

Roj: **STS 784/2014 - ECLI:ES:TS:2014:784**Id Cendoj: **28079130032014100057**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **04/03/2014**Nº de Recurso: **1995/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Marzo de dos mil catorce.

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 1995/2011 interpuesto por la ASOCIACIÓN DE SERVICIOS DE PREVENCIÓN AJENOS, representada por la Procurador D^a. Lucía Vázquez-Pimentel Sánchez, contra la sentencia dictada con fecha 30 de diciembre de 2010 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 1/2009, sobre sanción en materia de defensa de la competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado; "MUTUA MONTAÑESA, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 7", representada por el Procurador D. Enrique Hernández Tabernilla; "ASEPEYO, MUTUA PATRONAL DE ACCIDENTES DE TRABAJO NÚMERO 51", representada por la Procurador D^a. Matilde Marín Pérez; "FRATERNIDAD-MUPRESPA", MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 275", representada por el Procurador D. Enrique Hernández Tabernilla; "MUTUA BALEAR DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES N° 183 DE LA SEGURIDAD SOCIAL", representada por la Procurador D^a. Delia Villalonga Vicens; "MUTUALIA, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL N° 2", representada por el Procurador D. Jorge Deleito García; "MUTUA INTERCOMARCAL, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 39", representada por el Procurador D. Francisco José Abajo Abril; "UNIÓN DE MUTUAS, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL N° 267", representada por el Procurador D. Federico Pinilla Romeo; "MAC, MUTUA DE ACCIDENTES DE CANARIAS", representada por la Procurador D^a. Concepción Calvo Meijide; "ACTIVA MUTUA 2008, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL N° 3", representada por el Procurador D. José Manuel Dorremochea Aramburu; "MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚM. 10", representada por el Procurador D. Carlos Jiménez Padrón; "FREMAP, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 61", representada por el Procurador D. Adolfo Morales Hernández-Sanjuán; "MAZ, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO ONCE", representada por el Procurador D. Pablo Domínguez Maestro; "IBERMUTUAMUR, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL N° 274", representada por el Procurador D. Victorio Venturini Medina; "MUTUA NAVARRA, MUTUA PATRONAL DE ACCIDENTES DE TRABAJO N° 21", representada por la Procurador D^a. Noelia Dorremochea Guiot; "MUTUAL MIDAT CYCLOPS, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 1", representada por el Procurador D. Francisco de Paula Martín Fernández; "EGARSAT MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL N° 276", representada por el Procurador D. Luis Pozas Osset; "UMIVALE, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 15", representada por el Procurador D. Ignacio Cuadrado Ruescas; "MUTUA DE CEUTA-SMAT" (MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES



PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 115), representada por el Procurador D. Isacio Calleja García; y "MUTUA GALLEGA DE ACCIDENTES DE TRABAJO", MUTUA PATRONAL DE ACCIDENTES DE TRABAJO NÚMERO 201, representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Asociación de Servicios de Prevención Ajenos interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 1/2009 contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 18 de marzo de 2008, confirmada el 30 de octubre siguiente, que en el expediente R 734/08, acordó el sobreseimiento de la denuncia presentada contra las "MATEPSS Asepeyo, Mutua Balear, Ceuta-Smat, Mutua Egara, Fimac, Fraternidad-Muprespa, Fremap, Mutua Gallega, Ibermutuamur, Intercomarcal, Mac, Mat, Maz, Mutual Midad Cyclops, Mutua Montañesa, Mutua Navarra, La Previsora, Reddis Unión Mutual, Sat, Solimat, Unión de Mutuas, Unión Museba Ibesvico, Mutua Universal, Muvale, Mutualia y Mupa".

Segundo.- En su escrito de demanda, de 9 de junio de 2009, la entidad recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "en la que:

1. Se sirva declarar nulo el mencionado acuerdo por haberse causado indefensión o perjuicio irreparable, al no haberse practicado parte de la prueba solicitada sin haber motivado ni la Dirección de Investigación, ni el Consejo la no aceptación de las pruebas planteadas; haberse fundado el acuerdo en documentación declarada confidencial y/o haberse fundado el acuerdo en datos que se han probado que son erróneos. Y, en consecuencia,

a) se sirva ordenar que se practique toda la prueba solicitada por esta parte, en especial la consistente en:

-los contratos-tipo utilizados por las MATEPSS en los que se conciertan los servicios de prevención ajenos,

-los datos de las empresas que hayan contratado los servicios de prevención ajenos al mismo o en un plazo de tres meses desde el alta como asociado en la MATEPSS, durante los ejercicios 2002, 2003, 2004 y 2005,

-precios aplicados por las MATEPSS a los servicios de prevención ajenos durante los ejercicios 2002, 2003, 2004 y 2005 y, en todo caso, precios medios por trabajador,

-se oficie al Tribunal de Cuentas para que emita testimonio de cuantas actuaciones, conclusiones y resoluciones se hayan realizado o dictado en el procedimiento administrativo que dio lugar al 'Informe de Fiscalización Especial de las actividades de colaboración en la gestión de la Seguridad Social de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en materia de prevención de riesgos laborales, durante los ejercicios 2001, 2002, 2003', aprobado por el Pleno de ese Tribunal el 26 de mayo de 2005.

-A todas y cada una de las MATEPSS, facturación de los servicios de prevención ajenos, el número de trabajadores del cliente y los contratos del SPA de:

*Los 10 clientes con mayor número de trabajadores,

*Los 10 clientes con menor número de trabajadores,

*Los 10 clientes intermedios en cuanto al número de trabajadores,

en cada año de duración del expediente.

-A todas y cada una de la MATEPSS, facturación de los servicios de prevención ajeno, el número de trabajadores del cliente y los contratos de SPA de los clientes de SPA que tuvieron en los años investigados más de 100 trabajadores.

-Muestreo de Organismos Públicos acerca de la veracidad de los datos aportados por las MATEPSS en relación con el Punto 6 de la solicitud de información, con aportación de los pliegos y contratos de los concursos incluidos en el muestreo.

-Y cualquier otra prueba que se considere pertinente, incluso investigación domiciliaria,

así como, practique adecuadamente la prueba realizada, comprobando que las demandadas han contestado punto por punto a los datos requeridos y éstos son correctos.

b) subsidiariamente, para el caso de que no se acogiera la pretensión indicada en la letra anterior, se ordene levantar la confidencialidad de los datos de las denunciadas, y se ordene dar a ASPA plazo de vista del expediente y de alegaciones a fin de poder contestar adecuadamente a la propuesta de sobreseimiento.



2. Subsidiariamente, para el caso de que no se acogieran las pretensiones indicadas en el punto 1 anterior, se declare la anulabilidad de la resolución recurrida y se declare la realización por parte de las MATEPSS denunciadas

a) de una práctica conscientemente paralela consistente en el incumplimiento reiterado y generalizado de la normativa sectorial que restringe la competencia en el mercado nacional; y/o

b) de un abuso de posición consistente en, aprovechándose de su posición de dominio en el sector de la cobertura de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, incumplir de forma conscientemente paralela la normativa sectorial de los servicios de prevención ajenos, lo que le ha permitido extender su posición o reforzar la que tiene en el mercado de los servicios de prevención ajenos.

b) de un acto de competencia desleal (art. 15.2 LCD) que distorsiona gravemente las condiciones de competencia en el mercado y que afecte al interés público, consistente en el incumplimiento de la normativa que regula la concurrencia de las MATEPSS en el mercado de los SPA's.

c) de un acto de competencia desleal (art. 15.1 LCD) que distorsiona gravemente las condiciones de competencia en el mercado y que afecte al interés público, consistente en el incumplimiento de la normativa que regula la actuación de las MATEPSS en el mercado de los SPA's".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 14 de julio de 2009, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que "inadmira el presente recurso y, subsidiariamente, dicte sentencia por la que se desestime el recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de las costas a la demandante".

Cuarto.- "Mutua Gallega, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 201" contestó a la demanda con fecha 20 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala que "declare la inadmisibilidad del presente recurso e imponiendo las costas a la parte recurrente. Subsidiariamente, que desestime totalmente el presente recurso confirmando la adecuación a Derecho de la resolución impugnada".

Quinto.- "Mutua Universal Mugenat, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 10" contestó a la demanda por escrito de 20 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala que "declare la inadmisibilidad del presente recurso e imponiendo las costas a la parte recurrente. Subsidiariamente, que desestime totalmente el presente recurso confirmando la adecuación a Derecho de la resolución impugnada".

Sexto.- "Mutua Intercomarcal, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 39" contestó a la demanda por escrito de 20 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala que "declare la inadmisibilidad del presente recurso e imponiendo las costas a la parte recurrente. Subsidiariamente, que desestime totalmente el presente recurso confirmando la adecuación a Derecho de la resolución impugnada".

Séptimo.- "Activa Mutua 2008, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 3" contestó a la demanda por escrito de 20 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala que "declare la inadmisibilidad del presente recurso e imponiendo las costas a la parte recurrente. Subsidiariamente, que desestime totalmente el presente recurso confirmando la adecuación a Derecho de la resolución impugnada".

Octavo.- "Mutualia, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 2" contestó a la demanda por escrito de 20 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala que "declare la inadmisibilidad del presente recurso e imponiendo las costas a la parte recurrente. Subsidiariamente, que desestime totalmente el presente recurso confirmando la adecuación a Derecho de la resolución impugnada".

Noveno.- "Fremap, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 61" contestó a la demanda por escrito de 20 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala que "declare la inadmisibilidad del presente recurso e imponiendo las costas a la parte recurrente. Subsidiariamente, que desestime totalmente el presente recurso confirmando la adecuación a Derecho de la resolución impugnada".

Décimo.- "Maz, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 11" contestó a la demanda por escrito de 20 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala que "declare la inadmisibilidad del presente recurso e imponiendo las costas a la parte recurrente. Subsidiariamente, que desestime totalmente el presente recurso confirmando la adecuación a Derecho de la resolución impugnada".

Undécimo.- "Mutua Montañesa, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 7" contestó a la demanda por escrito de 20 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala que "declare la inadmisibilidad del presente recurso e imponiendo las costas a la parte recurrente. Subsidiariamente, que desestime totalmente el presente recurso confirmando la adecuación a Derecho de la resolución impugnada".



Duodécimo.- "Fraternidad-Muprespa, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 275" contestó a la demanda por escrito de 20 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala que "declare la inadmisibilidad del presente recurso e imponiendo las costas a la parte recurrente. Subsidiariamente, que desestime totalmente el presente recurso confirmando la adecuación a Derecho de la resolución impugnada".

Decimotercero.- "Umivale, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 15" contestó a la demanda por escrito de 20 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala que "declare la inadmisibilidad del presente recurso e imponiendo las costas a la parte recurrente. Subsidiariamente, que desestime totalmente el presente recurso confirmando la adecuación a Derecho de la resolución impugnada".

Decimocuarto.- "Mutua de Accidentes de Canarias, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 272" contestó a la demanda por escrito de 20 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala que "declare la inadmisibilidad del presente recurso e imponiendo las costas a la parte recurrente. Subsidiariamente, que desestime totalmente el presente recurso confirmando la adecuación a Derecho de la resolución impugnada".

Decimoquinto.- "Mutual Midat Cyclops, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 1" contestó a la demanda por escrito de 20 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala que "declare la inadmisibilidad del presente recurso e imponiendo las costas a la parte recurrente. Subsidiariamente, que desestime totalmente el presente recurso confirmando la adecuación a Derecho de la resolución impugnada".

Decimosexto.- "Asepeyo, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 151" contestó a la demanda por escrito de 20 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala que "declare la inadmisibilidad del presente recurso e imponiendo las costas a la parte recurrente. Subsidiariamente, que desestime totalmente el presente recurso confirmando la adecuación a Derecho de la resolución impugnada".

Decimoséptimo.- "Ibermutuamur, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 274" contestó a la demanda por escrito de 20 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala que "declare la inadmisibilidad del presente recurso e imponiendo las costas a la parte recurrente. Subsidiariamente, que desestime totalmente el presente recurso confirmando la adecuación a Derecho de la resolución impugnada".

Decimooctavo.- "Egarsat, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 276" contestó a la demanda por escrito de 20 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala que "declare la inadmisibilidad del presente recurso e imponiendo las costas a la parte recurrente. Subsidiariamente, que desestime totalmente el presente recurso confirmando la adecuación a Derecho de la resolución impugnada".

Decimonoveno.- "Unión de Mutuas, MATEPSS nº 267" contestó a la demanda el 23 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala sentencia que "declare la inadmisibilidad del presente recurso o, subsidiariamente, desestime el presente recurso, confirmando la resolución objeto del mismo y, en cualquiera de los casos, se impongan las costas a la parte recurrente".

Vigésimo.- "Mutua Balear, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales nº 183 de la Seguridad Social" contestó a la demanda por escrito de 23 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala que "dicte sentencia por la que inadmita el recurso formulado de adverso o, con carácter subsidiario, desestime íntegramente el recurso formulado de adverso confirmando la resolución impugnada por ser conforme a Derecho. Con expresa imposición de costas a la recurrente".

Vigesimoprimer.- "Mutua Navarra, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 21" contestó a la demanda por escrito de 20 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala que "declare la inadmisibilidad del presente recurso e imponiendo las costas a la parte recurrente. Subsidiariamente, que desestime totalmente el presente recurso confirmando la adecuación a Derecho de la resolución impugnada".

Vigesimosegundo.- "Mutua de Ceuta-Smat, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 115" contestó a la demanda por escrito de 20 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala que "declare la inadmisibilidad del presente recurso e imponiendo las costas a la parte recurrente. Subsidiariamente, que desestime totalmente el presente recurso confirmando la adecuación a Derecho de la resolución impugnada".

Vigesimotercero.- "Activa Mutua 2008, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 3" presentó nuevamente escrito de contestación a la demanda el 1 de diciembre de 2009 y suplicó a la Sala que "declare la inadmisibilidad del presente recurso e imponiendo las costas a la



parte recurrente. Subsidiariamente, que desestime totalmente el presente recurso confirmando la adecuación a Derecho de la resolución impugnada".

Vigesimocuarto.- No habiéndose recibido el pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos, contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 30 de octubre de 2008, a que las presentes actuaciones se contraen. Sin expresa imposición de costas."

Vigesimoquinto.- Con fecha 7 de abril de 2011 la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos (ASPA) interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 1995/2011 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional "ya que la declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, derivado de la apreciación por parte de la Sala de la Audiencia Nacional de la falta de legitimación activa de mi mandante, implica una quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva de mi representada proclamado en el artículo 24.1 y /o 2 de la Constitución, causante de indefensión, en relación con los artículos 19.1 y 69, apartado b) de la LJCA, así como el artículo 36.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, de 17 de julio de 1989, y jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en relación con la legitimación activa para demandar en la vía contencioso-administrativa".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 19.1, en relación con el 69.b), ambos de la LJCA, y el artículo 36.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, de 17 de julio de 1989, al desconocer la legitimación activa de mi mandante, como portadora de un interés propio y directo, que la sentencia erige en causa de inadmisibilidad del recurso, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva de mi representada con infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española y todo ello por los propios argumentos del motivo anterior que se dan por reproducidos en aras de la brevedad".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional por "incongruencia omisiva de la sentencia que produce lesión del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24.1 de la Constitución Española, al producir una infracción de los artículos 33 y 67 de la LJCA, dado que la sentencia nada dice al respecto de la primera pretensión formulada en el suplico de la demanda".

Cuarto: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional: "Inadmisión y, en consecuencia, negativa a practicar los medios de prueba, recogidos en el suplico de la demanda, que tienen interés relevante para la resolución definitiva del proceso, produciendo indefensión o perjuicio irreparable, infringiendo por tanto el artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española (sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2001, de 19 de marzo de 2001 y 11 de febrero de 2004)".

Quinto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de los artículos 36, apartado 3 y 37, apartados 1 y 2, de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 80, apartado 3, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al no haberse instruido en el expediente las pruebas solicitadas por ASPA (información reservada, investigación domiciliaria y pruebas planteadas en la denuncia y escritos posteriores) [...]".

Sexto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 53 de la Ley 16/1989 al haberse fundado el sobreseimiento en documentación declarada confidencial y no haberse levantado dicha confidencialidad, como la práctica administrativa del Tribunal de Defensa de la Competencia tiene reconocida en sus resoluciones de 26 de marzo de 1999 (Expte. r 350/98, T. Imprenta/Primera Plana) y 4 de marzo de 2005 (Expte. r 638/04 v. Grandes Distribuidores de Cine 2), entre otros".

Séptimo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de las reglas de la sana crítica al haber apreciado la prueba de modo arbitrario o irrazonable, tal y como queda acreditado por las alegaciones y pruebas aportadas en los escritos de ASPA de 1 de abril de 2008 y 12 de mayo de 2008 que produce infracción de la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24.1 y /o 2 de la Constitución Española (sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2001, de 19 de marzo de 2001 y 11 de febrero de 2004)".

Octavo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, al entender la sentencia que no existe práctica conscientemente paralela restrictiva de la competencia".

Noveno: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, al entender la sentencia que no existe abuso de posición dominante".



Décimo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 15, apartado 2, de la Ley de Competencia Desleal, al entender la sentencia que no existe distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público".

Vigesimosexto.- Por escritos de 23 de septiembre de 2011 "Fraternidad-Muprespa, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 275", "Mutua Montañesa, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 7", "Mutual Midat Cyclops, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 1", "Egarsat, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 276", "Mutua de Ceuta-Smat, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 115", "Mutua de Accidentes de Canarias, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 272", "Mutua Gallega, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 201", "Mutua Balear, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales nº 183 de la Seguridad Social", "Maz, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 11", "Activa Mutua 2008, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 3", "Ibermutuamur, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 274", "Umivale, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 15"?, "Mutua Intercomarcal, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 39", "Mutua Navarra, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 21", "Mutualia, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 2", "Asepeyo, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 151" y "Fremap, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 61" se opusieron respectivamente al recurso y suplicaron a la Sala que "declare la inadmisibilidad del presente recurso e imponga las costas a la parte recurrente. Subsidiariamente, que desestime totalmente el presente recurso confirmando la adecuación a Derecho de la sentencia impugnada con expresa condena a la totalidad de las costas a la parte recurrente".

Vigesimoséptimo.- "Unión de Mutuas, MATEPSS nº 267" se opuso al recurso con fecha 26 de septiembre de 2011 y suplicó a la Sala la confirmación de la sentencia "y por tanto la inadmisibilidad del presente recurso e imponiendo las costas a la parte recurrente".

Vigesimooctavo.- El Abogado del Estado se opuso al recurso con fecha 30 de septiembre de 2011 y suplicó a la Sala su desestimación con imposición de las costas a la recurrente.

Vigesimonoveno.- Por providencia de 23 de enero de 2014 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 18 de febrero siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 30 de diciembre de 2010, declaró la inadmisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la "Asociación de Servicios de Prevención Ajenos" contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de octubre de 2008.

La resolución del Consejo, a su vez, confirmó el sobreseimiento, por parte de la Dirección de Investigación de dicho organismo, del expediente sancionador número R 734/08 incoado tras la denuncia presentada por la asociación actora contra un grupo de mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

Segundo.- Aun cuando la Sala de instancia no entró en el fondo del asunto (con la salvedad a la que después haremos referencia) ya que consideró inadmisibles el recurso contencioso-administrativo por carencia de legitimación activa de la asociación demandante, es oportuno que -para la mejor comprensión del litigio- reproduzcamos los fundamentos jurídicos segundo y tercero de la sentencia, en los que se resumen pormenorizadamente los "antecedentes relevantes" del acuerdo impugnado y el contenido de éste. Dichos fundamentos jurídicos se expresan en estos términos:

"[...] Son antecedentes relevantes para la presente decisión:



- El 18 de marzo de 2008 la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC) acordó el sobreseimiento del expediente más arriba referido, expediente que tuvo su origen en la denuncia formulada por la ahora recurrente, la Asociación de Servicios de Prevención (en adelante ASPA), contra las MATEPSS (las 27 antes referidas).

- El referido Acuerdo de sobreseimiento se basó en que las MATEPSS denunciadas podrían haber seguido un conjunto de conductas restrictivas de la competencia en el mercado relevante de los servicios de prevención ajenos que, en resumen, serían:

a) Con cargo a fondos de la Seguridad Social, aplicarlos a personal e inversiones en instalaciones y equipamientos sanitarios y preventivos con el fin de desarrollar las funciones privadas propias de los Servicios de Prevención Ajenos.

b) Una política de precios en el mercado relevante en la que se ofertaba conjuntamente servicios de prevención con cargo a cuotas de la Seguridad Social y servicios de prevención ajenos de riesgos laborales, permitiéndoles ofertas a precios inferiores a costes reales.

c) Realización de reconocimientos médicos periódicos con cargo a las cuotas de la Seguridad Social.

d) Operaciones comerciales con empresas asociadas fuera de la cobertura de enfermedades y accidentes de trabajo y al margen de su relación asociativa.

e) Captación de nuevos mutualistas a través de la oferta conjunta de servicios antes citada (apartado b).

f) Atribución legal de una cantidad a fondo perdido, sin contraprestación alguna, con cargo al Fondo de Prevención y Rehabilitación de la Seguridad Social, a favor de los Servicios de Prevención Ajenos de las Mutuas (500 pesetas por trabajador afiliado a 31 de diciembre de 1996), que habría supuesto una ventaja competitiva de la que no han disfrutado las entidades privadas en el sector de la prevención de riesgos laborales.

- La Dirección de Investigación señalaba, en primer término, que de acuerdo con las partes intervinientes el mercado relevante era el de 'los servicios de prevención ajenos de riesgos laborales en España'.

- Y en cuanto a la valoración de las conductas denunciadas, rechazaba tanto la existencia de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia como el artículo 6 de la propia LDC y concluía que, de una parte, las conductas 'no están provocadas por actuaciones unilaterales de las Mutuas, sino que se derivan del marco normativo instaurado por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su posterior desarrollo reglamentario; y, de otra, en relación con el artículo 6, la Dirección de Investigación señaló que el denunciante 'parece referirse a una posición de dominio conjunta o colectiva por parte de las Mutuas. Por tanto, ... habría que analizar si se da esta posición dominante de las Mutuas'. Se concluía que los factores económicos de correlación entre las empresas afectadas no se dan entre las Mutuas, ni tampoco los terceros las perciben como una entidad colectiva. En lo que se refiere a la doctrina de los mercados conexos, se consideraba que la posición en el mercado de aseguramiento de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales no había afectado a la competencia en el mercado conexo de los 'Servicios de Prevención Ajenos', ni se había acreditado que la competencia se había debilitado a la luz del crecimiento exponencial de los operadores privados en dicho mercado.

- Por último, en relación con la imputación referida al artículo 7 LDC se concluyó que no había quedado establecida la exigida distorsión del mercado y, por lo tanto, del interés público.

El acuerdo de sobreseimiento fue impugnado por ASPA, alegando la posible indefensión o perjuicio irreparable por no haberse practicado determinadas pruebas y haber sido analizadas incorrectamente algunas de las existentes y, por otra parte, porque el Acuerdo estaba basado en datos que habían sido declarados confidenciales, lo que en su opinión lo viciaba de nulidad.

- Tras oír a todos los interesados el Consejo de la CNC resolvió, en el sentido más arriba indicado, mediante la resolución que constituye el objeto de la presente impugnación.

[...] La resolución administrativa impugnada entiende conforme a derecho el acuerdo de sobreseimiento en relación con las conductas seguidas por las MATEPSS en el mercado de servicios de prevención ajenos que se desarrolla a partir de 1995 con la obligatoriedad legal de servicios de prevención para las empresas.

Y después de repasar la evolución de la legislación en materia de prestación de servicios de prevención, ya sea con cobertura de la Seguridad Social o prestados de forma privada a las empresas por parte de las Mutuas o por sociedades mercantiles reconoce 'un régimen concreto de actuación para las MATEPSS cuando actúen como operadores en el mercado de servicios de prevención ajenos, permitiéndoles utilizar recursos destinados inicialmente a servicios de cobertura de la Seguridad Social, mediante la introducción de un sistema de imputación de costes para ello.'



En lo tocante propiamente al fondo del asunto, y en relación con las denunciadas infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia, y más concretamente en relación con el artículo 1 LDC, ratifica la valoración de la Dirección de Investigación en cuanto a la falta de pruebas de la existencia de concertación (ni en la documentación aportada, ni en el examen de la publicidad de la MATEPSS, ni en las actas de las Juntas Generales). Subraya la Comisión Nacional de la Competencia en su decisión que el Tribunal de Cuentas en el informe que sirvió de base a la denuncia, valora unos hechos no tanto desde la perspectiva de la defensa de la competencia, como el propio conjunto de hechos o indicios que permitieran su valoración posterior por parte de la Comisión Nacional de la Competencia y es a partir de los mismos cuando, después de una larga instrucción, se concluye que en ningún caso el comportamiento de las diferentes MATEPSS revela un acuerdo o comportamiento paralelo.

También se insiste en que ha sido la existencia de una regulación de carácter provisional orientada a asegurar la prestación de los servicios de prevención ajenos por aquellos que en 1995 estaban en disposición de ofertarlos con carácter inmediato y, por ello, se les ha permitido los desarrollos reglamentarios posteriores que utilizaran aquellos recursos físicos y humanos asignados inicialmente a otras funciones o a funciones de prevención bajo cobertura de la Seguridad Social.

En relación con el artículo 6 LDC, la resolución impugnada coincide con el acuerdo de sobreseimiento en que ninguna Mutua individualmente considerada tiene una cuota elevada en los mercados de servicios de prevención ajenos o de accidentes de trabajo y enfermedades laborales, como ha puesto de manifiesto la instrucción del expediente ni, por otra parte, desde el punto de vista de la competencia, podría plantearse la posible posición de dominio colectivo del conjunto de Mutuas y en relación con los otros operadores."

Tercero.- La objeción de falta de legitimación activa para recurrir que planteó el Abogado del Estado y secundaron algunas de las mutuas codemandadas fue acogida, según ya hemos dicho, por el tribunal de instancia sobre la base de las consideraciones que expuso en los fundamentos jurídicos quinto y sexto de la sentencia. En ellos, tras describir "la evolución que ha experimentado el concepto de legitimación" y subrayar que frente a la denuncia pública admitida por la Ley de Defensa de la Competencia, se alzaba el régimen de legitimación procesal "por interés legítimo" para recurrir en la vía jurisdiccional, negó la de la asociación recurrente con estas palabras:

"[...] En el presente caso la parte actora para entenderse legitimada únicamente señala su carácter de denunciante, pero lo cierto es que no expone una mayor justificación que la de ser parte denunciante o interesada en el expediente administrativo para poder recurrir en esta vía jurisdiccional.

Pero es más, en el presente caso se da una circunstancia puesta de relieve tanto por el Abogado del Estado, como por las codemandadas, ciertamente significativa y a tener en cuenta a la hora de examinar el interés exigible: La posible sanción de las entidades denunciadas no produciría, además, en el presente caso ninguna ventaja en la esfera particular de las entidades asociadas a la recurrente, pues ella misma en su denuncia se ciñó a la actuación de las MATEPSS en el mercado de los servicios de prevención ajena durante los años 2002, 2003, 2004 y 2005 y hasta la finalización del periodo transitorio previsto en el Real Decreto 688/2005, de 10 de junio, pues resulta evidente que tras la nueva regulación en la que ya se ha obligado a la separación física y jurídica de las actividades de los servicios de prevención ajenos, ha habido un cambio sustancial de la situación anterior mantenida entre las MATEPSS y las empresas dedicadas a la prestación de servicios de prevención ajena, por lo que una eventual intimación por parte de las Autoridades de Defensa de la competencia a cesar en la conducta -único pronunciamiento que afectaría a la esfera de intereses de la parte actora- sería innecesario al haberse modificado de manera sustancial la normativa de las Mutuas. De manera que tienen razón las codemandadas cuando alegan que el hecho de que se sancionara a éstas no produciría efecto favorable a las empresas de prestación de servicios de prevención ajenos, en la medida en que ya el cambio de normativa es lo que ha permitido un nuevo modus operandi de las Mutuas en cuanto presten servicios de prevención.

Y es que tal y como ya pusieron de manifiesto el informe del Tribunal de Cuentas, al que se refiere el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, 'al estar afectada esta regulación de provisionalidad, complejidad y poca precisión contable y económica en los criterios, han podido producir situaciones no deseables que el regulador no ha eliminado hasta 2005; por ejemplo, mediante la obligación de separación física y jurídica de las actividades de servicios de prevención ajenos por parte de las MATEPSS, tal y como aparece en el Real Decreto 688/2005'.

En definitiva, se presenta falta de justificación la legitimación actora y, por ello, el recurso debe ser declarado inadmisibles con arreglo al artículo 69.b) en relación con el artículo 19 LJCA".

No obstante esta declaración de inadmisibilidad -que lógicamente fue la única trasladada al fallo- el tribunal de instancia, afirmó "a mayor abundamiento" en el último fundamento jurídico de la sentencia que "[...] tampoco la Sala hubiera podido haber aceptado los argumentos de la recurrente ni sobre la pretendida infracción



del artículo 1 ni del artículo 6, ni tampoco del artículo 7 de la LDC de 1989 . Por [...] el contrario, la Sala comparte plenamente los argumentos del acuerdo de Sobreseimiento impugnado, tanto respecto a la ausencia de conducta desleal por parte de las MATEPSS y en la ausencia de distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público, así como la inexistencia de prueba directa o indicios de la concertación o colusión en que consiste la infracción tipificada en el art. 1, así como, finalmente, porque ha de descartarse la existencia de una posición de dominio individual o colectiva, de una o varias o MATEPSS."

Cuarto.- El pronunciamiento de inadmisibilidad que contiene la sentencia de instancia es combatido por la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos en los dos motivos iniciales de su recurso de casación, de los cuales el segundo se remite sin más a los argumentos del primero. En ambos denuncia que la Sala de instancia habría infringido los artículos 19.1 y 69.b) de la Ley Jurisdiccional (esto es, los que definen, respectivamente, quiénes están legitimados ante este orden jurisdiccional y cuáles son las consecuencias procesales de la carencia de tal requisito) así como el artículo 36.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, de 17 de julio de 1989 . Añade, también en ambos, que la declaración de inadmisibilidad implica "una quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva [...] proclamado en el artículo 24.1 y /o 2 de la Constitución , causante de indefensión".

De los dos motivos el primero no podrá ser tomado en consideración pues se ha propuesto al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional , vía inadecuada al efecto ya que la aplicación indebida de aquellos preceptos legales por el tribunal sentenciador no constituiría un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio sino una infracción de las normas (procesales) del ordenamiento jurídico que disciplinan el régimen de la legitimación activa de los recurrentes. En la medida en que así lo ha planteado la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos en el segundo de sus motivos casacionales, sobre la base del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , este sí es admisible y debemos dar respuesta a las alegaciones que contiene.

Quinto.- La regla general que esta Sala del Tribunal Supremo (y también la Sala de instancia) ha venido manteniendo en esta materia es favorable a reconocer -con los matices que después se dirán- la legitimación para recurrir de los operadores económicos, incluidas las asociaciones como la de autos representativas de sus intereses, cuando, presentes en un determinado mercado y habiendo interpuesto la correspondiente denuncia ante los órganos de defensa de la competencia para instar la declaración de que otros agentes del mismo mercado habían incurrido en prácticas anticompetitivas, reciben como respuesta un acuerdo de sobreseimiento del expediente sancionador ya incoado.

Por no citar sino algunas de las sentencias de la última década, reseñaremos a continuación aquellas que han zanjado los correspondientes recursos frente a decisiones de sobreseimiento o archivo adoptadas por los órganos de defensa de la competencia y recurridas ante la Sala de la Audiencia Nacional por las empresas -o asociaciones de éstas- que habían instado mediante denuncia la actuación sancionadora de dichos órganos. Reconoció dicha Sala en todas ellas la legitimación activa de las demandantes para impugnar el sobreseimiento acordado, haciéndolo bien de modo implícito o explícito en las siguientes (de entre las que esta Sala ha tenido conocimiento), ulteriormente confirmadas por el Tribunal Supremo:

A)) "Jofra Oil, S.L." (titular de una estación de servicio) impugnó ante la Sala de la Audiencia en el recurso 406/2006 la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 17 de julio de 2006 que corroboró el sobreseimiento del expediente 2498/03, iniciado por denuncia de aquella contra la operadora petrolífera "Shell España, S.A." (le sucedería posteriormente la compañía "Disa Península, S.L.U.") a la que acusaba de una infracción del artículo 1.1. de la Ley 16/1989 .

La sentencia dictada por la Audiencia Nacional con fecha 4 de junio de 2009 no cuestionó la legitimación de la actora y confirmó, por razones de fondo, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia. Fue objeto del recurso de casación número 4718/2009, desestimado por nuestra sentencia de 30 de diciembre de 2013 .

B) La Asociación Nacional de Compradores y Usuarios de Viviendas del Ministerio de Defensa recurrió ante la Sala de la Audiencia Nacional el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de junio de 2007 que había confirmado el sobreseimiento del expediente R 715/07, iniciado por denuncia de aquella asociación contra los Colegios Notariales -y los propios notarios- por supuestas conductas contrarias a la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

La sentencia dictada por la Audiencia Nacional con fecha 23 de febrero de 2009 en el recurso 278/2006 confirmó por razones de fondo la decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia, sin cuestionar la legitimación activa de la Asociación recurrente. Fue objeto del recurso de casación número 4111/2009, desestimado por nuestra sentencia de 20 de marzo de 2013 .



C) Frente a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 2007, que corroboró el sobreseimiento del expediente 2619/05, iniciado por una denuncia de la Asociación de Promotores Musicales contra la Sociedad General de Autores y Editores, aquella asociación interpuso ante la Sala de la Audiencia Nacional el recurso número 169/2007 .

La Sala de la Audiencia Nacional, en su sentencia de fecha 6 de abril de 2009 , no sólo reconoció la legitimación activa de la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos para recurrir sino que, tras estimar su recurso de modo parcial, anuló el acto impugnado (el sobreseimiento del expediente) y ordenó al Tribunal de Defensa de la Competencia que procediera a continuar el procedimiento sancionador. Tanto la Administración del Estado como la Sociedad General de Autores y Editores (entidad denunciada) interpusieron contra aquella sentencia el recurso de casación número 3446/2009, que fue desestimado por la nuestra de 4 de diciembre de 2012 .

D) En el recurso de casación número 709/2006 (resuelto por sentencia de 10 de mayo de 2008) la "Asociación Española de Floristas Interflora, S.A." recurrió la sentencia dictada por la Audiencia Nacional con fecha 26 de septiembre de 2005 en el recurso 1111/2004 , deducido contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de enero de 2004 que corroboró el sobreseimiento del expediente 2178/00 del Servicio de Defensa de la Competencia.

Dicho expediente había sido incoado a partir de la denuncia formulada por una floristería ("Tost Floristes") contra una empresa de servicios funerarios ("Remsa Tanatorios y Servicios, S.A.") a la que imputaba la infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 , procedimiento en el que la "Asociación Española de Floristas Interflora, S.A." se había personado en apoyo de la denunciante como parte interesada. La Sala de la Audiencia Nacional no cuestionó la legitimación activa de esta última entidad para recurrir y, si bien desestimó su impugnación, lo hizo por razones de fondo. Su sentencia de 26 de septiembre de 2005 fue confirmada por la de esta Sala de 10 de mayo de 2008.

E) La Asociación Nacional de Empresas Forestales impugnó ante la Sala de la Audiencia Nacional en el recurso 972/1998 la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de marzo de 1998 que corroboró el sobreseimiento del expediente 1351/96, incoado en virtud de denuncia de aquélla contra la "Empresa de Transformación Agraria, S.A." (TRAGSA) a la que imputaba determinadas conductas anticompetitivas.

En la sentencia dictada por la Audiencia Nacional con fecha 26 de septiembre de 2001 la Sala rechazó expresamente la tesis del Abogado del Estado a cuyo entender la Asociación demandante carecía de legitimación para recurrir la decisión de sobreseimiento. La sentencia de instancia fue impugnada en el recurso de casación número 548/2002, resuelto por la nuestra, desestimatoria, de 30 de enero de 2008 .

F) La Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio impugnó ante la Sala de la Audiencia Nacional (recurso 996/1998) la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de abril de 1998 que había acordado el sobreseimiento parcial del expediente número 1235/95, incoado a raíz de la denuncia formulada por aquella Confederación contra la empresa petrolera "Cepsa".

