

Id. Cendoj: 28079130032006100082
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 22/03/2006
Nº de Recurso: 5468/2003
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA: CONDUCTA RESTRICTIVA (Art. 6 Ley 16/89). OBSTACULIZACIÓN DE ACCESO AL MERCADO DE NUEVOS COMPETIDORES IGUALATORIO MÉDICO QUIRÚRGICO COLEGIAL S.A. DE SEGUROS Exigencia de exclusividad a los médicos pertenecientes a un seguro de asistencia sanitaria. Arts. 6, 9 y 46 Ley Defensa Competencia (1989) Mercado relevante en ámbito regional y posición de dominio Indefensión, motivación y principio de legalidad en relación con intimación a suprimir la cláusula de exclusividad

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Marzo de dos mil seis.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 5.468/2.003, interpuesto por IGUALATORIO MÉDICO-QUIRÚRGICO COLEGIAL, SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS, representada por el Procurador D. Javier Cereceda Fernández Orduña, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 5 de mayo de 2.003 en el recurso contencioso-administrativo número 928/2.000, sobre conducta restrictiva de la competencia (expte. 473/99 del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1429/96 del Servicio de Defensa de la Competencia).

Es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 5 de mayo de 2.003, desestimatoria del recurso promovido por Igualatorio Médico-Quirúrgico Colegial, Sociedad Anónima de Seguros, contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 27 de septiembre de 2.000, que declara acreditada la realización por dicha sociedad de una conducta restrictiva de

la competencia prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en obstaculizar el acceso al mercado de nuevos competidores al exigir a treinta y un miembros de su cuadro médico el abandono de la práctica profesional en una compañía competidora. Dicha resolución, además, impone a la misma una multa por importe de 44 millones de pesetas, y le concede un plazo de tres meses para eliminar la incompatibilidad establecida en el artículo 5.2 de su Reglamento de Régimen Interno.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 12 de junio de 2.003, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la demandante compareció en forma en fecha 22 de julio de 2.003, mediante escrito interponiendo recurso de casación, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, formulado al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y de la jurisprudencia que cita, y

- 2º, basado en el apartado 1.b) del artículo citado de la Ley jurisdiccional, por infracción de los artículos 9 y 46 de la Ley de Defensa de la Competencia, del artículo 24 de la Constitución y de los artículos 133 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Terminaba suplicando que se dicte sentencia por la que, estimando el motivo primero del recurso, se case y revoque la recurrida, y declare no ser conforme a derecho y anule y deje sin efecto la resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el 27 de septiembre de 2.000, o, subsidiariamente, estimando alguna de las infracciones que se han denunciado en el motivo segundo del recurso, case y revoque parcialmente la sentencia recurrida y declare no ser conforme a derecho y anule y deje sin efecto el pronunciamiento cuarto de la parte dispositiva de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia.

El recurso de casación fue admitido por providencia de la Sala de fecha 22 de marzo de 2.005.

CUARTO.- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que, con desestimación del recurso, se confirma la que en el mismo se impugna y se impongan las costas causadas a la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en la Ley de la Jurisdicción.

QUINTO.- Por providencia de fecha 23 de noviembre de 2.005 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 14 de marzo de 2.006, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y planteamiento del recurso de casación.

La entidad recurrente impugna en la presente casación la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional el 5 de mayo de 2.003 , por la que se desestimó su recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de septiembre de 2.000. En dicha resolución se declaraba la realización por parte de la actora de determinadas prácticas restrictivas de la competencia en los siguientes términos:

"Primero.- Declarar acreditada la realización por parte del Igualatorio Médico Quirúrgico Colegial, S.A. de Seguros, de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , consistente en obstaculizar el acceso al mercado de nuevos competidores al exigir a treinta y un miembros de su cuadro médico el abandono de la práctica profesional en una compañía competidora.

Segundo.- Imponer al Igualatorio Médico Quirúrgico Colegial, S.A. de Seguros, como autor de esa conducta prohibida la multa de cuarenta y cuatro millones de pesetas (44.000.000 pta.).

Tercero.- Intimar al Igualatorio Médico Quirúrgico Colegial, S.A. de Seguros, a que se abstenga de realizar dicha conducta en el futuro.

Cuarto.- Ordenar al Igualatorio Médico Quirúrgico Colegial, S.A. de Seguros, que en el plazo de tres meses a contar desde la notificación de esta Resolución elimine la incompatibilidad establecida por el artículo 5.2 de su Reglamento de Régimen interno.

