

RESOLUCIÓN (Expte. r 110/95, Médicos Canarias)

Pleno

Excmos. Sres.:

Alonso Soto, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Soriano García, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 11 de abril de 1995.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Pedro de Torres Simó, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 110/95 (1063/94 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por D. José Margalejo Muro en nombre y representación de la sociedad PREVIASA S.A. de Seguros y Reaseguros contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia de 12 de enero de 1995, por el que se decidió el archivo de las actuaciones que traen causa de la denuncia formulada por el recurrente contra la empresa Aseguradora Islas Canarias S.A. (ASEICA) y contra el máximo responsable de ésta D. Lorenzo Suárez Hernández por prácticas restrictivas de la competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

- 1 D. José Margalejo Muro, actuando en nombre y representación de la sociedad Previaasa S.A. de Seguros y Reaseguros (PREVIASA) presentó el 9 de marzo de 1994 ante el Servicio de Defensa de la Competencia (Servicio) una denuncia contra la empresa Aseguradora Islas Canarias, S.A. (ASEICA) y contra el máximo responsable de ésta D. Lorenzo Suárez Hernández por prácticas restrictivas de la competencia.
- 2 Las relaciones entre denunciante y denunciados son las siguientes, según el denunciante:
 - 2.1 Contrato de comisión y administración (14-XII-79) entre PREVIASA y el Sr. Suárez. Éste era nombrado representante de PREVIASA para Las Palmas de Gran Canaria, operando en nombre de ésta última y se le obligaba a no desarrollar actividad contraria a los

intereses de la compañía. (Existe contrato en el expediente, folios 23 a 25). El Sr. Suárez tenía concertadas, dentro del ramo de asistencia sanitaria, independientemente de sus asegurados individuales y colectivos locales, los colectivos de MUFACE, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) y de la Mutualidad General Judicial (MOGEJU).

- 2.2 PREVIASA y la esposa de D. Lorenzo Suárez suscribieron (4-VI-81) contrato de comisión y administración. (Existe contrato en el expediente, folios 26 a 29)
- 2.3 ASEICA, representada por el Sr. Suárez, y PREVIASA suscribieron un contrato (noviembre 1989) en virtud del cual PREVIASA se comprometía a prestar en todo el territorio nacional, excepto en Las Palmas de Gran Canaria, la asistencia sanitaria a la que ASEICA venía obligada en virtud del concierto que esta última había suscrito con ISFAS. Hay que hacer constar que PREVIASA dice que dejó de suscribir el convenio con ISFAS (folios 30 a 32).
- 2.4 El Sr. Suárez en nombre de ASEICA Y PREVIASA suscribió (20-IV-90) un contrato de coaseguro en cuya virtud ASEICA se comprometía a prestar en Las Palmas de Gran Canaria la cobertura sanitaria a los afiliados de la ONCE, con la que PREVIASA tenía firmado un contrato de asistencia sanitaria para todo el territorio nacional (Folios 22 y 34). ASEICA actuaba como representante de PREVIASA.
- 2.5 El Sr. Suárez, en representación de ASEICA, firma con PREVIASA (28-XI-90) un contrato por el que ASEICA, operando como subconcertada, se compromete a prestar asistencia sanitaria a los afiliados de MOGESU con la que PREVIASA tenía firmado un concierto de ámbito nacional (Folios 35 y 36).
- 2.6 Contrato (10-XI-90) entre ASEICA, representada por el Sr. Suárez y PREVIASA, similar al anterior pero referido a los afiliados de MUFACE.
- 2.7 Al vencer el 31-XII-93 el concierto de PREVIASA con MUFACE, ASEICA suscribió, por su propia cuenta y sin avisar a PREVIASA, un concierto con MUFACE de ámbito nacional, asociándose con otras aseguradoras para dar la cobertura nacional. PREVIASA dice que ASEICA no le notificó esta situación.

- 2.8 PREVIASA acusa a ASEICA de haber iniciado una activa campaña de captación de la cartera de mutualistas de MUFACE de PREVIASA, a su juicio con engaño o limitada información, a fin de que éstos últimos pidieran el cambio de entidad aseguradora. ASEICA envió cartas a los mutualistas (folio 41), publicó anuncios en la prensa (folios 43 a 48) y, a su entender, presionó a los medios para que dejaran de pertenecer al cuadro de PREVIASA. A tal efecto, acompaña cartas de renuncia o exclusión de numerosos colegiados del cuadro médico de PREVIASA, muchas de ellas iguales (Folios 49 a 68), e igualmente envió anuncios de prensa en los que un grupo de especialistas en obstetricia y ginecología señalan que no prestarán asistencia en el cuadro médico de PREVIASA en 1994. (Folios 69 y 70)
- 2.9 PREVIASA señala que como consecuencia de todo ello tuvo una pérdida de 4.246 afiliados de MUFACE, lo que se corresponde con los 4.660 afiliados de ASEICA. El resto de las bajas de PREVIASA en todo el territorio nacional fué de 1604 mutualistas.
- 3 ASEICA contesta señalando que lo sucedido se corresponde con la lógica de mercado, quejándose de los incumplimientos de PREVIASA en pagos y negando actuaciones desleales.
- 4 Tras una larga tramitación de 10 meses y una detallada petición de datos a las empresas interesadas al Servicio, con fecha 12 de enero de 1995 acuerda el archivo de las actuaciones de información reservada del art. 36 que tuvieron su origen en la denuncia de D. José Margalejo Muro, en representación de PREVIASA en función de los siguientes:

