



Resolución R 7/2014 – Encomienda de gestión del servicio de protección radiológica en hospitales del *Servizo Galego de Saude*

Pleno:

D. Francisco Hernández Rodríguez, presidente
D. Fernando Cachafeiro García, vocal

En Santiago de Compostela, a 27 de enero de 2015.

El *Consello Galego da Competencia* (CGC), con la composición arriba expresada y siendo ponente D. Fernando Cachafeiro García, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente S 5/2014 iniciado por la Subdirección de Investigación del CGC con ocasión de la denuncia interpuesta por XPET, SL frente a GALARIA, Empresa Pública de Servizos Sanitarios, SA por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, de conformidad con la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia* (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En fecha de 10 de marzo de 2014 XPET, SL presentó en la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) denuncia contra GALARIA, Empresa Pública de Servizos Sanitarios, SA (anteriormente denominada Instituto Gallego de Medicamento Técnico, S.A) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el art. 1 de la LDC. El día 3 marzo de 2014, la CNMC remitió el expediente al *Consello Galego da Competencia* al apreciar que la competencia recae en este organismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de la *Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia*.
2. La denunciante, XPET, es una empresa que presta servicios como Unidad Técnica de Protección Radiológica, para lo cual goza de la preceptiva autorización del Consejo de Seguridad Nuclear. La denunciada, GALARIA, constituida por Decreto 229/1994, de 14 de julio, es una sociedad pública autonómica adscrita al Servicio Gallego de Salud que tiene por objeto el desarrollo, ejecución y explotación de infraestructuras sanitarias, la prestación de servicios de consultoría en el campo sanitario, así como la prestación de servicios relacionados con el ámbito sanitario.
3. La legislación española prevé la existencia de entidades especializadas que realizan funciones de protección radiológica en las instalaciones nucleares y radiactivas o que asesoran a los titulares de estas instalaciones. Estas entidades son los servicios de protección radiológica (SPR) y las unidades técnicas de protección radiológica (UTPR).



4. La entidad denunciante alega que, al menos desde el año 2011, GALARIA está prestando servicios como Unidad Técnica de Protección Radiológica a diversos hospitales dependientes del Servizo Galego de Saude (SERGAS) lo que, a su juicio, supone una infracción de *“la normativa de contratación pública (y) de la normativa de libre competencia (por acuerdos prohibidos, abuso de posición dominante y actos desleales)”*, entre otras.
5. La Subdirección de Investigación, dentro de la fase de investigación reservada, formuló requerimientos de información al Servicio Galego de Saude y a la entidad GALARIA para que aportasen información acerca de la naturaleza jurídica de la segunda y de los contratos estipulados entre ambas.
6. En fecha de 10 de septiembre de 2014, la Subdirección de Investigación del CGC adoptó una propuesta de no incoar procedimiento sancionador frente a GALARIA, al amparo de lo dispuesto en los arts. 49 de la LDC y 27 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), por entender que:

“GALARIA reúne los requisitos establecidos en el artículo 24 TRLCSP para ser considerada como un medio propio en el mercado objeto de la denuncia (personalidad jurídica propia, control análogo, actividad esencial). Asimismo, no se observa que obrase fuera de los términos de la encomienda.

En consecuencia, no se observa que GALARIA haya incurrido en ninguno de los supuestos de prácticas restrictivas del artículo 1 LDC (no realizó acuerdos con la Consellería de Sanidad, en cuanto los encomiendas/contratos programa son órdenes unilaterales). Tampoco ha incurrido en abuso de posición de dominio, al limitarse a ejecutar estrictamente las órdenes de su único cliente: la Consellería de Sanidad. Por los datos obrantes en el expediente GALARIA no expandió sus actividades de protección radiológica a clientes privados”.
7. El Pleno de Consello Galego da Competencia ha deliberado sobre este asunto en su reunión de 19 de diciembre de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Objeto de la resolución

8. El presente expediente tiene por objeto determinar si la prestación de servicios de protección radiológica por parte GALARIA a hospitales del *Servicio Galego de Saude* constituye una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia. A este respecto, es preciso determinar –con carácter previo- si la encomienda de dicho servicio a GALARIA se ajusta a lo dispuesto en la normativa de contratación pública.

Segundo: Medios propios y encomiendas de gestión

9. La Constitución Española reconoce en su artículo 128 la iniciativa pública en la actividad económica, tanto como demandante como oferente de productos servicios. Desde el lado de la oferta, las Administraciones Públicas pueden constituir entes públicos para ofrecer bienes y prestar servicios a entidades públicas y privadas, de variada naturaleza jurídica. Algunos de estos entes tienen la consideración de medios propios de las Administraciones, a los que la Administración puede recurrir para atribuirles obras y servicios mediante encomiendas de gestión, sin necesidad de aplicar la normativa de contratación pública.
10. La normativa europea de contratación pública reconoce que cuando una Administración pública encarga la provisión de bienes o servicios a un ente con personalidad jurídica propia, pero íntimamente vinculado con el poder público adjudicador, la relación jurídica entre ambos no es un contrato (sometido a las reglas de contratación pública) sino un encargo unilateral a quien no puede negarse a ejecutarlo ni fijar o negociar las condiciones de su prestación (por eso se denomina encargo de gestión o *in house providing*).
11. En concreto, la *Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública* establece las condiciones que permiten excluir las encomiendas de gestión de las normas de contratación pública: a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; b) que más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

