

Roj: SAN 6890/2003  
Id Cendoj: 28079230062003100749  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 958/2000  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

Madrid, a seis de junio de dos mil tres.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 958/00 que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales D. Luciano Bosch Nadal, en nombre y representación de ORTOPEDIA GUIOTE S.L. ,frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 1-IX-00, siendo codemandados ORTOPEDICA TECNICA ALMERIA S.L., representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Rosina Montes Agustí, D. Ernesto , Valentín , Lidia y Benjamín , representados por la Procuradora D<sup>a</sup>. Adela Cano Lantero y D. Paulino y D<sup>a</sup> Encarna representados por el Procurador D. Julian del Olmo en materia relativa a archivo de denuncia por conductas prohibidas. Ha sido Ponente la Magistrado D<sup>a</sup> Mercedes Pedraz Calvo.

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La parte indicada interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de referencia mediante escrito de fecha 14-XI-2000. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando la estimación del recurso y la anulación de la resolución impugnada, y "se acuerde declarar: a) que en el presente expediente han resultado acreditadas la existencia de prácticas prohibidas restrictivas de la competencia, de las que es autora la empresa Ortopedia Técnica Vázquez S.L. de Almería y Ortopedia Técnica Almería S.C.A. de Huerca-Overa; b) intimar a Ortopedia Técnica Vázquez S.L. de Almería y ortopedia Técnica Almería S.C.A. de Huerca-Overa como autora de tales conductas para que cese en la realización de las mismas; c) una multa de cinco millones de pesetas por la realización de las prácticas; d) publicar esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 46.5 de la Ley 16/1989* de Defensa de la Competencia, una vez que sea notificada a los interesados, y al pago de las costas procesales".

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la inadmisibilidad y subsidiariamente la desestimación del recurso.

Las codemandadas presentaron sus respectivos escritos de contestación a la demanda; la representación de Ortopedia Técnica Almería S.L. solicitó la inadmisibilidad del recurso y la desestimación del mismo. Las restantes partes solicitaron la desestimación del recurso.

CUARTO.- La Sala acordó recibir a prueba el recurso practicándose la documental a instancias de la parte actora y de la codemandada Ortopedia Técnica Almería S.L., con el resultado obrante en autos.

Las partes por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO.- La Sala dictó Providencia señalando par votación y fallo del recurso la fecha del 4 de junio de 2.003 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el Acuerdo dictado el día 1 de septiembre de 2000 por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente 407/99 por el que acuerda :

"Unico- Desestimar el recurso interpuesto por Ortopedia Guiote S.L. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 16 de noviembre de 1.999, por el que se *decretó el sobreseimiento del expediente 1.750/98* Acuerdo que se confirma".

SEGUNDO.- Los hechos que se encuentran en el origen del presente recurso son los siguientes: la hoy actora formuló los días 12 de enero y 2 de febrero de 1.998 denuncia contra dos empresas de ortopedia de Almería y varios miembros del equipo profesional del Hospital General La Inmaculada de Huércal-Overa 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. Al igual que contra la Administración sanitaria por desviación de poder.

El Servicio acordó el archivo con base en que se había acreditado que la ortopedia denunciante no había sido tenida en cuenta por el personal del Hospital porque no figuraba en las relaciones manejadas de las ortopedias concertadas y de los turnos de guardia rotatorios, pese a tener derecho a ello por ser una ortopedia concertada, omisión que a su juicio se debió a error en la información enviada por la Delegación Provincial del Servicio Andaluz de Salud al Hospital.

TERCERO.- El problema de la legitimación de los denunciantes-interesados ha sido enjuiciado y resuelto por el Tribunal Supremo en el sentido de considerar que el alcance que permite la Ley de esta Jurisdicción a la legitimación activa (tener interés directo) a la luz del principio "pro actione", de las exigencias ínsitas en el *art. 24.1 de la Constitución* y de la Jurisprudencia contraria a una interpretación restrictiva de la legitimación, debe llevar a la conclusión de favorecerse el acceso al proceso. El Alto Tribunal ha señalado que deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, para desde ellas apreciar la utilidad de la acción contencioso-administrativa en orden a conseguir un resultado que pueda ser provechoso para el actor en la particular situación en que se encuentre.

