RESOLUCIÓN (Expt. r 521/02, Hospital Madrid/ASISA)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Troléz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Muriel Alonso, Vocal
del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 28 de enero de 2003

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 521/02, (2251/01 del Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, el Servicio), contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 25 de marzo de 2002, por el que se archivaba el expediente iniciado por la denuncia formulada por D^a. XXX en representación de Hospital de Madrid S.A.(en adelante, Hospital de Madrid) contra ASISA Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros S.A. (en adelante, ASISA) por diversas prácticas supuestamente contrarias a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 9 de febrero de 2001 tuvo entrada en el Servicio escrito de D^a XXX en representación de Hospital de Madrid, contra ASISA por diversas prácticas supuestamente contrarias a los artículos 6 ó 7 de la LDC.
2. Según la denuncia:
Hospital de Madrid es una entidad que desarrolla su actividad mediante contratos suscritos con diferentes sociedades médicas de asistencia sanitaria y con pacientes privados a través de los dos hospitales de los que es titular: Hospital de Madrid y Hospital Montepíncipe.

ASISA es la sociedad de seguros médicos más importante del mercado español y, en concreto, del mercado madrileño, no sólo por el número de pólizas (más de un millón) sino por la cuantía de las primas percibidas. Este hecho, según la denunciante, tiene su origen en que se trata de la entidad aseguradora que proporciona cobertura a la mayoría de los funcionarios civiles (MUFACE) y militares (ISFAS) del Estado (alrededor de un 70% de las pólizas). En este sentido, siempre según la denunciante, aunque ASISA no disfrute de una posición de dominio en el mercado provincial de Madrid, sí goza de un poder de mercado relativo en dicha provincia, afectando con sus actuaciones, entre ellas la apertura de hospitales propios dedicados exclusivamente a la atención sanitaria de sus asegurados, las condiciones de competencia que han de existir en el mercado hospitalario privado que está sufriendo graves perjuicios en sus actividades, además por la desaparición de numerosos hospitales y clínicas independientes.

Según la denunciante, en 1999, ASISA era la propietaria del 100% del capital de quince sociedades dedicadas a la asistencia sanitaria y hospitalaria en diferentes provincias españolas, además de contar con participaciones del 99% del capital en otras tres sociedades y de más del 50% del capital en otras siete sociedades dedicadas a la asistencia sanitaria.

Esta intervención directa de las compañías aseguradoras en las actividades hospitalarias conllevaría una serie de consecuencias: entre ellas, el extender automáticamente y sin riesgo económico alguno la posición de que disfrutaban en el mercado de los seguros de asistencia sanitaria a otro distinto, el mercado hospitalario, dado que sus asegurados han de acudir a las clínicas de su propiedad perdiendo su capacidad de elección.

Por lo anteriormente expuesto el denunciante estima que:

- la intervención directa de la denunciada en las prácticas hospitalarias constituiría una conducta abusiva, por explotación de una situación de dependencia económica con respecto a otras clínicas privadas, dado que equivale a no ofrecer a otros hospitales unas condiciones de contratación equitativas y no discriminatorias en relación con las que aplica a los hospitales que posee y gestiona a través de sus filiales. Bajo la formulación por parte de ASISA de propuestas económicas muy elevadas se oculta su simple negativa a contratar con la denunciante.
- la realización de actividades ajenas al objeto social de ASISA (seguros

de asistencia sanitaria) ha de ser considerada como una infracción de norma del artículo 15 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal que, a juicio de la denunciante, cumple los requisitos requeridos por el TDC para que dicha infracción pueda ser incluida en el artículo 7 de la LDC.