Quinto.- Ordenar al Igualatorio Médico Quirúrgico Colegial, S.A. de Seguros, la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de la misma en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de información económica de dos de los diarios de información general de mayor circulación, uno de ámbito nacional y otro de la Comunidad Autónoma de Cantabria. En caso de incumplimiento se le impondrá una multa coercitiva de 100.000 pesetas por cada día de retraso en la publicación.

Sexto.- El Igualatorio Médico Quirúrgico Colegial, S.A. de Seguros, justificará ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de lo acordado en los anteriores apartados segundo, tercero, cuarto y quinto."

La Sentencia recurrida hizo suyos los hechos declarados probados por la Resolución impugnada del Tribunal de Defensa de la Competencia y rechazó los argumentos de la recurrente en fundamentos que luego se reproducen. A juicio de la actora, la Sentencia incurre en determinadas infracciones de derecho que denuncia en dos motivos formulados al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción . En el primer motivo se aduce la infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio), por entender que no se ha justificado la práctica restrictiva de la competencia que le imputa. En el segundo motivo se alega la infracción de los artículos 9 y 46 de la Ley de Defensa de la Competencia , el artículo 24 de la Constitución y los artículos 133 y siguientes de la Ley sobre procedimiento administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), en síntesis por considerar que la intimación de suprimir la incompatibilidad prevista en el artículo 5.2 de su reglamento de régimen interno es

nula por habersele impuesto sin que haya podido defenderse sobre tal cuestión, de forma inmotivada y con vulneración del principio de legalidad sancionadora.

SEGUNDO.- Sobre el mercado relevante y la posición dominante de la actora en el mismo.

La sociedad recurrente había alegado en la instancia la errónea definición por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia del mercado relevante y la incorrecta atribución al Igualatorio Médico Quirúrgico de una posición de dominio en el mismo, negando en consecuencia que hubiera incurrido en abuso de una supuesta posición dominante en tal mercado. La Sala sentenciadora rebatió dichos argumentos con los siguientes razonamientos:

"CUARTO.- En segundo lugar la parte alega "definición errónea del mercado relevante" e inexistencia de posición de dominio en el mercado relevante, correctamente definido.

Considera que el mercado relevante es el de los seguros de enfermedad o asistencia sanitaria, y no el de los servicios de asistencia sanitaria; que el territorio a considerar no es Cantabria sino todo el territorio nacional, y en consecuencia, "inexistencia de posición de dominio de mi representada en el mercado relevante correctamente definido".

El mercado relevante está claramente definido en la resolución impugnada: oferta privada de seguros de asistencia sanitaria en la Comunidad Autónoma de Cantabria (hecho probado primero) es decir: se trata de aquel sector en el que compañías privadas mediante un contrato de seguro garantizan la asistencia sanitaria a los asegurados, con independencia de que además estas compañías puedan ofertar otros servicios. El T.D.C está valorando la actuación de una concreta compañía, que es una "entidad aseguradora" y está valorando su actuación en la prestación de asistencia sanitaria en un concreto territorio, la Comunidad Autónoma de Cantabria, con independencia de que tanto esta entidad como las posibles competidoras puedan ejercer su actividad profesional aseguradora en otros mercados. El mercado relevante está correctamente definido, lo que no impide que, de valorarse como pretende la actora, teniendo en cuenta un territorio más amplio y otro tipo de actividades, la sancionada no resultase en posición de dominio, pero en este concreto ámbito de actividad profesional y territorial es indudable que la ostenta. Tiene un 78,64% del total de asegurados y un 77,43% de las primas suscritas, y además los restantes asegurados ven garantizada la prestación que han contratado con otras aseguradores mediante los médicos y clínicas de este Igualatorio.

