



Roj: **STS 8818/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:8818**

Id Cendoj: **28079130032012100591**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **13/12/2012**

Nº de Recurso: **5301/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3442/2009,**  
**STS 8818/2012**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a trece de Diciembre de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Tercera) del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 5301/2009, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña María Jesús González Díez, en nombre y representación del ILUSTRE COLEGIO DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, contra la Sentencia de 10 de julio de 2009 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo núm. 31/2008, sobre sanción impuesta por prácticas restrictivas de la competencia. Ha comparecido como parte recurrida el ABOGADO DEL ESTADO en la representación que legalmente ostenta.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional se ha seguido el recurso número 31/2008, interpuesto por el Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de las Palmas de Gran Canaria contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 27 de septiembre de 2007, que sancionaba al Ilustre Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de las Palmas de Gran Canaria recurrente por una infracción en materia de competencia, con la multa de 385.000 euros.

**SEGUNDO** .- En fecha 10 de julio de 2009 la Sala del Tribunal Superior de Justicia dictó Sentencia con este fallo:

*<<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.>>*

**TERCERO**.- La Procuradora Doña María Jesús González Díez, en representación del Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de las Palmas de Gran Canaria, interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación contra la citada sentencia al amparo de los siguientes motivos:

*Primero.- El presente motivo de recurso se formula al amparo de lo dispuesto en el apartado d) del artículo 88.1 LJCA por infracción del artículo 1 LDC con relación a lo dispuesto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992 y el artículo 25 CE así como la doctrina jurisprudencial aplicable.*

*Segundo.- El presente motivo de recurso se formula al amparo de lo dispuesto en el apartado d) del artículo 88.1 LJCA por infracción por la resolución recurrida del artículo 10 LDC con relación a lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley 30/1992 y el artículo 25.1 CE.*



Terminando por suplicar dicte sentencia, por la que estimando el presente recurso, case y anule la resolución recurrida declarando: a) La inexistencia de una infracción por el Ilustre Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de las Palmas del artículo 1.1.a) LDC o; b) 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 .

**CUARTO.-** Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto en los términos expuestos, el Abogado del Estado formuló escrito de oposición al recurso, suplicando dicte sentencia por al que, con desestimación del recurso confirme la sentencia impugnada y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en el LJCA.

**QUINTO.-** Se señaló para votación y fallo el 28 de noviembre de 2012, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente la Excm.a. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sección 6<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, desestimó el recurso interpuesto por el Ilustre Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Las Palmas de Gran Canaria contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de septiembre de 2007 que le impuso la sanción de multa de 385.000 euros por una infracción en materia de competencia. El hecho imputado consistió, en síntesis, en la fijación de honorarios mínimos a los colegiados mediante las acciones que luego se detallarán, y mereció una calificación conforme a los artículos 1 y 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , el primero de los cuales prohíbe, entre otras conductas, todo acuerdo o práctica concertada dirigida a la fijación directa o indirecta de precios.

La Sala aceptó en su integridad los hechos considerados probados en la resolución sancionadora, que expuso en estos términos:

*<< [...] 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 la 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 [Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Las Palmas] 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.>>

En lo que interesa para resolver este recurso de casación, el Tribunal fundamentó su decisión de este modo:

<< [...] 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.

[...] 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 item 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." [...]

Con arreglo a la anterior doctrina jurisprudencial en orden a las sanciones [la contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007], 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.>>*

**SEGUNDO.-** El Colegio recurrente fundamenta el recurso de casación en dos motivos que subsume en el apartado c) del artículo 88.1 de la Ley jurisdiccional .

El primero se basa en la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , en relación con los artículos 130.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , 25 de la Constitución y de la jurisprudencia aplicable.

