

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso contencioso-administrativo núm. 31/2008.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. [REDACTED]

Defensa de la competencia. Derecho administrativo sancionador.

SENTENCIA

Madrid, a diez de julio de dos mil nueve.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la

Audiencia Nacional bajo el número 31/2008, interpuesto por ILUSTRE COLEGIO DE ODONTOLOGOS Y ESTOMATOLOGOS

DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, entidad representada por la Procuradora D^a [REDACTED], contra

Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 27 de diciembre de 2007, sobre sanción por prácticas restrictivas

de la competencia y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado,

siendo la cuantía de 385.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 29 de enero de 2008, este recurso respecto del primero de los actos administrativos antes aludidos; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"A LA SALA SUPLIICO que teniendo por presentado este escrito junto con el expediente administrativo que se devuelve, lo admita, tenga por formalizada en tiempo y forma demanda contencioso administrativa contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de diciembre de 2007, por la que, previos los trámites procesales oportunos: 1) Dicte en su día Sentencia por la que se revoque la citada Resolución declarando la inexistencia de una infracción del artículo 1.1 a) LDC de 1989 ; o 2) Subsidiariamente, se acuerde reducir de forma muy significativa la cuantía de la sanción impuesta al Colegio, todo ello de conformidad con los criterios expuestos en el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 ."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración

demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó:

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

3. Habiéndose solicitado el recibimiento a prueba del recurso, se dictó auto de fecha 19 de diciembre de 2008 , practicándose la misma, con el resultado obrante en autos; siguió el trámite de Conclusiones a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones en tiempo y forma; finalmente, mediante providencia de 29 de abril de 2009 se señaló para votación y fallo el día 30 de junio de 2009, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a [REDACTED], Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1 Se impugna en el presente recurso contencioso Administrativo la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 27 de diciembre de 2007 recaída en el Expediente 635/07 iniciado en virtud de la denuncia formulada por el Ilustre Colegio Profesional de Protésicos Dentales de Tenerife contra el Ilustre Colegio Oficial de Odontólogos y Médicos Estomatólogos de Las Palmas, por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia .

En concreto, la CNC resuelve:

PRIMERO.- Declarar acreditada la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , consistente en la recomendación de honorarios mínimos profesionales derivados de su actividad profesional, de la que responsable imputable al Colegio Oficial de Odontólogos y Médicos Estomatólogos de las Palmas de Gran Canaria.

SEGUNDO.- Imponer al Ilustre Colegio Oficial de Odontólogos y Médicos Estomatólogos de Las Palmas de Gran Canaria una sanción económica de Euros 385.000 como autor de dicha conducta.

TERCERO.- Intimar al Ilustre Colegio Oficial de Odontólogos y Médicos Estomatólogos de Las Palmas de Gran Canaria para que en lo sucesivo se abstengan de realizar prácticas semejantes, dirigiendo a sus asociados las comunicaciones necesarios las comunicaciones necesarias al efecto.

CUARTO.- Ordenar al Ilustre Colegio Oficial de Odontólogos y Médicos Estomatólogos de Las Palmas de Gran Canaria para que publiquen, a su costa, la parte dispositiva de esta Resolución, tanto en el BOE como en uno de los periódicos de ámbito nacional y con sede en la Isla de Gran Canaria.

Item más, el ilustre Colegio Oficial de Odontólogos y Médicos Estomatólogos de Las Palmas de Gran Canaria difundirá entre sus asociados el texto íntegro de esta Resolución.

En caso de incumplimiento, total o parcial, por parte del Ilustre Colegio Oficial sancionado, se le impondrá una multa coercitiva de Euros 3.000 por cada día de retraso o incumplimiento de lo aquí dispuesto.

QUINTO.- En todo caso, el Ilustre Colegio Oficial de Odontólogos y Médicos Estomatólogos de Las Palmas de Gran Canaria acreditará y justificará ante la Dirección de Investigación de esta

Comisión Nacional de la Competencia **el puntual y correcto cumplimiento de todo lo acordado y dispuesto en los apartados anteriores.**

El referido Colegio denunciante desistió parcialmente de las acciones inicialmente ejercitadas, en lo relativo al abuso de posición de dominio y el falseamiento de la libre competencia, conservando los términos de la denuncia en relación a la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 .

2 En propia resolución impugnada se recogen los siguientes hechos que han permanecido a lo largo del procedimiento sin haber sido desvirtuados por la recurrente:

1º) Según la documentación aportada al expediente por el Ilustre Colegio Oficial de Odontólogos y Médicos Estomatólogos de Las Palmas, se remitieron diversas circulares a los casi 400 asociados, en las que se informaba, entre otros extremos, de los Acuerdos adoptados en Asamblea General y en particular:

- Circular 1/2002, de 31 de enero de 2002, en cuyo punto 5. C) literalmente informaba: “Te adjuntamos Listado de **Honorarios Mínimos Recomendados** aprobados en Asamblea General de 11 de Enero de **2002.**”

- Circular 2/2003, de 30 de enero de 2003, en cuyo punto 1 informaba de los acuerdos adoptados en la Asamblea General del viernes 24 de enero, y en concreto: “2. Presentación y aprobación de los **Honorarios Mínimos Orientativos para el 2003.** Indicamos que los mismos no tendrán vigor hasta su publicación en el Boletín Oficial de Canarias.”