En este concreto tipo de actividad, la asistencia sanitaria, resulta difícil concebir que, salvo en ocasiones excepcionales, los pacientes se trasladen por todo el territorio nacional a la busca del médico, el A.T.S. o cualquier otro profesional sanitario para ser asistidos en sus consultas cotidianas, que es la tesis que resulta de la consideración actora del mercado afectado, y no como resulta de la valoración que hace la Administración, que los residentes en Cantabria acudan a profesionales sanitarios ejercientes en Cantabria, y pertenecientes al cuadro sanitario de la aseguradora privada con la que han suscrito el correspondiente contrato. El asegurado que precisa asistencia sanitaria suele valorar como un factor esencial la proximidad a su domicilio de los profesionales que han de atenderle, y eso justifica el atractivo de un cuadro médico en el que figuren médicos y otros profesionales sanitarios del territorio de Cantabria (en este caso) y no de todo el territorio nacional. Es por este motivo, a

juicio de esta Sala que en este supuesto de hecho la cuota de mercado resulta especialmente relevante, si bien no el único, porque en estas condiciones, la limitación impuesta a los profesionales para ejercer con exclusividad en este Igualatorio, refuerza la independencia de comportamiento del mismo. En las condiciones descritas en los hechos probados, la alegada superior fuerza financiera de otras entidades no basta para abrir el mercado, ni se constituye en causa de desaparición de la posición de dominio de la expedientada en el mercado relevante.

QUINTO.- Se alega que no se ha acreditado que la conducta tuviese la finalidad o el objeto de impedir la entrada de nuevos competidores en el mercado.

Como señala el Abogado del Estado, en este mercado concreto, el del seguro de asistencia sanitaria a través de un cuadro médico propio, el elemento esencial son los facultativos que forman parte del mismo, y la conducta de la expedientada ha consistido en prohibir a quienes forman parte del suyo (para lo cual han de ser previamente accionistas) el serlo del de otra entidad del mismo sector. No se ha sancionado por negar el acceso a su cuadro médico a otras entidades, sino el de que un médico pueda prestar sus servicios en el Igualatorio y en otras entidades con igual mercado potencial. Esta conducta no tendría la relevancia que se le ha atribuido por el T.D.C. si no fuese porque el 80% de los asegurados lo están en este Igualatorio, lo que significa que un facultativo que no esté en el cuadro médico de esta compañía sólo tiene como clientes potenciales el restante 20%. Que esta conducta ha sido efectiva lo demuestra que, pese a las cifras que otras compañías del sector alcanzan en el resto del territorio nacional, aportadas en parte por la propia actora, carecen por completo de implantación en el territorio de Cantabria.

Como recuerda el T.D.C en la resolución impugnada "es obvio que la vinculación exclusiva que el Igualatorio impone a los médicos no impide totalmente la formación de otros cuadros por nuevas compañías competidoras, pero si que la obstaculiza gravemente, al reducir de forma sustancial el número de posibles integrantes de dichos cuadros".

Finalmente se alega que la cuantía de la sanción no está motivada y es desproporcionada. [...]" (fundamentos de derecho cuarto y quinto)

TERCERO.- Sobre el primer motivo, relativo a la atribución a la actora de una posición de dominio en el mercado relevante.

Entiende la entidad actora que tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Sentencia que recurre le han atribuido una posición de dominio en el mercado relevante atendiendo única y exclusivamente al dato de la cuota de mercado. Al proceder así se habría partido de hecho de una presunción iuris et de iure sobre su dominancia en el mercado relevante a partir de ese único factor. Si, por el contrario, se hubiesen manejado además otros criterios, se habría concluido que el Igualatorio no ostenta tal posición de dominio, puesto que no puede comportarse de forma independiente de sus competidores y clientes, por lo que no puede haber incurrido en la práctica abusiva por la que se le ha sancionado. Apela a la jurisprudencia comunitaria que cita para sostener que la posición de dominio en un mercado se define como la posición de fuerza económica que le permite actuar en un mercado de forma apreciablemente independiente de competidores, proveedores, clientes y consumidores.

Debe rechazarse el motivo, que se asienta sobre una afirmación errónea, como lo es la

de que el Tribunal de Defensa de la Competencia primero y la Sala de instancia después han afirmado su posición de dominio exclusivamente a partir del dato de la cuota de mercado que ostenta. En efecto, la Sentencia impugnada señala de manera expresa en el fundamento de derecho cuarto que se ha transcrito que, en el supuesto de autos, "la cuota de mercado resulta especialmente relevante, si bien no el único, porque en esas condiciones, la limitación impuesta a los profesionales para ejercer con exclusividad en este Igualatorio, refuerza la independencia de comportamiento del mismo. En las condiciones descritas en los hechos probados, la alegada superior fuerza financiera de otras entidades no basta para abrir el mercado, ni se constituye en causa de desaparición de la posición dominio de la expedientada en el mercado relevante".

