

Roj: SAN 2454/2008
Id Cendoj: 28079230062008100213
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 501/2006
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. EXPEDIENTE SANCIONADOR POR PRÁCTICA COLUSORIA DEL ART. 1.1. LDC: REPARTO DEL MERCADO EN LA PROVINCIA DE CUENCA, EN EL ÁMBITO DEL TRANSPORTE EN AMBULANCIA.

SENTENCIA

Madrid, a veintisiete de junio de dos mil ocho.

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 501/06, se tramita a instancia de AMBULANCIAS CONQUENSES, S.L., AMBULANCIAS

GRÑAN BUENO, S.L., EMERGENCIAS CUENCA, S.L., D. Jesús , D. Narciso , y

D. Santiago representados por el Procurador D. José Luis Barragués Fernández, contra resolución del

Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 20 de septiembre de 2006, 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 247.500 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 17 de noviembre de 2006, este recurso respecto del acto antes aludido; 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 junto con los documentos que lo acompañan y copia de todo ello, se sirva admitirlo, tener por formalizado el recurso contencioso administrativo contra la resolución del tribunal de defensa de la competencia de 20 de Septiembre de 2006, expediente 595/05 y en su virtud, previos los trámites oportunos, acuerde la precedencia de este recurso por los hechos y fundamentos argumentados, acordando no haber lugar a la sanción impuesta en dicha resolución o, en su defecto y por los argumentos expuesto, acuerde que la cuantía de la misma deber referirse EXCLUSIVAMENTE AL AMBITO DEL MERCADO PERTURBADO, por lo que su cuantía será el 10% de la facturación que el propio expediente establece como del sector privado, a tenor de lo razonado en el cuerpo de este escrito."

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 teniendo por presentado este escrito, con sus copias, lo admita, tenga por contestada la demanda y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto declarando la conformidad a Derecho del acto impugnado, con imposición de costas a la parte contraria."

3. No habiendo solicitado el recibimiento a prueba del recurso ni el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de 20 de junio de 2008 se señaló para votación y fallo el día 26 de junio de 2008, en que efectivamente se deliberó y votó.

5. 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 JURIDICOS

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (Expediente 595/05 Ambulancias Conquenses) de fecha 20 de septiembre de 2006, por la que se resuelve el expediente sancionador incoado como consecuencia de la denuncia presentada por la empresa AMBULANCIAS VILLALBA, S.L. contra la empresa AMBULANCIAS CONQUENSES S.L., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS (en adelante UTE), por la presunta realización de conductas prohibidas por la *Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*.

En concreto la resolución impugnada acuerda:

"Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por la letra c), del *número 1, del artículo 1 de la Ley de la Defensa de la Competencia*, consistente en el reparto del mercado de servicios de transporte sanitario terrestre de personas a empresas privadas en la provincia de Cuenca. Se consideran autores de esta conducta las empresas: Justo López Bono, SL; Ambulancias Conquenses, SL; Santiago ; Pedro Jesús ; Alvaro ; Narciso ; Servicios Mixtos Nuestra Señora de Rus, SL; Jesús ; Ambulancias Griñán Bueno, SL; Fidel /Ambulancias Lucas, SL; Jose Antonio ; Emergencias Cuenca, SL; Luis Pablo .

Segundo.- Imponer a estas empresas las multas sancionadoras siguientes:

Justo López Bono, SL 27.000 #

Ambulancias Conquenses, SL 40.500 #

Santiago 27.000 #

Pedro Jesús 36.000 #

Alvaro 31.500 #

Narciso 31.500 #

Servicios Mixtos Nuestra Señora de Rus, SL 36.000 #

Jesús 31.500 #

Ambulancias Griñán Bueno, SL 31.500 #

Fidel /Ambulancias Lucas, SL 49.500 #

Jose Antonio 27.000 #

Emergencias Cuenca, SL 85.500 #

Luis Pablo 40.500 #

Tercero.- Intimar a todas las empresa sancionadas a que se abstengan de realizar dicha conducta en

el futuro.

Cuarto.- Ordenar a las trece empresas autores de la conducta declarada prohibida que, en el plazo de tres meses a contar desde la notificación de esta Resolución, adopten la conducta que consideren adecuada para eliminar de los estatutos de "Ambulancias SL UTE" aquellos aspectos que en esta Resolución se consideran restrictivos de la competencia. En particular, el *artículo 2* de los estatutos debe limitar el objeto social de la Unión Temporal de Empresas a la prestación de servicio público de transporte sanitario terrestre derivado del contrato suscrito con el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM). Y el *artículo 11* se debe modificar con el objeto de limitar la prohibición de competencia a las empresas que integran la UTE, sin poder alcanzar en ningún caso a los socios de éstas, así como limitar su ámbito geográfico a la provincia de Cuenca.

Quinto.- Ordenar a las trece empresas sancionadas 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 diarios de información general de mayor circulación, uno de ámbito nacional y otro de la provincia de Cuenca. En caso de incumplimiento se impondrá a cada una de las empresa una multa coercitiva de 600 # por cada día de retraso.

Sexto.- "Ambulancias Conquenses SL, UTE" o cada una de las empresas sancionadas justificarán ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de lo acordado en los anteriores apartados segundo, tercero, cuarto y quinto."

El TDC no sanciona -tal y como se ocupa de aclarar en el fundamento jurídico "Quinto" de su resolución- la constitución de la UTE, que es un instrumento de colaboración empresarial previsto y regulado por el propio ordenamiento jurídico, sino la utilización por las trece empresas de ambulancias imputadas de este instrumento legal con el propósito de repartirse el mercado de prestación de servicios de transporte sanitario de personas a mutuas y aseguradoras privadas en la provincia de Cuenca. Con tal objeto acordaron las empresas mencionadas el contenido de los *artículos 2 y 11* de los Estatutos sociales de Ambulancias Conquenses que, por ello, y en la medida que tienen por objeto producir el reparto del mercado de servicios de transporte sanitario de personas a empresas privadas en la provincia de Cuenca, se consideran acuerdos prohibidos en el sentido del *artículo 1.1 LDC* .

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 concertarse mediante la constitución de una UTE para el reparto del mercado de transporte en ambulancia en la provincia de Cuenca, 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 que entiende, 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 Cuenca, mediante la constitución de la UTE, cuya finalidad es la obtener contratos con las Administraciones Públicas y proceder después a su reparto entre las empresas que integran la UTE, con lo que se evita la competencia; y, de otra parte, respecto a la vulneración del principio de proporcionalidad, señala en su contestación que la resolución impugnada ha tomado en consideración todas las circunstancias legalmente relevantes y concurrentes respecto de cada una de las empresas sancionadas, atendiendo a la importancia de la infracción, a la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, a la dimensión del mercado afectado, a la cuota respectiva del mercado, a la duración de la restricción y a la reiteración en la realización de conductas prohibidas, distribuyendo la suma total, con base en el número de ambulancias con que operaba cada empresa, dato que pone de manifiesto, como señala la propia resolución, la importancia económica de cada una de las empresas sancionadas.

3. La Sala ha tenido ya ocasión de revisar la legalidad de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de septiembre de 2006 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. No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el *artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-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 la representación procesal de AMBULANCIAS CONQUENSES, S.L., AMBULANCIAS GRIÑAN BUENO, S.L., EMERGENCIAS CUENCA, S.L., D. Jesús , D. Narciso , y D. Santiago contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 20 de septiembre de 2006, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

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 de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION 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.