Estos Honorarios son los que han sido aportados con al denuncia, como documento adjunto nº 2, en acta notarial.

- Circular 12/2003, de 31 de octubre de 2003, en cuyo punto 4 establecía, literalmente: “Honorarios Mínimos Recomendados. Se adjuntan los **honorarios mínimos recomendados para el año 2003-2004.**”

- Circular 5/2005, de 2 de mayo de 2005, en cuyo punto 5 establecía “Honorarios. Te adjuntamos los **honorarios recomendados para el año 2005.** También puedes consultarlos en nuestra página Web.”

- Como documento nº 2, adjunto a la denuncia, **se aporta acta notarial a requerimiento del Ilustre Consejo General de Protésicos Dentales de España** por la que hace constar, con fecha 13 de abril de 2005, copia de la página web de internet: “www.coelp.net/v2/honorarios” en la que aparece un listado de “Honorarios Mínimos Recomendados” por el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Las Palmas, **incluyendo precios de prótesis** (folios 46 a 50).

Según la documentación aportada por el COELP la Junta de Gobierno aprobó, el 24 de enero de 2003, los “Honorarios Mínimos Orientativos”, que figuran con el acta notarial arriba mencionada, solicitando su inscripción en el Registro de Colegios Profesionales, que fueron publicados en el Boletín Oficial de Canarias el 7 de agosto de 2003, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 22 del Decreto 277/1990, de 27 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de Colegios Profesionales de Canarias.

Igualmente, el COELP, con fecha 19 de septiembre de 2003, remitió al Cabildo de Gran Canaria una carta en la que adjuntaban estos mismos “Honorarios Mínimos Recomendados” en cumplimiento de la Ley de Colegios Profesionales, indicando expresamente que los baremos de honorarios tendrían carácter meramente orientativos conforme a lo establecido en la Ley 7/1997, de 14 de abril , de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales (folios 220 a 222).

Posteriormente, con fecha 3 de mayo de 2005, el COELP solicitó, mediante un correo electrónico, que en su página web figurasen los “Honorarios Recomendados” como meramente Orientativos.

Así, aportaron como documento nº 7 copia de su página web; de fecha 18 de diciembre de 2006, en la que figuraba la mención de “Honorarios Orientativos 2005” (folio 227) que incluía los nuevos precios para esa anualidad.

3 El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio, en su redacción dada por Ley 52/1999 de 28 de diciembre, dispone: “ 1 Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.”

El artículo 10.1 de la propia LDC establecía: “El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7 ... Multas de hasta 150.000.000 ptas., cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas ...” -hoy la suma ha de entenderse de 901.516,16 euros-”

Como reiteradamente venimos considerando (por todas, SAN 30-06-2009), la actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. Y la conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.

En relación al segundo de los preceptos transcritos, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

El tipo descrito en el artículo 1 de la Ley 16/1989 requiere la concurrencia de dos o más sujetos - lo que el TDC ha denominado en otras ocasiones la bilateralidad -. Esta concurrencia ha de consistir en un comportamiento coordinado, pues se trata de un acuerdo, expreso, tácito o comportamiento consciente, tendente a uniformar actuaciones en el mercado susceptibles de vulnerar la libre competencia y que, por ello, ha de realizarse entre competidores.

4 La Sala a la vista de las concretas circunstancias fácticas concurrentes ha de confirmar la resolución impugnada en cuanto que la misma declara la conducta del Colegio recurrente constitutiva de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia -aplicable al caso “ratione temporis”- que prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, las que consistan en: a) La fijación de forma directa o indirecta de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio ..., en la que encajan las recomendaciones circuladas por el Ilustre Colegio Oficial de Las Palmas a sus casi 400 asociados, por lo que su conducta debe ser sancionada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de

la propia LDC .

Sin que a ello quepa oponer el simplemente alegado error o la mera ausencia de intencionalidad, circunstancia ésta que podría afectar, en su caso, a la gravedad de la sanción pero no implicaría tampoco la inexistencia de infracción ya que las conductas constitutivas de infracción son sancionables a título de simple negligencia.

Y en cuanto a la inexistencia de un propósito de atentar contra la libre competencia del mercado, es reiterada la doctrina jurisprudencial que señala: que la decisión para sancionar una conducta empresarial por abuso de posición de dominio o para considerar un determinado acuerdo contrario a los artículos 1.1a) y c) LDC , no es tanto la finalidad o intención del acuerdo en sí misma considerada, sino porque el acuerdo, tanto por su propio contenido como por sus efectos, resulta contrario a dichos preceptos; esto es, no es el propósito subjetivo, sino que ha de atenderse a si el acuerdo o el acto es contrario a la libre competencia, o lo que es lo mismo si objetivamente puede considerarse antijurídica la actuación (en este sentido STS de 20 de junio de 2006).

