



COMISIÓN NACIONAL
DE LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN (Expte. R734/08 ASPA/ASEPEYO)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. Maria Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 30 de octubre de 2008

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada y siendo ponente D. Miguel Cuerdo Mir, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R734/08, ASPA/ASEPEYO (2692/06 del Servicio del Servicio de Defensa de la Competencia –en adelante, el Servicio, SDC-), de un recurso presentado por la ASOCIACIÓN DE SERVICIOS DE PREVENCIÓN (en adelante también ASPA) al amparo del art. 47 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), contra el Acuerdo de Sobreseimiento de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de fecha 18 de marzo de 2008, que tuvo su origen en la denuncia presentada por la recurrente contra las MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL (en adelante también MATEPSS) ASEPEYO, MUTUA BALEAR, CEUTA-SMAT, MUTUA EGARA, FIMAC, FRATERNIDAD-MUPRESPA, FREMAP, MUTUA GALLEGA, IBERMUTUAMUR, INTERCOMARCAL, MAC, MAT, MAZ, MUTUAL MIDAD CYCLOPS, MUTUA MONTAÑESA, MUTUA NAVARRA, LA PREVISORA, REDDIS UNIÓN MUTUAL, SAT, SOLIMAT, UNIÓN DE MUTUAS, UNIÓN MUSEBA IBESVICO, MUTUA UNIVERSAL, MUVALE, MUTUALIA Y MUPA, por presuntas conductas contrarias a la LDC como conductas conscientemente paralelas, abuso de posición de dominio colectiva y competencia desleal y utilización indebida de ayudas públicas.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 18 de marzo de 2008 la Dirección de Investigación de la CNC acordó el Sobreseimiento del Expediente nº 2692/06 que tuvo su origen en la denuncia formulada por D. Juan Prats Guerrero, en nombre y representación de la



ASOCIACIÓN DE SERVICIOS DE PREVENCIÓN (ASPA), contra las MATEPSS siguientes: ASEPEYO, MUTUA BALEAR, CEUTA-SMAT, MUTUA EGARA, FIMAC, FRATERNIDAD-MUPRESA, FREMAP, MUTUA GALLEGA, IBERMUTUAMUR, INTERCOMARCAL, MAC, MAT, MAZ, MUTUAL MIDAD CYCLOPS, MUTUA MONTAÑESA, MUTUA NAVARRA, LA PREVISORA, REDDIS UNIÓN MUTUAL, SAT, SOLIMAT, UNIÓN DE MUTUAS, UNIÓN MUSEBA IBESVICO, MUTUA UNIVERSAL, MUVALE, MUTUALIA Y MUPA.

De acuerdo con el Acuerdo de Sobreseimiento, mediante Real Decreto 688/2005, de 10 de junio, se modificó sustancialmente el régimen jurídico aplicable a las MATEPSS, en cuanto Servicios de Prevención Ajenos (en adelante también SPA). Desde 2002 y hasta la plena entrada en vigor del Decreto citado, las MATEPSS denunciadas podrían haber seguido un conjunto de conductas restrictivas de la competencia en el mercado relevante de los servicios de prevención ajenos. Estas conductas quedan resumidas en lo siguiente:

- a) Con cargo a fondos de la Seguridad Social, aplicarlos a personal e inversiones en instalaciones y equipamientos sanitarios y preventivos con el fin de desarrollar las funciones privadas propias de los Servicios de Prevención Ajenos.
- b) Una política de precios en el mercado relevante en la que se ofertaba conjuntamente servicios de prevención con cargo a cuotas de la Seguridad Social y servicios de prevención ajenos de riesgos laborales, permitiéndoles ofertas a precios inferiores a costes reales.
- c) Realización de reconocimientos médicos periódicos con cargo a las cuotas de la SS.
- d) Operaciones comerciales con empresas asociadas fuera de la cobertura de enfermedades y accidentes de trabajo y al margen de su relación asociativa.
- e) Captación de nuevos mutualistas a través de la oferta conjunta de servicios citada en b)
- f) “Atribución legal de una cantidad a fondo perdido, sin contraprestación alguna, con cargo al Fondo de Prevención y Rehabilitación de la Seguridad Social, a favor de los Servicios de Prevención Ajenos de las Mutuas (500 pesetas por trabajador afiliado a 31 de diciembre de 1996), que ha supuesto una ventaja competitiva de la que no han disfrutado las entidades privadas en el sector de la prevención de riesgos laborales”



En su Acuerdo, la Dirección de Investigación de la CNC señala que las partes coinciden en cuanto al mercado relevante y admite que sea *“el de los servicios de prevención ajenos de riesgos laborales en España”*.

En cuanto a la valoración de las conductas, en relación con el artículo 1 LDC, se señala que *“en el expediente no hay pruebas de la existencia de concertación entre las denunciadas”* y que, de los hechos acreditados, se sigue que ha habido un comportamiento que *“no resulta precisamente uniforme”* en relación con el uso de los recursos públicos en las mutuas denunciadas. Recuerda la DI que el propio Tribunal de Cuentas manifiesta que las conductas *“no están provocadas por actuaciones unilaterales de las Mutuas, sino que se derivan del marco normativo instaurado por la Ley de prevención de Riesgos Laborales y su posterior desarrollo reglamentario”*.

En relación con el artículo 6 LDC, la DI señala que el denunciante *“parece referirse a una posición de dominio conjunta o colectiva por parte de las Mutuas. Por tanto, en el mercado de SPA habría que analizar si se da esta posición dominante de las Mutuas”*. Concluye que los factores económicos de correlación entre las empresas afectadas, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, no se dan entre las Mutuas, ni tampoco los terceros las perciben como una entidad colectiva. En lo que se refiere a la doctrina de mercados conexos, considera la DI que la posición en el mercado de aseguramiento de los accidentes de trabajo y enfermedad profesional no ha afectado a la competencia en el mercado conexo de Servicios de Prevención Ajenos, ni se ha acreditado que la competencia se haya debilitado, a la luz del crecimiento exponencial de los operadores privados en dicho mercado.

Finalmente, en relación con la imputación por el artículo 7 LDC, la DI señala que no ha quedado establecida la exigida distorsión del mercado y, por tanto, del interés público. Es decir, que aunque pudiera calificarse de desleal la conducta, no sería susceptible de ser contemplada a la luz de la LDC.

2. Con fecha 1 de abril de 2008 entra en la Comisión Nacional de la Competencia escrito de recurso presentado por la ASOCIACIÓN DE SERVICIOS DE PREVENCIÓN AJENOS (ASPA) contra el Acuerdo de Sobreseimiento de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia del Expediente nº 2692/06, de fecha 18 de marzo de 2008. Somete a la consideración del Consejo de la CNC la revisión del Acuerdo de la DI en lo relativo a los artículos 1, 6 y 7 de la LDC, además de una alegación de *“indefensión o perjuicio irreparable, que lesiona el derecho de tutela judicial efectiva de ASPA, que produce la nulidad del Acuerdo recurrido, al no haberse practicado la prueba solicitada, al haberse fundado el sobreseimiento en documentación declarada confidencial y al analizar y tratar de forma incorrecta las pruebas existentes, deduciendo conclusiones erróneas”*.



Entre las razones esgrimidas por la recurrente, en relación con lo instruido por la Dirección de Investigación, está la posible indefensión o perjuicio irreparable por no haberse practicado determinadas pruebas y haber analizado de manera incorrecta algunas pruebas existentes. Por otro lado, considera la recurrente que el Acuerdo de sobreseimiento está basado en datos que han sido declarados confidenciales, lo que en su opinión *“vicia de nulidad el acuerdo”*. Al hilo de ello solicita al Consejo de la CNC que levante la confidencialidad de los mismos.

Por otra parte, en la concreción de los otros argumentos, considera la recurrente en su escrito que las MATEPS han seguido *“una práctica conscientemente paralela consistente en el incumplimiento reiterado y generalizado de la normativa sectorial que restringe la competencia en el mercado nacional”*, además de un abuso de posición de dominio en el sector de la cobertura de los accidentes de trabajo y de la enfermedades profesionales, que mediante el incumplimiento de la norma les ha permitido reforzar su posición. Además, considera que, aunque no haya prueba directa de concertación, se ha utilizado mal la prueba de presunciones y, para ella, los hechos están suficientemente acreditados. Para la recurrente *“que un 100 por 100 de un sector inaplique la normativa sectorial sólo puede ser el resultado de un paralelismo consciente, derivado de la falta de consecuencias del precitado incumplimiento y de la propia transparencia del sector oligopolista”*.

En relación con la imputación por el artículo 6 LDC y más concretamente el mercado relevante definido, la recurrente considera que la Dirección de Investigación *“yerra en su definición...y a partir de ahí todo el análisis posterior es también erróneo”*.

En lo referente al artículo 7 LDC, a juicio de la recurrente la instrucción se debería haber remitido al artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal y no al artículo 15.1 como ha hecho y, en todo caso, tanto el apartado 1 como el 2 responden según la recurrente al interés del legislador en asegurar *“la par conditio concurrentium”*, si bien el apartado 2 señala que la infracción de la norma implica *per se* una modificación de la posición competitiva del infractor. En cualquier caso, la recurrente reitera que las MATEPSS han competido en el mercado de servicios de prevención ajenos utilizando indebidamente patrimonio público y que, con su actuación infractora de normas, ha roto la *par conditio concurrentium* marcada por la ley.

