

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 322/98, Ortopedias Almería)**

### **Pleno**

Excmos Sres.:

Petitbò Juan, Presidente  
Berenguer Fuster, Vicepresidente  
Bermejo Zofío, Vocal  
Alonso Soto, Vocal  
Hernández Delgado, Vocal  
Rubí Navarrete, Vocal  
Castañeda Boniche, Vocal  
Pascual y Vicente, Vocal

Madrid, 27 de octubre de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal), con la composición expresada arriba y siendo Ponente D. Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 322/98 (1750/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, Servicio) para resolver el recurso interpuesto por D<sup>a</sup> Rosa M<sup>a</sup> . Guiote Ordóñez, como Gerente y actuando en nombre de la empresa Ortopedia Guiote, SL, contra el Acuerdo del Servicio por el que archivó las actuaciones originadas por denuncia de la recurrente de diversas prácticas supuestamente contrarias a la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), llevadas a cabo en el Hospital La Inmaculada de Huerca-Overa (Almería).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Los días 12 de enero y 2 de febrero de 1998 tienen entrada en el Servicio sendos escritos de D<sup>a</sup> Rosa M<sup>a</sup> . Guiote Ordóñez en los que, como Gerente y actuando en nombre de la empresa Ortopedia Guiote, SL, denuncia a dos empresas de ortopedia locales y a varios miembros del equipo profesional del Hospital citado en el encabezamiento, 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 llevó a cabo, 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 concluye que la omisión fue debida a un error en la información enviada por la Delegación Provincial del Servicio Andaluz de Salud al Hospital La Inmaculada, sin responsabilidad de éste. En definitiva, el Servicio no observa indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC por lo que estima 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 19 de junio de 1998 tiene entrada en el Tribunal el escrito de recurso referido en cuyas alegaciones se señala que los errores de información apreciados por el Servicio no es razonable pensar que sean fruto de la casualidad porque la Administración sanitaria viene actuando arbitrariamente y discriminando a la ortopedia denunciada desde hace tiempo, lo que se trata de documentar aportando diversos escritos del Defensor del Pueblo Andaluz, del Servicio Andaluz de Salud y del Hospital La Inmaculada, de respuesta a quejas y denuncias anteriormente planteadas. Asimismo, la recurrente propone, con el mismo fin, la práctica de diversas pruebas testifical y documental. Por otra parte, mantiene su criterio ya expresado en la denuncia de que ha habido desviación de poder por parte de la Administración sanitaria andaluza.
4. Remitido el 19 de junio de 1998 por el Tribunal el escrito de recurso al Servicio y recabado del mismo el Informe y actuaciones seguidas, como es preceptivo, el Servicio responde en un escrito fechado el 23 de junio de 1998 que tiene entrada en el Tribunal el día siguiente 24. En dicho escrito el Servicio entiende que procede desestimar el recurso e informa sobre los siguientes extremos: a) Que el recurso ha sido interpuesto en plazo. b) Que en el expediente consta nota simple del Registro Mercantil de Almería en el que la recurrente figura como Administrador en cuyo nombre dice actuar. c) Que, ante la alegación de la recurrente en la que recuerda que la denuncia también fue por desviación de poder, considera de conformidad con la doctrina del Tribunal que los órganos de Defensa de la Competencia no son competentes para revisar los actos de la Administración ni para resolver en cuanto a la legalidad de la actuación de sus funcionarios.