CONSIDERANDO que para que exista una infracción del art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia deben darse dos factores; por un lado, la existencia de una posición de dominio por parte de la denunciada y, por otro lado, actos o situaciones que supongan abuso de la misma. Cabe destacar que, en cuanto al primer requisito, cuando se producen los hechos, ASEICA podría tener una posición de dominio en el mercado de las aseguradoras sanitarias privadas de Las Palmas de Gran Canaria con el 44,61% del mismo, seguida de la aseguradora PREVIASA S.A. con el 30,01%, pero no ostenta cuota de mercado alguna entre los mutualistas de MUFACE al no haber suscrito directamente nunca el Concierto hasta 1994 cuando se denuncian los hechos. En cuanto a la realización de prácticas abusivas por parte de ASEICA posiblemente incursas en el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, no pueden considerarse como tales las acciones realizadas para comunicar a los mutualistas de MUFACE el cambio de titularidad en el cuadro médico ni los anuncios aparecidos en la prensa local con el mismo motivo.

CONSIDERANDO que para que pueda aplicarse la prohibición contenida en el art. 7 de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia es preciso que en los comportamientos denunciados concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que sean constitutivos de competencia desleal
- b) Que puedan producir falseamiento sensible de la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional
- c) Que por su propia dimensión provoquen una afectación del interés público.

En el presente caso no se cumple el primer requisito al no quedar acreditadas las prácticas establecidas en los art. 5, 6, 7 y 9 de la Ley de Competencia Desleal.

CONSIDERANDO que no puede establecerse que exista ausencia de buena fe por parte de ASEICA por el simple hecho de no renovar el subconcierto que tenía firmado con PREVIASA S.A., ni por firmar a continuación directamente el contrato con MUFACE máxime teniendo en cuenta que PREVIASA, S.A. había incurrido en retrasos continuados en los pagos de ASEICA y que las comisiones habían aumentado del 2% al 8% en dichas liquidaciones, por lo que no queda acreditada la práctica establecida en el art. 5 de la Ley de Competencia Desleal.

CONSIDERANDO que la vigencia de la relación contractual del Sr. Suarez Hernández, representante de ASEICA, con la entidad PREVIASA, S.A. para atender a los mutualistas de MUFACE expiraba el 31 de Diciembre de 1993 (folio 37) y que a pesar de que el Sr. Suarez Hernández continuaba vinculado como agente de seguros a PREVIASA, S.A., en virtud del contrato de comisión y administración firmado el 14 de Diciembre de 1989, el hecho de haber firmado el Concierto directamente con MUFACE (desde el día 19 de Octubre hasta 15 de Noviembre de 1993) y antes del 31 de Diciembre de 1993, no implica una práctica desleal encuadrable dentro del art. 6 de la Ley de Competencia Desleal al no coexistir ambos contratos y no entrar en vigor el contrato ASEICA-MUFACE hasta el 1 de Enero de 1994 (folios 25, 402 y 407).

CONSIDERANDO que el envío de circulares por parte de ASEICA a los mutualistas de MUFACE en Diciembre de 1993 comunicando que "si quiere seguir siendo asegurado de ASEICA y desea continuar disfrutando el Cuadro Médico de la misma deberá pasar por las oficinas de MUFACE a partir del 1 de Enero de 1994 para solicitar el cambio simultáneamente se refieren "a todos los mutualistas que reciben su asistencia sanitaria a través de esa entidad " y a que en las diligencias previas establecidas por este Servicio, la denunciante y la denunciada, reconocen que los

mutualistas sabían que era PREVIASA, S.A. quien tenía firmado el Concierto con MUFACE y que ASEICA era la compañía subconcertada, no pudiendo por tanto encuadrarse dichas prácticas dentro del art. 6 de la Ley de Competencia Desleal (folios 40, 41, 89 y 455).

CONSIDERANDO que el mensaje que difunde ASEICA en las circulares comunicando a los mutualistas que ha firmado el Concierto con MUFACE debe interpretarse en el sentido de que al cesar ASEICA en la prestación de su Cuadro Médico a PREVIASA a partir 1994, lógicamente dicha circunstancia debería ser puesta en conocimiento de los mutualistas con el fin de que pudieran continuar utilizándolo. Esta conducta que tiende a defender tanto los intereses comerciales de ASEICA como a informar de un hecho a los mutualistas de MUFACE no supone una actuación contraria al art. 7 de la Ley de Competencia Desleal.

CONSIDERANDO que los actos de denigración denunciados por PREVIASA no se dan en la medida en la que en ninguna de las comunicaciones realizadas por ASEICA se hace mención alguna a PREVIASA y por lo tanto no hay ataque a dicha entidad ni denigración alguna, no quedando acreditadas las prácticas establecidas en el art. 9 de la Ley de Competencia Desleal.

- 5 Por escrito de D. José Margalejo, en representación de PREVIASA, registrado en este Tribunal el 7 de febrero de 1995, interpone recurso contra el citado Acuerdo del Servicio.

A solicitud del Tribunal, el Servicio, en su escrito registrado el 20 de febrero de 1995, informa que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo, que el recurrente tiene acreditada representación y reitera su desacuerdo con los argumentos del recurrente en base a los siguientes argumentos:

Por lo que se refiere al primer punto del recurso, el Servicio de Defensa de la Competencia ha estudiado en las diligencias previas establecidas los indicios de prácticas restrictivas de la competencia y ha considerado que no eran suficientes para incoar el expediente mencionado.