3. Con fecha 1 de abril de 2008 el Dirección de Investigación comunica al Presidente del Consejo de la CNC que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de diez días establecido en el artículo 47 de la Ley 16/1989, que la representación del recurrente está debidamente acreditada y que el recurrente reitera en su escrito los mismos argumentos expuestos en la fase de instrucción, proponiendo finalmente que se desestime el recurso presentado.



4. Con fecha 11 de abril de 2008, mediante Acuerdo, el Consejo de la CNC pone de manifiesto el Expediente a los interesados y da plazo de alegaciones.

5. Con fecha 30 de abril de 2008 se recibe en la CNC escrito de alegaciones de MUTUA BALEAR en el que *“da por reproducidas las fundadas y razonables argumentaciones contenidas en el mencionado Acuerdo de la Dirección de Investigación que acordó el sobreseimiento de la denuncia”*.

6. Con fecha 5 de mayo de 2008 se recibe en la CNC escrito de alegaciones de UNIÓN DE MUTUAS en el que se señala que la recurrente intenta *“mantener abierta una ‘causa general’”* contra todas las MATEPSS, sin esfuerzo por probar nada de lo que denuncia y cuestionando *“toda la legislación que ha regulado la actividad de las Mutuas como servicios de prevención ajenos”*. Señala a continuación que no hay *“ninguna imputación directa”* a Unión de Mutuas, considerando que un reproche genérico a las MATEPSS no justifica una imputación individual. Recuerda también que fueron las Mutuas las primeras en ocuparse de la prevención mucho antes que la legislación sobre prevención e incluso antes que los Planes Nacionales de los años setenta del siglo pasado. Para Unión de Mutuas, el que en 1995 no hubiera operadores, que no fueran las Mutuas, capacitados para acometer la actividad de la prevención de riesgos y enfermedades profesionales en el mundo del trabajo, hizo que las empresas pudieran cumplir con la nueva legislación, incluso formando personal especializado antes de la existencia de una enseñanza reglada.

Asimismo alega un principio de especialidad, al que están sometidas las Mutuas. Subraya el hecho de operar solamente en materia de servicios ajenos con empresas asociadas. Considera también que la recurrente no ha desvirtuado *“un pormenorizado estudio”* que ha efectuado el Acuerdo de Sobreseimiento de la DI. Entre otras cosas porque el porcentaje de empresas asociadas que en cada Mutua han contratado también los servicios de prevención ajenos no ha superado en ningún caso el 24,5%, porque los conciertos con organismos públicos no han estado directamente relacionados con las Mutuas como entidades colaboradoras, porque las desviaciones en la imputación de costes han sido *“tanto por defecto como por exceso”*, por el Tribunal de Cuentas fue el que dijo que la actuación de las Mutuas venía dada por la propia legislación, porque no hay indicio de posición de dominio de las Mutuas, ni se ha acreditado una ventaja financiera en las inversiones de instalaciones preventivas con cargo a fondos públicos, ni se ha producido distorsión del mercado preventivo. Critica Unión de Mutuas las exigencias de levantamiento de la información declarada confidencial en el Expediente. Tampoco avala la imputación de un comportamiento paralelo contrario a la legislación de competencia por parte de las Mutuas, al considerar que no es cierto ese 100% de seguimiento de un determinado comportamiento.



7. Con fecha 12 de mayo de 2008 se recibe en la CNC escrito de alegaciones de ASPA en el que se reiteran las alegaciones del escrito de interposición de recurso. Además se considera “defectuosa” la instrucción al no haber podido acceder la parte denunciante a “una serie de datos imprescindibles para poder probar las prácticas denunciadas”, considerando que el Sobreseimiento del Expediente se ha fundado en datos de las denunciadas. Para la recurrente, se produce un error por parte de la Instrucción al señalar que el mercado de servicios de prevención ajenos es el mismo que el de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuando los autónomos sin personal contratado “en ningún momento forman parte de este mercado y, además, la legislación actual sólo obliga a contar con un servicio de prevención a las empresas con más de seis trabajadores”.

Por otra parte, alega la recurrente que “muchas de las empresas obligadas a tener un servicio de prevención no contratan un Servicio de Prevención Ajeno”, señalando que de acuerdo con datos de las Encuestas de Condiciones de Trabajo, las MATEPSS “ocupan un 83%” del total de empresas que contratan estos servicios en el mercado de referencia. También alude a un Informe de DBK sobre el peso de las MATEPSS en este sector, así como a un estudio de CVIDA en el que se señala que el % en la facturación de las Mutuas ha pasado del 56% en 2002 al 67% en 2005. Recuerda la recurrente que el mercado de SPA “de las empresas que han organizado un servicio de prevención” ha crecido entre 1999 y 2003, como conclusión de la V Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo. A pesar de lo cual las MATEPSS han mantenido su cuota en cuanto a número de empresas y la han aumentado en cuanto a facturación. Junto con ello, ASPA considera que en su escrito de denuncia solicitó los contratos tipo utilizados por las MATEPSS y los precios aplicados por ellas para SPA y que fueron denegados, volviéndolo a solicitar posteriormente.

Considera acreditado que las MATEPSS utilizan recursos públicos para la prestación de estos servicios y señala que aporta un “estudio propio” en relación con el análisis de los datos del proceso de segregación de las sociedades de prevención en el que se pone de manifiesto los precios “anormalmente bajos” de las MATEPSS que podría estar encubriendo una devolución de cuotas a las empresas mediante estas prácticas utilizadoras de recursos humanos y materiales de la Seguridad Social a coste cero.

En esa línea de supuesta utilización irregular de las instalaciones, enseres y personal con cargo a fondos públicos de la Seguridad Social, a juicio de la recurrente, las MATEPSS, han demostrado un paralelismo en “el incumplimiento de la normativa de compensación de costes” de modo generalizado, lo que les ha permitido trasladar esos “ahorros”, en palabra de la recurrente, a los precios aplicados en el mercado. Señala ASPA que de 13 operadores que incumplieron con la norma en 2002 se pasó a un grupo de 25 operadores que la incumplió en 2003. Si bien reconoce que en 2004 y en 2005 el nivel de incumplimiento se redujo, debido a que “es en el año 2004 cuando comienza el control y la denuncia de los hechos pues el Informe de



Fiscalización Especial del Tribunal de Cuentas se rinde el 26 de mayo de 2005 – tramitándose a lo largo por tanto en el año 2004 y 2005- y el Real Decreto 668/2005, de 10 de junio, que modifica el sistema de prestación de los SPA por parte de las MATEPSS, también se funda en proyectos de normativa que tienen su origen en el año 2004”. Además considera que la introducción de “unos criterios objetivos para determinar el coste de las MATEPSS a la hora de prestar los SPA’s, de una parte reduce la competencia entre las MATEPSS y, de otro, favorece o facilita a los operadores la concertación”.

En lo relativo al artículo 6 LDC, considera la recurrente que las MATEPSS “han mantenido su cuota de mercado en relación con el número de empresas y han aumentado significativamente su cuota de mercado en relación con el volumen de facturación”. En este sentido considera que no vale el argumento de que existe alta expugnabilidad del mercado, como ponen de manifiesto los informes citados por la propia recurrente. Precisamente a juicio de la recurrente es la falta de expugnabilidad la que demuestra “el abuso de posición dominante en un mercado conexo y, de otra, la ventaja significativa que requiere el artículo 7 de la LDC en relación con el artículo 15.1 de la LCD”.

La recurrente pide al Consejo que anule el sobreseimiento de la DI y que, consecuentemente, practique pruebas y solicite documentos como los contratos tipo utilizados por las MATEPSS, los datos de las empresas que hayan contratado los SPA, los precios aplicados por las MATEPSS, que emita testimonio el Tribunal de Cuentas de cuantas resoluciones haya emitido en relación con la fiscalización de los SPA por parte de las MATEPSS. Además solicita la facturación de los SPA de las MATEPSS, así como los mayores clientes.

8. Con fecha 12 de mayo de 2008 se recibe en la CNC escrito de alegaciones por parte 21 MATEPSS interesadas, según relación de la página 174 del Expediente del Consejo. Consideran, en primer lugar, que el derecho a la prueba no es ilimitado y la pertinencia debe ser entendida en el mismo sentido de ser necesaria o decisiva en línea con el Tribunal Constitucional, es decir, en tanto que “pueda afectar a la resolución final del proceso”. Por otra parte, consideran las MATEPSS alegantes que “la actividad probatoria de la Dirección de Investigación ha sido muy intensa y, sin duda, muy superior a la que ha sido considerada suficiente por el Consejo para confirmar el sobreseimiento de otros expedientes sancionadores”. En relación con las inspecciones de la IGSS y su carácter confidencial, las MATEPSS recuerdan el criterio del Consejo señalado en otras ocasiones en el sentido de considerar suficiente que la propia Administración pública compruebe esos extremos. Asimismo muestran su sorpresa porque la denunciante rechace la veracidad de los datos aportados por las MATEPSS, cuando esta prevención no la había puesto de manifiesto antes, y lo hace considerando “que esos mismos datos acreditan que nuestras representadas han cometido distintas infracciones de la LDC”. Por otra parte, consideran que no se



tienen que tener en cuenta los datos y los análisis derivados de la IV Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo, porque se realizó en 1999. Además entienden que tanto la IV como la V Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo tienen importantes deficiencias metodológicas.

