

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

SENTENCIA N°:

Fecha de Deliberación: 17/02/2009
Fecha Sentencia: 18/02/2009
Núm. de Recurso: 0000327/2006
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 03278/2006
Materia Recurso:
Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilma. Sra. : D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Demandante: AMBULANCIAS CARBALLIÑO, S.L., AMBULANCIAS AS BURGAS, S.L., AMBULANCIAS RIBADAVIA, S.L. Y AS BURGAS COOPERATIVA DE AMBULANCIAS ORENSANAS

Procurador: D^a MARÍA ISABEL CAMPILLO GARCIA
Ltrado:
Demandado: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Codemandado: AMBULANCIAS XINZO, S.L.

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA: EXPEDIENTE SANCIONADOR POR PRACTICAS COLUSORIAS DEL ART. 1.1 LDC de 1989; REPARTO DEL MERCADO EN LA PROVINCIA DE ORENSE, EN EL AMBITO DEL TRANSPORTE EN AMBULANCIA.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000327/2006
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03278/2006
Demandante: AMBULANCIAS CARBALLIÑO, S.L., AMBULANCIAS AS BURGAS, S.L., AMBULANCIAS RIBADAVIA, S.L. Y AS BURGAS COOPERATIVA DE AMBULANCIAS ORENSANAS

Procurador: D^a MARÍA ISABEL CAMPILLO GARCIA

Demandado: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Codemandado: AMBULANCIAS XINZO, S.L.
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D. JOSÉ MARÍA DEL RIEGO VALLEDOR
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a dieciocho de febrero de dos mil nueve.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 327/2006, se tramita a instancia de las entidades **AMBULANCIAS CARBALLIÑO, S.L., AMBULANCIAS AS BURGAS, S.L., AMBULANCIAS RIBADAVIA, S.L. Y AS**

BURGAS COOPERATIVA DE AMBULANCIAS ORENSANAS, representadas por la Procuradora D^a María Isabel Campillo García, y como codemandada la entidad **AMBULANCIAS XINZO, S.L.**, representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, sobre **prácticas colusorias prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 139.500 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 28 de julio de 2006, este recurso respecto de los actos antes aludidos; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo: *"que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tenga por formalizada en tiempo y forma la demanda y, en su día, dicte sentencia por la que se estime el presente recurso y, en consecuencia: 1. Declare la nulidad de la Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la competencia de 5 de junio de 2006, por el que se acordó sancionar a mis representadas, reconociendo el derecho de mi representada a ser indemnizada en los daños y perjuicios causados cuyo importe se fijará en ejecución de la sentencia o que, subsidiariamente, declare la reducción de las sanciones pecuniarias impuestas. 2. Declare la plena conformidad a Derecho de la Agrupación de Ambulancias de Orense, AIE. 3. Imponga las costas del proceso al Tribunal de Defensa de la Competencia.*

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"que tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho."*

3. En fecha 29 de enero de 2008 contestó a la demanda el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de la entidad codemandada, Ambulancias Xinzo, S.L., en cuyo escrito terminó suplicando: *"Se tenga por presentada la presente contestación a la demanda, y se desestime la misma, con imposición de costas al actor (tanto las del TDC como las de mi representado)."*

4. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba del recurso, siguió el trámite de Conclusiones a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones en tiempo y forma.

5. Mediante providencia de 22 de septiembre de 2008 se señaló para votación y fallo el día 16 de diciembre de 2008, quedando en suspenso el señalamiento por medio de providencia de fecha 10 de diciembre del mismo año, teniendo conexión el objeto del presente Recurso con el 314/06, seguido en esta Sección, para, una vez concluidas las actuaciones en este recurso, se señalara nuevamente para votación y fallo; quedando, finalmente, señalado para votación y fallo, por medio de providencia de 5 de febrero de 2009, para el 17 de febrero de 2009.

6. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (Expediente nº 595/05 Ambulancias Orense) de 5 de junio de 2006, por la que se resuelve el expediente sancionador incoado como consecuencia de la denuncia formulada por Ambulancias Xinzo, S.L., ahora codemandada, contra la Agrupación de Ambulancias de Ourense (AIE) "*por presunta concentración económica que impide la competencia por reunir a todas las empresas de traslado sanitario de enfermos en ambulancias, que operan en la Provincia de Orense*".

