contra la mencionada Consejería de Salud por el listado de las ortopedias concertadas, recurso que ha sido desestimado por la anomalía procesal que supone el hecho de que su demanda se dirige hacia actos administrativos distintos del impugnado.

Por último, con fecha 18 de mayo de 2000 tuvo entrada en el Tribunal un escrito de Ortopedia Guiote S.L. por el que acompaña determinados informes periciales caligráficos y se interesa que, en consecuencia, se devuelvan las actuaciones al Servicio.

10. El Pleno del Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión de 25 de julio de 2000, encargando al Ponente redactar la presente Resolución.

11. Son interesados:

- Ortopedia Guiote S.L.
- Ortopedia Técnica Vázquez S.L.
- Ortopedia Técnica Almería S.C.A.
- D. Tomás Benítez Martínez
- D. Francisco Javier Valero Sánchez
- D^a Aurelia Ramírez Román
- D. Manuel Lucas Matheu
- D^a Dolores López Soriano
- D. Julio Soria García
- D. Juan Manuel Pérez Moreno

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Con carácter previo a la consideración de los argumentos de fondo que se plantean en el presente recurso, corresponde resolver dos cuestiones que se han suscitado en la tramitación de este expediente.

En primer lugar, la recurrente plantea en el recurso la indefensión que le ha producido la denegación de determinadas pruebas por el Servicio en la instrucción del expediente.

A este respecto hay que señalar que la Ley 30/1992, que regula el procedimiento administrativo común y que resulta aplicable con carácter supletorio al procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia (Disposición Adicional Séptima de la Ley 66/1997), establece que el instructor *sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias*

(Art. 80.3), dejando, por tanto, a aquél un amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre su práctica y exigiéndole únicamente que motive su decisión.

En este caso, teniendo en cuenta que en el expediente hay abundante y suficiente material probatorio, que resulta evidente que el Servicio justificó de forma suficiente la denegación de las pruebas y que, efectivamente, la recurrente no alega que la indefensión se haya producido por no haber motivado el Servicio el rechazo -sino debido a que en su mayoría las pruebas admitidas correspondían a las otras partes- el Tribunal considera que la resolución del Instructor resulta adecuada al no haberse producido una efectiva indefensión.

En segundo lugar, como se recoge en el Antecedente de Hecho 9 de esta Resolución, la recurrente solicita, en fase del expediente en el Tribunal, la práctica de determinadas pruebas caligráficas.

El Tribunal ha mantenido el criterio de que en los expedientes de recurso no existe un verdadero proceso probatorio, tal como está regulado por la LDC, en sus artículos 40 y 41, relativos al procedimiento en la fase de resolución por este Tribunal de los expedientes sancionadores o de autorización previamente instruidos por el Servicio. Este hecho está en concordancia con el carácter sumario del procedimiento para la tramitación de los recursos. Por ello, sólo excepcionalmente se ha admitido la práctica de prueba por el Tribunal cuando la información obrante en el expediente no le permite disponer de los elementos necesarios para fundar su decisión y éstos no pueden ser aportados por las partes. En el presente caso, el Tribunal considera que en el expediente hay suficientes elementos para dictar Resolución por lo que no estima necesaria la práctica de las pruebas solicitadas.

2. Analizadas las cuestiones planteadas con carácter previo, corresponde resolver la fundamental que se discute en el presente recurso de si el Acuerdo de sobreseimiento dictado por el Servicio, de fecha 16 de noviembre de 1999, ha sido o no procedente.

La denunciante, ahora recurrente, insiste en la existencia de prácticas prohibidas por el desvío de recetas por parte del personal del Hospital a las Ortopedias denunciadas, con la participación de un técnico de las mismas, y el trato discriminatorio recibido de la Administración sanitaria andaluza.

En la ya referida Resolución de 27 de octubre de 1998 (Expte. r 322/98) el Tribunal entendió lo siguiente (Fundamento de Derecho 2):

El Tribunal considera que es acertado el criterio mantenido por el Servicio en cuanto a la denuncia sobre desviación de poder presentada ante la

Administración de Defensa de la Competencia y también el que sostiene sobre la instancia judicial contencioso-administrativa como la competente para juzgar en materia de Pliegos administrativos de prescripciones. El Tribunal disiente, sin embargo, de que proceda el archivo, por otros motivos que se considerarán a continuación.

Posteriormente, según se señala en el Antecedente de Hecho 9 de esta Resolución, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su Sentencia nº 1.892/99, de fecha 20-12-99, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, ha desestimado el recurso interpuesto por la ahora recurrente contra la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía por la cuestión de la responsabilidad derivada de la no inclusión en el listado de las ortopedias concertadas, Sentencia que ha sido aportada al Tribunal por los funcionarios de la mencionada Junta y por los miembros del personal del Hospital expedientados.

3. Por lo tanto, las dos cuestiones que falta abordar en el presente expediente de recurso son, en primer lugar, la referida a la posibilidad de aplicación del artículo 1 LDC y, en segundo lugar, la de si el Servicio ha analizado y valorado correctamente las razones de que en el Hospital no se respetara el turno rotatorio del establecimiento en Huércal-Overa de la recurrente.

Pues bien, la respuesta a la primera cuestión ha de ser negativa, al no haber resultado acreditada en el expediente la existencia de prácticas colusorias restrictivas de la competencia que hubieran podido realizar técnicos particulares, autoridades y miembros del personal con suficiente capacidad de actuación en la desviación de recetas denunciada, según se observa de la versión de la propia denunciante y tal y como acertadamente alegan los funcionarios y trabajadores asalariados y entiende el Servicio cuando afirma que no se da en este caso el requisito imprescindible de la pluralidad de partes para incluir una conducta en la prohibición del artículo 1 LDC.

4. Consecuencia ineludible de lo expuesto en el anterior Fundamento es la inexistencia de la mencionada infracción del artículo 1 LDC. Pero es más, el Tribunal entiende también, en cuanto a la segunda cuestión, que el Servicio ha cumplido satisfactoriamente lo que le había ordenado al llevar a cabo una completa y pormenorizada investigación del hecho denunciado que había que aclarar, con recopilación y análisis de la detallada documentación existente de los estudios e informes del Servicio Andaluz de Salud, habiendo tramitado correctamente el expediente hasta acordar su sobreseimiento por no haber resultado acreditados los mencionados hechos, como corresponde hacer cuando existen versiones contradictorias de los mismos y como, desde luego, exige la delicada naturaleza de la cuestión suscitada.

5. Por todo ello, el Tribunal, sobre las cuestiones planteadas y tras analizar las actuaciones, considera correcta la valoración a la que llega el Servicio en cuanto a que ninguno de los hechos denunciados, referidos a la libre competencia, constituye indicio suficiente de vulneración del mencionado artículo 1 ni de ningún otro de la LDC por parte de los expedientados y que las razones aducidas por el Servicio para acordar el sobreseimiento son plenamente acertadas.

Por consiguiente, debe confirmarse el Acuerdo de sobreseimiento impugnado y desestimarse el recurso interpuesto por Ortopedia Guiote S.L.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

HA RESUELTO

Único: Desestimar el recurso interpuesto por Ortopedia Guiote S.L. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 16 de noviembre de 1999, por el que se decretó el sobreseimiento del expediente 1.750/98, Acuerdo que se confirma.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que agota la vía administrativa y que contra ella sólo se puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.