Otra cuestión a tener en cuenta es la del mercado relevante, del que se intenta excluir, según las MATEPSS alegantes, *“a las empresas que organizan internamente su propio servicio de prevención”*, de modo que tanto MATEPSS como mercantiles de servicios de prevención ajenos no consideren que eso constriñe sus propias posibilidades competitivas. En relación con los trabajadores autónomos, señalan que *“los datos proporcionados por las Mutuas acerca de su base de mutualistas, considerados por la Dirección de Investigación en la Providencia impugnada, excluyen de su cómputo a los autónomos sin personal contratado en la práctica totalidad de los casos”*.

En cuanto a las infracciones en general de la LDC, las denunciadas alegan que la propia denunciante *“reconoce expresamente la ausencia de prueba directa en el expediente”*. Por otra parte, señalan que *“ni el Tribunal de Cuentas ni el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, han declarado que se haya producido infracción alguna de la LDC ni de ninguna otra disposición legal relevante a los efectos de este expediente”*. Más concretamente, dicen que *“no es de extrañar que la Sección de Enjuiciamiento (órgano decisorio) del Tribunal de Cuentas se haya apartado de las conclusiones del Informe de Fiscalización Especial, evitando reconocer cualquier responsabilidad de las Mutuas investigadas por los hechos investigados por la Sección de Fiscalización”*. Recuerda que en la fase de instrucción se pidió traslado de testimonio del Tribunal de Cuentas en relación con la cuestión de la liquidación y asignación de costes compartidos, en el que el Tribunal de Cuentas señalaba que *“no pueden tener la consideración de alcance, ni, más aún, de supuesto de responsabilidad contable puesto que no se ha producido perjuicio o menoscabo de caudales o efectos públicos”*. También cita lo dicho en la Instrucción del Expediente por la DGOSS, en el sentido de señalar que *“respecto a aquellas sanciones para cuya imposición es competente esta Dirección General por razón de la cuantía, no se ha producido ninguna en relación con la errónea aplicación por parte de las mutuas de los criterios de compensación por la utilización de los medios”*, se entiende de los compartidos con la Seguridad Social.

En relación con la infracción del artículo 1 LDC, las denunciadas señalan que no hay prueba directa de concertación entre las Mutuas, después de que la DI pudiera analizar las actas de las Juntas Generales de todas las Mutuas implicadas entre 2002 y 2005. En relación con las pruebas indiciarias, subrayan que la DI *“ha constatado la disparidad en los comportamientos de las Mutuas”*. En relación con la infracción de la normativa sectorial, no aceptar que se equipare una incorrecta compensación de costes compartidos con infracción de la normativa, pero sobre todo que eso pueda ser



un indicio de una concertación de voluntades, entre otras cosas porque desde su punto de vista ni siquiera hay homogeneidad en los criterios de imputación de ingresos. Por otro lado, consideran la explicación alternativa expresada por la DI en la Instrucción del Expediente cuando señala que los comportamientos son “el ajuste” de cada Mutua a la normativa sectorial y no una práctica conscientemente paralela.

En cuanto al artículo 6 LDC, las Mutuas señalan que *“nada en el expediente hace pensar que una o varias Mutuas se encuentren en tal posición de fortaleza económica en el mercado de Servicios de Prevención Ajena o en la actividad conexas de colaboración con la Seguridad Social en la gestión de las contingencias profesionales”*. Para las Mutuas, en la actividad de colaboración con la Seguridad Social, *“la posición relativa de las distintas Mutuas en esta actividad se sitúa entre el 23,27% y el 0,36% (medida en volumen total de cuotas recaudadas)”*. Por otro lado, en cuanto a SPA, las Mutuas señalan que en este mercado *“varias centenas más de empresas especializadas de carácter privado ofrecen sus servicios en un régimen de plena competencia”*. En cuanto a la dominancia colectiva, las Mutuas señalan que la aplicación del test utilizado por la DI como el test aplicado por el Tribunal de Primera Instancia de la UE en el caso Airtours o en el caso Piau, descartan esa posibilidad. Pero más allá de cualquier test, las Mutuas señalan que *“el propio sentido común dice que es de todo punto imposible garantizar el alineamiento en el tiempo de las conductas de veintiséis entidades competidoras”*.

En relación con el artículo 7 LDC, vuelven a señalar que se oponen a que *“se considere que se ha producido una infracción de la normativa sectorial de prevención de riesgos laborales”*, pero en todo caso no creen que el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal establezca como conducta desleal la infracción de una norma sectorial, citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2007 que exige que la norma que se infringe tenga por objeto la regulación de la actividad concurrencial. Consideran también incorrecta la interpretación de la existencia de una diferencia entre objeto y fin, tanto desde el punto de vista de la jurisprudencia, como de la doctrina del propio TDC. En todo caso, lo dicho excluye la aplicación del artículo 15.2 LCD, en el sentido de que una norma que impone *“algún tipo de coste a los operadores económicos”* no puede ser interpretado sin más como una alteración de la *par conditio concurrentium*. Recuerda que la decisión de reintegrar a la Seguridad Social los 63 millones de euros a los que se alude en la Instrucción y por parte de la recurrente *“anula cualquier ventaja competitiva que para las Mutuas pudiese derivarse de la presunta infracción de la normativa sectorial”*.

9. Con fecha 12 de mayo de 2008 se recibe en la CNC escrito de alegaciones, por separado de MUPA, UMIVALE, MUTUA NAVARRA, MUTUA MONTAÑESA, REDDIS UNIÓN MUTUAL, FRATERNIDAD-MUPRESPA, FIMAC, EGARSAT, MUTUA DE ACCIDENTES DE CANARIAS, ASEPEYO, MUTUA INTERCOMARCAL, IBERMUTUAMUR, MUTUA UNIVERSAL, MUTUALIA,



MAZ, MATT, FREMAP, MUTUAL MIDAT CYCLOPS, SOLIMAT. Todos estos escritos son similares, remitiendo a las alegaciones conjuntas señaladas en el Antecedente anterior y añadiendo datos concretos en el periodo 2002 a 2005 de trabajadores sin personal contratado asociados a cada mutua, el número total de empresas corregido de trabajadores autónomos, el porcentaje de empresas asociadas con SPA. Insisten además en la sorpresa que les produce que ASPA siga considerando insuficientes las pruebas aportadas, que la denunciante no haya aportado un solo dato de mercado y que la internalización de los servicios que descartada para la denunciante como parte de la demanda del mercado de servicios de prevención.

10. Con fecha 10 de julio de 2008 se recibe en la CNC escrito de ASPA en el que dice que ha conocido, *“en el curso del procedimiento penal ante el Juzgado de Instrucción nº 21 de Barcelona”*, al que ya había hecho referencia en sus alegaciones, *“una serie de documentos donde se pone de manifiesto la práctica presuntamente realizada por una determinada MUTUA en relación a la prestación de servicios de prevención ajenos y que, en última instancia, pone de manifiesto la realización de una buena parte de las conductas denunciadas por ASPA”*. En estos documentos *“queda probado ‘nemine discrepante’ la política de extornos efectuada por la meritada Mutua como único medio de igualar los precios ofertados por otras Mutuas y que más que presumiblemente usan el mismo tipo de malas prácticas”*.

11. El Consejo de la CNC resolvió este Recurso en su reunión del día 22 de octubre de 2008.

12. Son interesados:

- ASOCIACIÓN DE SERVICIOS DE PREVENCIÓN (ASPA)
- ASEPEYO,
- MUTUA BALEAR,
- CEUTA-SMAT,
- MUTUA EGARA,
- FIMAC,
- FRATERNIDAD-MUPRESA,
- FREMAP,
- MUTUA GALLEGA,
- IBERMUTUAMUR,
- INTERCOMARCAL,
- MAC,
- MAT,
- MAZ,
- MUTUAL MIDAD CYCLOPS,
- MUTUA MONTAÑESA,



- MUTUA NAVARRA,
- LA PREVISORA,
- REDDIS UNIÓN MUTUAL,
- SAT,
- SOLIMAT,
- UNIÓN DE MUTUAS,
- UNIÓN MUSEBA IBESVICO,
- MUTUA UNIVERSAL,
- MUVALE,
- MUTUALIA
- MUPA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El Consejo de la CNC entiende que lo que se ventila con este recurso es si se ajusta a Derecho el Acuerdo de Sobreseimiento de la Dirección de Investigación en relación con las conductas seguidas por las MATEPSS en el mercado de servicios de prevención ajenos que se desarrolla a partir de 1995 con la obligatoriedad legal de servicios de prevención para las empresas.

Dado que el texto del recurso y buena parte de las alegaciones de las partes, así como el Acuerdo de Sobreseimiento de la Dirección de Investigación de la CNC, remiten a una prolija legislación en materia de prestación de servicios de prevención, ya sea con cobertura de la Seguridad Social o prestados de forma privada a las empresas por parte de MATEPSS o por sociedades mercantiles, es preciso repasar la evolución de esta legislación.