Ya de este párrafo se deduce que la Sala ha tenido en cuenta otros factores ya contemplados por la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y que, en todo caso, ha ponderado el conjunto de circunstancias que concurren en el supuesto de hecho, sin que haya efectuado una transposición mecánica de la cuota de mercado de la actora en una consiguiente posición de dominio. Y no se trata, como afirma la recurrente, de un frustrado intento de subsanar la ausencia de otros factores en la resolución administrativa. Por el contrario, el examen de ésta revela que la atribución de posición de dominio de la actora se asienta en diversos criterios, entre los que se pueden citar, al menos, los siguientes: el carácter territorial limitado a la región del mercado relevante (fundamento de derecho 1); la cuota de mercado y la circunstancia -muy relevante- que las demás competidoras no poseen cuadros propios de profesionales sino que actúan por medio de los servicios del Igualatorio Médico Quirúrgico (fundamento de derecho 2); la valoración del número de médicos susceptibles de ser contratados por las entidades de previsión sanitaria en la región (fundamento de derecho 7) y la evolución del mercado (fundamento de derecho 8).

Frente a la concurrencia de semejantes factores, acreditados en los hechos declarados probados, es perfectamente razonable que la Sala de instancia considere probada la posición de dominio de la actora en el mercado relevante, descartando que los criterios alegados por la recurrente (fuerza financiera superior de otros competidores, inexistencia de barreras, el poder de negociación de precios y tarifas de las grandes mutualidades públicas) desvirtúen dicha dominancia. Lo cierto es que del examen efectuado por la Sentencia recurrida se deriva que la actora ha podido excluir eficazmente la entrada o el crecimiento de otros competidores en el mercado regional de las aseguradoras sanitarias privadas, lo que sin duda le permite actuar con un elevado grado de independencia en cuanto a sus precios y tarifas en el citado ámbito de los seguros de servicios médicos. A este respecto debe señalarse que si bien es cierto que no existen barreras legales para la entrada de otros competidores, también lo es el que la propia conducta sancionada ha supuesto por sí propia una eficaz barrera para dicha entrada.

CUARTO.- Sobre la naturaleza de la cláusula de incompatibilidad establecida en el artículo 5.2 del Reglamento del Instituto Médico Quirúrgico.

Frente a las alegaciones formuladas en la instancia en relación con la intimación contenida en el apartado cuarto de la parte dispositiva de la Resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia, que obliga a la actora a suprimir la incompatibilidad impuesta a los profesionales del Igualatorio Médico Quirúrgico en el artículo 5.2 de su Reglamento, la Sentencia recurrida responde de la siguiente manera:

"TERCERO.- El primer motivo de impugnación alegado por la recurrente es la nulidad de pleno derecho del pronunciamiento cuarto de la Resolución impugnada, es decir, de la orden de eliminar la incompatibilidad establecida en el art. 5.2 de su reglamento de régimen interno.

La nulidad se fundamenta en primer lugar en una "grave infracción del derecho de defensa" porque no se le informó de la posibilidad de que se le ordenara como sanción la eliminación de su Reglamento de este artículo, "lo que impidió de raíz cualquier posibilidad de defensa de mi mandante quien no tuvo oportunidad para formular alegaciones al respecto". En segundo lugar considera infringido su derecho de defensa porque la resolución "no fundamenta ni motiva en modo alguno las razones determinantes de esa orden".

Estos argumentos no pueden prosperar porque la base del razonamiento es errónea: esta obligación no es una sanción. La Ley de Defensa de la Competencia en su artículo 46 regula el contenido de las Resoluciones del T.D.C., distinguiendo lo que "podrá declarar", lo que "podrán contener" y entre estos contenidos posibles, se encuentran: la orden de cesar las prácticas prohibidas, la imposición de condiciones u obligaciones determinadas, la orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas y cualquier otra medida que le autorice la Ley de Defensa de la Competencia, además de las multas.

La Resolución impugnada, en los fundamentos jurídicos, en concreto el núm. 4 señala que "Su condición de empresa dominante exige que, en el esfuerzo competitivo que, en todo caso, está obligada a mantener, no utilice más medios que los objetivamente necesarios entre los cuales no se encuentra el vincular con exclusividad a los médicos integrantes de su cuadro médico quienes podrían simultánea su asistencia a los asegurados en el Igualatorio y a los asegurados en empresas competidoras".