Asimismo, la segmentación del mercado en asegurados privados y mutualistas de MUFACE, parece la más idónea para conocer la implantación de cada una de las aseguradoras en estos diferentes mercados y poder apreciar que puede existir posición de dominio en uno de ellos y no en otro, como ocurre en el caso de ASEICA que está subcontratada para atender el segmento de mercado que pertenece a PREVIASA.

En cuanto a la ausencia de buena fe por parte de ASEICA al no renovar el subconcierto que tenía firmado con PREVIASA, S.A. hay que recordar que las relaciones entre ambas compañías se estaban deteriorando desde que PREVIASA incurría en continuos retrasos en los pagos y había aumentado unilateralmente las comisiones de las liquidaciones.

Por lo que se refiere al envío de cartas y a la publicación de anuncios por parte de ASEICA, este comportamiento no debe considerarse como una captación de la cartera de clientes de PREVIASA, sino como la obligación de informar a los mutualistas de MUFACE de que ASEICA no iba a seguir prestando su cuadro médico a PREVIASA a partir del 31 de Diciembre de 1993.

Además, el contrato de agencia que mantiene ASEICA con PREVIASA, no le obliga a renovar el subconcierto con esta entidad por lo que ASEICA puede contratar directamente con MUFACE sin que deba de considerarse que atenta contra los intereses de la compañía con la que mantiene un contrato de agencia. Y, aunque la firma del contrato de ASEICA con MUFACE se realiza en Diciembre de 1993 (tiempo reglamentario establecido por MUFACE para ello) antes de que expire el subconcierto con PREVIASA, no coexisten ambos contratos al no entrar en vigor el primero hasta la expiración del último.

Por otra parte, como se ha dicho anteriormente, no debe de entenderse que el envío de cartas durante el mes de Diciembre -último de la vigencia del subcontrato entre PREVIASA y ASEICA- se trate de "una labor de captación de la cartera de PREVIASA antes de la expiración del contrato", sino de un deber de información a los mutualistas de que ASEICA no iba a seguir prestando su cuadro médico a PREVIASA dentro de un mes.

En cuanto al segundo punto del recurso hay que decir que, si la denuncia se basa en un apoderamiento de la carta era de "clientes" -mutualistas de MUFACE- de PREVIASA por parte de ASEICA, hay que admitir que la cuota de mercado en el segmento en litigio corresponde también a la denunciante y no sólo a la denunciada, por lo que no cabe abuso de posición de dominio alguna.

Por lo que se refiere al tercer punto del recurso, cabe insistir en que los comportamientos de ASEICA no deberían encuadrarse como de apoderamiento de la cartera de clientes, porque es ella misma quien cogestionaba la cartera, por un lado, y, por otro, es su obligación informar a los mutualistas que no va a seguir prestando su cuadro médico el

próximo año.

En cuanto al cuarto punto del recurso, cabe decir que, considerar que el comportamiento del Sr. Suárez Hernández como máximo ejecutivo de ASEICA es ilícito, supone obligarlo a renovar el subcontrato con PREVIASA para atender a los mutualistas de MUFACE, cuando el contrato de agencia que mantiene con esta última no le obliga a ello.

No existe "la explotación de la reputación ajena a costa del prestigio de PREVIASA" como considera el denunciante, si se tiene en cuenta que el cuadro médico y la gestión del mismo la realizaba ASEICA como el mismo recurrente reconoce.

Tampoco existe una ruptura de relaciones sin previo aviso, sino una expiración del subconcierto para atender a los mutualistas del MUFACE, entre demandante y demandado, y una contratación directa de ASEICA con MUFACE.

Al mismo tiempo, es en las diligencias previas establecidas por este Servicio de donde se desprende que el envío de circulares por parte de ASEICA y los anuncios aparecidos en la prensa local no inducen a error, ya que ambas compañías reconocen que los mutualistas sabían que era PREVIASA quien había firmado el concierto con MUFACE y que ASEICA era la compañía subconcertada.

La legalidad de las cartas de los médicos que alega PREVIASA se deriva de la legitimidad de las firmas que no cuestiona el denunciante y no de la tipografía de las máquinas empleadas.

En cuanto al cheque entregado por ASEICA al Club de Comunicaciones hay que decir que éste lo califica de "un obsequio muy positivo" y que lo destina a "diversas actividades del club" sin que pueda considerarse una medida de presión o un soborno (folio 76).

Por lo que se refiere a la inducción a la ruptura contractual entre los médicos y PREVIASA, sólo una de las cartas presentadas reconoce que ASEICA le ha puesto la condición de darse de baja en aquélla para seguir en el cuadro, mientras que en el resto de las cartas presentadas, que no utilizan la misma tipografía de máquina, se declara que "durante más de seis meses sólo he atendido a cinco pacientes de la compañía", o bien "que le incluyen unilateralmente sin consultarlo previamente", o que "he dejado de prestar mis servicios de forma voluntaria", o "no he solicitado ser incluido" (folio 736, 64, 67, 66, 748 y 444)

En cuanto a que ASEICA siga con los mismos logotipos de las especialidades en el cuadro médico impreso en 1994 que en el utilizado en 1991, 1992 y 1993, no debería ser suficiente para considerar que estamos ante un acto de imitación que tiene por objetivo inducir a confusión utilizando una marca propia de otro sujeto, cuando dichos logotipos habían estado cedidos, en los tres últimos años y sin aportar el denunciante el registro de la patente y la cesión temporal de la misma (folio 266 y 169 a 233).