El recurrente desarrolla este motivo alegando, en esencia, que la sentencia recurrida obvia la necesaria concurrencia del elemento culpabilístico en materia sancionadora, ya que omite analizar la incursión del sancionado en un error en la denominación del baremo de honorarios. Este error consiste en la creencia de que bastaba con añadir a la expresión de «honorarios mínimos» los términos de «orientadores» o «recomendados» para adaptarse a lo previsto en el artículo 5.ñ) de la Ley de Colegios Profesionales , según redacción del Real Decreto Ley 5/1996, de 7 de junio, sin advertir que habría de suprimirse asimismo la expresión de «mínimos». No existe, según afirma el Colegio sancionado, la voluntad de exigir los honorarios como mínimos u orientativos, debiendo valorarse a estos efectos la constante actitud de respeto a la libertad de los colegiados en el establecimiento de los precios. Concluye que no hay elemento alguno acreditativo de la culpabilidad, puesto que en todas las comunicaciones colegiales se ha hecho mención a la intención de dar cumplimiento al artículo 5.ñ) citado y, una vez comprobado el error, procedió por propia iniciativa a corregir la expresión de «honorarios mínimos recomendados» por la de «honorarios orientadores».

En el segundo motivo se denuncia la vulneración del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia , en relación con lo dispuesto en los artículos 131 de la Ley 30/1992 y 25.1 de la Constitución .

Se sustenta el motivo en la desproporción de la sanción al resultar excesiva en función de los ingresos económicos del Colegio y desconocer la concurrencia de dos circunstancias atenuantes que han sido suficientemente acreditadas. Así, dice el recurrente que la sanción encuentra un límite en el 10% de los ingresos económicos de la entidad sancionada, el cual es superado ampliamente por la multa impuesta. Por otro lado, han quedado probadas las circunstancias atenuatorias consistentes en que el recurrente procedió por su propia iniciativa a subsanar los efectos de la conducta infractora antes de la apertura del procedimiento sancionador y en que nunca han sido exigidos a los colegiados los honorarios en cuya fijación se perpetró la acción sancionada. A estos argumentos añade que en otros casos similares han sido exigidas unas multas de cuantía muy inferior a la aquí impuesta.

**TERCERO.-** Para resolver el primero de los motivos no podemos soslayar los límites de esta Sala a la hora de examinar la culpabilidad declarada en la sentencia recurrida en casación. Al residir normalmente la presencia de dicho elemento subjetivo en una cuestión de hecho, cuya valoración probatoria corresponde al Tribunal de instancia, su impugnación se encuentra con el obstáculo de la inviabilidad de cuestionar en este recurso extraordinario, a salvo de supuestos excepcionales, la apreciación de la prueba. Por esta razón hemos reiterado que la conclusión alcanzada por el Tribunal de instancia en relación con la culpabilidad es en muchas ocasiones una cuestión puramente fáctica y, por ende, no revisable en esta sede (últimamente en sentencias de 9 de febrero de 2012, RC 4612/2008 , y 23 y 26 de abril de 2012 , RC 562/2010 y 3357/2009 ).

Puesto que el Colegio sancionado fundamenta la falta de culpa en el error, para determinar el verdadero alcance de esta circunstancia debemos acudir a las categorías que presenta en el Derecho Penal, donde solo posee efecto eximente en caso de ser invencible (artículo 14 del Código vigente). Tal consecuencia ha sido también apreciada por esta Sala en no pocos pronunciamientos, como recuerda nuestra reciente sentencia de 8 de marzo de 2012 (RC 4925/2008 ). Ahora bien, si el error es vencible y recae sobre uno de los elementos de hecho constitutivos del tipo, que es la hipótesis que aquí acontecería en la versión que defiende el recurrente, la infracción sería sancionada como negligente. Tal consideración no difiere del criterio de la instancia; la Audiencia Nacional consideró que el error que aducía el Colegio únicamente sería susceptible de afectar a la graduación de la sanción, pues la responsabilidad en el ámbito sancionador es exigible aun a título de mera negligencia, según expresamente prevé el artículo 10.1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

Por otro lado, la reiteración de la conducta infractora por la recurrente y su mantenimiento durante un dilatado periodo temporal son factores que abonan, al menos, la existencia de negligencia. Sin duda el empleo de una elemental diligencia hubiera posibilitado al Colegio recurrente corregir su conducta antes de la emisión de alguna de las sucesivas circulares que dirigió a sus colegiados estableciendo los honorarios mínimos. Reparar en ello no exigía un especial esfuerzo, pues solo precisaba considerar que la sustitución del calificativo «mínimos» por el de «orientadores», relativos a honorarios, en la reforma del apartado ñ) del artículo 5 de la Ley



de Colegios Profesionales llevada a cabo nada menos que en el año 1996, suponía la supresión de la potestad del Colegio de fijar unos honorarios mínimos para las actuaciones profesionales de sus miembros.