En el fundamento 5, se continua razonando que "La incompatibilidad establecida por el artículo 5.2 del Reglamento de Régimen Interno resulta ahora, en si misma, abusiva al producir la vinculación exclusiva al Igualatorio de los miembros de su cuadro médico, con prohibición expresa de trabajar para empresas competidoras. El hecho de que los Estatutos reconozcan el derecho de los médicos al ejercicio libre de su profesión con pacientes no asegurados, muestra que la limitación impuesta no es producto de lo que objetivamente pudiera ser necesario para conseguir la mayor atención y dedicación a los clientes del Igualatorio sino una medida cuyo único objeto es la deliberada obstaculización al acceso de las empresas competidoras".

No se trata de una sanción sino de remover los obstáculos a la libre competencia, y en este caso concreto, de eliminar una cláusula de los Estatutos de la entidad expedientada, cuya misión ha sido, y cuyo resultado se ha logrado plenamente, impedir la instalación en el mercado del seguro médico privado de Cantabria de otras compañías de seguro privado. La función del T.D.C. es primordialmente esta, "la aplicación de la Ley, en cuanto se trata de garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos..." (exposición de motivos de la Ley 16/89), y a fin de cumplir con sus obligaciones, la Ley le permite, en el art. 46 la adopción de varias medidas además de las sanciones. Examinado la sistemática de la L.D.C., se comprueba como la propia Ley distingue en la sección 2ª "De las sanciones", las multas sancionadoras y las coercitivas, estas para obligar a las empresas a cumplir las distintas órdenes que puede darle el T.D.C. entre otras cesar una acción declarada prohibida y remover los efectos distorsionadores de las

condiciones de competencia provocados por una infracción (art. 11).

En consecuencia, no se ha infringido el derecho de defensa de la recurrente, la orden discutida no es una sanción, la orden ha sido impuesta motivadamente, y no se ha infringido el principio de legalidad porque la adopción de este tipo de medidas por el T.D.C. está prevista en la Ley de Defensa de la Competencia." (fundamento de derecho tercero)

Este segundo motivo se dirige a combatir la declaración por la Sala de instancia de la conformidad a derecho de la intimación contenida en el apartado cuarto de la parte dispositiva de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, que le requiere la supresión de la exigencia de incompatibilidad para trabajar en entidades competidoras a sus profesionales. El motivo contiene tres distintas alegaciones: que dicho pronunciamiento constituye una sanción de plano respecto a la que no se ha podido defender, con vulneración del artículo 24 de la Constitución; que no existe motivación que justifique dicha intimación sancionadora, desconociendo lo dispuesto en los artículos 133 y siguientes de la Ley 30/1992; y, en fin, que la misma vulnera el principio de legalidad sancionadora al no estar contemplada en los artículos 9 y 46 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En la primera alegación, la tesis de la actora es que se trata de una medida sancionadora que se le ha impuesto de manera sorpresiva sin que se haya podido defender respecto a la misma, puesto que la exigencia de incompatibilidad profesional no ha sido calificada como conducta prohibida. Tratándose pues de una conducta lícita, como ya habría afirmado este Tribunal en su Sentencia de 16 de febrero de 1.998 en un caso similar, no puede ordenársele a la recurrente cesar en dicha práctica, como erróneamente le ordena el Tribunal de Defensa de la Competencia y admite la Sentencia recurrida.

Tiene razón la entidad actora cuando afirma que, en puridad, resulta indiferente la naturaleza sancionadora o no de la referida intimación, por cuanto lo que la recurrente discute es que no habiendo sido calificada como ilícita la cláusula de incompatibilidad, no se ha podido defender respecto de una posible medida de cese o prohibición de dicha conducta. Sin embargo, antes de abordar de manera directa la alegación de indefensión que constituye el núcleo de este motivo, conviene hacer alguna consideración en cuanto a la cláusula de incompatibilidad en cuestión.

