



Roj: **ATS 1898/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1898A**

Id Cendoj: **28079130012017200363**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/03/2017**

Nº de Recurso: **159/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a 2 de marzo de 2017

## **HECHOS**

**PRIMERO-** La Letrada de la Junta de Andalucía, D.<sup>a</sup> Alicia Ruiz de Castro Cáceres, en nombre y representación del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía (Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía), ha preparado recurso de casación contra la sentencia de 27 de octubre de 2016, dictada por la Sección Tercera, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el procedimiento ordinario núm. 471/2015.

La sentencia impugnada estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Oficial de dentistas de Jaén, contra la resolución de 10 de junio de 2015 del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, por la que se impuso la sanción de 3.440, 42 euros, por la toma de decisiones y recomendación colectiva para imponer la elección de protésico dental por los dentistas, de forma restrictiva de la competencia, conducta colusoria prohibida por el artículo 1.1.a) y tipificada en el artículo 62.4.a), ambos, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007).

La resolución administrativa acordaba, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

«A la vista de todo lo anterior, este Consejo coincide con el DI en considerar que las actuaciones del Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Dentistas, del Colegio Oficial de dentista de Almería, Colegio Oficial de dentistas de Cádiz, Colegio Oficial de Dentistas de Córdoba, Colegio Oficial de Dentistas de Granada, Colegio Oficial de Dentistas de Huelva, Colegio Oficial de Dentistas de Jaén, Colegio Oficial de Dentistas de Málaga y Colegio Oficial de Dentistas de Sevilla, constituyen una conducta incardinable en el artículo 1.1 de la LDC, en tanto las actuaciones realizadas por estas entidades son recomendaciones colectivas a efectos de la aplicación de las normas de defensa de la competencia, que tuvieron como finalidad imponer la elección del protésico dental por los dentistas de forma restrictiva de la competencia.

Asimismo, tal y como se ha establecido previamente, se trata de una infracción continuada del artículo 1 de la LDC por objeto, es decir, no resulta necesario acreditar efectos concretos en el mercado, para determinar la existencia de una conducta prohibida. Con todo, las trabas impuestas por los imputados en el mercado, suponen una limitación a la competencia, de tal forma que se beneficia a determinados protésicos frente a otros, en particular a los ya instalados en el mercado y que merecen de la apelada "confianza" de los dentistas. Esta limitación claramente restringe la competencia entre protésicos, lo que puede redundar negativamente en la calidad del servicio, la innovación en el sector, y en los precios pagados por las prótesis, por lo que, en última instancia, supone un grave perjuicio para los pacientes que requieran de una prótesis.

Las conductas infractoras que han sido acreditadas en el presente expediente, se han llevado a cabo de forma plenamente consciente por parte de los imputados observándose, como mínimo, negligencia por parte de los mismos al difundir una información que perjudica el libre desarrollo de otra profesión en el mercado y limita el conjunto de elección de los pacientes que requiere de una prótesis dental. Tal y como ha quedado probado,



estas recomendaciones anticompetitivas se realizaron con pleno conocimiento de los órganos de dirección de los imputados y se implementaron mediante distintos medios como la emisión de circulares, página web, campañas publicitarias, cartas, contactos con otros organismos, etc.

[...]

En el presente expediente, no se está juzgando la libertad que tiene cada dentista para decidir individualmente si aceptar o no aceptar encargos de protésicos, sino la recomendación colectiva realizada por este Colegio, de manera voluntaria y libre para uniformar la conducta de todos los dentistas ejercientes en un determinado sentido con el objeto y potenciales efectos de restringir la competencia. En consecuencia, la presente alegación no puede prosperar.

[...]

Acreditada la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1 a) de la LDC, ésta debe ser calificada conforme a lo dispuesto por el artículo 62 de la LDC. El DI considera que las conductas aquí enjuiciadas deben ser tipificadas, a los efectos de la determinación de la sanción a imponer a cada responsable como infracciones muy graves, del artículo 62.4.a) de la LDC.