En este sentido, el propio *Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994*, vigente, en el artículo 68, letra b) del apartado 2, señala como parte de las actividades que comprenden la colaboración con la Seguridad Social las de prevención: "*La realización de actividades de prevención, recuperación y demás previstas en la presente Ley. Las actividades que las mutuas puedan desarrollar como Servicio de Prevención ajeno se regirán por lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en sus normas reglamentarias de desarrollo*". De modo que es importante regular correctamente la separación de los servicios de prevención privados de aquellas que caen bajo la cobertura de la Seguridad Social.

La *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales* se desarrolla, en un sentido extenso, lo que protege la Constitución Española de 1978 en su artículo 40.2, cuando dice que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo. En su Exposición de motivos se señala que la misma es el



“*pilar fundamental*” para una política de protección de la salud de los trabajadores de carácter preventivo. Con el propósito de “*fomentar una auténtica cultura preventiva*”.

La Ley 31/1995 contempla como “*instrumento fundamental de la acción preventiva*” la posibilidad de estructurar estas acciones en el seno de la empresa. En el Capítulo IV de la Ley se desarrollan los llamados *Servicios de Prevención*. En concreto, en el artículo 30 apartado 1 señala que el empresario “*designará uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, constituirá un servicio de prevención o concertará dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa*”. Admitiendo como cuarta posibilidad, si la empresa tiene menos de seis trabajadores, que el propio empresario puede asumir personalmente las funciones de prevención siempre que esté de forma habitual en el centro de trabajo y tenga capacidad para ello en función de los riesgos y la peligrosidad de las actividades. Además, en el apartado 6 ese mismo artículo se señala que “*el empresario que no hubiere concertado el Servicio de prevención con una entidad especializada ajena a la empresa deberá someter su sistema de prevención al control de una auditoría o evaluación externa, en los términos que reglamentariamente se determinen*”.

En el artículo 31 se define el *servicio de prevención* como un “*conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores*”. En el apartado 5 de este mismo artículo se señala que “*para poder actuar como servicios de prevención, las entidades especializadas deberán ser objeto de acreditación por la Administración laboral*”. Para señalar a continuación en el artículo 32 que “*las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social podrán desarrollar para las empresas a ellas asociadas las funciones correspondientes a los servicios de prevención, con sujeción a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 31*”.

Es subrayable que la Disposición Adicional Decimotercera de esta Ley señale que “*los recursos del Fondo de Prevención y Rehabilitación procedentes del exceso de excedentes de la gestión realizada por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social a que se refiere el artículo 73 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social se destinarán en la cuantía que se determine reglamentariamente, a las actividades que puedan desarrollar como servicios de prevención las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32 de esta ley*”. A lo que se añadía la Disposición Transitoria Segunda que señalaba que “*en tanto se aprueba el Reglamento regulador de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales, se entenderá que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social cumplen el requisito previsto en el artículo 31.5 de la presente Ley*”.



Por lo tanto, la Ley de Prevención de riesgos laborales de 1995, no establece una obligación legal de separación de actividades de servicios de prevención, más bien al contrario, señala que los servicios de prevención ajenos también podrán ser desarrollados por la MATEPSS con carácter inmediato para sus propias empresas asociadas, por lo que cabe colegir que a partir de los recursos existentes.

A continuación el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, aprobó el *Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en la gestión de la Seguridad Social*. En su artículo 2 se considera MATEPSS a las asociaciones de empresarios que, debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y con tal denominación, bajo la dirección y tutela de dicho Ministerio, colaboran en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales del personal a su servicio, sin ánimo de lucro, con sujeción a las normas del presente Reglamento y con la responsabilidad mancomunada de sus miembros. También *“podrán asumir la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de los que, previa o simultáneamente, asuman la gestión del subsidio por incapacidad temporal...”*.

En el artículo 3 se señala que el patrimonio de las MATEPSS procedente de las cuotas a la SS *“forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y están afectados al cumplimiento de los fines de ésta”*. En el artículo 4 se señala que el Ministerio de trabajo y Seguridad Social *“podrá autorizar a aquellas Mutuas que cuenten con bienes inmuebles integrantes de su patrimonio histórico, destinados a ubicar centros y servicios asistenciales o administrativos para el desarrollo de las actividades propias de la colaboración con la Seguridad Social, la imputación en sus correspondientes cuentas de resultados, de un canon o coste de compensación por su utilización, por el importe y en las condiciones que se fijen por el citado Ministerio, a cuyo efecto se tendrá en cuenta, junto a otras circunstancias que pudieran establecerse, el valor de dichos inmuebles y la finalidad concreta a que los mismos se destinan”*. En el artículo 7 se señala que las MATEPSS repartirán entre sus asociados el importe, entre otros, del coste de los servicios para la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a que se refiere el artículo 13 de este Reglamento”.

En el artículo 13 del Real Decreto citado se introducen los *“Servicios preventivos”*, pero únicamente se dice lo siguiente: *“las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social podrán establecer instalaciones y servicios para la prevención de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y de*



conformidad con el régimen jurídico, económico y de funcionamiento que determinen las disposiciones específicas en la materia”.

En el artículo 66 se regula el uso de los “excedentes”, “una vez cubiertas la provisión y las reservas obligatorias previstas”. Estos excesos se destinarán en un 80% a “*los fines generales de prevención y rehabilitación, debiendo ingresarse por las Mutuas en el Banco de España y en cuenta especial a disposición del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social hasta el 31 de julio de cada ejercicio*”. Será el Ministerio quien finalmente decida el destino de los fondos. Sin embargo, se añade en párrafo aparte en este mismo artículo que “*sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, el citado Ministerio podrá también autorizar la liberación, a las Mutuas que así lo soliciten, de fondos procedentes del 80% de exceso de excedentes que cada una hubiese previamente generado, para destinarlos a la creación o renovación de centros o servicios de prevención y rehabilitación gestionados por aquéllas*”.

En la Disposición Adicional Segunda de este Real Decreto se dice también que se podrán reducir las cotizaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales hasta un 10% “en el supuesto de empresas que se distingan por el empleo de medidas propias y eficaces de prevención, teniendo en cuenta la evolución de la accidentalidad de las mismas. Asimismo, dichas cotizaciones podrán aumentarse hasta un 10% en el caso de empresas que incumplan sus obligaciones en materia de higiene y seguridad en el trabajo, pudiendo llegar hasta el 20% de incremento”.

De este Decreto se sigue que las MATEPSS pueden desarrollar servicios de prevención ajenos y que el régimen concreto para su prestación remite a una norma específica que no está en el propio Decreto. Sin embargo, el texto refleja una práctica en las relaciones entre las MATEPSS y la Seguridad Social al reconocer que mediante sistemas de imputación de costes, las MATEPSS pueden poner parte de su patrimonio privativo a disposición de los servicios de cobertura que tienen previstos con la Seguridad Social.

En este desarrollo legislativo encontramos también el Real Decreto 39/1997 de 17 de enero que desarrolla la Ley 31/1995. Pero tampoco es definitivo en el sentido de desarrollar las normas para el funcionamiento y las condiciones en las que se pueden prestar los servicios de prevención ajenos. En concreto, señala en su artículo 2 que la acción de la empresa en materia de prevención exige la implantación de un plan de prevención de riesgos laborales y su desarrollo (artículo 9) un conjunto de “*recursos económicos precisos*”. También desarrolla las modalidades en cuanto a la organización de esos recursos, entre las que se incluye la posibilidad de recurrir a servicios de prevención ajenos. Estos servicios se desarrollan en el artículo 16 y se señala en el artículo 22 que “*la actuación de las MATEPSS como servicios de prevención se desarrollará en las mismas condiciones que las aplicables a los*



servicios de prevención ajenos, teniendo en cuenta las prescripciones contenidas al respecto en la normativa específica aplicable a dichas entidades". En este Decreto se señala que el Reglamento "constituye legislación laboral". Además en la Disposición transitoria segunda se dice que a las MATEPSS "les será de aplicación lo establecido en los artículos 23 a 27 de esta Norma en materia de acreditación y requisitos".

Así las cosas, va a ser en la Orden de 22 de abril de 1997 del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales donde se encuentra el desarrollo del régimen de funcionamiento de las MATEPSS en las actividades de prevención de riesgos laborales. Arrancando en el artículo 68 de la Ley General de la Seguridad Social y de la Ley 31/1995 y el Real Decreto 39/1997, señala que las MATEPSS "constituyen para los empresarios un medio especializado próximo" y que pueden desarrollar actividades preventivas, tanto las comprendidas en la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la SS como "aquellas actividades correspondientes a las funciones de servicios de prevención ajenos respecto de sus empresarios asociados".

Ahora bien, aunque recuerda la obligación legal de las MATEPSS de mantener diferenciadas estas actividades de prevención, señala en su artículo 2 que "no obstante, las Mutuas podrán hacer uso de las instalaciones y servicios a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto 1993/1995, ...de los recursos humanos dependientes de las mismas y de los fondos a que se refieren los apartados 1 y 3 del artículo 66 del Reglamento General citado". A partir de aquí, la Orden desarrolla el régimen de actividades preventivas "comprendidas en la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales", a través de una planificación obligatoria de las actividades que comprenderán análisis e investigación de causas y factores de accidentalidad y enfermedades, promoción de la prevención, asesoramiento en prevención, formación y divulgación.