En cuanto al quinto punto del recurso, se vuelve a insistir en los mismos argumentos señalados en el punto primero, por lo que el Servicio de Defensa de la Competencia se remite a lo ya señalado anteriormente.

En cuanto al sexto punto del recurso se afirma que la pérdida de cartera de mutualistas de MUFACE sufrida por PREVIASA se corresponde simétricamente al aumento de la cartera de ASEICA lo que supone un perjuicio económico de 230 millones de pesetas (en el escrito de denuncia eran 207 millones de pesetas) y que "debería de estudiarse de una forma más completa por la cuantía de que se trata". En este sentido hay que señalar que el movimiento masivo de mutualistas obedece al conocimiento que éstos tenían de quién era el titular del concierto con MUFACE - PREVIASA - y quién el subconcertado - ASEICA - como se ha establecido en el primer párrafo de la contestación al recurso.

Por último, respecto al séptimo, octavo y noveno puntos del recurso, hay que señalar una vez más, que en las diligencias previas practicadas no se han encontrado indicios suficientes para proceder a incoar el expediente sancionador correspondiente.

- 6 Por Providencia de 20 de febrero de 1995 el Tribunal nombra Ponente a D. Pedro de Torres Simó, poniendo de manifiesto a los interesados el expediente para formulación de alegaciones.
- 7 Por escrito de 10 de marzo de 1995, D. Lorenzo Suárez en su calidad de representante legal de ASEICA solicita que el Tribunal se sirva confirmar en su día el Acuerdo del Servicio.
- 8 Por escrito registrado el 16 de marzo. D. José Malgarejo, en representación de PREVIASA, reitera los argumentos del escrito de interposición de recurso y propone la práctica de las siguientes pruebas:

DOCUMENTALES

- 1ª) Teniendo por aportado para su consideración, COMO DOCUMENTO UNO, el "Informe sobre valoración actuarial de los

daños y perjuicios causados a la entidad aseguradora PREVIASA, S.A. de Seguros y Reaseguros, por

Aseguradora Islas Canarias, S.A. como consecuencia de la conducta concurrencial de la última de las entidades citadas en la provincia de Las Palmas de Gran Canaria", elaborado por don Eugenio Prieto Pérez, Actuario y Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid. En dicho Informe se valoran actuarialmente los daños padecidos por PREVIASA en 216,125 millones de pesetas (con un intervalo de confianza para la estimación de: mínimo 210,420 millones; máximo 228,080 millones de pesetas).

Con esta prueba se trata de acreditar que efectivamente la conducta de ASEICA le ha producido un daño económico considerable a PREVIASA; su eficacia es indudable al haber sido realizada por uno de los mejores (si no el mejor) especialistas en la materia; y su necesidad deriva de la complejidad de las operaciones matemáticas y estadísticas necesarias para llegar a un resultado lo más objetivo y real posible.

- 2ª) Teniendo por aprobado para su consideración, COMO DOCUMENTO DOS, el original de la carta que el Doctor Avelino Castro envió a PREVIASA, informado de que ASEICA le había puesto como condición para poder trabajar para ella el darse de baja en PREVIASA (copia aportada en el expediente)

Con esta prueba se trata de acreditar que efectivamente ASEICA presionó a los médicos que trabajaban para PREVIASA a fin de que dejaran de hacerlo, prevaleciendo de su posición de dominio del mercado que le permitía "amenazar" con una pérdida importante de pacientes al que no cediese a sus presiones; su eficacia radica en ser un documento manuscrito, de indudable valor como manifestación cierta de voluntad, presionada o no; es necesaria su consideración puesto que hay una tremenda dificultad, por causas evidentes, para conseguir testimonios de dichas presiones.

- 3ª) Teniendo por aportados para su consideración, COMO DOCUMENTOS TRES A TREINTA Y CINCO, los originales de 33 cartas recibidas por PREVIASA, enviadas por distintos facultativos, en las cuales anuncian su intención de dejar de trabajar para dicha entidad aseguradora.

De ellas, las 22 primeras (documentos TRES a VEINTICUATRO) tienen el mismo tipo de letra.

De estas 22 primeras, las 18 primeras (documentos TRES a VEINTE) tienen el mismo tipo de letra, el mismo texto y hasta el mismo formato.

Y de estas 18 primeras, las 7 primeras (documentos TRES a NUEVE) han sido incluso enviadas desde el mismo aparato de fax, como se puede apreciar en su parte superior.

Con esta prueba se trata de acreditar que la conducta de los médicos ha sido dirigida por alguien y por tanto no ha partido de su propia iniciativa; se puede colegir de ella que no es normal tal cúmulo de coincidencias y de ello precisamente deriva su eficacia; resulta del todo necesaria su práctica puesto que pone de manifiesto bien a las claras que hay todo un plan de acoso a PREVIASA, tratando de dejarla sin profesionales de la medicina que trabajen para ella.

- 4ª) Teniendo por aportadas para su consideración, COMO DOCUMENTOS TREINTA Y SEIS Y TREINTA Y SIETE, copias de las cartas enviadas por ASEICA en diciembre de 1993 a los mutualistas de MUFACE. En ellas se puede apreciar, no sólo lo referente al contenido del texto (a lo que ya hemos hecho referencia en nuestros escritos anteriores), sino que el tipo de letra es idéntico al de 22 de las cartas enviadas por médicos a PREVIASA (documentos TRES a VEINTICUATRO).