Este Consejo, como ya ha motivado en el Fundamento de Derecho TERCERO, ha concluido que la conducta infractora debe ser calificada como muy grave, puesto que conforme al artículo 62.4. a) de la LDC son infracciones muy graves [...].»

**SEGUNDO.-** La sentencia de instancia estimó el recurso, revocando la sanción impuesta, sobre la base de que el acto administrativo incurre en vicio de nulidad radical del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en adelante, LRJPAC), al apreciar un vicio en la formación esencial del órgano, o por mejor decirlo en su consideración misma como órgano colegiado, ante la vacante no cubierta de uno de los vocales desde el Decreto andaluz 73/2013, de 2 de julio (en el que se acordó el cese de un vocal) hasta el Decreto andaluz 333/2015, de 28 de julio (en el que se dispuso el nombramiento del nuevo titular). Para llegar a esta conclusión, la Sala a quo parte de la composición del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía conformada por el presidente y dos vocales, en virtud de lo establecido en el artículo 13. Apartado 1 de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, en conjunción con el artículo 19.1 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

El fundamento esencial se basa en que:

«[...] SEGUNDO.- El Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía ha de actuar como órgano colegiado y se ha de componer necesariamente de una Presidencia y dos Vocalías, Primera y Segunda. Así lo impone el artículo 13 apartado 1 de la Ley 6/2007, de 26 de junio, antes transcrito. Actuar como órgano colegiado exige por tanto del Consejo, en consonancia con lo establecido en el también citado art. 19.1 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que esté compuesto por sus tres miembros. Si no está compuesto el Consejo por sus tres miembros, bien sea por sus titulares o bien sea la composición por sus sustitutos en caso de vacantes, no puede actuar como órgano colegiado, pues tal número es el mínimo determinado legalmente como atributo o requisito de la colegialidad. Y en el caso y momento que ahora nos ocupa, el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía carecía del requisito de composición prescrito de sus miembros, coincidente con la necesaria exigencia de esa colegialidad, pues la vocalía segunda estaba vacante desde el cese de su titular, acordado por Decreto 73/2013, de 2 de julio, sin que se hubiera proveído a su sustitución.

[...]

Ahora bien, una cosa es la válida "constitución" del Consejo a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, por utilizar las expresiones empleadas en el art. 26.1 de la Ley 30/1992, y otra distinta la necesaria composición del órgano para ser considerado como tal, es decir, para poder actuar como órgano colegiado, el cual, como requisito ontológico y esencial, es presupuesto previo, pues sólo afirmada la condición de órgano colegiado que le atribuye el número de sus miembros exigido legalmente, es predicable la observancia del quorum de su constitución previsto en las normas invocadas [...].»

**TERCERO.-** La representación procesal del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, presentó escrito de preparación contra dicha sentencia, en el cual, tras acreditar el cumplimiento de los requisitos en orden al plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución que se impugna, identifica como normativa infringida el artículo 62.1.e) de la LRJPAC, en relación con el artículo 26.1 del mismo texto legal, que prevé la nulidad de los actos administrativos cuando estos hayan sido adoptados prescindiendo de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, considerando que la sentencia efectúa una artificiosa distinción entre los requisitos de composición del órgano colegiado *ex ante*, requisito previo



indispensable, y el *quorum* necesario para la válida deliberación y toma de acuerdos, citando varias sentencias del Tribunal Supremo, ( SSTS, Sec. 7ª, de 23 de febrero de 2012, rec.5412/2007 , Sec. 4ª de 28 de noviembre de 1992 , Sec. 7ª, de 19 de febrero de 1992), y de algunos Tribunales Superiores de Justicia , ( STSJ Castilla y León, Burgos, núm. 300/2006, de 24 de abril , STSJ Madrid, Sec. 6ª, núm.983/2994, de 28 de septiembre, STSJ Extremadura, núm.748/2003, de 20 de mayo , entre otras).