Por otra parte, la Orden señala en su artículo 10 que las MATEPSS "podrán utilizar los profesionales y empleados dependientes de las mismas para el desarrollo de las funciones como servicios de prevención", que cuando coinciden con los medios humanos a disposición de la cobertura de contingencias y prestaciones de Seguridad Social, "deberán imputar a las cuentas que soporten los gastos de las actividades como servicios de prevención, la cuantía equivalente al coste de su utilización en la proporción que resulte de la dedicación de los mismos a estas actividades". En otro apartado de este mismo artículo establece los mismos requisitos cuando se trata de instalaciones y equipamientos de utilización simultánea. La Orden dice que no puede ir en detrimento de las prestaciones a la SS, que la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social velará por ello y que "se velará por que la organización de las actividades preventivistas de las Mutuas no resulte desnaturalizada por el desempeño de otros cometidos atribuidos a las mismas". Para ello se establece en la



Disposición transitoria primera que para su acreditación como servicios de prevención las MATEPSS podrán presentar *“la totalidad de los medios humanos y materiales con los que hubieran venido desarrollando sus actividades en esta materia, sin que ello genere más imputaciones de gastos que los correspondientes a los medios efectivamente utilizados”*, pero que tendrán un plazo de un año para adoptar las medidas que den cumplimiento a lo previsto en ese artículo.

Como modo de diferenciación de unas actividades de otras y como elemento básico de imputación de costes, se señala en el artículo 13 que la contabilidad se realizará de modo que *“permita conocer con precisión los resultados inherentes a tales actividades”* y señala que *“se establecerán los criterios y fórmulas técnicas para distribuir los costes de los efectos humanos, bienes, servicios o suministros utilizados conjuntamente por varias actividades o programas”*, que serán dictadas por la Intervención General de la Seguridad Social.

Finalmente, la Disposición transitoria segunda señala que *“la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social acordará la entrega, a favor de las MATEPSS que hayan obtenido la acreditación provisional, con cargo al 80% de exceso de excedentes a que se refiere el artículo 73 de la Ley General de la Seguridad Social, de la cantidad que resulte de aplicar 500 pesetas por cada trabajador protegido por la Mutua el último día del año 1996, para su aplicación a la ejecución del proyecto que determinó la acreditación provisional para su actuación como Servicio de prevención”*.

Por lo tanto, el regulador reconoce un régimen concreto de actuación para las MATEPSS cuando actúen como operadores en el mercado de servicios de prevención ajenos, permitiéndolas utilizar recursos destinados inicialmente a servicios de cobertura de la Seguridad Social, mediante la introducción de un sistema de imputación de costes para ello.

Posteriormente, la Orden de 22 de abril de 1997 será desarrollada por la Secretaria de Estado de Seguridad Social, mediante Resolución de 22 de diciembre de 1998, en la que se determinaron los criterios a seguir en relación con la compensación de costes prevista en el artículo 10 de la citada Orden. En el dispositivo primero de la Resolución se dice que las MATEPSS que *“deseen utilizar los medios humanos y materiales, adscritos al programa de actividades de prevención de la entidad en la cobertura de las contingencias de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, habrán de imputar el coste de dicha utilización a las correspondientes cuentas de gastos de su patrimonio privativo”*. Mientras que su dispositivo segundo se señala que el importe de dicha compensación queda fijado

“en el mayor de los importes resultantes de la utilización de los criterios que se especifican a continuación:



- a) *El 85 por 100 de la suma de los importes facturados y pendientes de facturar a las empresas asociadas, que correspondan a ingresos imputables al ejercicio por las actividades de prevención llevadas a cabo por la mutua en cumplimiento de los conciertos que, de acuerdo con las normas establecidas al efecto, se hubieran formalizado con aquéllas. Dicho cálculo se efectuará antes de la aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido.*
- b) *El valor obtenido de multiplicar el coste/hora del ejercicio, del personal técnico cualificado o facultativo que realice funciones de prevención comprendidas en la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, por la suma de los tiempos mínimos de dedicación de dicho personal técnico en el ejercicio, en función de los conciertos suscritos con las empresas”*

El sistema de utilización de recursos e imputación de costes de los servicios de prevención por parte de la MATEPSS no se modifica de modo sustantivo hasta una Resolución de 28 de diciembre de 2004 de la Secretaria de Estado de la Seguridad Social, justificado en *“la supresión de la posibilidad de realizar reconocimientos médicos con cargo a cuotas de la Seguridad Social, así como la evolución que ha experimentado la utilización por las Mutuas de medios adscritos a la colaboración en la gestión de la Seguridad Social para sus actividades como servicio de prevención ajeno”*. Considera tanto improcedente la aplicación del primero de los criterios como compleja *“la fórmula a utilizar para la aplicación del segundo criterio”* y reconoce que esto *“lo hizo prácticamente inviable”*. No obstante reitera la posibilidad de utilización conjunta de medios y su imputación en función del uso, de modo que en el dispositivo Primero señala que las Mutuas que *“utilicen para el desarrollo de actividades correspondientes a los servicios de prevención ajenos [...] medios humanos y materiales adscritos al desarrollo de las actividades preventivas comprendidas en la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, habrán de imputar el coste de dicha utilización a las correspondientes cuentas de gastos de su patrimonio privativo”*. En concepto de compensación por la utilización compartida se satisfará a la Seguridad Social, para el caso de gasto de personal, por el número de horas dedicadas a servicios de prevención ajenos, de acuerdo al personal presupuestado total en el programa de Higiene y Seguridad en el Trabajo. Cuando se trate de imputar gastos relacionados con inmuebles, si éstos son del patrimonio histórico de la Mutua, se estará a lo establecido en el Real Decreto 1993/1995. Si el patrimonio es de la Seguridad Social, se establece una compensación sobre la base del 6% del valor catastral y un porcentaje de dedicación a los servicios de prevención ajenos. Criterios parecidos para el resto de gastos. En la Resolución se señala como Disposición transitoria que para el año 2004, a cuenta de la compensación definitiva se satisfará a la Seguridad Social el 55% de los ingresos devengados por facturación derivada de los contratos



suscritos por las Mutuas como servicios de prevención ajenos. A la vez se deroga la Resolución de 22 de diciembre de 1998

En una posterior Resolución de 25 de febrero de 2005 de la Intervención General de la Seguridad Social se desarrolla el sistema operativo contable que permite aplicar la Resolución de 28 de diciembre de 2004, así como los sistemas de regularización de compensaciones y de diferencias que afectan al patrimonio de la Seguridad Social o al patrimonio histórico de las MATEPSS por la utilización de sus recursos para actividades de prevención tanto de cobertura general como de servicios ajenos.

Un cambio regulatorio más profundo es el Real Decreto 688/2005, de 10 de junio, que regula el régimen de funcionamiento de las MATEPSS como servicio de prevención ajeno. En este Real Decreto se reconoce que la Orden de 22 de abril de 1997 *“procedió, con carácter provisional, a delimitar ambas actividades, y autorizó la utilización de los medios personales y materiales afectos a los fines de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social para el desarrollo de esta nueva actividad privada, si bien condicionada al abono a la Seguridad Social de un canon como contraprestación”*. Ahora bien, reconoce también que ha introducido un obstáculo que dificulta las tareas de control de dichas entidades en su condición de colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social y recoge que en los informes del Tribunal de Cuentas y la Intervención General de la Seguridad Social *“se ha señalado la restricción a la libre competencia que supone la actuación de las mutas, en tales condiciones”*. Señala *“la inexistencia de un desarrollo reglamentario del artículo 32 de la Ley 31/1995”* y la necesidad de precisar la diferencia entre servicios de prevención desarrollado por la MATEPSS en el ámbito de la SS y los servicios de prevención ajenos, de carácter voluntario.

Por ello, el RD citado plantea una modificación del artículo 13 del Reglamento general aprobado por RD 1993/1995. Lo denomina ahora *“Actividades preventivas”* y en el mismo se señala que las MATEPSS podrán desarrollar actividades preventivas *“a favor de las empresas asociadas y de sus trabajadores dependientes y de los trabajadores por cuenta propia adheridos...en los términos y condiciones establecidos en el inciso primero del artículo 68.2.b) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social”*. A continuación señala que *“de estas actividades...quedarán excluidas aquellas obligaciones que los empresarios deban desarrollar a través de alguna de las modalidades de organización de la actividad preventiva, en cumplimiento de lo establecido en la Ley 31/1995”*. A lo que se añade un apartado 2 en el que se dice que *“las funciones que las mutuas puedan desarrollar como servicios de prevención ajenos para sus empresas asociadas son distintas e independientes de las actividades reguladas en el apartado anterior y se regirán por lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales”*. Para que las MATEPSS puedan desarrollar actividades de prevención ajenos, podrán elegir entre crear una sociedad anónima o de responsabilidad limitada



y la creación de una organización específica, dentro de la mutua, e independiente *“de la correspondiente a las funciones y actividades de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social”*.

En el caso de que se decidan por una sociedad mercantil de prevención independiente *“deberá disponer de la organización, las instalaciones, el personal propio y los equipos necesarios para el desarrollo de la actividad”*, pudiendo subcontratar sus actividades de prevención ajena. Si se decanta por una organización específica dentro de la MAPEPSS, entonces *“la organización específica destinada a tal fin deberá disponer de las instalaciones, el personal y el equipo necesarios para el desarrollo de las funciones y actividades del servicio de prevención, sin que pueda utilizar los medios humanos y materiales e inmateriales adscritos a la colaboración en la gestión de la Seguridad Social”*, llevando contabilidad separada.