En concreto la resolución administrativa impugnada acuerda:

"PRIMERO.- Declarar que las empresas de ambulancias Ambulancias Carballiño S.L., Ambulancias Celanova S.L., Ambulancias Allariz S.L., Ambulancias Nuestra Señora de los Remedios S.L., Ambulancias La Paz S.L., Ambulancias Bande S.L., Ambulancias La Encarnación S.L., Ambulancias Riveira Sacra S.L., Ambulancias Sil S.L., Ambulancias As Burgas S.L., Ambulancias Do Carme S.L., Ambulancias Rivadavia S.L., Ambulancias A Gudifla S.L. y As Burgas Cooperativa de Ambulancias Orensanas integrantes de la Agrupación de Ambulancias de Orense son responsables de una infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en concertarse mediante la constitución de una Agrupación de Interés Económico para el reparto del mercado de transporte en ambulancia en la provincia de Orense.

SEGUNDO.- Imponer las siguientes multas:

- Ambulancias Carballiño S.L.: 27.000€*
- Ambulancias Celanova S.L.: 9.000€*
- Ambulancias Allariz S.L.: 45.000€*
- Ambulancias Nuestra Señora de los Remedios S.L.: 31.500€*
- Ambulancias La Paz S.L.: 40.500€*
- Ambulancias Bande S.L.: 27.000€*
- Ambulancias La Encarnación S.L.: 27.000€*
- Ambulancias Riveira Sacra S.L.: 22.500€*
- Ambulancias Sil S.L.: 31.500€*
- Ambulancias As Burgas S.L.: 18.000€*

- *Ambulancias Do Carme S.L.: 27.000€*
- *Ambulancias Rivadavia S.L.: 27.000€*
- *Ambulancias A Gudifia S.L.: 31.500€*
- *As Burgas Cooperativa de Ambulancias Orensanas: 67.500€*

TERCERO.- intimar a todas las empresas sancionadas para que se abstengan en lo sucesivo de realizar las prácticas declaradas prohibidas.

CUARTO.- Ordenar a todas las empresas sancionadas la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de entre los cinco de mayor difusión en el ámbito nacional, en el plazo de dos meses, con multa de 600 € por cada días de retraso en el cumplimiento de la obligación de publicar."

La resolución se dicta tras haberse archivado la denuncia inicialmente presentada, y posteriormente, tras un largo y complejo expediente administrativo, se decidió declarar cometida la práctica prohibida y sancionar por infracción del artículo 1.1 LDC, por concertarse mediante la constitución de una Agrupación de Interés Económico para el reparto del mercado del transporte de ambulancias en la provincia de Orense, incluyéndose la práctica totalidad de las ambulancias provistas de autorización de transporte con domicilio en dicha provincia (97, de un total de 99, según certificación de la Dirección General de Transportes de la Consejería de Política Territorial de la Xunta, pertenecen a las 14 empresas integradas en la Agrupación ahora demandante).

2. La parte actora impugna dicha resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, que declaró acreditada la realización de una práctica colusoria del artículo 1.1 LDC, consistente en el concierto mediante la constitución de una Agrupación de empresas para el reparto del mercado de transporte en ambulancia en la provincia de Orense, invocando al efecto los siguientes motivos de impugnación: a) Inexistencia de práctica colusoria prohibida y b) Falta de proporcionalidad en la sanción impuesta.

A lo que se opone el Abogado del Estado, por entender, en primer lugar, que ha quedado plenamente acreditada la concertación entre la práctica totalidad de las empresas de ambulancias que actúan en el ámbito territorial de Orense, mediante la constitución de una Agrupación de Interés Económico, cuya finalidad fue la de obtener contratos con las Administraciones Públicas y proceder después a su reparto entre las empresas que integran la Agrupación, con lo que se evita la competencia entre ellas, mediante un procedimiento de reparto practicado de antemano; suponiendo ello, además, un reparto del mercado de ambulancias en dicha provincia ya que la Agrupación tenía copado la práctica totalidad del mercado con dos claros efectos anticompetitivos, de una parte, la eliminación de la competencia entre las empresas integradas en la Agrupación y, de otra, el cierre de dicha entidad a terceras empresas con la consiguiente dificultad de acceder a este mercado en el ámbito territorial considerado. También considera que la resolución impugnada ha tomado en consideración, en relación con el principio de proporcionalidad, las circunstancias legalmente relevantes y concurrentes respecto de cada una de las sancionadas. De ahí que solicite la desestimación del recurso.