Esta prueba, junto con la anterior, trata de acreditar, además de lo contenido en su propio texto y que es objeto de la denuncia de esta parte (nos remitimos a lo expuesto en nuestros escritos de denuncia), que todo obedece a un plan concebido y ejecutado desde ASEICA; obsérvese que el tipo de letra coincide con el de la mayoría de las cartas de médicos mencionadas anteriormente; en cuanto a su eficacia probatoria y razones de su necesidad, nos remitimos a lo expuesto en la prueba anterior.

- 5ª) Teniendo por aprobados para su consideración, COMO DOCUMENTOS TREINTA Y OCHO A CUARENTA Y TRES, los originales de las páginas de los periódicos de Las Palmas de Gran Canaria aportados mediante fotocopia en nuestra denuncia inicial, en los que se hacen afirmaciones falsas o incorrectas, que

violentan la buena fe contractual y limitan el derecho a la libre elección de aseguradora por los mutualistas, y que crean confusión en el mercado y denigran a PREVIASA, ocasionándole un grave perjuicio comercial.

Se trata de acreditar la conducta concurrencial de ASEICA, basada en la mala fe, en la creación de confusión, etcétera (nos remitimos nuevamente a todo lo dicho en nuestros escritos de denuncia); su eficacia probatoria radica en su

propia naturaleza (son documentos publicados, de gran difusión, que no ofrecen dudas de su autenticidad) y por ello mismo es necesaria su consideración como prueba.

- 6ª) Teniendo por aportados para su consideración, COMO DOCUMENTOS CUARENTA Y CUATRO Y CUARENTA Y CINCO, los originales de las páginas de los periódicos de Las Palmas aportados mediante fotocopia en nuestra denuncia inicial, en los que un grupo de ginecólogos que se habían comprometido a trabajar, como en años anteriores, para los mutualistas adscritos a PREVIASA, anuncian que ya no prestarán asistencia en dicha compañía.

Con esta prueba tratamos de acreditar, al igual que en pruebas anteriores, que hay un plan preconcebido de acoso a PREVIASA, dirigido y llevado a cabo por ASEICA (curiosamente todos esos ginecólogos que dicen ya no trabajar para PREVIASA lo hacen para ASEICA); en cuanto a su eficacia probatoria y necesidad, nos remitimos a lo expuesto en el punto anterior.

- 7ª) Teniendo por aportados para su consideración, COMO DOCUMENTOS CUARENTA Y SEIS Y CUARENTA Y SIETE, los originales de las páginas de los periódicos de Las Palmas aportados mediante fotocopia en nuestra denuncia inicial, en los que se puede ver cómo se falta a la verdad por parte de un denominado "Sindicato Profesional Médico de Las Palmas", el cual, además, con evidente mala fe, incluye una noticia aparecida en un diario médico la cual hace referencia a un problema suscitado entre PREVIASA y unos ginecólogos catalanes que ya estaba solucionado en el momento de su publicación.

En cuanto a lo que se trata de acreditar con esta prueba, eficacia y necesidad, vale lo dicho en los puntos anteriores.

- 8ª) Teniendo por aportada para su consideración, COMO DOCUMENTO CUARENTA Y OCHO, la copia del anuncio puesto en el Club de Comunicaciones (Correos) en el cual se pone de manifiesto haber recibido un cheque por valor de 100.000 pesetas regalado por la compañía ASEICA en diciembre de 1993 (aportado también en la denuncia inicial).

Con esta prueba se trata de acreditar que ASEICA utilizó la táctica de entregar regalos en metálico sin contraprestación alguna, con el fin de obtener el cambio de entidad aseguradora de los mutualistas adscritos a PREVIASA, de

ésta hacia ASEICA; su eficacia probatoria radica en ser prácticamente una "confesión de parte" (véase incluso que la fecha es la del momento en que se puede efectuar el cambio de entidad, diciembre 93/enero 94); su práctica es necesaria puesto que pocas veces se podrá conseguir un testimonio de parte tan claro como éste, que sin duda se ha debido a una "torpeza" o "falta de discreción".

- 9ª) Teniendo por reproducidos los CUADROS MÉDICOS aportados en el expediente por PREVIASA, en los cuales se puede apreciar cómo ASEICA ha copiado el diseño de los mismos utilizado por PREVIASA.

Con esta prueba se pretende demostrar que ASEICA ha realizado actos de imitación y aprovechamiento de la reputación ajena, su eficacia probatoria radica en que son documentos incontestables y que "hablan por sí solos" puesto que la semejanza es francamente evidente; la necesidad de tener en cuenta esta prueba también resulta evidente: estamos en presencia de una aseguradora, ASEICA, que no sólo realiza actos desleales contra su socia PREVIASA denigrándola y tratando de dejarla inerte en el mercado, sino que además la imita, tanto para crear confusión como para aprovecharse de su reputación y trabajo.

- 10ª) Teniendo por reproducidos el resto de los documentos aportados por PREVIASA en el expediente en cuanto puedan ser de trascendencia para apoyar nuestras afirmaciones.

- 11ª) A fin de que por ese digno Tribunal se solicite de los Servicios de Estadística y Actuariales de UNESPA un Informe en el que se haga constar, entre otros extremos: a) si es habitual que se produzca una caída de cartera como la que se describe en nuestra denuncia;

b) no es habitual que a dicha caída de cartera le siga un aumento de cartera igual o simétrico en otra aseguradora.