En la Disposición transitoria primera señala que las MATEPSS *“deberán optar por adaptar el desarrollo de dicha actividad a lo dispuesto en el artículo 13.2 del Reglamento general sobre colaboración en la gestión de la MATEPSS...o por cesar en dicha actividad”*. Con dos opciones, una sociedad de prevención independiente o una organización específica en la propia MATEPSS.

En la Disposición transitoria segunda se dice que las MATEPSS que opten por constituir una sociedad de prevención, deberán segregar de acuerdo con el artículo 13.1 del Reglamento de 1995. Después de inventariar –instalaciones, equipos y relaciones laborales- y realizar balances, la Intervención General de la SS emitirá informe *“determinante”* y el Ministerio de Trabajo *“dictará la correspondiente resolución”*. Pero se da *“un plazo máximo de tres años”*, a partir de la escritura de segregación, en el que pueden seguir utilizando los bienes muebles e inmuebles y derechos adscritos a la colaboración en la gestión de la Seguridad Social. Al cabo de esos tres años, el Ministerio de Trabajo, *“excepcionalmente”*, podrá autorizar un plazo adicional de dos años *“siempre que concurren circunstancias que así lo aconsejen”*. En cualquier caso, en el apartado 5 de esta Disposición transitoria se dice que *“hasta que concluya el proceso de segregación y cesión a la sociedad de prevención previsto en esta disposición transitoria, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social podrán seguir desarrollando su actividad como servicio de prevención ajeno en los términos actuales, utilizando de forma transitoria los medios humanos, materiales e inmateriales adscritos al programa de actividades de prevención de la entidad en la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social; igualmente, se mantendrá la correlativa obligación de imputar a las cuentas que soporten los gastos de las actividades como servicio de prevención el coste de su utilización, conforme a los criterios, términos y condiciones establecidos en la Orden de 22 de abril de 1997”*.



En la Disposición transitoria tercera, se regula la segregación cuando se opta por un organización específica, se tienen que cumplir los requisitos de una nueva sociedad de prevención, excepto en que el proceso de segregación tiene el plazo máximo de un año, desde la fecha de aprobación, señalando que *“una vez agotado dicho plazo, las mutuas no podrán utilizar para el desarrollo de las funciones correspondientes a los servicios de prevención los medios humanos y materiales e inmateriales adscritos a la colaboración en la gestión de la Seguridad Social”*.

Revisada toda esta legislación, para este Consejo ha sido una cascada de leyes, reales decretos, órdenes ministeriales y resoluciones ministeriales la que ha ido regulando las condiciones de utilización de los recursos asignados inicialmente a servicios cubiertos por la Seguridad Social y ofertados por las MATEPSS como agentes colaboradoras. Esto ha permitido que las MATEPSS pudieran utilizar esos recursos materiales y humanos adscritos a actividades de colaboración con la Seguridad Social, como queda explícito en los mecanismos de imputación y liquidación de costes imputables a estas actividades. Si bien, como puso de manifiesto el Informe del Tribunal de Cuentas, al que se refiere este Consejo en el Fundamento Segundo, al estar afectada esta regulación de provisionalidad, complejidad y poca precisión contable y económica en los criterios, han podido producir situaciones no deseables que el regulador no ha eliminado hasta 2005; por ejemplo, mediante la obligación de separación física y jurídica de las actividades de servicios de prevención ajenos por parte de las MATEPSS, tal y como aparece en el Real Decreto 688/2005.

SEGUNDO. El Consejo de la CNC entiende que el recurso de ASPA, así como su denuncia inicial, parten del Informe del Tribunal de Cuentas denominado *“Informe de Fiscalización Especial de las actividades de colaboración en la gestión de la Seguridad Social de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en materia de prevención de riesgos laborales, durante los ejercicios 2001, 2002 y 2003”*, aprobado el 26 de mayo de 2005.

Por ello, parece razonable, repasar también lo más destacable de este Informe desde la perspectiva de su relevancia a la hora de valorar correctamente la pretensión de la recurrente. En el Informe del Tribunal de Cuentas se señala que *“en términos reales, se ha producido un crecimiento espectacular de los gastos e ingresos agregados de los Servicios de Prevención Ajenos”* de las MATEPSS. Además, observa como en los ejercicios *“2001, 2002 y 2003, no se ha producido una separación real y efectiva de los medios materiales y humanos que las Mutuas han dedicado a cada uno de los dos tipos de actividades”*, y concluye que se habría producido *“una desviación de fondos públicos hacia actividades desarrolladas en régimen de competencia con la iniciativa privada”*. Sin embargo, el Informe reconoce también que la causa pudiera estar en la existencia del modelo de compensación de costes al utilizar instalaciones, equipo e instalaciones derivados de servicios de gestión en colaboración con la Seguridad Social, así como en el diseño de las dos alternativas de imputación de



costes, la del 85% de los ingresos de los Servicios de Prevención Ajenos facturados y el otro sobre criterios más técnicos de acuerdo con la Resolución de 22 de diciembre de 1998 de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

En este sentido, aunque el Tribunal de Cuentas considera que el segundo es técnicamente muy complejo y de difícil aplicación, entiende que muchas mutuas aplicasen el primero (aunque no de forma generalizada, como se pone de manifiesto en los porcentajes citados en el Informe). Para el Tribunal de Cuentas, al utilizarse más el 85% de los ingresos como criterio de compensación, *“con independencia del volumen de gastos que soporte la Seguridad Social, se ha garantizado a los Servicios de Prevención Ajenos de las Mutuas un determinado porcentaje de beneficio, circunstancia que vendría a constituir un primer factor que ha contribuido a la generación de beneficios en el patrimonio privativo de las Mutuas, beneficios que podrían calificarse de atípicos al no derivarse de la explotación de los referidos Servicios de Prevención Ajenos”*. También señala el Tribunal de Cuentas en la página 31 de su Informe que otro de los resultados de su análisis han sido *“las grandes divergencias entre los criterios utilizados por cada una de las Mutuas para obtener el cálculo de la compensación de costes a la Seguridad Social”* y la ausencia de *“instrucciones complementarias”* para garantizar la homogeneización.

El Tribunal de Cuentas concluye que *“la compensación de costes que se ha hecho al patrimonio de la Seguridad Social por parte del patrimonio privativo de las Mutuas ha sido insuficiente”* y, en este sentido, *“la Seguridad Social habría estado financiando actividades preventivas de los Servicios de Prevención Ajenos de las Mutuas en un porcentaje que podría situarse en torno al 38% del total de gastos imputables a esta actividad”*. Por tanto, encuentra graves deficiencias en el cálculo de compensación de costes y señala que *“en el plazo más breve posible”*, el Ministerio de Trabajo deberá proceder a *“la revisión del cálculo de la compensación económica realizada, con motivo de la utilización de los medios materiales y humanos de la Seguridad Social, por sus Servicios de Prevención Ajenos”*. Junto con ello señala el Tribunal *“la ausencia de expedientes sancionadores de las posibles infracciones administrativas cometidas por las Mutuas”*.

El Tribunal de Cuentas a partir de la página 34 de su informe (página 87 del informe del SDC) obtiene un conjunto de conclusiones que afectan al marco de defensa de la competencia en el sector de las entidades especializadas en prevención de riesgos laborales y considera un conjunto de *“hechos presuntamente constitutivos de prácticas restrictivas de la competencia y de abuso de posición dominante”* y de competencia desleal, realizados por las Mutuas. Sin embargo, el Tribunal de Cuentas concluye que *“en todo caso, debe destacarse que los hechos enumerados en los puntos anteriores no están provocados por actuaciones unilaterales de las Mutuas, sino que se derivan del marco normativo instaurado por la Ley de Prevención de*



Riesgos Laborales y su posterior reglamento, lo que aconseja la reforma de, al menos, este último, a juicio de este Tribunal de Cuentas”.

Finalmente, el Tribunal de Cuentas realiza una serie de recomendaciones como la separación real y efectiva de los dos tipos de actividades preventivas, la garantía jurídica de la separación física, económica y contable a través de un “ente instrumental” independiente de la Mutua, además de una reforma que evite el tipo de hechos señalados en los párrafos anteriores, en la que habría que contar con la prohibición de utilización de medios de la Seguridad Social.

Dado que el Informe señalaba posibles imputaciones de costes que pudieran suponer una utilización indebida del patrimonio y de los recursos de la Seguridad Social, la Dirección de Investigación, como se pone de manifiesto en los folios 7030 a 7047 del Expediente de Instrucción, pidió toda la información correspondiente a las actuaciones posteriores del Tribunal de Cuentas. Como resultado se incorporan tres autos y sus correspondientes certificados -de fecha 17 de mayo de 2007- de la Sección Enjuiciamiento Departamento 2º del Tribunal de Cuentas en relación con tres MATEPSS (Ibermutaumur, Fremap y Mutua Balear). Estos autos tienen su origen, según los *Hechos* descritos en los mismos “*en relación con las irregularidades detectadas por este Tribunal en la justificación de determinadas subvenciones y que fueron puestas de manifiesto en el Informe de Fiscalización de los ejercicios 2001 a 2003 sobre Actividades de Colaboración en la gestión de la Seguridad Social de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en materia de prevención de riesgos laborales*”. En los *Razonamientos Jurídicos* de los tres casos se dice “*no haber lugar a la incoación del juicio contable cuando de las actuaciones instructoras, resultare de modo manifiesto e inequívoco la inexistencia de responsabilidad contable por alcance y dado que en los hechos objeto de las actuaciones previas aparecen debidamente justificadas...estos hechos denunciados no pueden tener la consideración de alcance ni, más aún de supuesto de responsabilidad contable puesto que no se ha producido perjuicio o menoscabo de caudales o efectos públicos*”. Por lo que se dispone en los autos referidos “*no haber lugar a la incoación del procedimiento de reintegro por alcance*”.