Igualmente la codemandada insiste en las ilegalidades denunciadas que conllevaron, en definitiva, el reparto del mercado en la provincia de Orense, pues durante 6 años, de las 98 ambulancias con autorización en la provincia, 96 eran de la Agrupación, solicitando la confirmación de la sanción, ante la justificada existencia de la conducta abusiva y la imposibilidad de acceso de otros competidores para entrar en el mercado, como la proporción de la sanción que atendió al volumen global de negocio, con arreglo al artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia.

3. La Sala ha tenido ya ocasión de revisar la legalidad de resoluciones de contenido sustancialmente análogo del Tribunal de Defensa de la Competencia a la que ahora se impugna. Así en nuestra SAN de 29 de febrero de 2008, dictada en el Recurso nº 519/2006 interpuesto por Ambulancias Lucas S.L. y otras empresas sancionadas por esa misma resolución que sanciona a la hoy actora, hemos declarado:

"SEGUNDO: El examen del alcance jurídico de los hechos establecidos, pasa por el análisis de dos preceptos, esenciales en la resolución del presente supuesto:

A) El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio, en su redacción dada por Ley 52/1999 de 28 de diciembre, dispone: " 1 Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."

B) El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas..." – hoy la suma ha de entenderse de 901.518,16 euros -.

De los preceptos citados resulta: 1) La actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o mas sujetos a tal fin. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.

2) *En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.*

TERCERO: El Tribunal de Defensa de la Competencia rechazó que la mera constitución de una UTE para participar en el concurso de adjudicación del servicio público de transporte sanitario no puede entenderse contrario a la libre competencia pues, por separado, ninguna de las empresas disponía del número suficiente de ambulancias para tomar parte en el concurso. Por ello la cuestión de la vulneración de la libre competencia se centra exclusivamente en el desarrollo de la actividad en el sector privado.

En tal sector, la cuestión radica en determinar si la prestación del servicio de manera coordinada mediante la UTE vulnera la libre competencia.

Pues bien, la prestación del servicio en el sector privado coordinado mediante la UTE, supone la falta de competencia entre las empresas integradas en ella, con el correspondiente reparto del mercado. El artículo 11 de los estatutos de la UTE determina la falta de competitividad ya que ninguna de las empresas integradas en la misma, pueden desarrollar de manera separada la actividad que constituye el objeto social de la UTE. Tal planteamiento supone la coordinación en la prestación del servicio sanitario afectando al sector privado.

La actividad de la UTE comprendía, según el artículo 2 de los Estatutos, la prestación del servicio de transporte sanitario público y privado. Posteriormente, el 18 de noviembre de 2003, se elevó a público el acuerdo de la asamblea de la UTE de 7 de noviembre del mismo año, en el que la actividad de la misma se reducía al sector público. Tal modificación en los Estatutos no impide la apreciación de la infracción, porque, al menos un año, como reconoce la demanda, la infracción se ha cometido.

La cuestión que analizamos no se ve afectada porque se aplique el criterio de cercanía en casos de urgencia – que se encuentra más que justificado -, sino en la existencia de una coordinación en la prestación del servicio de transporte sanitario, aún en casos de inexistencia de urgencia, evitando así la competencia entre los prestadores del servicio.

El Tribunal no imputa el establecimiento de barreras de entrada por las sancionadas y por ello es indiferente que pudieran prestar el servicio otros competidores, como se afirma en la demanda, porque, lo esencial, es que las empresas integradas en la UTE, competidoras entre ellas, dejaron de competir en el sector privado al integrarse en la UTE.

En cuanto a la base de cálculo de la sanción, esta viene referida al volumen de ventas, sin distinguir el rendimiento producido en el sector en el que se comete la infracción, pues tal es la dicción del artículo 10 de la Ley 16/1989. Expresamente la norma señala que se considera el volumen de ventas del ejercicio anterior, sin considerar la actividad en la que se ha producido la infracción.