Finalmente, tampoco es la producción de un resultado lesivo lo que determina el carácter anticompetitivo y contrario al art. 1 LDC de las conductas contempladas en dicho precepto, como resulta claramente de los términos literales del mismo, cuando considera contrario a la Ley “todo acuerdo , decisión o recomendación que tenga por objeto o que produzca o pueda producir el efecto de impedir , restringir o falsear la competencia en todo o en parte del territorio nacional”; y en cuanto a la posterior subsanación del error cometido y modificación de la calificación de honorarios como “orientativos” es cuestión que tampoco exime sino únicamente es circunstancia tomada en consideración para graduar la sanción.

5 En relación a la denunciada falta de proporcionalidad de la sanción, este Tribunal asume también la argumentación al respecto realizada por el TDC que se sintetiza en el siguiente razonamiento:

”En el presente expediente confluyen los siguientes:

1º estamos en presencia de una conducta de fijación de precios seguida por un Colegio Profesional, aspecto sobre el que este Consejo y su antecesor el Tribunal de Defensa de la Competencia se han pronunciado en repetidas ocasiones, declarando que se trata de una infracción grave de la normativa de competencia, lo que supone un ítem plus.

2º se trata de una conducta reiterativa en el tiempo, por cuanto se inicia en el año 2002 y se extiende hasta el 2005, al menos, al ser éste el periodo examinado por el Servicio de Defensa de la Competencia.

3º ser la conducta claramente perjudicial y atentatoria contra el derecho de los consumidores, por cuanto al tratarse de un mercado isleño que por sí sólo conformaría un mercado único y no sustituible, dada la impensable posibilidad que los clientes se trasladarían a otra isla para ser atendidos puntualmente y tratados seguidamente, de conformidad a su defecto o enfermedad.

4º estar implicados la totalidad de asociados, que si bien prima facie podría entenderse como de reducido número, no es menos evidente que dada la asociación de los mismos al Colegio Profesional y el número de habitantes de la isla (mercado único) supone la totalidad de la profesión, sin posibilidad alguna por el consumidor de acogerse a una sustituibilidad del profesional.”

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de febrero de 2007 declaró que:

”Cabe considerar, en primer término, que la Sala de instancia ha atendido en la confirmación de la cuantía de la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia a los criterios de graduación establecidos en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , al tener en cuenta, como factor atenuante para fijar la multa, la intervención de la entidad recurrente para tratar de combatir el fraude detectado en la utilización de los sistemas de

pagos por tarjetas mediante la suscripción del Acuerdo, y valorar, para determinar la relevancia jurídica de la infracción, que se ha producido realmente un efecto restrictivo de la competencia sobre los competidores efectivos, como hemos declarado en los precedentes fundamentos jurídicos.

En relación con la máxima cuantía de la sanción de multa que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Competencia con carácter ordinario -hasta 901.518,16 € (hasta 150.000.000 de pesetas)-, si la dividimos para su aplicación en tres grados - máximo, medio y mínimo-, se aprecia que la sanción impuesta de 300.000 €, se encuentra en el grado mínimo en su tramo superior, lo que se ajusta a criterios razonables teniendo en cuenta la gravedad de la conducta y la compensación que se induce de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia entre los criterios establecidos en los apartados a), b) y c) del artículo 10.2 , por tratarse de acuerdos suscritos entre entidades financieras competidoras entre sí, como entidades adquirentes en el mercado de los sistemas de pago mediante tarjetas, en referencia a la dimensión nacional del mercado afectado y las cuotas de mercado, y valorar como circunstancia atenuante la finalidad de tratar de combatir el fraude detectado en los sistemas de pagos por tarjetas, aunque sea por medios ilegítimos prohibidos por el Derecho de la Competencia.”

Con arreglo a la anterior doctrina jurisprudencial en orden a las sanciones, y teniendo en cuenta que éstas siempre deben ser proporcionadas y adecuadas a la gravedad de la conducta observada, así como lo suficientemente disuasorias para que al infractor no le resulte o pueda resultarle más beneficiosa en términos económicos la sanción de multa que prescindir de la conducta en cuestión, y atendidas las circunstancias (más arriba reseñadas) puestas de manifiesto por la Comisión, es por lo que resulta procedente también la confirmación de la sanción impuesta, que lo ha sido en el tramo inferior del grado medio.

6 De lo anterior deriva la procedencia de desestimar el recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad **ILUSTRE COLEGIO DE ODONTOLOGOS Y ESTOMATOLOGOS DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA** contra Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 27 de diciembre de 2007, a que las presentes actuaciones se contraen, y confirmar dicha resolución impugnada, por su conformidad a Derecho. Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a [REDACTED] estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Doy fe.