En su sentencia dictada de 22 de enero de 2002 la Sala de la Audiencia Nacional nuevamente rechazó de modo expreso la objeción de inadmisibilidad (por carencia de legitimación) opuesta por el Abogado del Estado y por Cepsa. Estimó, además, parcialmente el recurso y ordenó "el desarchivo de la denuncia" para que los órganos de defensa de la competencia continuaran practicando los actos de investigación necesarios.

Al fallar esta Sala el recurso de casación número 1890/2002, resuelto por la sentencia de 4 de mayo de 2007 , no se cuestionó el reconocimiento de la legitimación de la recurrente en la instancia.

G) En el recurso de casación número 1294/2002 (resuelto por sentencia de 29 de diciembre de 2004) la Asociación de Empresas Abanderadas de Total España recurrió la sentencia dictada por la Audiencia Nacional con fecha 11 de enero de 2002 en el recurso 559/2000 , deducido contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 23 de febrero de 2000 que confirmó el sobreseimiento del expediente 1325/95 del Servicio de Defensa de la Competencia, incoado en virtud de denuncia de la citada asociación contra la empresa petrolera "Total España, S.A."

Al igual que en los recursos de análoga naturaleza antes reseñados, tampoco en esta ocasión la Sala de la Audiencia Nacional apreció la falta de legitimación de la Asociación recurrente. El ulterior recurso de casación interpuesto por dicha parte (número 1294/2002) fue rechazado por esta Sala a causa de sus deficiencias procesales.

H) En el recurso de casación número 5934/2001 (resuelto por sentencia de 8 de noviembre de 2004) D. Alejandro recurrió la sentencia dictada por la Audiencia Nacional con fecha 10 de julio de 2001 en el recurso 675/1998 , deducido contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 16 de enero



de 1998 que confirmó el sobreseimiento del expediente NUM000 instruido en virtud de denuncia formulada por dicho señor contra la entidad "Unión Española de Explosivos, S.A.", a la que acusaba de abuso de posición de dominio.

De nuevo la Sala de la Audiencia Nacional no apreció la falta de legitimación del recurrente, cuyo ulterior recurso de casación fue desestimado por esta Sala.

I) En el recurso 412/1998 la sociedad "Asfaltex Construcción, S.A." impugnó ante la Sala de la Audiencia Nacional la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de septiembre de 1997 que confirmó el sobreseimiento del expediente sancionador 11478/96, incoado tras la denuncia formulada por dicha empresa contra la entidad AENOR, a la que acusaba de conductas colusorias. En la sentencia de 20 de octubre de 2004 no se cuestiona la legitimación de "Asfaltex Construcción, S.A.", cuyo recurso de casación contra ella (número 4685/2001) fue rechazado por esta Sala a causa de los defectos de formulación y planteamiento de los cuatro motivos que incluía.

J) Por no alargar más la relación, ya de suyo extensa, baste añadir que la misma Sala de la Audiencia Nacional reconoció sin dificultad la legitimación activa de los demandantes en los recursos interpuestos por las sociedades "Urbanismo, Ingeniería y Servicios del Sureste, S.L." (sentencia de 3 de noviembre de 2000 en el recurso 1321/1998) y "Landete Gimeno, S.L." (sentencia de 7 de junio de 2000 en el recurso 744/1996) contra sendas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 29 de junio de 1998 y 30 de julio de 1996 que, a su vez, habían confirmado los acuerdos de sobreseimiento de los expedientes sancionadores incoados tras las correlativas denuncias de aquéllas contra "Telefónica de España, S.A." y "Petroliber Distribución, S.A." (después "Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.") respectivamente.

Una y otra sentencia serían confirmadas por las nuestras de 10 de mayo de 2004 (recurso de casación número 6330/2000) y 16 de junio de 2004 (recurso de casación número 107/2001).

Sexto.- Hemos transcrito en un fundamento jurídico precedente las consideraciones que la Sala de instancia hace para rechazar la legitimación de la demandante con la finalidad de destacar cómo, a juicio de aquel tribunal, la razón determinante de su rechazo era que la Asociación actora "[...] únicamente señala su carácter de denunciante, pero lo cierto es que no expone una mayor justificación que la de ser parte denunciante o interesada en el expediente administrativo para poder recurrir en esta vía jurisdiccional". Como razón complementaria añadió la Sala -en la línea auspiciada por el Abogado del Estado- que resultaba innecesaria una orden de cesación de la conducta ilícita de las mutuas denunciadas ante el cambio normativo producido en el año 2005.

La primera afirmación de las dos expuestas no se corresponde enteramente con los argumentos de la demanda ni menos aún con los del escrito de conclusiones en el que la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos dio respuesta a la correlativa objeción suscitada por las partes demandadas. En este último escrito expuso cómo la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2007 (recurso de casación 9763/2004), citada en apoyo de su objeción por los demandados, contenía argumentos a favor del reconocimiento de su propia legitimación activa y sostuvo que ésta procedía del "interés legítimo y directo" que le asistía a la vista de las "ventajas materiales y competitivas" derivadas de la imposición de una eventual multa a las mutuas denunciadas. A todo lo cual añadió una razón adicional para reconocer su interés procesal, a saber, que sólo con la declaración "oficial" de que se habían producido en el pasado las conductas restrictivas por ella censuradas (declaración que correspondía en exclusiva al Tribunal de Defensa de la Competencia) sólo así, afirmaba, podría ulteriormente reclamar -bajo la vigencia del artículo 13 de la Ley 16/1989 - los daños y perjuicios derivados de aquellos actos ilícitos.

En otras palabras, la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos recurrente no se limitó a destacar su mero carácter de denunciante sin intereses propios en juego sino que alegó la existencia de éstos y los perjuicios económicos que para ella -para las empresas que la integraban- podrían derivar de la conducta, supuestamente contraria a la libre competencia, mantenida durante años por las mutuas que actuaban en el mismo mercado de los servicios de prevención ajenos de riesgos laborales. Mutuas que -siempre en la versión de la denunciante- habían perjudicado de modo negativo los intereses de sus competidoras - las sociedades recurrentes- al ofrecer unos precios predatorios o anormalmente bajos que sólo eran posibles si aquéllas imputaban parte de sus costes a los recursos, medios y fondos públicos puestos a su disposición en cuanto entidades colaboradoras de la Seguridad Social en la cobertura de determinadas contingencias y en la gestión de ciertas prestaciones económicas. Adujo, además, una circunstancia singular como era la necesidad de obtener una decisión administrativa favorable en cuanto única vía para interesar después -se sobreentiende que ante los tribunales del orden civil- el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le habían irrogado, sobre la base de que en la Ley 16/1989 aquella decisión era requisito inexcusable para la ulterior acción resarcitoria.



Ante este planteamiento resultaba obligado que la Sala de instancia hubiera reconocido la legitimación de la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos para impugnar el acto administrativo de sobreseimiento. No había duda de que se trataba de una asociación integrada por sociedades que competían con las mutuas en el mercado de los servicios de prevención ajenos de riesgos laborales, de modo que tenían indudable interés en que fuera declarada y sancionada la eventual actuación ilícita de las mutuas competidoras si es que efectivamente resultaba contraria a las exigencias de la libre competencia. Precisamente para obtener una declaración en este sentido instaron la actuación del Tribunal de Defensa de la Competencia (que aceptó sin ambages su intervención como parte interesada y potencialmente perjudicada por aquella actuación) y tenían derecho a que un órgano jurisdiccional enjuiciase el fondo de la respuesta desestimatoria que la autoridad de competencia había pronunciado.

Con su argumento adicional para negar la legitimación la Sala de la Audiencia Nacional desplaza el peso de la controversia procesal a la incidencia de la nueva regulación de las mutuas a partir del año 2005, factor que el Tribunal de Defensa de la Competencia había empleado en su decisión como uno de los elementos justificativos del sobreseimiento. La tesis de la Sala de instancia podría ser adecuada si la pretensión actora se hubiera limitado únicamente a que se dictara una orden de cesación de la conducta hasta entonces seguida por las mutuas, lo que ya hemos dicho que no es cierto. Pero incluso en ese caso el presupuesto lógico para corroborar por razones sustantivas la validez de este o de cualquiera otro de los motivos que el Tribunal de Defensa de la Competencia expuso para sobreseer el expediente sancionador era que la Sala acometiera precisamente el análisis de fondo de unos y otros, análisis que no posible si simplemente inadmite a *limine* el recurso en la instancia.

En suma, la Sala de instancia debió rechazar la objeción de inadmisibilidad opuesta, acoger la legitimación de la demandante y entrar en el análisis del fondo de sus pretensiones. Al no haberlo hecho así, su sentencia ha de ser casada y ello nos obliga, conforme al artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional, a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparecía planteado el debate.

Séptimo .- La demanda de la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos era procesalmente deficiente en cuanto que sus fundamentos de derecho se limitaban a reproducir determinados artículos de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, de la Ley 30/1992 y de la Ley 16/1989, y a transcribir parte de la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2003, para añadir sin más razonamiento (página 49 de las 54 que contiene) que la resolución impugnada "es nula en cuanto que, como se ha indicado en los hechos n.ºs. dos a undécimo, se ha producido una indefensión o perjuicio irreparable de ASPA (artículo 24 de la Constitución Española), que lesiona su derecho a la tutela judicial efectiva, con infracción de los artículos 36, 37 y 53 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (hoy en día artículo 42 de la Ley 15/2007)".

La supuesta indefensión y perjuicio irreparable (no se concretaba con precisión si concurrían ambos factores) se habría producido por "no haberse instruido en el expediente las pruebas solicitadas por ASPA", "haberse fundado el sobreseimiento en documentación declarada confidencial" y "tratar de forma incorrecta las pruebas existentes, deduciendo conclusiones erróneas que fundamentan afirmaciones irracionales e ilógicas". Añadía la demandante, ya en otro orden de cosas, que la resolución recurrida "es anulable en cuanto infringe los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en el marco de las alegaciones y pruebas aportadas en los escritos de 1 de abril de 2008 y 12 de mayo de 2008, parcialmente reproducidos en este escrito en los hechos undécimo a decimocuarto".

En realidad los fundamentos jurídicos en los que se apoyaba la pretensión figuraban -indebidamente, en términos procesales- en el apartado de "hechos" de la demanda, mezclados con estos últimos.

Octavo.- El reproche de indefensión por falta de pruebas en la fase administrativa no puede ser apreciado. A lo largo de los trece mil seiscientos setenta y seis (13.676) folios que contiene el expediente sancionador se practicaron buena parte de las diligencias instadas por la Asociación denunciante y se adjuntaron los documentos requeridos, de oficio o a instancia de aquélla. De la solicitud al instructor formulada por la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos el 14 de diciembre de 1997, en la que pedía que fueran ampliados los datos previamente requeridos de las empresas denunciadas, aquél rechazó los epígrafes 3.1, 3.2 y 3.4 por no considerarlos relevantes y, en efecto, tal como se habían formulado las correlativas solicitudes, así era. Admitió el instructor, sin embargo, otras pruebas que habían sido solicitadas (entre ellas las justificaciones de los órganos de la Seguridad Social sobre la utilización por las mutuas de medios materiales y humanos adscritos a la actividad de colaboración con ella) e informó a la denunciante de que el informe de fiscalización especial realizado por el Tribunal de Cuentas, y aportado al expediente, contenía las actuaciones llevadas a cabo por aquel Tribunal y las conclusiones alcanzadas.

No se demostró -entonces o ahora- que ninguna de las pruebas rechazadas fuera de todo punto necesaria para mantener la acusación de conductas ilícitas, y de hecho la recurrente ha podido -como bien destacan las



contrapartes- aducir, sobre la misma base de la muy abundante documentación recopilada en el expediente, que aquellas conductas eran constitutivas de los tipos infractores correspondientes. Y es que, más que cuestiones relativas a la fijación de los hechos, lo que realmente resultaba controvertida era la calificación jurídica de éstos, en un contexto normativo determinado que la Comisión Nacional de la Competencia examina con detalle.

Destaca además, de modo especialmente significativo, el hecho de que la Asociación recurrente ni siquiera instara de la Sala de instancia el recibimiento a prueba, en el seno del cual podría haber sometido a la apreciación del tribunal las mismas solicitudes de prueba que formuló sin éxito en vía administrativa. Resulta significativo, decimos, que quien alega una supuesta indefensión producida en la vía previa, por falta de ciertas pruebas documentales, renuncie a exigir las en el proceso jurisdiccional cuando la Ley pone a su disposición la posibilidad de instarlas, precisamente en aras de respetar su derecho de defensa.

Algo similar hay que decir respecto de la documentación declarada confidencial por la Comisión Nacional de la Competencia. En el expediente remitido figura una pieza separada con sesenta tomos de documentos que tienen aquel carácter, y la demandante no llegó a instar en ningún momento de la Sala de instancia que le diera acceso, pleno o limitado, a aquéllos a lo largo del proceso judicial. Si la recurrente lo hubiese solicitado, el tribunal de instancia podía haberle facilitado, bajo determinadas condiciones, el acceso a los documentos confidenciales que con este carácter se habían incorporado al expediente.

Tal como en otras ocasiones hemos manifestado, la tensión entre el derecho de defensa y la legítima protección de los secretos comerciales de los agentes económicos implicados en un proceso debe ser resuelta por los tribunales en cada caso, sin que exista un derecho absoluto de los denunciados -ni de los demandantes- a conocer en su integridad dichos secretos. Por lo demás, en el caso de autos la propia Comisión Nacional de la Competencia manifestó que su decisión de sobreseer no estaba basada en los datos confidenciales que mostraban los correspondientes documentos.

En fin, la última de las alegaciones de la demandante respecto del análisis por parte de la Comisión Nacional de la Competencia de "las pruebas existentes", se refiere ya al fondo de la decisión de sobreseer, a su juicio basada en "conclusiones erróneas que fundamentan afirmaciones irracionales e ilógicas". Deben ser tomadas en consideración, pues, al resolver si las conductas enjuiciadas infringían los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, lo que haremos a continuación.

De todo lo expuesto se desprende que la pretensión principal (letras a y b del apartado 1 del suplico de la demanda) debe ser rechazada, lo que conduce al estudio de la pretensión subsidiaria (apartado 2 del mismo escrito procesal).

Noveno.- Es necesario en este punto fijar el marco dentro del cual se ha de desenvolver nuestro razonamiento al analizar la referida pretensión subsidiaria, sobre la base de tres premisas.

A) La primera es que dicha pretensión subsidiaria se limitaba a que, una vez anulado el acto administrativo objeto de recurso, "se declarase la realización por parte de las MATEPSS" de una conducta ilícita durante los años 2002 a 2005. Era y es, pues, una pretensión meramente declarativa a la que no acompañaba -al menos de modo expreso- ni la de que se impusiera una determinada sanción a las denunciadas ni la de que se ordenara la cesación de las conductas.

El carácter declarativo de la pretensión así formulada tiene que ver -y es coherente- con algo a lo que ya nos hemos referido, esto es, con la intención -por parte de la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos- de convertir la declaración administrativa de ilicitud de las conductas en el presupuesto "necesario" para ulteriores acciones resarcitorias ante la jurisdicción civil.

B) De admitirse que implícitamente la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos solicitaba el cese de las conductas, la intimación resultaba innecesaria una vez que había entrado en vigor, desde el año 2005 (tres años antes de que la Comisión Nacional de la Competencia resolviese), una modificación relevante en el régimen jurídico de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. El Real Decreto 688/2005, como bien destacaron tanto la Comisión Nacional de la Competencia como la sentencia impugnada, obligaba desde entonces a separar los servicios de prevención ajenos del resto de las actividades reguladas, y su aprobación fue debida -entre otros objetivos a los que alude su preámbulo- precisamente al designio de poner fin a "la restricción a la libre competencia" que había supuesto la actuación de aquellas mutuas en los años precedentes al 2005 "en relación con los restantes servicios de prevención ajenos". Restricción denunciada por la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos que precisamente traía causa de la deficiente regulación normativa hasta entonces vigente.

El nuevo marco normativo hubiera hecho innecesaria, repetimos, la orden de cese para el futuro de la conducta denunciada (argumento que en la sentencia se abordó, de modo inadecuado, como base para rechazar la



legitimación de la actora) incluso en el caso de que la Comisión Nacional de la Competencia hubiera estimado que aquella conducta había constituido una infracción de la Ley 16/1989 durante los años precedentes.

C) Para la misma doble hipótesis de que las conductas pudieran haber sido declaradas, en términos objetivos, contrarias a la Ley 16/1989, y se admitiera que la demandante implícitamente había instado las sanciones pecuniarias, algunas de las razones específicas que la Comisión Nacional de la Competencia expuso en su resolución de sobreseimiento excluirían igualmente la imposición de aquéllas a las mutuas denunciadas.

En efecto, la Comisión Nacional de la Competencia se refiere a la "cascada de leyes, reales decretos, órdenes ministeriales y resoluciones ministeriales que ha ido regulando las condiciones de utilización de los recursos asignados inicialmente a servicios cubiertos por la Seguridad Social y ofertados por las MATEPSS como agentes colaboradoras" para subrayar que en virtud de ellas se "ha permitido que las MATEPSS pudieran utilizar esos recursos materiales y humanos adscritos a actividades de colaboración con la Seguridad Social, como queda explícito en los mecanismos de imputación y liquidación de costes imputables a estas actividades". Y destaca asimismo que incluso el exhaustivo "informe de fiscalización especial" realizado por el Tribunal de Cuentas el 6 de junio de 2005, que detectó las irregularidades cometidas por las mutuas (folios 47 a 194 del expediente administrativo), ponía de manifiesto que se trataba de una regulación "[...] afectada de provisionalidad, complejidad y poca precisión contable y económica en los criterios, [que] han podido producir situaciones no deseables que el regulador no ha eliminado hasta 2005".

En ese mismo orden de cosas puso de relieve la Comisión Nacional de la Competencia cómo las deficiencias "en el cálculo de las compensaciones de costes a la Seguridad Social por la utilización de sus medios materiales y humanos por parte de las MATEPSS" no habían dado lugar a la exigencia de responsabilidad contable "[...]" a partir de un dato incuestionable cual es la dificultad aplicativa de la fórmula de compensación contenida en la repetida Resolución de 22 de diciembre de 1998 [que] ha sido claramente reconocida por la Administración de la Seguridad Social, dada la complejidad del apartado segundo, letra b, de la Resolución que desarrolla el artículo 10 de la Orden Ministerial citada, de 22 de abril de 1997". Por eso, añadía, "señalaba la Instrucción del Tribunal de Cuentas a continuación que no parece razonable que una norma administrativa que resulta de muy difícil aplicación de acuerdo con lo manifestado por la propia Administración de la Seguridad Social genere indicios de responsabilidad contable por alcance con respecto a la actividad de las MATEPSS".

De manera más específica aun, cuando el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales formuló sus alegaciones sobre el informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas (folios 225 y siguientes del expediente), se refirió de modo singular a las conductas en él analizadas -en concreto, a la financiación de inversiones con fondos públicos de la Seguridad Social y la imputación de una parte considerable de los gastos de prevención a la Seguridad Social- que a juicio del órgano fiscalizador habían "puesto en clara posición de ventaja a los Servicios de Prevención de las Mutuas frente a las restantes entidades privadas especializadas". Y precisamente respecto de estas conductas enfatizó que el propio informe (página 37) los estimaba como "hechos no provocados por actuaciones unilaterales de las Mutuas, sino que se derivan del marco normativo instaurado por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su posterior desarrollo reglamentario". Para evitar que se volvieran a producir en el futuro aquel Ministerio adoptó las iniciativas normativas tendentes a "la separación total de actividades y medios utilizados de la Seguridad Social y de los Servicios de Prevención, así como para modificar el actual sistema de compensación económica por la utilización compartida de medios de prevención".

Siendo todo ello así, y habiendo admitido la propia Administración (no sólo la Comisión Nacional de la Competencia sino antes el Tribunal de Cuentas, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Intervención General de la Seguridad Social y, después, el propio Consejo de Ministros en cuanto titular de la potestad reglamentaria, cada uno en sus respectivos ámbitos) que la norma reguladora de la actividad de las mutuas en la prestación de los servicios de protección ajenos, antes del año 2005, era, por decirlo con los términos de uno de aquéllos, "compleja y capaz de introducir inseguridad jurídica, en cuanto a su aplicación y resultados", y que abocaba a "desfases" explicables sin necesidad de que mediara "una concordancia de voluntades en el sentido de la aplicación que se podría dar al artículo 1 LDC", difícilmente las mutuas que habían optado por una determinada interpretación de dicha normativa podrían ser sancionadas con sanciones pecuniarias, aun cuando su conducta pudiera calificarse de restrictiva de la competencia, en los términos objetivos que después analizaremos.

Una cosa es que dicha conducta no excluyera el obligado deber de reintegro a la Seguridad Social de las compensaciones por el uso indebido de los medios personales y materiales que utilizaban en su función colaboradora, y otra diferente es el reproche sancionador a cargo de la propia Administración, inadecuado cuando el agente actúa en el ámbito de las deficiencias, oscuridades y reconocida inseguridad jurídica que contienen las normas reguladoras de su actividad específica.



Décimo.- Hemos de afrontar a continuación el examen de la tipificación de las conductas protagonizadas por las mutuas durante los años 2002 a 2005. Y lo haremos centrándonos en la imputación de que se debieron calificar - *rectius* , declarar- como conductas de falseamiento de la libre competencia por actos desleales respecto de las sociedades de prevención de riesgos laborales que actuaban en el mismo mercado y que, por ello, encajaban en el tipo descrito por el artículo 7 de la Ley 16/1989 .

Este planteamiento es coherente con la tesis nuclear que la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos había mantenido desde su denuncia inicial, del que es prueba elocuente el documento que ella misma aportó al expediente, fechado en octubre de 2002, cuyo título era precisamente "informe sobre las situaciones de competencia desleal e intrusismo que afectan a los servicios de prevención". En él exponía una serie de actividades de las mutuas que, a su entender, incurrían en "competencia desleal e intrusismo" entre las que se encontraban las de "utilizar para su estructura recursos propios de la Seguridad Social; [...] utilizar para su funcionamiento recursos con cargo a cuotas; [...] utilizar información privilegiada de las empresas; [...] ofertar tarifas por debajo del coste real" y otras análogas. Las conclusiones de aquel documento eran, literalmente, que "los S.P.A. han soportado, desde su creación, la competencia desleal de las Mutuas" y que "el mercado creado por las prácticas preventivas no sólo afecta a los S.P.A., sino que está perjudicando gravemente a la propia prevención de riesgos en las empresas, con la lógica consecuencia de una desfavorable evolución de la siniestralidad".

Pues bien, estas afirmaciones pueden reputarse sustancialmente avaladas por todas las instancias oficiales e incluso por el propio Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia y corresponden a la realidad de los hechos que se deducían del expediente.

A) La constatación de la conducta desleal de las mutuas respecto de sus oponentes había sido ya llevada a cabo en el informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas. En él censuraba que las Mutuas cargasen "[...] una parte considerable de sus gastos en materia de prevención a la Seguridad Social, aunque 'compensen' a ésta con el 85% de sus ingresos por esta actividad. Esta situación les permitiría ofrecer sus servicios en materia de prevención de riesgos a sus empresas asociadas, con precios inferiores a los costes reales, sin asumir por ello ningún riesgo financiero, lo que colocaría a las Mutuas en una posición de clara ventaja frente a las entidades privadas especializadas".

B) El propio Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia admite en la resolución objeto de litigio -aunque lo atribuye a la deficiente "regulación sobre servicios de prevención" que lo habría permitido- que las MATEPSS prestaban los Servicios de Prevención Ajenos "utilizando los recursos con los que atendía sus labores de colaboración con la Seguridad Social, no solamente en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sino también en materia de servicios de prevención cubiertos por la Seguridad Social". Es cierto que, acto seguido, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia descarta que dicha conducta infrinja (entre otros) el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia , pero lo hace con unos razonamientos que no pueden aceptarse en lo que tienen de exclusión de la antijuridicidad de los hechos. A ellos nos referiremos en el fundamento jurídico siguiente.

C) En fin, el Consejo de Ministros, al aprobar el Real Decreto 688/2005, expresó con toda claridad que lo hacía a la vista de que la "actuación de las mutuas [...] en relación con los restantes servicios de prevención ajenos" había supuesto una "restricción a la libre competencia", cierto es que propiciada por una defectuosa reglamentación. Citaba, a estos mismos efectos, que tal hecho había sido destacado por "el Tribunal de Cuentas y la Intervención General de la Seguridad Social en los informes emitidos durante los últimos años".

Undécimo.- Anticipábamos que los razonamientos que aducía el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en la resolución impugnada no desvirtuaban la realización, en términos objetivos, de la conducta desleal por parte de las Mutuas.

A) En primer lugar, una vez admitido que las Mutuas habían competido en el mercado de servicios de prevención ajenos utilizando indebidamente patrimonio público, y tras reconocer que "fue finalmente la Intervención General de la Seguridad Social, después de auditar a las MATEPSS, la que decidió que el montante total de esos años por desajustes de imputación de costes por servicios de prevención ajenos fuera de 63 millones de euros, eliminando de este modo la potencial ventaja inicial derivada de una imputación errónea de costes", el Consejo utilizó como argumento exculpativo que esta "regularización posterior habría operado a favor del restablecimiento de la invocada *par conditio concurrentium* ".

El argumento así expuesto no basta para evitar la calificación de la conducta precedente como desleal frente a las empresas que operaban en el mismo sector liberalizado sin utilizar los recursos de la Seguridad Social. Por más que las consecuencias de la deslealtad inicial fueran ulteriormente mitigadas, en realidad la "regularización posterior" viene a ser una prueba adicional de que existió una conducta previa que (sin perjuicio de otras consideraciones sobre su vertiente subjetiva y sobre las condiciones de punibilidad) debió reputarse



ilícita en términos objetivos. De hecho, esta misma Sala del Tribunal Supremo ha confirmado en reiteradas sentencias (baste, por todas, la cita de la de 13 de noviembre de 2011, en el recurso de casación número 5749/2011) la procedencia de los reintegros exigidos a las Mutuas.

B) En segundo lugar, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia destaca cómo "[...] a mayor abundamiento, el propio Tribunal de Cuentas en su Informe ya subrayó la dificultad de aplicación correcta de la legislación existente, lo que haría especialmente difícil concluir de un modo inequívoco en que se ha seguido un comportamiento desleal. En estos casos la duración tan prolongada de la 'incertidumbre jurídica', que se ha mantenido apenas sin cambios sustantivos hasta el Decreto de 2005 citado en el Fundamento Primero, como ha señalado el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de ocho de mayo de 2008 , juega a favor de las denunciadas".

De nuevo el argumento se apoya en unas consideraciones que no afectan tanto a la subsunción objetiva de la conducta en el tipo infractor (el previsto en el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia) cuanto a las circunstancias subjetivas de quien comete dicha infracción. La eventual exclusión de la culpabilidad a causa de la situación de "incertidumbre jurídica" existente puede -y en ello acierta el órgano de defensa de la competencia- justificar la no imposición de las sanciones pecuniarias -o de otro tipo- pero no afecta al juicio de contraste entre la norma y los hechos, a los meros efectos de declarar que éstos integraban por sí mismos una conducta prohibida.

De hecho, en la sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 2008 (recurso de casación número 5535/2005) distinguimos cuidadosamente entre la decisión de sancionar (que anulamos) y la declaración de ilicitud de las conductas (que mantuvimos) en una situación normativa de "incertidumbre jurídica respecto del ejercicio de la función de intermediación [inmobiliaria] que duró hasta la publicación del Real Decreto-ley 4/2000". Estimamos, pues, aquel recurso en relación "[...] con la sanción impuesta al Colegio [por el Tribunal de Defensa de la Competencia], sin perjuicio de que subsistan las restantes medidas de intimación y publicación previstas en el acuerdo, por cuanto van dirigidas a evitar los efectos anticompetitivos en ese campo, y respecto de las cuales el elemento intelectual no opera, sino que responden a criterios de interés público, superiores a apreciaciones subjetivas de culpabilidad o negligencia".

Duodécimo.- Aun cuando la decisión del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia se limitaba, en este punto, a la argumentación transcrita, es necesario atender igualmente a las razones que determinaron el sobreseimiento por parte del Servicio, expuestas con más detalle en el acuerdo de éste.

El Servicio recordaba, en efecto, que según lo recogido en el informe del Tribunal de Cuentas "[...] podría estimarse que las Mutuas han violado determinadas normas sectoriales, como, por otro lado, se ha expuesto en el apdo. II.5.1 al reseñar las deficiencias e incumplimientos detectados por la IGSS" y que "[...] las Mutuas, como consecuencia de esas deficiencias e irregularidades en la compensación a la Seguridad Social, habrían podido realizar inversiones en instalaciones y equipamientos sanitarios preventivos con cargo a fondos públicos, lo que les habría permitido colocar a sus SPA en condiciones ventajosas para desarrollar las funciones que les son propias, frente a las entidades privadas especializadas que no han podido disponer de instalaciones y equipamientos financiados con dinero público (fol. 87 a 88)".

Rechazaba, sin embargo, el Servicio ("aun admitiendo la infracción de la norma sectorial y la consiguiente obtención de una ventaja competitiva") que dicha ventaja fuera significativa a los efectos del artículo 15.1 de la Ley de Competencia Desleal , pues el mercado de este tipo de servicio había tenido "[...] un importantísimo incremento anual en el número de operadores SPA (un 66,62%) en el periodo objeto de examen (2002-2005)" y no se había visto gravemente afectado. Invocaba, a estos mismos efectos, la sentencia de esta Sala de 20 de junio de 2002 (recurso de casación número 8088/1997) a la que se remitía en parte la de 20 de junio de 2006 (recurso de casación número 9174/2003) para concluir que "[...] la exigida distorsión del mercado y, por tanto, del interés público, no se ha producido en modo alguno, por lo que, aunque pudiera atribuirse a la conducta de las denunciadas el calificativo de desleal, dicha conducta no sería susceptible de ser contemplada a la luz de la LDC".

En aquellas sentencias afirmamos que, a partir de la ampliación del ámbito objetivo de las conductas incluidas en la Ley 16/1989 por virtud de su artículo 7 , comportamientos de deslealtad mercantil que, en principio, sólo afectan a las empresas cuya respuesta jurídica se deja a la iniciativa de éstas (mediante el ejercicio de las oportunas acciones civiles) y se traduce en el resarcimiento de los daños y perjuicios privados ocasionados, adquieren un nuevo carácter, ya público, que permite su represión independiente a cargo de la autoridad administrativa encargada de velar por la defensa de la competencia. Lo expresábamos en estos términos:

"[...] La ampliación de conductas perseguibles a título de la Ley 16/1989 se inspira en el hecho de que determinados comportamientos desleales de unos empresarios respecto de otros desbordan sus efectos perjudiciales meramente privados e inciden de lleno, y de modo desfavorable, en los intereses colectivos que la



Administración Pública ha de tutelar. Designio que estaba presente desde el momento mismo de la aprobación de la Ley 16/1989, esto es, incluso con anterioridad a la publicación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuyo articulado, ya decididamente, presupone que la protección de unos empresarios frente a las conductas desleales de otros trasciende el interés meramente privado de éstos y deriva también del "interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado" (Exposición de Motivos de la Ley 3/1991). Lo que antes era mero conflicto intersubjetivo entre empresarios adquiere, pues, tanto por virtud del artículo 7 de la Ley 6/1989 como, a fortiori, por la propia Ley 3/1991, una dimensión pública relevante.

Es importante subrayar, pues, que la eventual actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia sólo resultará pertinente si las conductas desleales de los empresarios, además de serlo, falsean de manera sensible la competencia, esto es, distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público".

Pues bien, pese a las afirmaciones del Servicio -no recogidas, por lo demás, en la decisión del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que, como vimos, emplea otros argumentos exculpativos- difícilmente podía sostenerse que el interés público no hubiera sufrido o que no hubiera existido distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado de los servicios de prevención de riesgos laborales durante los años objeto del expediente. El perjuicio para el interés público quedaba reflejado ya de entrada en el montante de las cantidades cuantiosas (más de sesenta y tres millones de euros) que debían ser reintegradas a la Seguridad Social por las Mutuas, precisamente a causa de la indebida utilización por ellas de los recursos públicos con los que se aprovechaban de su ventaja sobre el resto de empresas del sector. Ya hemos expuesto, además, cómo el Gobierno hubo de modificar la regulación anterior, tras reconocer precisamente la innegable distorsión grave -en términos objetivos- de la competencia generada por la conducta de las Mutuas durante aquellos mismos años, distorsión reconocida por todos los organismos públicos que habían examinado dicha conducta.

En estas condiciones, el hecho de que los servicios de prevención hubieran continuado su crecimiento a pesar de las restricciones existentes no era sino prueba de que el mercado de la prevención de riesgos laborales se estaba desarrollando con rapidez en España durante los años 2002 a 2005. Tal crecimiento no impedía apreciar las distorsiones graves de la competencia que en aquel mercado producía el actuar de unas entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social que destinaban los medios y recursos afectados a los fines de ésta (de la Seguridad Social) para el desarrollo de su actividad privada, en simultáneo detrimento de la posición competitiva de las empresas rivales.

En suma, debemos declarar que la decisión de sobreseimiento acordada por el Servicio y ratificada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia fue contraria al ordenamiento jurídico. Basta para declararlo así con apreciar la comisión de la infracción prevista en el artículo 7 de la Ley 16/1989, esto es, del falseamiento de la libre competencia por actos desleales, tal como acabamos de exponer. Lo cual hace innecesario, vistas las circunstancias singulares de este supuesto, analizar si además hubo un comportamiento colusorio o un abuso de posición de dominio a título de los artículos 1 y 6 de aquella misma Ley, subsunción que presenta muchas más dificultades y que en todo caso tampoco desembocaría en la sanción de las conductas por las razones antes expuestas. La Asociación recurrente en casación insistió desde un primer momento, con carácter principal, en el componente desleal del actuar de las Mutuas y su pretensión es que se declare que dicha actuación supuso una infracción de la Ley 16/1989 como paso previo para una eventual acción indemnizatoria en la vía civil (exigencia inserta en la Ley 16/1989 pero desaparecida en la Ley 15/2007, que derogó aquélla). Siendo ello así, resulta, repetimos, irrelevante, una vez descartadas la sanción y la intimación, que pudiera apreciarse la infracción en concurso de los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989.

Decimotercero.- Debemos finalmente precisar las consecuencia de esta declaración. En otros recursos contra decisiones análogas hemos resuelto que -tras la declaración de nulidad del acto impugnado- el órgano administrativo que lo emitió ha de reanudar las actuaciones, bien para la práctica de determinadas pruebas, bien para que proceda a una nueva apreciación de los hechos y al dictado de una nueva resolución sancionadora.

En el caso que nos ocupa, sin embargo, a la vista de su especificidad (difícilmente repetible) y una vez que aceptamos la improcedencia de la sanción que pudiera corresponder a cualquiera de las infracciones denunciadas (también a la del artículo 7 de la Ley 16/1989) y la innecesariedad de la intimación al cese de las conductas tras la entrada en vigor del Real Decreto 688/2005, la pretensión actora queda suficientemente colmada con la propia declaración de que los hechos denunciados dieron lugar al falseamiento de la libre competencia por actos desleales, declaración que contiene esta sentencia y que no requiere, por lo tanto, de su ulterior repetición mediante una decisión administrativa del mismo tenor.



Decimocuarto.- Ha lugar, pues, tras la casación de la sentencia de instancia, a la parcial estimación de la demanda. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, no procede la imposición de costas ni en la instancia ni en la casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.- Ha lugar al recurso de casación número 1995/2011 interpuesto por la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional con fecha 30 de diciembre de 2010 en el recurso 1 de 2009, que casamos.

Segundo.- Rechazar tanto la objeción de inadmisibilidad opuesta como la primera de las pretensiones deducidas en la demanda del recurso contencioso-administrativo número 1/2009 interpuesto por la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 18 de marzo de 2008, confirmada el 30 de octubre siguiente, de sobreseimiento de la denuncia presentada en el expediente R 734/08.

Tercero.- Estimar de modo parcial el citado recurso y anular por su disconformidad con el ordenamiento jurídico la referida resolución en cuanto no declaró, como procedía, que las conductas denunciadas en el expediente número R 734/08 constituían un falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

Cuarto.- No hacer imposición de las costas procesales ocasionadas en la instancia ni en la casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.