Dicha cláusula, como se dijo en la Sentencia de esta Sala de 16 de febrero de 1.998 (recurso contencioso administrativo 383/1.993) que menciona la actora y como se afirmaba en las sentencias civiles a las que dicha resolución se refería, no es en sí misma contraria al ordenamiento jurídico. En este sentido merece la pena traer aquí los razonamientos que en dicha Sentencia se efectuaban en el sentido de que, pese a su naturaleza lícita, su activación resultaba desde la perspectiva del derecho de la competencia y en una situación de dominio del mercado, contraria a la libre competencia:

"CUARTO.- En principio no puede estimarse como contraria a la legalidad la cláusula de los Estatutos que prohibía a los accionistas de IMECOSA participar en los cuadros médicos de otras compañías aseguradoras, y así ha sido reconocido por las sentencias civiles que pusieron fin a las demandas promovidas por accionistas de la entidad contra el acuerdo social en que se acordó la anulación de las acciones de quienes no cumplieran la cláusula de incompatibilidad, si bien en la sentencia de apelación confirmada posteriormente en casación, lo que no se considera conforme a Derecho

es el procedimiento para la enajenación de las acciones anuladas, al no establecerse los datos necesarios para la valoración de aquellas y el consiguiente abono a los anteriores titulares. Esa cláusula de incompatibilidad y las consecuencias derivadas de su vulneración figuraban en los Estatutos de IMECOSA desde el año 1.959, aunque es cierto que no se había funcionalizado hasta el año 1.982, si bien en esta ocasión el Tribunal de Defensa de la Competencia no estimó la existencia de prácticas prohibidas al no haberse llegado a la puesta en práctica de la prohibición ni haberse iniciado el procedimiento de anulación de acciones. Debe destacarse como dato de relieve en cuanto al elemento intencional que el 28 de febrero de 1.989, paralelamente a la activación de la cláusula de incompatibilidad en relación a un buen número de facultativos, se estableció un convenio entre IMECOSA y el Colegio Médico de Pontevedra al que podían adherirse todos los colegiados que reunieran ciertas condiciones de haberse dedicado durante algunos años a la medicina privada, se obligaran a prestar servicios al Igualatorio por un mínimo de un año y satisficieran el precio de la acción correspondiente, sin expresarse en el convenio ninguna otra condición, obligación o restricción para los facultativos.

QUINTO.- Las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia parten de una diferenciación entre lo que es la validez de la cláusula de prohibición para los accionistas de IMECOSA en las relaciones internas de los socios y lo que puede suponer la utilización de esa incompatibilidad para la eliminación de las entidades competidoras, teniendo en cuenta la posición dominante en el mercado de la recurrente, que, en los años 1.988 y 1.989 llegaba a una cuota del 85% de los contratos de seguros médicos-quirúrgicos que tenían vigencia en Pontevedra, obteniendo por pago de primas la cantidad de 1.160.769.877 pts. cuando el total en la provincia ascendía a 1.365.696.487 pts. En estas condiciones de posición dominante en el sector de los seguros médicos es indudable que la activación de la norma estatutaria que prohíbe a los accionistas prestar servicios en otras entidades, como venían haciendo muchos de los médicos del Igualatorio, no puede conducir sino a la acentuación de la posición dominante de IMECOSA, la reducción de las posibilidades de actuación de las competidoras e, incluso, a su eliminación del mercado al verse sin cuadros médicos en algunas localidades." (fundamentos de derecho cuarto y quinto)

Pues bien, una situación análoga se produce en el caso presente. Si bien la cláusula en sí misma puede resultar legítima, su presencia en los Estatutos de la actora, que ostenta una posición de dominio en el mercado regional de las mutualidades sanitarias privadas, y su aplicación en relación con un determinado número de profesionales resultan contrarias a la libre competencia. Al igual que en el supuesto enjuiciado por la Sentencia de 1.998 si la prohibición no hubiese sido aplicada, no hubiera existido práctica contraria al derecho de la competencia. Sin embargo, al haberse activado la prohibición estatutaria desde una posición de dominio se ha incurrido en un ejercicio abusivo de dicha posición dominante que ha sido sancionado por el Tribunal de Defensa de la Competencia; y desde dicha constatación, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha intimado a la actora a prescindir de una cláusula que al haber sido efectivamente aplicada en una situación de dominio del mercado se manifiesta en sí misma como un obstáculo a la libre competencia en la concreta situación de hecho existente.

QUINTO.- Sobre la alegación de indefensión en relación con la intimación referida a la actora de que suprima la incompatibilidad establecida en el artículo 5.2 de su Reglamento.

Dicho lo anterior, podemos ya abordar la alegación de indefensión efectuada por la

actora en este motivo y que resulta por completo infundada. En contra de sus afirmaciones, la naturaleza contraria al derecho de la competencia de dicha cláusula en el contexto del presente supuesto ha estado presente en todo el expediente y sobre dicha cuestión ha alegado y se ha defendido la actora en todo momento. Así, en el pliego de concreción de hechos (apartado 1º de la valoración jurídica) se sostenía ya que la exigencia de exclusividad, establecida en los artículos 9 y 9 bis de los Estatutos y 5.2 del Reglamento de Régimen Interno, a sus profesionales "constituye, dada la posición dominante de la entidad imputada una infracción de las tipificadas por el artículo 6.2.b) de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia" (folio 730 del expediente administrativo).