3. Con fecha 25 de marzo de 2002, el Servicio acordó el archivo de la denuncia. Las razones esgrimidas para ese archivo son fundamentalmente las siguientes:

3.1 *La presencia de otras compañías competidoras con un tamaño y unos recursos económico-financieros similares a la denunciada (SANITAS, ADESLAS, CAJA SALUD) hacen poco probable la capacidad de ASISA para poder operar en el mercado con independencia de la reacción de sus competidoras, y por tanto de imponer cargas u otras condiciones abusivas o injustificadas a sus asegurados sin un probable menoscabo de la base de clientes y la consiguiente pérdida de cuota de mercado.*

3.2 *Aún en el caso de que se diera tal posición de dominio, el artículo 6 de la LDC prohíbe el abuso de la misma y en el presente caso, no se puede considerar abusivo el hecho de que ASISA decida dar servicios a sus asegurados preferentemente a través de las clínicas de su propiedad o en las que tenga participación, así como que éstas sean utilizadas preferentemente por sus asegurados, de la misma forma, que tampoco puede ser entendido como abusivo el hecho de que exija de los profesionales, que voluntariamente han elegido trabajar con ella, el compromiso de utilizar con preferencia los servicios de dichas clínicas o de las que tienen suscrito con ella un concierto.*

3.3 *En cuanto a la negativa por parte de ASISA de establecer un concierto con el Hospital de Madrid, hay que tener en cuenta en primer lugar que tal y como se ha puesto de manifiesto, ASISA no tiene posición de dominio, pero aunque la tuviera conforme a la doctrina del TDC, tal y como ha declarado en diversas Resoluciones (309/91, 79/94) “la simple existencia de una posición de dominio en el mercado que puede ostentar una empresa, no la obliga sin más a contratar con cualquier oferente en condiciones no discriminatorias...”. En este sentido, la doctrina considera que en los casos de negativa de contratación no se da abuso de posición dominante si existe justificación por parte de la empresa que no está dispuesta a contratar. En este caso tal y como ha*

manifestado la denunciada, ASISA tiene cubiertas con el cuadro médico actual las necesidades de los servicios médicos, por lo que su negativa a establecer nuevos conciertos está totalmente justificada.

- 3.4 *En el caso que nos ocupa, no puede hablarse de acto desleal, tal y como se dice en la Sentencia de 20 de diciembre de 2001 del Juzgado de 1ª instancia nº 59 de Madrid al concluir que la realización de las actividades hospitalarias de ASISA no suponen un acto de competencia desleal dado que la denunciada está facultada para llevar a cabo las actividades asistenciales-sanitarias a que se dedica sin haber infringido ninguna norma o precepto legal, ni tampoco vulnerar el principio de exclusividad del objeto social de la citada compañía, como declaraba el informe de 12 de julio de 2001, emitido por la Dirección General de Seguros anteriormente mencionado.*
4. Con fecha 8 de abril de 2002, Dª XXX, en representación de Hospital de Madrid, presentó recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia.
  5. Con fecha 9 de abril de 2002, el Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC, solicitó del Servicio la remisión del informe sobre el citado recurso así como las actuaciones seguidas hasta la fecha del Acuerdo de archivo.
  6. Con fecha 16 de abril de 2002 tuvo entrada en el Tribunal el informe del Servicio mencionado en el punto anterior así como las actuaciones seguidas.
  7. De acuerdo con el art. 48.3 LDC, el Tribunal, con fecha 29 de abril de 2002, ordenó la puesta de manifiesto del expediente a los interesados y abrió el plazo de alegaciones.
  8. En sus escritos ante el Tribunal, Hospital de Madrid, en sustancia, alega:
    - 8.1. que ASISA se ha excedido de su objeto social al crear sociedades filiales que realizan una actividad, la asistencia sanitaria y hospitalaria, que rebasa el ámbito del seguro; la integración vertical que supone la presencia de ASISA en el mercado de la asistencia sanitaria y hospitalaria no es lícita.
    - 8.2. que ha apelado la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº. 59 de Madrid, de 20 de diciembre de 2001, que declara que ASISA ha

procedido dentro del ámbito de la legalidad.

- 8.3. que el Tribunal de Defensa de la Competencia no se encuentra vinculado por esa sentencia ni por la declaración de la Dirección General de Seguros, de 12 de julio de 2001, que se pronuncia en el mismo sentido.
  - 8.4. que la cuota de mercado que ostenta ASISA (52,79% del colectivo de funcionarios, 17,26% en cuanto al número de asegurados privados y 50,51% respecto a las primas, siempre según el Servicio y en relación con la provincia de Madrid) muestra que ostenta posición de dominio.
9. En su escrito ante el Tribunal, ASISA, en sustancia, alega:
- 9.1. No existe infracción de normas. La Dirección General de Seguros, en su escrito de 12 de julio de 2001, se ha pronunciado ya sobre el ámbito de aplicación de la exigencia del art. 6 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado (en adelante, LOSSP) de no tener más objeto social que la actividad aseguradora. Dicha prohibición es, en opinión de ASISA, una cautela para que el cálculo de las primas y el de los márgenes no resulte contaminado. En el mismo sentido se ha pronunciado el Juzgado de Primera Instancia nº. 59 de Madrid
  - 9.2. La propia LOSSP, en su art. 12.2, prevé la posibilidad de que las entidades de seguro presten asistencia sanitaria.
  - 9.3. Las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante "TJCE") de 20 abr. 1999.- Asunto C-241/97: *Försäkringsaktiebolaget Skandia* (parágrafos 46 y 47) y la Sentencia TJCE de 21 sep. 2000.- Asunto: C-109/99: *Association basco-béarnaise des opticiens indépendants y Préfet des Pyrénées-Atlantiques* (parágrafos 57 y 58) invocadas y aportados por la denunciante como documentos números 11 y 12 de su escrito de denuncia, resultan también ilustrativas de la tesis de la legalidad de la actuación de ASISA.

En los párrafos señalados el TJCE ha afirmado sin ningún tipo de reservas que:

“el tenor del art. 8.1 b) Directiva 73/29 no prohíbe en absoluto a las empresas de seguros poseer, dentro de los límites de su patrimonio

*libre, acciones en una sociedad que ejerce una actividad ajena a los seguros. (...) La prohibición impuesta a las empresas de seguros de ejercer actividades comerciales ajenas a los seguros, prevista en el art.8.1 b) de la mentada Directiva, pretende, en particular, **proteger los intereses de los asegurados frente a los riesgos que podrían derivarse del ejercicio de dichas actividades para la solvencia de estas empresas**. De ello se deduce que la disposición no impide a las empresas de seguros poseer acciones de sociedades anónimas que ejercen su actividad comercial fuera del sector de los seguros, y a cuyo patrimonio quedan limitados los riesgos financieros”.*

- 9.4. Las normas aludidas, en particular el art. 71.2 de la LOSSP, tienen como fin el cumplimiento de las provisiones técnicas
- 9.5. Incluso en el caso de que ASISA ostentase posición de dominio en la provincia de Madrid, su actuación no habría sido abusiva.
10. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el recurso en su sesión del día 22 de enero de 2003.
11. Son interesados:
  - Hospital de Madrid S.A.
  - ASISA, Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El Tribunal debe pronunciarse exclusivamente sobre si el Servicio actuó conforme a derecho al archivar las actuaciones del expediente iniciado por denuncia de D^a. XXX, en nombre y representación de Hospital de Madrid S.A. contra Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros S.A. (ASISA).

El argumento fundamental del Servicio, que es también aquél en el que se centra la controversia, consiste en señalar que la prestación de servicios hospitalarios y sanitarios, por parte de ASISA y través de las sociedades filiales enumeradas en el punto 2 de los Hechos del Acuerdo de archivo, de 25 de marzo de 2002 (pág. 220 del expediente del Servicio), no constituye una actuación contraria a la normativa vigente en materia de seguros. Hospital de Madrid estima que sí lo es, lo que da pie a sus alegaciones de que ASISA ha llevado a cabo una conducta que puede subsumirse en los

artículos 6 ó 7 LDC. Debe analizarse, pues, si la actuación de ASISA al prestar esos servicios incurre en alguna de las prohibiciones previstas por las normas que regulan la prestación de servicios de seguros y, en concreto, si es contraria a lo establecido en la LOSSP, que es el texto legal al que expresamente alude el recurrente.

Al realizar ese análisis el Tribunal no se encuentra vinculado, como bien señala el recurrente en la alegación resumida en el AH 8.3, por las interpretaciones que hayan podido emanar de otras instancias administrativas; también es consciente el Tribunal de que, como señala el recurrente en la alegación contenida en el AH 8.2, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº. 59 de Madrid, que se pronuncia en contra de las tesis de Hospital de Madrid, no es todavía firme. No obstante, el Tribunal no puede dejar de constatar que se ha aportado al expediente la opinión de un Organismo, la Dirección General de Seguros, que, por sus competencias en la materia, se encuentra particularmente cualificado para precisar el ámbito de las distintas obligaciones impuestas por la LOSSP; por otro lado, esa interpretación cualificada de la normativa legal coincide con la que, hasta ahora, han venido manteniendo cuantas instancias administrativas y judiciales se han ocupado del asunto.

La LOSSP plantea, en efecto, ciertas dificultades de interpretación. Su artículo 6.3 señala:

3. También será precisa autorización administrativa para que una entidad aseguradora pueda extender su actividad a otros ramos distintos de los autorizados y para la ampliación de una autorización que comprenda sólo una parte de los riesgos incluidos en un ramo o que permita a la entidad aseguradora ejercer su actividad en un territorio de ámbito superior al inicialmente solicitado y autorizado. La ampliación de la autorización administrativa estará sujeta a que la entidad aseguradora cumpla los siguientes requisitos:

a) Tener cubiertas sus provisiones técnicas y disponer del margen de solvencia establecido en el artículo 17 y, además, si para los ramos que solicita la extensión de actividad el artículo 13 y el artículo 18 exigen un capital social o fondo mutual y un fondo de garantía mínimo más elevados que los anteriores, deberá disponer de los mismos.

b) Presentar un programa de actividades de conformidad con el artículo 12.

y el art. 3 reza:

Artículo 3. Ámbito objetivo.

Quedan sometidas a los preceptos de esta Ley:

1. Las actividades de seguro directo de vida, de seguro directo distinto del seguro de vida, y de reaseguro.

2. Las operaciones de capitalización basadas en técnica actuarial que consistan en obtener compromisos determinados en cuanto a su duración y a su importe a cambio de desembolsos únicos o periódicos previamente fijados.

3. Las operaciones preparatorias o complementarias de las de seguro o capitalización que practiquen las entidades aseguradoras en su función canalizadora del ahorro y la inversión.

4. Las actividades de prevención de daños vinculadas a la actividad aseguradora.

Sin embargo, el art. 12 prevé que las entidades financieras deberán realizar un plan de actividades que, entre otras cosas, especifique los medios técnicos de que disponen las entidades de seguro para otorgar prestaciones sanitarias. La Dirección General de Seguros deberá, según lo señalado en el art. 12.3, comprobar si la entidad dispone, en efecto, de los medios adecuados para llevar a cabo las actividades previstas en ese plan.

Ese art. 12 sirve de base a la Dirección General de Seguros para interpretar que, pese a las limitaciones de los arts. 3.6, 6 y 11 de la LOSSP, las entidades de seguro pueden *asumir directamente la prestación de riesgos(sic) médicos y quirúrgicos*. El Tribunal entiende que debe atenderse a la interpretación de la Dirección General de Seguros, que es el órgano encargado de comprobar que las entidades de seguros cumplen lo dispuesto en el art. 12, sobre el contenido exacto de dicho artículo y su relación con las otras disposiciones de la Ley. La Dirección General de Seguros ha sido inequívoca en su respuesta a la consulta formulada por el Servicio; en su

escrito de 12 de julio de 2001 señala:

Conforme a la regulación señalada, mediante el seguro de enfermedad, en su modalidad de asistencia sanitaria, la entidad aseguradora puede asumir directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos. De ahí que haya de organizar y gestionar la asistencia que precisen sus asegurados.

En este sentido, las entidades gestionan y organizan directamente la prestación de esos servicios por los profesionales elegidos por los asegurados, comprometiéndose al pago directo de su costo. Esa organización implica la aportación de medios materiales para que los profesionales puedan prestar los servicios que le son propios, incluso de modo que determinados medios pueden ser titularidad del asegurador.

En consecuencia, la titularidad de centros hospitalarios propios a través de participaciones accionariales no constituye infracción del principio de exclusividad del objeto social. Tampoco existe esa infracción cuando tratándose de titularidad directa de los medios la entidad cumple los requisitos legales y reglamentarios anteriormente mencionados.

En el caso concreto de ASISA, la titularidad de participaciones en centros hospitalarios está reflejada en la memoria de sus cuentas anuales.

Es cierto que en un escrito anterior, de 11 de julio de 2000, respondiendo también a una solicitud de información del Servicio, la Dirección General de Seguros había contestado, como pone de relieve Hospital de Madrid:

De lo anterior se desprende que las entidades de seguro no pueden tener otro objeto social distinto de la actividad aseguradora, no pudiendo realizar válidamente ninguna actividad que no sea la permitida por los preceptos antes citados de la Ley 30/1995 por lo que, contestando a la primera parte de la consulta, las actividades hospitalarias no son operaciones de seguro privado y está prohibida su realización a las entidades aseguradoras.

No obstante, esa respuesta se cualifica en el párrafo siguiente del escrito de la Dirección General de Seguros:

En cuanto a la segunda parte de la consulta, la contestación debe ser favorable a que una entidad aseguradora tenga, si lo cree conveniente, una participación en el capital social de otra entidad que se dedique a la gestión de un hospital, sin que se encuentre en la normativa aseguradora ninguna

prohibición al respecto, y que la participación en los fondos propios de cualquier entidad no supone una actividad prohibida a las compañías aseguradoras.

El tenor de las respuestas parece, pues, inequívoco: una compañía de seguros puede prestar servicios hospitalarios de forma indirecta mediante su participación en una entidad social que se dedique a ello. Las autoridades de seguros no limitan el tamaño de esa participación, de tal forma que los elevados porcentajes de participación en sociedades filiales enumeradas en el punto 2 de la pág. 220 del expediente del Servicio no constituyen obstáculo para la legalidad de esa actuación indirecta.

A la luz de estas consideraciones, el Tribunal entiende que la actuación de ASISA al prestar servicios sanitarios y hospitalarios indirectamente, mediante sociedades filiales, no puede considerarse contraria a la ley.

2. Dada la conclusión del párrafo anterior falta el requisito necesario, la violación de normas, para que pueda aplicarse el art. 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; faltando ese requisito, no resulta aplicable tampoco el art. 7 LDC, cuyo ámbito de aplicación se refiere a actos de *competencia desleal*, término que habitualmente ha sido considerado como sinónimo de actos contrarios a la Ley de Competencia Desleal.
3. Falta por analizar la posible subsunción de los hechos en el art. 6 LDC. Es práctica habitual del Tribunal la de analizar, en primer lugar, si se da la condición necesaria, la existencia de una *posición dominante*, para, en caso afirmativo, proceder a investigar si los hechos alegados pueden considerarse *abusivos*. No obstante, en el presente caso, y dado que el núcleo de las alegaciones de las partes se centra en la naturaleza de los hechos, parece conveniente iniciar la investigación por su supuesto carácter abusivo, ya que de no darse éste no resulta necesario pronunciarse sobre el carácter dominante o no de la posición de ASISA en el mercado de Madrid, aspecto que, como pone de relieve Hospital de Madrid, dista de estar claro.

El abuso de posición de dominio es un concepto más amplio que el de violación de normas por lo que, a pesar de la conclusión del FD 1 en el sentido de que no ha existido esa violación, la actuación de ASISA podría haber sido *abusiva*. No obstante, el Tribunal ha señalado en diferentes ocasiones que una conducta no puede calificarse de abusiva si tiene una explicación clara basada en la conducta lógica del negocio, distinta del deseo de obstaculizar la competencia. El hecho de que la prestación de servicios

sanitarios se encuentre prevista por la propia LOSSP dentro del concepto *programa de actividades*, según definición de su artículo 12, lleva necesariamente a considerar que la conducta analizada forma parte de la lógica del negocio del seguro, por lo que debe excluirse su carácter abusivo, incluso en el caso de que existiera posición de dominio.

En virtud de todo lo anterior, el Tribunal

HA RESUELTO

ÚNICO: Desestimar el recurso interpuesto por D^a XXX en representación de Hospital de Madrid S.A. contra el Acuerdo de 25 de marzo de 2002, del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, que archivaba las actuaciones seguidas por su denuncia contra ASISA Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros S.A., por presuntas prácticas restrictivas de la competencia.

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