Añade la recurrente que el recurso de casación presenta interés casacional objetivo conforme al artículo 88, apartado 2.b) de la Ley Jurisdiccional , pues la sentencia impugnada asienta una doctrina que resulta gravemente dañosa a los intereses generales, al considerar que el órgano colegiado no existe y por tanto, no puede reunirse para deliberar y adoptar acuerdos, si previamente no están nombrados todos los miembros, dejando sin efecto norma de vacancia y sustituciones y ejemplificando la grave repercusión que tal doctrina comportaría en la situación de vacante de la Sección Segunda del Tribunal Constitucional. Finalmente, sin cita de artículo en el que se fundamenta, afirma que afecta a un gran número de situaciones que trascienden al caso, ya que la vocalía estuvo vacante dos años aproximadamente, incurriendo todos los actos emanados del meritado de vicio de nulidad, trascendencia de que se hace eco el auto de 27 de diciembre de 2016 de la Sala *a quo* por el que se tiene por preparado el presente recurso de casación.

**CUARTO.-** Por escrito fechado el 6 de febrero de 2017, se ha personado como parte recurrida el Colegio Oficial de dentistas de Jaén, que manifestó con ocasión al trámite conferido, la ausencia de interés casacional, pues, resumidamente, el órgano colegiado, de manera inexcusable ha de estar debidamente integrado por todos sus miembros, sin que la sentencia deje inoperante las normas de vacancia y sustitución, referidas a la ausencia de algún miembro por causa justificada en virtud del artículo 24.2 y 3 de la LRJPAC, que no es el caso, y sin que a la sazón, afecte a un número extenso de decisiones, debiendo salvaguardarse preferentemente los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Es Magistrado Ponente Diego Cordoba Castroverde,

## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Como cuestión previa, y desde un punto de vista formal, cabe señalar que el escrito de preparación cumple con las exigencias del artículo 89.2 LJCA por lo que nada puede oponerse a la admisibilidad del recurso desde el punto de vista de los subapartados a) y b) del artículo 90.4 LJCA .

Así, el escrito se ha estructurado en apartados separados, encabezados con un epígrafe expresivo de su respectivo contenido y se ha razonado en el mismo tanto la recurribilidad de la resolución de instancia por este cauce extraordinario como la observancia de los requisitos de legitimación y plazo.

Así mismo, se han identificado debidamente las normas cuya infracción se imputa a la sentencia de instancia, cumpliéndose con la carga procesal de justificar, *primero* , su incardinación en el Derecho estatal; *segundo* , su alegación en el proceso de instancia y/o su toma en consideración por la sentencia impugnada; y *tercero* , su relevancia en el sentido del "fallo".

Finalmente, esa Sección considera que se ha realizado el imprescindible esfuerzo argumental, con singular referencia al caso, en relación a la concurrencia de los distintos supuestos o escenarios de interés casacional comprendidos en los apartados 2º y 3º del artículo 88 LJCA que se invocan.

**SEGUNDO.-** Comprobada, pues, la ausencia de impedimentos formales para la admisión del recurso de casación, procede determinar ahora cuál es la cuestión litigiosa y si ésta tiene interés casacional objetivo para la creación de jurisprudencia que justifique un pronunciamiento de esta Sala.

La cuestión planteada en casación versa, en definitiva, sobre la interpretación del artículo 26.1 LRJPAC de la LRJPAC de la que el tribunal de instancia deriva la nulidad radical del acuerdo impugnado, en aplicación del art. 62.1.e) de dicha norma.

El artículo 62.1.e) dispone:

«Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

[...]

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados [...].».

El art. 26.1 de la LPAC establece:



«[...] Para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la presencia del Presidente y Secretario o en su caso, de quienes le sustituyan, y la de la mitad al menos, de sus miembros, salvo lo dispuesto en el punto 2 de este artículo [...]».

