

RESOLUCIÓN (Expte. Mc 24/97 Ambulancias Gerona)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Fernández López, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Berenguer Fuster, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 17 de diciembre de 1997

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Bermejo Zofío, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente MC 24/97 Ambulancias Gerona, iniciado por la propuesta hecha por el Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio), a instancias de la Asociación Provincial de Empresas de Ambulancias de Gerona (APEAG) con la finalidad de que el Tribunal tome medidas cautelares en el expediente que sigue el Servicio con el nº 1.090/94 contra la Cruz Roja Española denunciada por la APEAG por competencia desleal.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 6 de septiembre de 1995 el Director General de Defensa de la Competencia admite a trámite la denuncia que había formulado la Asociación Provincial de Empresas de Ambulancias de Gerona (APEAG) contra Cruz Roja Española (Asamblea Provincial de Gerona) e incoa expediente por los hechos denunciados, constitutivos de competencia desleal a juicio de la denunciante y que consisten en la utilización de ambulancias para efectuar un transporte público sanitario para el que carecen de la necesaria autorización administrativa, así como en utilizar para la práctica del referido transporte personal voluntario, subvenciones y otro tipo de ayudas de que disfruta Cruz Roja.
2. El Servicio sobresee el expediente. Recurrido el sobreseimiento, el Tribunal estima el recurso interesando del Servicio la investigación de la clase de personal que utiliza la Cruz Roja en sus ambulancias y el análisis de la

conducta de Cruz Roja desde el punto de vista de la competencia, al menos en Cataluña.

El Servicio realiza la investigación interesada e incoa expediente. La denunciante solicita que el Servicio proponga al Tribunal la medida cautelar consistente en que ordene a Cruz Roja Española la cesación del transporte de referencia que Cruz Roja realiza mediante contraprestación, en especial los transportes que identifica y enumera y, en general, todos aquellos transportes, individualizados o personales, por los que perciba una contraprestación económica concreta o por los que aplique una tarifa.

El Servicio no acepta la petición de la denunciante porque la medida solicitada puede causar un perjuicio irreparable tanto al sujeto pasivo (Cruz Roja) como al interés público, al dejar desabastecido el mercado de servicios de que se trata. En su lugar propone, de oficio, y sin prestación de fianza por la beneficiaria, la medida siguiente:

Ordenar a la Cruz Roja Española que se abstenga de competir con empresas privadas en los concursos para la obtención de contratos de transporte sanitario programado de las instituciones de salud públicas o privadas, al amparo de autorizaciones de transporte privado complementarias.

3. Recibido el Acuerdo del Servicio y copia del expediente en la situación en que se encontraba hasta el momento, el Tribunal nombra Ponente y pone de manifiesto a las partes la documentación recibida para alegaciones. En el plazo -ampliado- concedido se reciben las de la denunciante y la denunciada. La APEAG no insiste en su petición inicial y se adhiere a la propuesta del Servicio; la Cruz Roja se opone haciendo una serie de prolijas alegaciones referidas, más que a la procedencia de la medida cautelar propuesta, a cuestiones que debe decidir la resolución definitiva del expediente, alegaciones que se pueden resumir en: que la cuestión que ahora se discute ha sido ya decidida por sentencia firme en la jurisdicción civil declarando que la conducta que se imputa a la Cruz Roja no es constitutiva de competencia desleal; que Cruz Roja tiene autorizaciones tácitas o implícitas para realizar el transporte que se le objeta y que además tiene pedida expresamente autorización, existiendo un proyecto de Real Decreto y otro de Orden Ministerial para resolver el problema; que Cruz Roja tiene capacidad legal para realizar este tipo de transporte después de las innovaciones introducidas en su normativa reguladora por el Real Decreto 415/1996, de 1 de marzo y la Orden de 4 de septiembre de 1997; y que la falta de autorización para el transporte constituiría una simple irregularidad administrativa no imputable a ella misma. En suma, que no se da el supuesto legal de competencia desleal que se le imputa (Art. 15 Ley

de Competencia Desleal). Y que además no existe "periculum in mora" ya que los contratos que pueda celebrar en el futuro serían rescindibles, e indemnizables los posibles daños causados, mientras que el perjuicio que la medida causaría a la Cruz Roja sería "inmenso" al quedar inactivas las ambulancias que destina a este transporte y en situación de despido el personal que las atiende.