12. En nuestro país, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) regula las encomiendas de gestión (art. 26.6) y las declara excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública (art. 4.1 *n*). De acuerdo con dicho texto legal, para que un ente pueda revestir la condición de medio propio, debe reunir –en esencia- las tres circunstancias siguientes:

a) *Titularidad pública*: si se trata de sociedad, el 100% del capital sea de titularidad pública;

b) *Control público*: la Administración ostenta un control análogo al que tiene sobre sus propios servicios, de manera que no exista negociación bilateral del precio y otras condiciones de la prestación;

c) *Reconocimiento legal*: la norma que crea el ente o sus estatutos deben declarar expresamente que tiene la condición de medio público y precisar el régimen de las encomiendas que se le puedan transferir

13. En el Derecho autonómico gallego, la encomienda de gestión a medios propios aparece reguladas en los artículos 9, 10 y 47 ss. de la *Ley 16/2010, del 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia* (a la que se remite el artículo 13 de la *Ley 14/2013, del 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico*).

Tercero: Las conductas exentas por Ley

14. El artículo 4 de la LDC establece un límite a la aplicación del Derecho de la competencia derivado de la actuación de los poderes públicos. Se trata de conductas que aunque *a priori* podrían subsumirse en alguna de las prohibiciones de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC, no están prohibidas porque gozan de amparo legal.

15. La exención de las conductas impuestas por ley es una manifestación de la facultad que tienen los poderes públicos de intervenir en la economía, reconocido –entre otros- en el ya mencionado artículo 128 de la Constitución Española. Las normas emanadas de las autoridades públicas no son susceptibles de supervisión por las autoridades antitrust, a pesar de que pueden tener efectos restrictivos sobre la competencia en los mercados. La competencia no es el único bien jurídico protegido de ahí que los poderes públicos sean soberanos para promulgar normas que restringen la competencia con el fin de lograr otros objetivos legítimos. La anterior afirmación no significa, en modo alguno, que los poderes públicos puedan imponer arbitrariamente restricciones de la competencia en el mercado. Sin embargo, la impugnación de normas de este tipo va más allá del contenido del Derecho de defensa de la competencia.

16. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha venido advirtiéndolo desde hace tiempo de que el recurso a los medios propios y las encomiendas de gestión entraña un riesgo para la competencia en la medida en que pueden excluir a otros oferentes, reales o potenciales, de los productos o servicios afectados. Por este motivo, se recomienda que antes de encomendar la provisión de bien o servicio a un medio propio, las Administraciones valoren la situación de los mercados afectados y el imposible impacto que esta decisión puede tener sobre la competencia (véase, por todos, el Informe “Los medios propios y las encomiendas de gestión” publicado por la CNMC en junio del 2013).
17. Ahora bien, la autoridad de competencia también reconoce que cuando la encomienda de gestión a un medio propio se ajusta a lo dispuesto en la normativa de contratación pública, la restricción de la competencia en el mercado afectado pueda producirse, goza *a priori* de amparo legal. En otras palabras, la encomienda de gestión a medios propios, cuando se efectúa en los términos previstos por la normativa de contratos públicos, constituye una conducta ampara por el TRLCSP y, por tanto, exenta de la aplicación de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia (véanse, en este sentido, las resoluciones dictadas con respecto de la empresa TRAGSA, recogidas por la Subdirección de Investigación en su propuesta de archivo de las actuaciones).

Tercero: El encargo de gestión a GALARIA por parte del SERGAS

18. En el caso que se nos presenta, se cumple la primera condición del artículo 26 del TRLCSP por cuanto el capital social de GALARIA está íntegramente suscrito por la Comunidad Autónoma de Galicia.
19. En segundo lugar, también se verifica el control público del ente por cuanto el Consejo de Administración está formado íntegramente por miembros de la Consellería de Sanidad. Asimismo, el Decreto 229/1994 por el que se constituyó GALARIA dispone que las encomiendas de gestión requerirán resolución previa del órgano encomendante, en la que se identificarán los términos y condiciones del encargo, por lo tanto, sin negociación bilateral alguna entre las entidades.
20. Finalmente, el Decreto 229/1994 reconoce expresamente que GALARIA tiene la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico de la Xunta de Galicia para la ejecución de las actividades que le sean encomendadas por esta o por sus organismos y entidades de naturaleza pública.



21. Así las cosas, cabe concluir que la conducta de GALARIA –en el supuesto de que dicha empresa hubiese incurrido en alguna de las conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia- goza del amparo legal que le dispensa el artículo 26 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Todo ello sin perjuicio de que, *de lege ferenda*, resulte aconsejable la reforma de dicho precepto para imponer a las Administraciones Públicas la obligación de velar porque las encomiendas de gestión no restrinjan la competencia en los mercados, tal y como sugiere la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el informe ya comentado.

En consecuencia, el *Consello Galego da Competencia* con la composición recogida al principio, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

ACUERDA

ÚNICO: No incoar expediente sancionador y, consiguientemente, archivar las actuaciones iniciadas en virtud de la denuncia presentada por XPET, SL frente a GALARIA, Empresa Pública de Servicios Sanitarios, SA por considerar que la conducta examinada goza de amparo legal en los términos previstos por el artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Subdirección de Investigación del *Consello Galego da Competencia* y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.