5. El Pleno del Tribunal dicta Providencia el 26 de junio de 1998 en la que designa Ponente y acuerda, de conformidad con lo dispuesto en el art. 48.3 LDC, poner de manifiesto el expediente al interesado para que en el plazo legal formule alegaciones y presente los documentos y justificantes que estime pertinentes.
6. El 16 de julio de 1998 la recurrente comparece por escrito ante el Tribunal en el trámite de alegaciones, reiterándose en las anteriormente hechas y dando por reproducidos los documentos y justificantes previamente presentados.
7. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el 13 de octubre de 1998.
8. Se considera interesada a Ortopedia Guiote, SL.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. El presente es un expediente de recurso referido al que la gerente de una ortopedia de Huerca-Overa (Almería) interpone contra el Acuerdo del Servicio por el que se archivan las actuaciones seguidas a partir de una denuncia de la recurrente contra otras dos ortopedias locales y varios miembros del equipo profesional del Hospital público de la localidad 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; así como contra la Administración sanitaria andaluza por desviación de poder.
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.
3. Efectivamente, de la información reservada llevada a cabo por el Servicio resulta confirmado al menos uno de los hechos denunciados, porque se ha esclarecido que no han sido respetados los turnos rotatorios de gabinetes ortopédicos establecidos para los pacientes hospitalizados al haberse dejado fuera de los mismos a la ortopedia gerenciada por la denunciante que tenía derecho a estar incluida por su condición de ortopedia concertada. Y advirtiendo la veracidad de uno de los hechos denunciados, el Servicio, únicamente sobre la base de una información que obtiene de manera reservada, acepta la explicación de las autoridades sanitarias de que la exclusión se ha debido a un error material del que no es responsable el

Hospital denunciado ni su personal sino el Servicio Andaluz de Salud que remitió una información equivocada. Esta opinión del Servicio es, además, contradicha por la recurrente, que propone pruebas en contra.

4. El art. 36.2 LDC establece que el Servicio podrá acordar la instrucción de una información reservada antes de resolver la incoación del expediente o, en su caso, el archivo de las actuaciones. El acuerdo de archivo procede cuando el Servicio no observe indicios racionales de la existencia de las conductas prohibidas denunciadas. En el caso presente, sin embargo, al menos uno de los hechos denunciados aparece confirmado. Por otra parte, siendo posible, no resulta nada concluyente que la exclusión denunciada fuera por error material simplemente y cabe establecer sobre el mismo hecho conjeturas diferentes. Y, además, la parte pide contradicción.
5. El Tribunal, en estas circunstancias, considera que el Servicio debe incoar expediente para esclarecer mediante contradicción la verdad de lo ocurrido hasta donde sea posible, y sobreseer únicamente si de la contradicción no sale nada nuevo. En el expediente que incoe, el Servicio debe incluir a las dos ortopedias denunciadas, a la Administración y al personal del Hospital denunciado, así como a las autoridades sanitarias que emitieron la información equivocada, por ver si en el origen del proceso de elaboración de la información se detectara la comisión de alguna práctica colusoria, lo que si sucediera sería materia de la competencia de este Tribunal, tanto si resultaran imputados particulares como Administraciones públicas (art. 2.1 LDC).
6. La presente Resolución estimando un recurso constituye un acto de mero trámite que exclusivamente significa que ha de iniciarse un expediente en el que ha de tener participación la totalidad de los denunciados. Por tanto, ni se trata de un acto definitivo ni es susceptible de producir indefensión, por lo que no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que pueda interponerse en su momento el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la Resolución definitiva en vía administrativa que pueda recaer en el expediente.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, el Tribunal

### **HA RESUELTO**

**Primero.** Estimar el recurso interpuesto por D<sup>a</sup> . Rosa M<sup>a</sup> Guiote Ordóñez, en nombre de Ortopedia Guiote, SL contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de fecha 18 de mayo de 1998 por el que se decretaba el archivo de las actuaciones

practicadas como consecuencia de la denuncia de la recurrente sobre diversas prácticas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia llevadas a cabo en el Hospital La Inmaculada de Huerca-Overa (Almería).

**Segundo.** Ordenar 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.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia, con devolución del expediente tramitado en el mismo, dejando copia en este expediente de recurso, y notifíquese al interesado, haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno y que, en su caso, podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la Resolución definitiva que, en su momento, dicte el tribunal de Defensa de la Competencia.