4. El Tribunal deliberó y falló la propuesta del Servicio en el Pleno celebrado el día 2 de diciembre de 1997.
5. Son interesados:
 - La Asociación Provincial de Empresas de Ambulancias de Gerona (APEAG).
 - La Cruz Roja Española.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El Art. 45 LDC permite al Servicio proponer, y al Tribunal adoptar, medidas cautelares "para asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte". Esta finalidad legitimadora de las medidas exige precisar, como punto de partida, el posible contenido de la resolución que terminará el expediente, contenido que viene delimitado por el Art. 46 LDC, según el cual la primera declaración que debe hacer la resolución es la de existencia (o inexistencia) de una práctica prohibida. La afirmación de la posible existencia de la práctica es un juicio provisional que ha de hacerse a la vista del material probatorio que hasta el momento se haya aportado al expediente (Art. 72.1 Ley 30/1992) y de las alegaciones de las partes, y para el que basta con que exista una apariencia (fumus), una razonable probabilidad de que las conductas denunciadas, y por las que se ha abierto expediente en el caso, son ciertas y constituyen una infracción de la LDC. Es un juicio semejante al que lleva a ordenar la incoación del expediente (según la interpretación que ha prevalecido del Art. 36.2 LDC frente a los Arts. 14.2, 17 y 18 del Reglamento del Servicio) incoación que el Art. 45.1 exige expresamente para que el Servicio pueda proponer las medidas. La incoación del expediente principal supone, pues, una presunción de la existencia del "fumus boni iuris" o, quizá mejor, "fumus delicti commissi", porque el Tribunal declara la existencia de infracciones y no de derechos subjetivos como hace el juez civil.

Además de declarar la existencia de la práctica, la resolución final ordenará su cesación, para la que el Tribunal puede señalar un plazo (Art. 42.2.a.). Y, en su caso, la remoción de los efectos, así como la imposición de multa (Art. 46.2.c. y d.).

Delimitado el probable contenido de la resolución final, habrán de precisarse las razones por las que se teme que la inevitable demora en adoptarla pone en peligro su eficacia ("periculum in mora"), así como la idoneidad de las medidas propuestas para evitar aquel peligro, asegurándose de este modo la operatividad de la resolución final.

2. En el caso en examen la denunciante acusa a Cruz Roja de dedicarse al transporte remunerado de personas en ambulancia sin contar con la necesaria autorización y desde la situación de privilegio que supone el contar con diversos tipos de ayudas públicas de las que los miembros de la Asociación denunciante carecen. En la Resolución del Tribunal que revocó el sobreseimiento de la denuncia se interesaba del Servicio la investigación de un tipo singular de ventaja competitiva -la utilización de personal no retribuido para el manejo de las ambulancias- y se hacían diversas consideraciones sobre la posible existencia de un "fumus" suficiente para incoar expediente (FD 7). El resultado de la investigación realizada por el Servicio, que consta en el expediente, parece confirmar aquellas consideraciones del Tribunal y ha llevado a la apertura del expediente. El requisito del "fumus" está, pues, suficientemente acreditado.
3. En relación con el "periculum in mora", la resolución final ordenará a Cruz Roja que cese en su práctica infractora, esto es, que deje de realizar con sus ambulancias transportes remunerados de personas; no parece, sin embargo, que quepa una orden de remoción de los efectos de la práctica distintos de la indemnización de daños, la cual no es competencia del Tribunal (Art. 13.2).

A la vista de este contenido, no se aprecia qué obstáculos impiden el que, en su día, la Resolución se ejecute y despliegue su plena eficacia. Ciertamente cuanto antes se dicte la Resolución, más eficaz será; pero este aumento de eficacia que se daría siempre que la práctica continúe realizándose al abrir el expediente y que llevaría a que la orden de cesación de la conducta -como medida cautelar- acompañara siempre al acuerdo de incoación del expediente (recuérdese que si se incoa es porque hay fumus) no es la que el Art. 45 contempla con carácter general: habla de "asegurar" y no de "aumentar" o "adelantar" la eficacia de la resolución final; y exige que las medidas adoptadas sean las "necesarias" para ello, limitando así la concepción tradicional del ejercicio de esta facultad de la Administración (mantenida por el Art. 72.1 Ley 30/1992) que permite al órgano decisor tomar las medidas que "estime oportunas". La supresión de la discrecionalidad que ha efectuado la LDC obliga a una rigurosa fundamentación de la relación de causalidad entre la medida a adoptar y el efecto a conseguir, lo que en definitiva supone que, además de la demora inherente a la adaptación de la resolución final, debe existir un obstáculo