Los autos citados traen causa en el Informe de Fiscalización ya referido, pero también en las Actuaciones Previas realizadas por la Instrucción de la Sección de Enjuiciamiento del propio Tribunal de Cuentas. En este sentido, en el expediente del SDC entre los folios 7204 y 7210 se incorpora una de estas Actas de Liquidación Provisional en relación con una de las MATEPSS denunciadas.

Entre los Hechos que señala la Instrucción del Tribunal de Cuentas se ponen de manifiesto dos cuestiones distintas. Por una parte, el cálculo de las compensaciones de costes a la Seguridad Social por la utilización de sus medios materiales y humanos



por parte de las MATEPSS. Por otra parte, la depuración de la responsabilidad contable que pudieran derivarse de esos errores de liquidación a favor de la Seguridad Social. En relación con lo primero, se reconoce la existencia de una compensación mayor a la Seguridad Social por parte de las MATEPSS, al liquidar esos derechos por otro método alternativo, tal y como se señalaba en la normativa al respecto. Pero en relación con lo segundo se señala que *“hay que partir de un dato incuestionable cual es la dificultad aplicativa de la fórmula de compensación contenida en la repetida Resolución de 22 de diciembre de 1998...ha sido claramente reconocida por la Administración de la Seguridad Social, dada la complejidad del apartado segundo, letra b, de la Resolución que desarrolla el artículo 10 de la Orden Ministerial citada, de 22 de abril de 1997”*. Por eso señala la Instrucción del Tribunal de Cuentas a continuación que *“no parece razonable que una norma administrativa que resulta de muy difícil aplicación de acuerdo con lo manifestado por la propia Administración de la Seguridad Social genere indicios de responsabilidad contable por alcance con respecto a la actividad de las MATEPSS”*. Concluye la instrucción que no se dan los requisitos *“para generar responsabilidad contable de alcance”*.

TERCERO. A la vista del desarrollo legislativo y regulatorio en los mercados de los servicios de prevención y de los principales argumentos de la recurrente, soportados en el Informe referido del Tribunal de Cuentas, este Consejo tiene que entrar a entender del fondo del asunto en relación con las supuestas infracciones de la LDC cometidas por las MATEPSS.

Más concretamente, en relación con Artículo 1 LDC, la recurrente señala y argumenta en su escrito de recurso la existencia de una concertación tácita basada en conductas conscientemente paralelas por parte de las MATEPSS que restringen la competencia en el mercado de servicios de prevención ajenos.

Desde esta perspectiva, el Acuerdo de Sobreseimiento de la DI señala que no se han encontrado pruebas de la existencia de concertación, ni en la documentación aportada por la denunciante, ni en el examen de la publicidad de las MATEPSS, ni en las actas de las Juntas Generales.

Este Consejo coincide con la Dirección de Investigación en su valoración. Es muy importante subrayar que, dado el origen de la denuncia y los indicios apuntados en la misma, lo relevante para este Consejo es que el Tribunal de Cuentas, en su Informe tantas veces referido, señalara no tanto la valoración de unos hechos desde la perspectiva de la defensa de la competencia, como el propio conjunto de hechos o indicios que permitieran su valoración posterior por parte de la CNC. Es a partir de los mismos cuando la DI, después de una larga instrucción, llega a concluir que en ningún caso el comportamiento de las diferentes MATEPSS revela un acuerdo o un comportamiento paralelo.



Para el Consejo, la DI ha concluido correctamente que la prueba de presunciones no permite concluir en una posible concertación, sobre todo, porque los hechos que deberían estar suficientemente acreditados para desarrollar esta prueba no se dan. Más bien al contrario, el propio Tribunal de Cuentas señala “criterios diferentes para determinar el montante de ingresos” y la Intervención General de la Seguridad Social se expresa en parecidos términos cuando señala múltiples deficiencias en el método de cálculo y las disparidades de criterio utilizado por diferentes MATEPSS. No cabe sino volver a subrayar que el Tribunal de Cuentas ha mantenido en su Informe que los hechos denunciados son consistentes con una respuesta unilateral de las mutuas ante el marco normativo. De acuerdo con lo señalado por la DI en su Acuerdo, *“esos comportamientos no son fruto de un acuerdo, práctica concertada o conscientemente paralela con el fin de acabar con la competencia, sino del ajuste de la actuación de cada entidad a la normativa sectorial”*.

Este Consejo, después de analizada la legislación aplicada al caso, y como ya se ha señalado, observa que es la regulación sobre servicios de prevención la que ha permitido que las MATEPSS pudieran proveer el Servicio de Prevención Ajeno (en adelante también SPA), utilizando los recursos con los que atendía sus labores de colaboración con la Seguridad Social, no solamente en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sino también en materia de servicios de prevención cubiertos por la Seguridad Social. No hay que olvidar que la legislación que se desarrolla a partir de 1995 también incorpora un conjunto de servicios de prevención con cargo a las cuotas de la Seguridad Social que evoluciona con el tiempo, al que lógicamente tenían que hacer frente las MATEPSS como entidades colaboradoras.

En cuanto a los indicios, la recurrente subraya como argumento más poderoso de las conductas paralelas el hecho de que, en 2003, fueron 25 de 29 las MATEPSS que tuvieron que regularizar cuentas con la Seguridad Social, y que todas ellas compensaron costes por exceso. Sin embargo, este Consejo comprueba que ese resultado no es válido para 2002, 2004 y 2005, que son años de parecida regulación a la del año 2003, habiendo incluso regularizaciones por defecto en estos últimos años. En todo caso, estos resultados se pueden explicar en la propia actividad de la Intervención General de la Seguridad Social, contrastando sus propios criterios de imputación de costes e ingresos con los criterios utilizados por las MATEPSS. De modo que, a partir de una norma, calificada en los informes del Tribunal de Cuentas y en los de la Intervención General de la Seguridad Social como de compleja y capaz de introducir inseguridad jurídica, en cuanto a su aplicación y resultados, no parece extraño que los desfases se produjeran, sin mediar *“una concordancia de voluntades”* en el sentido de la aplicación que se podría dar al artículo 1 LDC. Lo raro en estas condiciones hubiera sido que estos desfases no hubieran existido o que la Seguridad Social no los hubiera detectado. En todo caso, ni el comportamiento es generalizado en el tiempo, ni la ventaja sobrevive a las inspecciones públicas.



Por otra parte, el Fundamento Primero de esta Resolución pone de manifiesto una regulación de carácter provisional orientada a asegurar la prestación de los servicios de prevención ajenos por aquellos que en 1995 estaban en disposición de ofertarlos con carácter inmediato y, por ello, se les permite en los desarrollos reglamentarios posteriores que utilicen aquellos recursos físicos y humanos asignados inicialmente a otras funciones o a funciones de prevención bajo cobertura de la Seguridad Social. Lo que aleja la presunción de una posible ilegalidad por ese uso compartido. Es cierto que el Tribunal de Cuentas, el propio regulador, y posteriormente el legislador en 2005, reconocen efectos no deseados en el sistema, pero también es cierto que no hubo una especial concreción en cuanto a las condiciones de uso. Además, los sistemas de imputación se limitaron a dos alternativas, una de las cuales era especialmente compleja, a pesar de lo cual fue utilizada solamente por una parte de las MATEPSS y con resultados desiguales en términos de regularización.

CUARTO. En relación con el artículo 6 LDC, el Consejo coincide con el Acuerdo de la Dirección de Investigación en que ninguna mutua individualmente considerada tiene una cuota elevada en los mercados de servicios de prevención ajenos o de accidentes de trabajo y enfermedades laborales, como ha puesto de manifiesto la Instrucción del expediente. Por otro lado, desde el punto de vista de la competencia, se podría plantear, tal y como señala la recurrente, la posible posición de dominio colectivo del conjunto de MATEPSS en relación con los otros operadores.

Una buena explicación de la estructura de estos mercados obliga a remitirse a los folios 12912 vta. y 12913 del Acuerdo de Sobreseimiento, en los que se pone de manifiesto que, en 2002, mientras todas las MATEPSS estaban acreditadas en las cuatro especialidades preventivas, solamente el 39,81% de las SPA mercantiles lo estaban, aunque había 224 mercantiles que tenían tres de las cuatro especialidades más comunes –Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial y Ergonomía y Psicología Aplicada- y una de ellas lo estaba en la cuarta especialidad, Medicina del Trabajo. Es decir, que no todos los operadores eran capaces de ofertar los mismos servicios de prevención a las empresas potencialmente demandantes de los mismos.