Asimismo, en la propuesta de resolución efectuada por el Servicio de Defensa de la Competencia se puede constatar que en el apartado primero a) se propone que se considere abuso de la posición de dominio la existencia de exclusividad a los miembros del cuadro médico de la actora establecida en los artículos 9 y 9 bis de sus Estatutos. Por último, en el apartado 5 de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia se afirma taxativamente, tras haber justificado en los apartados anteriores la existencia de una posición de dominio por parte de la actora, que "la incompatibilidad establecida por el artículo 5.2 del Reglamento de Régimen Interno resulta ahora, en sí misma, abusiva al producir la vinculación exclusiva al Igualatorio de los miembros de su cuadro médico, con prohibición expresa de trabajar para empresas competidoras".

De forma correlativa a dichas imputaciones, la actora ha alegado en todos sus escritos en relación con el carácter legítimo de dicha cláusula de incompatibilidad, por lo que resulta plenamente infundada su alegación de indefensión, y ello tanto si dicha cláusula hubiera sido calificada directamente en la parte dispositiva de la Resolución administrativa de actuación contraria a la Ley de Defensa de la Competencia como si, tal como ha sucedido, simplemente haya sido intimada la actora a su supresión. El que la cláusula de incompatibilidad no haya sido incluida en la parte dispositiva de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia como conducta contraria al artículo 6 de la Ley de Defensa no obsta a que, una vez activada la cláusula en una posición de dominio, su mantenimiento supone una circunstancia obstaculizadora de la libre competencia que ha operado como causa eficiente de la práctica prohibida descrita en el punto primero de la parte dispositiva de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia. En cualquiera de los casos y frente a lo argumentado por la actora, ésta no ha sufrido ninguna indefensión por la referida intimación.

De todo lo anterior se deduce que no ha infringido la Sentencia impugnada el artículo 24 de la Constitución al admitir como conforme a derecho la referida intimación, ya que la afirmación de que la misma ha ocasionado indefensión a la actora carece del menor fundamento.

SEXTO.- Sobre la motivación de la intimación y sobre el principio de legalidad sancionadora.

Finalmente, también es preciso rechazar las dos restantes alegaciones formuladas en el motivo segundo. En cuanto a la supuesta falta de motivación ya se ha comentado y reproducido la justificación del carácter contrario a la libre competencia de dicha cláusula en el concreto supuesto contemplado de la posición de dominio de la actora, tanto de la resolución administrativa como de la propia sentencia, que lo hace ampliamente en el fundamento de derecho tercero.

En cuanto a la previsión legal de la medida resulta claro que tanto el artículo 9 como el 46 de la Ley de Defensa de la Competencia contemplan la adopción de las medidas necesarias para remover los obstáculos a la libre competencia, sin necesidad -ni posibilidad- de que se enumeren dichas conductas en términos más específicos. Tales medidas no adquieren en sí mismas carácter sancionador, sino que están encaminadas a evitar la reiteración de las conductas prohibidas. En todo caso debe recordarse que en la valoración del Tribunal de Defensa de la Competencia se califica a la cláusula, en sí misma y en las concretas circunstancias que concurren, como contraria a la libre competencia, por lo que resulta en todo punto lógico ordenar su supresión. Por lo demás, la naturaleza no sancionadora sino preventiva de la posible reiteración de conductas prohibidas y la absoluta variedad de posibles situaciones contrarias a la libre competencia excluyen la necesidad de una tipificación material de dichas medidas, siendo suficiente desde una perspectiva del principio de legalidad en relación con medidas restrictivas de derechos la previsión legal de carácter genérico contemplada en los preceptos que se han citado.

SÉPTIMO.- Conclusiones y costas.

De lo dicho en los fundamentos precedentes se deriva la desestimación del presente recurso. Se imponen las costas a la parte que lo ha sostenido, según lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción .

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Igualatorio Médico Quirúrgico, Sociedad Anónima de Seguros, contra la sentencia de 5 de mayo de 2.003 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 928/2.000 . Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos .
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.