En relación a las agravantes y atenuantes apreciadas, el recurrente manifiesta su desacuerdo pero no especifica las circunstancias concretas del mismo, sin que la subjetiva valoración de las circunstancias concurrentes de los interesados pueda prevalecer sobre la valoración realizada por la Administración.

Todo lo expuesto lleva a la Sala a desestimar el recurso y confirmar el acto administrativo impugnado, por ser conformes a Derecho los pronunciamientos en él contenidos."

Las cuestiones que de nuevo aquí se suscitan son sustancialmente idénticas a las ya analizadas por la Sala en la Sentencia que se acaba de transcribir y a cuyos razonamientos debemos atenernos tanto por razones de seguridad jurídica como por mor de la unidad de doctrina, máxime cuando nada se alega suficiente para desvirtuar las argumentaciones anteriores.

4. Pues bien, al igual que ocurre en el presente con la Agrupación de Interés Económico del caso, y a tenor de los hechos declarados probados por el Tribunal de Defensa de la Competencia que esta Sala hace suyos al no haber sido desvirtuados de ninguna manera por la actora, nos hallamos ante la realización de una concertación entre competidores prohibida por el artículo 1 de la entonces vigente Ley de Defensa de la Competencia de 1989.

En efecto en este caso existieron varias empresas que constituyeron una Agrupación de Interés Económico para repartirse (como evidencia con toda claridad el clausulado de sus propios Estatutos) la ejecución de los servicios adjudicados por la Administración Pública, con independencia del resultado de los concursos a los que se presentaban individualmente aquéllas. Se trataba, por tanto, de repartirse de antemano la ejecución de los concursos del mercado del transporte de ambulancias en dicha provincia, lo cuál efectivamente se logró, como también ponen de relieve las actuaciones obrantes en el expediente administrativo remitido (particularmente el oficio remitido por el Servicio Galego de Saude -SERGAS- poniendo de manifiesto que a partir de 2001 prácticamente todos los servicios de transporte de enfermos en ambulancia en Orense estaban adjudicados a la Agrupación de Ambulancias de Orense), al tener copado dicha Agrupación la práctica totalidad del mercado de transportes en ambulancia en Orense, lo que no hace sino evidenciar la plenitud del acuerdo y sus flagrantes consecuencias anticompetitivas que, en definitiva, dieron lugar a las sanciones del caso plenamente justificadas.

5. Por lo que se refiere a la concreta proporción de cada una de las sanciones impuestas a las ahora recurrentes, éstas se ajustaron al volumen global de negocio, a la vista de los ingresos de la Agrupación correspondientes a 2004, habiendo dado

el Tribunal de Defensa de la Competencia suficiente explicación de las circunstancias tomadas en consideración para la graduación de la cuantía de la multa, con arreglo al artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia y, muy concretamente, teniendo en cuenta que el reparto de mercado es una de las conductas más graves contrarias a la libre competencia y que la enjuiciada tenía por objeto precisamente dicha actuación y, por lo demás, cuantificando las multas impuestas (Ambulancias Carballiño, S.L.: 27.000 euros; Ambulancias As Burgas, S.L.: 18.000 euros; Ambulancias Rivadavia S.L.: 27.000 euros; y As Burgas Cooperativa de Ambulancias Orensanas: 67.000 euros), teniendo en cuenta la participación en el mercado afectado de todas y cada una de las empresas de ambulancias que intervinieron en el acuerdo colusorio sancionado.

6. Sin que se aprecien méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por las entidades **AMBULANCIAS CARBALLIÑO, S.L., AMBULANCIAS AS BURGAS, S.L., AMBULANCIAS RIBADAVIA, S.L. Y AS BURGAS COOPERATIVA DE AMBULANCIAS ORENSANAS** y en su nombre y representación la Procuradora D^a María Isabel Campillo García, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del tribunal de Defensa de la Competencia de 5 de junio de 2006, debemos declarar y declaramos ser ajustada a derecho la resolución impugnada, confirmando dicha resolución impugnada. Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso Administrativo. Doy fe.