Con esta prueba se pretende demostrar que la caída de cartera padecida por PREVIASA no puede obedecer en ningún caso a causas naturales del mercado, sino a una conducta concurrente o desleal de algún competidor; y singularmente del competidor que es simétricamente beneficiado de esa caída de cartera (ya pusimos de manifiesto en nuestra denuncia que la caída de cartera de MUFACE padecida por PREVIASA sólo en la provincia de Las Palmas es superior a la caída de cartera de MUFACE padecida en todo el territorio nacional por todas las demás aseguradoras; y viceversa el incremento de cartera de MUFACE por parte de ASEICA); su eficacia probatoria radica

en que está hecha por quienes son expertos en el manejo de dichos datos y los poseen con exactitud: la patronal que agrupa a las empresas del sector asegurador en España; su necesidad estriba en que quizás no haya otro medio más eficaz que la propia fuerza de los números y la estadística.

PERICIALES

- 1ª) A realizar por un Perito Actuario de Seguros, a fin de que elabore un informe que evalúe económicamente los daños y perjuicios padecidos por PREVIASA como consecuencia de la conducta concurrencial de ASEICA descrita en las actuaciones.

Se trata con esta prueba de acreditar la existencia y cuantía de los daños producidos a PREVIASA por ASEICA, así como contrastar el Informe aportado por esta parte como DOCUMENTO UNO; su eficacia probatoria deriva de la calidad del Perito; y su necesidad estriba en que resulta de vital importancia acreditar no sólo la existencia del daño sino también la cuantía del mismo.

- 2ª) A realizar por un Perito especialista en Documentoscopia, a fin de que elabore un informe que determine: a) si las cartas que se aportan como documentos TRES a TREINTA Y SIETE han podido ser escritas con la misma máquina: b) en caso de no poderse determinar lo anterior, si es normal que un número relativamente tan elevado de cartas (más de 20 enviadas por los médicos), redactadas por personas distintas y en distintas máquinas, coincidan tanto en el texto como en el formato, o cabe más bien pensar que efectivamente se les ha dado un texto único a todas

ellas para que lo copien.

Se trata de acreditar que la conducta de los médicos ha sido dirigida por y desde ASEICA; su eficacia deriva asimismo de la calidad del Perito; y su necesidad estriba en que las propias características del caso impedirán sin duda que los médicos implicados testifiquen con verdad acerca del origen y motivos de conducta.

TESTIFICALES

- 1ª) Mediante el interrogatorio de todos los médicos autores de las cartas que se han aportado, cuyos datos personales constan en las mismas.

Se les debería interrogar acerca de: a) si redactaron ellos mismos esas cartas o se las dieron redactadas; b) si recibieron indicaciones de ASEICA para que las enviaran; c) si la propia ASEICA les proporcionó el texto de las cartas; d) si recibieron presiones de algún tipo por parte de ASEICA para que abandonaran PREVIASA.

- 2ª) Mediante el interrogatorio de los funcionarios de MUFACE adscritos en ASEICA, singularmente los directores de centro o encargados de algún tipo (de Correos, del Ministerio de Educación, de Prisiones, etc.)

Se les debería interrogar acerca de: a) si recibieron visitas, antes de enero de 1994, de empleados de ASEICA que les ofrecieron firmar documentos en blanco para tramitarles el cambio de entidad; b) si esos empleados de ASEICA les dijeron que en caso contrario tendrían problemas de asistencia; c) si recibieron regalos o promesas de regalos para el caso de cambiar en favor de ASEICA.

- 3ª) Mediante el interrogatorio del Director Provincial de MUFACE en Las Palmas de Gran Canaria, al que se le debería interrogar acerca de que si los cambios de entidad aseguradora (suingularmente los que se produjeron para el año 1994 desde PREVIASA hacia ASEICA) fueron solicitados personalmente en las oficinas de MUFACE por cada mutualista interesado, como está legalmente estipulado, o si, por el contrario, eran solicitados por medio de representantes.

- 4ª) Mediante el interrogatorio de los responsables de los medios de comunicación escritos (prensa) en los que aparecieron los anuncios de médicos especialistas en Obstetricia y Ginecología anunciando públicamente que no prestarían sus servicios en PREVIASA. Se les debería interrogar acerca de si dicho tipo de comunicado es usual, y si fue encargado y pagado por algún representante de ASEICA.

CONFESION

De D. Lorenzo Suárez Hernández, cuyos datos personales constan en el expediente, tanto en su calidad de Presidente de ASEICA, como en su calidad de agente de PREVIASA, al que se le debería interrogar acerca de todos los extremos de hecho denunciados en este expediente.

- 10 Por escrito registrado el 21 de marzo, D. Lorenzo Suárez en representación de ASEICA alega que:
- 7.1 Se reitera en lo manifestado ante el Servicio
 - 7.2 Las relaciones contractuales entre PREVIASA y ASEICA datan del 5 de diciembre de 1983, en la que la última sólo operaba en la provincia de Las Palmas y estaba obligada a contratar un coaseguro con PREVIASA, de otra compañía con ámbito nacional, porque MUFACE sólo contrataba con aseguradoras de ámbito nacional. ASEICA ha cumplido sus obligaciones de coaseguro y acusa a PREVIASA de haber incumplido dicho contrato (retraso de pagos, elevación unilateral del canon de participación en el coaseguro del 2% al 8%).
 - 7.3 El contrato de coaseguro caducaba el 31-XII-93 y PREVIASA había abierto una oficina en Las Palmas que empieza a hacer seguros de asistencia sanitaria. Había mostrado su malestar por la subida del coaseguro y PREVIASA se retrasa en sus pagos (adjunta fotocopia del RAI con una deuda de 48 millones a ASEICA). PREVIASA no inició trámites para renovar el contrato de reaseguro con ASEICA. Además rechaza la ausencia de buena fe y la competencia desleal en la captación de clientes.
 - 7.4 Respecto a las relaciones entre el Sr. Suárez y PREVIASA, el primero hace constar que renunció al contrato de agencia (lo que justifica documentalmente) en el 2-XII-82 y rechaza las denuncias de explotación de la reputación ajena, ruptura de relaciones sin

previo aviso acompañada por actos de competencia mientras estaba vigente el contrato. Además rechaza las acusaciones de presionar sobre los médicos para conseguir pactos en exclusiva.

- 11 Con fecha 22 de marzo se registró otro escrito de alegaciones adicionales de D. Lorenzo Suárez en representación de ASEICA. En resumen considera que no hay infracción a la Ley de Defensa de la Competencia sino un cambio en las relaciones de las empresas y que el denunciante puede acudir a los Tribunales ordinarios si considera que ha habido alguna infracción.
- 12 Son interesados la sociedad PREVIASA, S.A. de Seguros y Reaseguros, Aseguradora Islas Canarias S.A. (ASEICA) y D. Lorenzo Suárez Hernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1 El art. 36.2. señala 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 actuaciones". La doctrina reiterada del Tribunal al respecto se recoge en las Resoluciones de 7 de octubre de 1993 y de 9 de octubre de 1992. A continuación se transcribe el primer fundamento de derecho de la primera Resolución citada que resume la posición del Tribunal:

Como cuestión previa conviene realizar algunas precisiones sobre el procedimiento sancionador del Servicio de Defensa de la Competencia, tal como viene establecido en el art. 36 y siguientes de la Ley de Defensa de la Competencia, ya que este recurso plantea cuestiones sobre su naturaleza en las alegaciones del recurrente. El citado art. 36 marca la iniciación del procedimiento por el Servicio de Defensa de la Competencia de oficio o a instancia de parte. En el caso concreto de iniciación por denuncia señala que incoará expediente cuando se observen indicios racionales de conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia. El procedimiento para analizar dichos indicios racionales, en el caso de tener dudas el Servicio, se denomina "instrucción de una información reservada" por el art. 36.2, tras la cual se ha de adoptar por el Servicio de Defensa de la Competencia la decisión de archivar las actuaciones o de incoar el verdadero expediente sancionador de acuerdo con los apartados 3 a 6 del propio art. 36 y por el art. 37 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Este procedimiento previo no es imprescindible en el caso de existencia de indicios suficientes y tiene la virtud de permitir al Servicio de Defensa de la Competencia descartar las denuncias que no tengan fundamento, a su juicio, descargándose de trabajo presuntamente inútil, y es necesariamente sumario, pues de no serlo carecería de sentido ya que se convertiría en un verdadero expediente sancionador, no suponiendo la liberación de recursos humanos y materiales para dedicarlos a los fines que corresponden al Servicio.

Este procedimiento de "instrucción de una información reservada" no sólo es sumario por las razones prácticas que se acaban de reseñar sino porque, al no ser necesariamente contradictorio, podría dar lugar a indefensión de las partes de ser excesivamente prolongado, predeterminando el verdadero expediente sancionador cuyas características y requisitos de público y contradictorio especifica e instrumenta la Ley. Por otra parte, la limitada actividad indagatoria que permite "la instrucción de una información reservada" podría dar lugar a una decisión de archivo por parte del Servicio

de Defensa de la Competencia por no disponer de la información suficiente, tal como se alega en este caso.

Así, la decisión que pone fin a la "instrucción de una información reservada" lleva o abre la posibilidad de un procedimiento contradictorio, tanto si se acuerda la apertura de un expediente, como si se archiva. En este último caso se abre la posibilidad del recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, según lo previsto en el art. 47 de la Ley de Defensa de la Competencia.

- 2 En el presente caso ha tenido lugar una tramitación por un largo período de 10 meses y se ha constituido un amplio expediente de información reservada. En base al mismo el Servicio llega a un Acuerdo de archivo. El procedimiento de información reservada debe centrarse en "la simple constatación inicial sobre verosimilitud de la denuncia en los casos en los que ofrezca dudas sobre su contenido, pero no puede convertirse en un auténtico procedimiento de instrucción" (Resolución de 9 de octubre de 1992). En efecto, la protección efectiva de los derechos del administrado se garantiza por la adecuada aplicación del procedimiento, en este caso el procedimiento contradictorio detallado en el Título III, Capítulo I, Sección Primera de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

El Tribunal se ratifica en su doctrina al respecto. En cualquier caso, el Tribunal insiste en recordar que el procedimiento de información reservada es y debe ser sumario.