En cualquier caso, en relación con la posición de dominio colectiva en el caso que nos ocupa, hay que señalar que la jurisprudencia y la doctrina apuntan a la concurrencia de varios supuestos. Entre ellos, que estemos en presencia de una estructura de mercado de tipo oligopolista, también que exista algún elemento estructural que una a las Mutuas entre sí y que ayude a explicar determinados comportamientos coordinados en el mercado, además de que el mercado perciba a las mismas como una “entidad colectiva”. El Consejo está de acuerdo con la DI cuando concluye que no hay dominancia colectiva porque no se dan los factores de correlación entre las mutuas, ni los terceros las perciben como una entidad colectiva. Efectivamente, no ha quedado probado en ningún momento un comportamiento



coordinado, puesto que no se puede tomar como indicio de tal cosa que en un determinado año la mayoría de las MATEPSS realizaran una imputación incorrecta de costes en relación con los recursos de la Seguridad Social utilizados en los servicios de prevención ajenos, que posteriormente la Intervención General de la Seguridad Social se encargaría de imputar y liquidar correctamente, en proporciones en principio diferentes para diferentes mutuas.

Por otra parte, el que solamente un porcentaje relativamente pequeño de los asociados utilice los servicios de prevención ajenos de la propia mutua y, sobre todo, que esos porcentajes sean muy diferentes entre mutuas, como ha puesto de manifiesto la DI, además de que el regulador limite el ámbito de los servicios de prevención ajenos de la mutua a sus propios asociados y no al conjunto de asociados a mutuas, genera unas asimetrías que hace poco plausible la hipótesis de la dominancia colectiva.

Pero, además, otros datos apuntan a una estructura sectorial de oferta más compleja, como se pone de manifiesto en otro estudio citado por la recurrente y realizado por la Asociación para el cuidado de la calidad de vida y el Instituto de Biomecánica de Valencia, del que se sigue que en 2005 el porcentaje de empresas que tenían un SPA contratado con mutuas -80%- era superior al que correspondía a la cuota de facturación de las mutuas -67%-. De hecho, el estudio citado por la recurrente de DBK, señala que la facturación de las mutuas entre 2000 y 2006 había pasado de 124 millones de euros a 470 millones de euros, mientras que la facturación de las mercantiles lo había hecho desde los 106 millones de euros a los 330. A ello se añade también que las mercantiles dedicadas a ofertar servicios de prevención ajenos hayan pasado de un número de 300 a una cifra de 700 y también, como señala la DI en su Acuerdo, que entre las veinte primeras entidades en importancia en el mercado de prevención, diez sean ya mercantiles y no mutuas. Por lo que se trata de incrementos considerables, que eliminaría un efecto evidente de exclusión a partir de una coordinación de comportamientos basados en una supuesta dominancia colectiva por parte de las MATEPSS.

QUINTO. En relación con la infracción del artículo 7 LDC invocado por la recurrente y, más concretamente, a la necesidad de asegurar "*la par conditio concurrentium*", se argumenta en el recurso que las MATEPSS han competido en el mercado de servicios de prevención ajenos utilizando indebidamente patrimonio público y que, con su actuación infractora de normas, ha roto esa *par conditio concurrentium* marcada por la ley. No se debe olvidar que fue finalmente la Intervención General de la Seguridad Social, después de auditar a las MATEPSS, la que decidió que el montante total de esos años por desajustes de imputación de costes por servicios de prevención ajenos fuera de 63 millones de euros, eliminando de este modo la potencial ventaja inicial derivada de una imputación errónea de costes. Por



lo que la regularización posterior habría operado a favor del restablecimiento de la invocada *par conditio concurrentium*.

A mayor abundamiento, el propio Tribunal de Cuentas en su Informe ya subrayó la dificultad de aplicación correcta de la legislación existente, lo que haría especialmente difícil concluir de un modo inequívoco en que se ha seguido un comportamiento desleal. En estos casos la duración tan prolongada de la *"incertidumbre jurídica"*, que se ha mantenido apenas sin cambios sustantivos hasta el Decreto de 2005 citado en el Fundamento Primero, como ha señalado el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de ocho de mayo de 2008, juega a favor de las denunciadas.

SEXTO. En otro orden de cosas, la recurrente argumenta en su escrito de recurso y en sus alegaciones posteriores una situación de indefensión. La falta de concreción de la denuncia inicial la achaca la recurrente a las obligaciones mínimas de hacer públicas la actividad y las cuentas de las MATEPSS y remite como fundamento de la denuncia al Informe del Tribunal de Cuentas y al Real Decreto 688/2005. A partir de estas circunstancias, ASPA solicitó al SDC una información reservada, una investigación domiciliaria y diferentes pruebas como precios por SPA de las MATEPSS, empresas que han contratado estos servicios con las MATEPSS, ofertas realizadas por las MATEPSS en relación con estos servicios, etc. A juicio de la recurrente, la Instrucción del SDC *"obvia toda solicitud de información relativa a los contratos y a los precios"* y considera que así es imposible probar que unas supuestas prácticas son ilegales. Por eso, entre otros motivos, recurre el acuerdo de sobreseimiento del Servicio, *"para que el Consejo de la Comisión de la Competencia practique u ordene practicar las pruebas solicitadas por ASPA, algunas de ellas mediante investigación domiciliaria"*, porque *"son la única manera de poder acreditar que las MATEPSS, además de haber utilizado fondos públicos (aspecto que está acreditado), han aplicado dichos recursos para aplicar precios anormalmente bajos en el mercado de los servicios de prevención ajena"*.

La recurrente también señala su situación de indefensión en la medida en que el Acuerdo de Sobreseimiento se ha fundamentado en una documentación declarada confidencial, a la que no ha podido tener acceso.

Efectivamente, el Servicio declaró confidencial todas las auditorias realizadas por la Seguridad Social a las MATEPSS, así como la relación de los clientes, públicos y privados, de las mismas. Frente a esta decisión del SDC, ASPA ya presentó recurso al Consejo de la CNC, quien resolvió con fecha 26 de octubre de 2007 que esta confidencialidad era un acto de trámite bien fundamentado y que no imposibilitaba la continuación del procedimiento, a la vez que recordaba la doctrina del antiguo TDC en relación con estas cuestiones, señalando que si fuera preciso, el Consejo podría



312

levantar la confidencialidad de manera expresa, una vez concluida la fase de instrucción.

No obstante, en el Acuerdo de Sobreseimiento lo único que señala la DI es que del análisis de esos documentos confidenciales no se sigue una práctica concertada entre las MATEPSS, sino, más bien al contrario, criterios diferentes en la aplicación de la normativa que lleva a una regularización generalizada de liquidaciones con la Seguridad Social, pero también distinta en cada caso. Por lo tanto, no se trata en lo fundamental de que la recurrente conozca la documentación, sino de que la Administración compruebe, mediante esa documentación confidencial y desde la perspectiva de los posibles indicios, y por las razones de interés general que justifican la existencia de la legislación de defensa de la competencia, que de la información sistematizada de las auditorías, no se puede confirmar el posible indicio de concertación. Pero más allá de las referencias concretas de qué MATEPSS eran las auditadas, que ha quedado en la confidencialidad de parte del expediente, la DI solamente cita literalmente en su Acuerdo algunas de las conclusiones que ha extraído la Intervención General de la Seguridad Social cuando auditó a estas mutuas, subrayando que no se sigue un criterio común en la imputación de costes, sino más bien lo contrario.

Por lo tanto, lo que parece claro es que, de los hechos que pudieran fundamentar la denuncia, no queda probado que por parte de las denunciadas se siguiera un comportamiento ilícito y esta conclusión no exige el uso de una documentación confidencial sino que deriva del propio razonamiento y de la información contenida en los propios Fundamentos de Derecho de esta Resolución. En todo caso, no se podría haber producido indefensión porque la información confidencial a que se refiere la recurrente no ha servido para imputar o sancionar una conducta, sino precisamente para justificar la no imputación.

En definitiva, el Consejo de la CNC entiende que el Acuerdo de Sobreseimiento de la Dirección de Investigación en el presente expediente se ajusta a Derecho y no cabe sino desestimar el recurso de ASPA y confirmar el citado Acuerdo.

Vistos los preceptos legales citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

Único. Desestimar el recurso de la ASOCIACIÓN DE SERVICIOS DE PREVENCIÓN AJENOS contra el Acuerdo de Sobreseimiento de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 18 de marzo de 2008, que tuvo su origen en la denuncia presentada por la recurrente contra las



COMISIÓN NACIONAL
DE LA COMPETENCIA

MATEPSS ASEPEYO, MUTUA BALEAR, CEUTA-SMAT, MUTUA EGARA, FIMAC, FRATERNIDAD-MUPRESA, FREMAP, MUTUA GALLEGA, IBERMUTUAMUR, INTERCOMARCAL, MAC, MAT, MAZ, MUTUAL MIDAD CYCLOPS, MUTUA MONTAÑESA, MUTUA NAVARRA, LA PREVISORA, REDDIS UNIÓN MUTUAL, SAT, SOLIMAT, UNIÓN DE MUTUAS, UNIÓN MUSEBA IBESVICO, MUTUA UNIVERSAL, MUVALE, MUTUALIA Y MUPA, por presuntas conductas contrarias a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que es definitiva en 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 su notificación.