específico e identificado que pone en peligro la eficacia de la resolución, que se torna infructuosa y que es el que la medida remueve.

Alega el Servicio, en justificación de la medida propuesta, que "existe peligro en la demora ya que, de esperar a la resolución definitiva del Tribunal, ésta podría perder su eficacia. En efecto, si la Cruz Roja continúa firmando convenios con organismos públicos y privados y ofertando transporte sanitario presuntamente ilegal, causaría un daño irreparable al resto de operadores del sector que perderían mercado frente a una institución que no parece autorizada a competir con ellos".

Pero una cosa son los perjuicios (a los competidores) que la demora podría ocasionar y otra la eficacia de la resolución futura. Los perjuicios que la conducta denunciada causa a los denunciados o al mercado (el Art. 45.1.a. no precisa) justifican una específica medida, como es la orden de cesación de la conducta denunciada (Art. 45.1.a), que fue justamente la medida pedida por la denunciante y no aceptada por el Servicio. Pero no las medidas atípicas, como la inhibitoria propuesta de oficio.

Por otra parte, con la prohibición de contrataciones futuras no se soslaya el daño actual que están sufriendo los denunciados, que consiste en que Cruz Roja les ha sustraído una clientela que sería suya y que Cruz Roja explota y seguirá explotando. Situación que continuará inalterada si Cruz Roja no ganase los concursos en los que se le prohíbe participar -y no hay datos en el expediente para afirmar que Cruz Roja vaya a conseguirlo- y que sólo aumentaría cuantitativamente si los ganase y consiguiese nueva clientela.

Es decir, que privar a la Cruz Roja de la posibilidad de participar en concursos futuros asegura a los competidores que no ganará más concursos; pero queda la incertidumbre de lo que hubiera ocurrido si Cruz Roja hubiese participado, por lo que es dudosa la "necesidad" de la medida incluso para evitar un "perjuicio irreparable" a los denunciados. En cambio, el perjuicio que causa a Cruz Roja el privarla de la oportunidad de concursar es cierto; pero, al no ser cuantificable económicamente por la incertidumbre de si Cruz Roja habría ganado algún concurso, no es, por tanto, reparable; carácter que no pueden revestir las medidas cautelares (Art. 45.6).

Teniendo en cuenta, además, que la medida afecta indiscriminadamente a la actividad de Cruz Roja en todo el territorio nacional, siendo así que ni su actividad ni los mercados en que opera ni los convenios suscritos con las distintas administraciones son iguales en los distintos territorios, el Tribunal ha decidido no aceptar la medida propuesta por el servicio.

Por último, si la Cruz Roja no acredita el cumplimiento de los requisitos legalmente exigibles para realizar su actividad no podrá resultar adjudicataria en los concursos para la obtención de contratos de transporte sanitario programado, a salvo de que los contratantes de sus servicios los resuelvan incumpliendo el ordenamiento vigente, circunstancia que no puede prejuzgarse anticipadamente por el Tribunal. Además, de producirse tal circunstancia los concursos podrían ser impugnados ante la jurisdicción competente.

En este sentido adquiere plena virtualidad el Fundamento de Derecho Octavo de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Girona, ratificada por la de la Audiencia Provincial, cuando afirma que "de haberse detectado por las administraciones suscribientes el incumplimiento de este requisito por parte de la Cruz Roja, más que una ventaja le hubiera supuesto un perjuicio al haber podido quedar fuera del concurso y ser desestimada su propuesta, posibilidad ésta que no ha sido meditada por la actora".

Por todo ello el Tribunal

RESUELVE

Declarar que no procede adoptar la medida cautelar propuesta de oficio por el Servicio respecto de Cruz Roja Española.

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