- 3 La LDC regula los trámites ante el Tribunal en el caso de recursos contra actos de archivo y en concreto en el art. 48.3 señala que "recibido el expediente lo pondrá de manifiesto a los interesados para que en el plazo de quince días, aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes". Este procedimiento, sin un verdadero proceso probatorio, tal como el regulado por la Ley en el art. 40, se acomoda con la resolución de un recurso en un procedimiento sumario. En este caso, en sus alegaciones ante el Tribunal el denunciante solicita la realización de pruebas, aportando cuantiosa información sobre los aspectos tratados. El Tribunal considera que los documentos y justificaciones aportados se incorporen al expediente, pero las pruebas solicitadas deberían, en su caso, hacerse en la instrucción ante el Servicio.
- 4 Por razones de economía procesal y sin menoscabo de la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución, el Tribunal considera que en el presente caso puede pronunciarse sobre algunos aspectos del expediente, dada la muy amplia aportación de documentación realizada, tanto en la fase de tramitación ante el Servicio como en la fase ante el propio Tribunal.
- 5 El expediente muestra un caso de ruptura de relaciones comerciales entre PREVIASA, por un lado, y ASEICA y D. Lorenzo Suárez Hernández, por otro. El Tribunal estima que no puede pronunciarse sobre la denunciada infracción del art. 6 LDC puesto que no ha habido una delimitación precisa del mercado relevante de la prestación de asistencia sanitaria a través de empresas de seguros en la provincia de Las Palmas de Gran Canaria, ni de las cuotas de mercado de las diversas empresas en el mismo. La delimitación del mercado de los mutualistas de MUFACE, tal como hace el Servicio en el primer CONSIDERANDO del Acuerdo recurrido, no parece justificada a la vista de la documentación aportada en el expediente.

A falta de esta adecuada justificación del mercado relevante y de la eventual posición de dominio difícilmente se puede hacer un pronunciamiento sobre un presunto abuso de posición de dominio.

- 6 Respecto a las prácticas desleales de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Como bien señala el Servicio, para que pueda aplicarse la prohibición contenida en el art. 7 de la Ley 16/1989 de

Defensa de la Competencia en los acontecimientos denunciados han de concurrir las siguientes circunstancias:

- a) Que sean constitutivos de competencia desleal.
- b) Que pueden producir falseamiento sensible de la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional.
- c) Que por su propia dimensión provoquen una afectación del interés público.

El Servicio señala que en "el presente caso no se cumple el primer requisito, al no quedar acreditadas las prácticas establecidas en los arts. 5, 6, 7 y 9 de la Ley de Competencia Desleal" (2º CONSIDERANDO del Acuerdo, véase Antecedente 4). Sin una instrucción contradictoria el Tribunal no puede, salvaguardando los derechos de seguridad jurídica antes citados, pronunciarse al respecto. Ahora bien, el Tribunal puede pronunciarse sobre el apartado c) relativo al interés público, en concreto al

interés público defendido por la Ley de Defensa de la Competencia, esto es, "la defensa de la Competencia... de acuerdo con las exigencias de la economía general... (que) ha de concebirse como un mandato de los poderes públicos que entronca con el art. 38 de la Constitución", como señala la exposición de motivos de la citada LDC.

En concreto, con independencia de la posible vulneración de las normas de la Ley de Competencia Desleal, para que este Tribunal sea competente para juzgar un asunto debe afectar al interés público defendido por la LDC, tal como señala el art. 7 de la propia Ley de Defensa de la Competencia. La ruptura de las relaciones comerciales entre PREVIASA y ASEICA que se describen en este expediente mas bien aumenta la competencia a largo plazo que la disminuye. En efecto, frente a una actuación conjunta entre dos competidores potenciales en un mercado, la ruptura de relaciones provoca una nueva situación caracterizada por la competencia entre PREVIASA y ASEICA. Por ello, prácticamente todas las presuntas actividades desleales denunciadas, en el caso de probarse, no pueden incluirse en este caso en la prohibición del art. 7. LDC. por no ser su objeto contrario al interés público defendido por esta Ley.

Ahora bien, una de las actividades denunciadas sí es potencialmente restrictiva de la competencia. A ella se refiere igualmente el texto del

Acuerdo recurrido como "inducción a la ruptura contractual entre médicos y PREVIASA" por parte de ASEICA.

El Servicio señala que "sólo una de las cartas presentadas reconoce que ASEICA le ha puesto la condición (al médico) de darse de baja de aquélla (se refiere al cuadro médico de PREVIASA) para seguir en el cuadro" (se refiere al cuadro médico de ASEICA). Del conjunto de información y documentos incluidos en el expediente de este comportamiento se desprenden indicios que apuntan a esta inducción a los médicos a abandonar el cuadro de PREVIASA no sea un hecho aislado y, de ser así, sería gravemente atentatorio contra la competencia e incluíble en las prohibiciones del art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia o, en el caso de existir posición de dominio, en los abusos del art. 6. Esta actividad evidentemente, en el caso de darse, trataría de limitar la competencia, al tener como objetivo expulsar a un competidor del mercado, no permitiéndole la disposición de los medios -en este caso, los médicos-para ejercer su actividad de aseguramiento sanitario. Por lo cual afectaría directamente al interés público defendido por la tantas veces citada Ley de Defensa de la Competencia.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

- 1 Estimar en parte el recurso interpuesto por D. José Margalejo Muro en nombre y representación de la sociedad PREVIASA de Seguros y Reaseguros contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia de 12 de enero de 1995, por el que se decretó el archivo de actuaciones del expediente 1063/94 del Servicio.
- 2 Confirmar el archivo en cuanto a las prácticas desleales denunciadas de los art. 5, 6, 7 y 9 de la Ley 3/1991, de 17 de enero, de Competencia Desleal.
- 3 Instar al Servicio de Defensa de la Competencia a que incoe expediente para investigar las prácticas de ruptura contractual buscando la exclusividad entre médicos y compañías aseguradoras.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la presente Resolución.