**TERCERO.-** La sentencia impugnada diferencia entre los requisitos para la válida constitución del órgano colegiado a los efectos de celebración de sesiones, deliberaciones y la adopción de acuerdos (según dispone el artículo 26.1 de la LRJPAC) y la necesaria composición del órgano "para ser considerado como tal, es decir, para poder actuar como órgano colegiado" exigida legalmente, pues solo cuando se cumple este último presupuesto es posible acudir a las previsiones de quorum de constitución.

En definitiva, sostiene que si una ley establece que el órgano colegiado esté compuesto por tres miembros, la vacante de uno de ellos, sin nombramiento de otro titular o de un sustituto, le impide actuar como órgano colegiado pese a que esa u otra norma le permita constituirse y adoptar acuerdos con solo dos de sus miembros, y para ello se apoya en la interpretación del art. 26 de la LRJPAC. Por ello, y en aplicación del art. 62.1.e) de dicha norma, considera que el acuerdo impugnado es nulo al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

La cuestión jurídica planteada en este recurso reviste interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, pues, con independencia de que la doctrina fijada en la sentencia impugnada pudiera, eventualmente, reputarse gravemente dañosa a los intereses generales, no cabe duda que afecta a un gran número de situaciones en cuanto trasciende del caso concreto objeto del proceso, pues dicha interpretación afecta al funcionamiento y a la validez de los acuerdos adoptados por los órganos colegiados que se encuentren en una situación similar a la enjuiciada y, muy especialmente, a todos los acuerdos adoptados por la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía durante un periodo de dos años, tal y como el propio tribunal de instancia destaca en el Auto que tiene por preparado el recurso de casación, con el consiguiente posibilidad de anular a los acuerdos adoptados por dicho órgano durante dicho periodo.

Doctrina que, por otra parte, podría proyectarse para interpretar el artículo 17.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (aunque no sea de aplicación a este caso) en cuanto reproduce, en esencia y por lo que ahora nos interesa, las previsiones del art. 26.1 de la ley 30/1992 y sobre otras leyes con previsiones similares.

Siendo el recurso de casación el instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho, como se hace constar en el preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, resulta indefectible un pronunciamiento al respecto por parte de esta Sala del Tribunal Supremo.

Apreciada en la cuestión planteada la concurrencia de ese interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia que justifica su admisión, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 90.4 LJCA, declaramos que el interés casacional objetivo consiste en interpretar la previsión contenida en el artículo 26.1 de la LRJPAC para determinar si incurren en un supuesto de nulidad de pleno derecho, al amparo del art. 62.1.e) de dicha norma, los actos administrativos emanados de órganos colegiados que actuando y adoptando sus acuerdos con el *quorum* legalmente exigido, no se hallan integrados por todos sus miembros, por el cese de alguno de ellos.

Todo ello, sin perjuicio de que «[...] la sentencia haya de extenderse a otras (normas) si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso».

**CUARTO.-** Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

**QUINTO.-** Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de la LJCA, remitiéndolas a la Sección Tercera de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

#### La Sección de Admisión acuerda:

1º) Admitir el recurso de casación preparado por la Letrada de la Junta de Andalucía, en nombre y representación del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, contra la sentencia de 27 de octubre de 2016, dictada por la Sección Tercera la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla en el procedimiento ordinario núm. 471/2015.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar la previsión contenida en el artículo 26.1 de la LRJPAC para



determinar si incurren en un supuesto de nulidad de pleno derecho, al amparo del art. 62.1.e) de dicha norma, los actos administrativos emanados de órganos colegiados que, actuando y adoptando sus acuerdos con el *quorum* legalmente exigido, no se hallan integrados por todos sus miembros, por el cese de alguno de ellos.

3º) Se ordena publicar este Auto en la página web del Tribunal Supremo.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman. D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D. Manuel Vicente Garzón Herrero D. Segundo Menendez Perez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Eduardo Calvo Rojas D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco D. Diego Cordoba Castroverde D. Jose Juan Suay Rincon D. Jesus Cudero Blas

FONDO DOCUMENTAL CENDO