En este supuesto concreto la Sala considera que la recurrente está legitimada: el móvil de su actuación, al solicitar que se imponga una condena a los denunciados por conductas que el TDC no consideró constitutivas de infracción, excede del mero interés por la legalidad, pues si bien el posible beneficio que de ello se derivaría, la futura indemnización por daños y perjuicios, no se obtendrá directamente en este pronunciamiento judicial, indudablemente, lo que en esta sentencia se resuelva sería tenido en consideración por el órgano administrativo o judicial que examinase una hipotética reclamación en tal sentido. Se aprecia en este punto un potencial beneficio derivado de la estimación de su demanda frente a la Administración, que constituye un interés legítimo en obtener la anulación del acuerdo recurrido y la consiguiente condena a las denunciadas por conductas que no fueron consideradas como infracciones.

CUARTO.- En el presente litigio deben distinguirse dos cuestiones: una primera, que a juicio de la recurrente, visto el tenor literal de su escrito de demanda, es la relativa al concierto de la Administración sanitaria con las ortopedias, el funcionamiento de dicho concierto, su cumplimiento etc., cuestiones todas que señala no son objeto de la demanda si bien" ... se trata de un importante antecedente".

En consecuencia no procede analizar las cuestiones relativas a la intervención administrativa,

limitándose el recurso a lo que la actora describe como "trato discriminatorio" en relación con otras ortopedias, y la existencia de un técnico que se desplazaba al Hospital, "omitiendo con ello la obligatoriedad de los turnos rotativos, máxime cuando existía mi ortopedia ubicada justo frente al Hospital".

El recurso no puede prosperar: no es constitutivo de infracción de la L.D.C. el que no se comunique a las ortopedias la conveniencia de desplazarse al hospital, o el desvío de recetas por parte de algunos empleados del Hospital La Inmaculada hacia las ortopedias denunciadas, o la existencia de trato discriminatorio.

Las conductas en cuestión no son constitutivas de las descritas y tipificadas en el *artículo 1*, o no se ha probado que lo sean: aún dando por supuesto que existiesen recomendaciones a los pacientes para acudir a una determinada ortopedia, hecho que la hoy actora no ha logrado acreditar, tal conducta en un funcionario público sería acreedora a la correspondiente sanción disciplinaria en el marco de la relación Administración Sanitaria-funcionario, o a la sanción penal si se acreditase que ha mediado alguna de las actuaciones tipificadas en el Código Penal en relación con la actuación de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Al tiempo, el hecho de que los pacientes no acudan directamente a la ortopedia situada enfrente del hospital, sino a otras, incluso situadas fuera de la localidad, no puede configurarse per se como resultado de alguna de las conductas tipificadas en el *art. 1*. La recurrente no razona concretamente por qué la actuación de una ortopedia de Almería y otra de Huércal-Overa constituye un abuso de posición dominante, siendo así que falta toda precisión sobre quién y por qué ostenta una posición de dominio en el mercado relevante, en este caso, la atención a los pacientes con problemas que requieren prótesis ortopédicas con receta de la Seguridad Social, en la localidad de Huércal-Overa.

Finalmente, en cuanto a la deslealtad de tales prácticas, aún considerándolas probadas no reunirían los requisitos que establece, para ser constitutivas de una infracción de la *Ley 16/89*, este texto legal en su *artículo 7*, concretamente la afectación del interés público.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado por su conformidad a derecho.

QUINTO.- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el *art. 139 de la Ley Jurisdiccional*, justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

## **FALLAMOS:**

Que debemos admitir y desestimar como desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ORTOPEDIA GUIOTE S. L., contra el Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia dictado el día 1 de septiembre de 2.000 descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el *art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*.

ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.