En conclusión, el criterio de la Sala de instancia es correcto jurídicamente y no es producto de una valoración irrazonable o absurda de la prueba, sino coherente con los indicios que abonan la existencia de la responsabilidad cuestionada.

**CUARTO.-** También ha de rechazarse el segundo motivo de casación.

En primer lugar, la Sala no comparte la interpretación que el recurrente dispensa al artículo 10.1 de la citada Ley de Defensa de la Competencia. Este establece que «El Tribunal podrá imponer [...] multas de hasta 901.518,16 euros, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal». Así pues, dicho porcentaje no constituye el límite superior de la sanción, sino una adición a la multa básica. Ya dijimos en nuestra sentencia de 14 de febrero de 2007 (RC 974/2004), siguiendo al Tribunal de Defensa de la Competencia, que «El límite del 10% del volumen de ventas opera no como restricción de aquella cuantía máxima, que sigue siendo de 150 millones de pesetas [hoy 901.518,16 euros], sino de su posibilidad de incremento, que, aunque factible, tiene ese techo porcentual».

Una vez despejada la existencia de esta vulneración legal, el resto de los argumentos que baraja el recurrente sobre la proporcionalidad de la sanción remiten a una valoración circunstanciada de los hechos que, por disponer asimismo de naturaleza fáctica, esta Sala tampoco puede revisar en el marco de la casación, excepto si resulta manifiestamente irrazonable ( sentencias de 23 de diciembre de 2008, RC 2038/2006 , y 1 de febrero de 2011, RC 2688/2008 ).

En el presente caso, la Sala estimó que la individualización de la sanción en el tramo inferior del grado medio era adecuada a las particulares circunstancias que había apreciado la resolución sancionadora: la condición de Colegio profesional de su autor, la reiteración de la acción y su permanencia en el tiempo, el especial efecto perjudicial para los consumidores al tratarse de un mercado insustituible y el resultar afectados la totalidad de los miembros del Colegio. Estas circunstancias se acomodan a los criterios de graduación que contiene el artículo 10 de la Ley, y su entidad absorbe el efecto atenuatorio de las circunstancias que invoca el recurrente en la hipótesis de que apreciáramos su confluencia. El juicio de proporcionalidad que refleja la sentencia recurrida no es ilógico ni erróneo, por lo que ahora debe mantenerse.

Por último, es irrelevante a estos efectos la imposición a otros Colegios de sanciones de cuantía inferior por la comisión de infracciones en materia de competencia. Como hemos señalado en la sentencia de 3 de febrero de 2009 (RC 7280/2005 ), «Cualquier comparación con precedentes sólo podría aportar criterios de juicio sobre la adecuación de una sanción en casos substancialmente semejantes y con una detenida explicación de las circunstancias concurrentes en unos y otros supuestos. En principio, la proporcionalidad o desproporción de una sanción ha de justificarse o criticarse más bien, dado el alto grado de casuismo existente en la materia, con base en las circunstancias que específicamente concurren en cada supuesto examinado». Sin duda, la simple mención del importe de las sanciones y la afirmación de que se trata de situaciones «muy similares a la presente» impide a la Sala comprobar con el debido detalle la analogía entre el actual y los diferentes supuestos que contiene el cuadro inserto en el escrito de interposición del recurso a los que se asigna unas multas notablemente inferiores.

**QUINTO .-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , procede imponer las costas procesales del presente recurso a la parte recurrente.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139, la imposición de las costas podrá ser «a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima». La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima de tres mil euros.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

## FALLAMOS

**Primero.** - NO HA LUGAR al recurso de casación número 5301/2009, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña María Jesús González Díez, en nombre y representación del ILUSTRE COLEGIO DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, contra la Sentencia de 10 de julio



de 2009 dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 6ª, de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo núm. 31/2008 .

**Segundo.-** Imponemos a la parte recurrente en casación las costas causadas en este recurso con la limitación indicada en los precedentes fundamentos.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, 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.-Rubricado.- **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excma. Sra. Dª. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS