

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 33/2017

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

SENTENCIA NUMERO 111/2018

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

DÑA. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a veintiocho de marzo de dos mil dieciocho.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 33/2017 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugnan las respectivas sanciones impuestas por Resolución del Consejo Vasco de la Competencia -CVC-, de 15 de Noviembre de 2.016 (expediente 114-(VIG)-2016.

Son partes en dicho recurso:

-DEMANDANTE: Doña MCMP y el COLEGIO OFICIAL DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE ÁLAVA, representados por el Procurador Don GERMÁN APALATEGUI CARASA y dirigidos por el Letrado Don ALBERTO FIGUEROA LARAUDOGOITIA.

-DEMANDADA: La AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, representada y dirigida por los Letrados del SERVICIO JURÍDICO CENTRAL DEL GOBIERNO VASCO.

-OTRA DEMANDADA: DENTOESTETIC CENTRO DE SALUD Y ESTÉTICA DENTAL, S.L., representada por el Procurador Don GERMÁN ORS SIMÓN y dirigida por el Letrado Don JOSÉ MANUEL SIPOS GÁLVEZ.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 17 de enero de 2017 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Don GERMÁN APALATEGUI CARASA actuando en nombre y representación de Doña MCMP y el COLEGIO OFICIAL DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE ALAVA, interpuso recurso contencioso-administrativo contra las respectivas sanciones impuestas por Resolución del Consejo Vasco de la Competencia -CVC-, de 15 de Noviembre de 2.016 (expediente 114-(VIG)-2016; quedando registrado dicho recurso con el número 33/2017.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en el expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO.- En los escritos de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la actora.

CUARTO.- Por Decreto de 5 de septiembre de 2017 se fijó como cuantía del presente recurso la de 250.000 euros.

QUINTO.- El procedimiento se recibió a prueba practicándose con el resultado que obra en autos.

SEXTO.- En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 9 de marzo de 2018 se señaló el pasado día 15 de marzo de 2018 para la votación y fallo del presente recurso.

OCTAVO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

II-FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se formula en liticonsorcio activo por el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Álava -en acrónimo, COEA-, y su Presidenta Doña MCMP , contra las respectivas sanciones impuestas por Resolución del Consejo Vasco de la Competencia -CVC-, de 15 de Noviembre de 2.016 (expediente 114-(VIG)-2016, sobre "**incumplimiento de los compromisos suscritos por el colegio de dentistas de Álava**").

En ella se apreciaba una infracción del artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, -en adelante, LDC-, cuya autoría se atribuye a ambas partes, imponiendo al Colegio una multa de **250.000 €**, y a la citada persona física otra sanción económica de **10.000 €**, como tal presidenta del Colegio que realizó las declaraciones que se tienen por infractoras a un medio de comunicación, ("*El Correo*", edición Álava), publicadas el día 27 de marzo de 2.016.

Las partes recurrentes mediante escrito de demanda unido a los folios 96 a 133 de estas actuaciones, desarrollan sus fundamentos en torno a estos ahora resumidos capítulos:

-Tipicidad de la conducta. -Páginas 5 a 25 del escrito-. Se discrepa de la valoración que la CVC realiza del contenido de la entrevista periodística, de la que no se acepta la plena correspondencia entre los manifestado y lo publicado.

Dicha entrevista se produjo antes de la aparición de noticias sobre el cierre de clínicas o el encarcelamiento del responsable de una cadena o franquicia y con ocasión de la fiesta patronal de Santa Apolonia, a instancia del medio de prensa escrito y bajo título de, "*aun hay mucho miedo a ir al dentista y eso no es lógico*", sin que la entrevistada hiciera mención nominal a ninguna cadena dental, siendo después contextualizada por la entrevistadora a su propia iniciativa cuando surgieron esas noticias alarmantes.

Resulta cierto que hizo alusiones la Presidenta a la preocupación colegial por las campañas publicitarias irreales o engañosas, y, -censurando las conclusiones que la CVC obtiene-, sostiene que esencialmente el artículo contenía información veraz, con la salvedad de que se ponen en boca de la Presidenta del C.E.O.A. observaciones propias de otros organismos colegiales de odontólogos, como su propio Consejo General: se apunta que la manifestación de Doña MCMP sobre la lucha de todo el colectivo contra las prácticas de algunas *multiclínicas* que contratan dentistas recién titulados y sin experiencia y que rechaza la publicidad engañosa ("*imposibles implantes a 222 €*"), había sido libremente enmarcada por la entrevistadora en tales escándalos realmente posteriores a la entrevista, pero alude en todo caso a una afirmación que en innumerables acuerdos, declaraciones y propuestas de los Colegios de dentistas se refleja como consecuencia de la batalla legal y mediática que por ellos se libraba contra esas prácticas, y lo que la entrevista publicada recoge ha sido repetidos numerosas veces por los responsables del Consejo y de los distintos Colegios de Odontólogos de España.

Se afirma que el C.O. de Álava se comprometió a abstenerse de hacer valoraciones públicas o privadas sobre cualquier forma de comercialización de productos o servicios por los dentistas durante un año, pero no asume la correspondencia literal entre lo declarado y la entrevista publicada, que ninguna novedad aportaba a lo expuesto con frecuencia en los medios de comunicación y que, por ello, no dio lugar a ninguna rectificación en tanto que esas informaciones surgidas del ámbito corporativo, eran veraces. (Se citan en detalle diversas declaraciones emitidas por otros Colegios y el propio Consejo en las páginas 19 a 22). Se culmina este apartado con un análisis teórico sobre las libertades de expresión y de información y de su reflejo en la doctrina del Tribunal Constitucional, concluyendo para el caso concreto que confluyeron ambos en la noticia de prensa examinada, cuya autora combinó expresiones atribuidas a la entrevistada con un objetivo de comunicación que iba más lejos, y que parcialmente transformaba el sentido original de la entrevista en una respuesta a posteriores escándalos.

-Culpabilidad. -Páginas 25 a 29-. El rechazo de su concurrencia se centra primero en la perspectiva sobre la Presidenta del Colegio recurrente, cuya responsabilidad entiende solo atribuida por la supuesta negligencia de conceder la entrevista con motivo de la fiesta de Santa Apolonia y de hablar sobre dentistas y salud bucodental, y en que, sin haberlo ella buscado de propósito, se incluyeron otras cuestiones más generales sobre publicidad engañosa, o masificación, que nunca pensó que serían el centro de gravedad de lo más tarde publicado. Se limitó con ello a ejercer su papel institucional sin dejación de sus competencias y sin la intención de contravenir la Resolución o el compromiso pactado con la AVC, ni hacerlo.

Respecto del Colegio mismo, se le reprocha por la CVC no haber condenado las declaraciones de su Presidenta ni haberse distanciado públicamente de ellas, pero que realmente no son de ella, sino de los órganos de representación de todos los dentistas de España, y cabe preguntarse si la CVC pretende que se condenen las declaraciones del Consejo de Odontólogos o la información veraz sobre la confrontación de los colegios con determinadas prácticas de franquicias o *multiclínicas*, cuando, además, ha sido fiel cumplidor de los compromisos adquiridos en la Resolución de 27 de Octubre de 2015, y la propia declaración resulta integradora y destacaba el abandono de toda idea de competencia o enemistad con tales centros o empresas.

-Práctica de la prueba. Se hacen consideraciones sobre la ausencia de la misma y no haberse destruido la presunción de inocencia sobre hechos dudosos, y que, contra lo que señala la CVC, los sancionados no han reconocido como ciertos, con diversas citas.

-Cuantía de la sanción. -páginas 35 a 47-. En este extenso capítulo impugnatorio, y siguiendo siempre al texto de la Resolución recurrida, se hace referencia, en primer lugar, a la sanción de 10.000 € impuesta a la Presidenta Sra. MCMP, en base a las previsiones del artículo 63.1 LDC, y como *"empresa infractora"*, tomando como base su volumen de negocio, lo que contradice que se le imponga como persona física representante del Colegio en base a la LPV 18/1997, de 21 de Noviembre, de Colegios y Consejos Profesionales del País Vasco en su artículo 37, pues si se le sanciona como Empresa, agotaría toda la responsabilidad excluyendo la del Colegio Oficial.

Respecto de la cuantía de la multa impuesta al Colegio, se recuerda que sostuvo primero la CVC que procedería imponerla en suma superior a 10.000.000 €, para luego, teniéndola por desproporcionada, proceder a calcular el volumen de negocios del Colegio y, por carecer supuestamente de él, sin atender al presupuesto de ingresos colegiales (de **148.088 €** en 2.015) se toma el volumen de la Presidenta y se multiplica por los 210 colegiados alaveses, alcanzando más de 50 millones de Euros en base a una operación arbitraria e irracional que no se compadece con lo que los dentistas alaveses, muchos asalariados, pueden facturar anualmente y que se cifra en más de 300.000 € por la CVC. Frente a ello se oponen todos los precedentes de la CNMC, citándose numerosas resoluciones de sanción a Colegios profesionales, comparando en algunos casos mediante cuadros, -f. 138 y 139-, los ingresos colegiales anuales y las multas impuestas por el CDC de Andalucía en 2.015 a cada Colegio andaluz -entre 2.526 € y 54.068 € (Sevilla, con presupuesto anual de 772.403 €)-, y concluyendo que la sanción impuesta al Colegio de Álava supone individualmente 1.190 € a cada colegiado, y casi duplica el presupuesto de ingresos anual (168%) calificándola de disparatada y atentatoria contra el principio de proporcionalidad.

SEGUNDO.- La oposición al recurso que desarrolla la representación de la Administración demandada -f. 153 a 164 de los autos-, comienza por situar el origen de procedimiento sancionador en la denuncia formulada de "**Dentoestetic Centro de Salud y Estética Dental, S.L. -DENTIX-**" el 12 de abril de 2.016, respecto de unas declaraciones en la prensa de la Presidenta del Colegio recurrente por incurrir en conducta contraria al artículo 62.4.c) de la LDC por incumplimiento del compromiso segundo de la Resolución de la CVC de 27 de octubre de 2.015, que culminó, por terminación convencional, el procedimiento sancionador 1120152, derivado de una campaña publicitaria del Colegio denunciado que ponía en entredicho las nuevas formas de comercializar los servicios dentales. Dicho punto segundo remitía al Anexo en que se incluía la propuesta de compromisos colegiales, el segundo de los cuales indicaba, entre otros extremos, que el referido colegio profesional, "**se abstendrá de valorar, de forma pública o privada, cualquier forma de comercialización de productos o servicios por parte de los dentistas (salvo reclamaciones judiciales en casos concretos)**".

Después, en respuesta a las diferentes cuestiones planteadas por el recurso, rechaza lo relativo a la tipicidad, citando el texto del artículo 62.4.c) de la Ley, y la certeza del compromiso adquirido en el primer expediente incoado, así como la existencia de la publicación de la entrevista a la Presidenta del Colegio conteniendo valoraciones negativas sobre las llamadas *multiclínicas* y ciertos odontólogos que trabajan en ellas y que se detallan, con aptitud para generar en los usuarios una conciencia negativa sobre ciertos modelos legales de prestación de esos servicios, constituyendo un evidente incumplimiento del compromiso presentado en su día por el propio Colegio para poner fin al expediente sin sanción. Rechaza la falta de veracidad de las declaraciones, que no han sido públicamente rectificadas, y han quedado aceptadas por el Colegio.

Sobre la antijuridicidad, destaca que la conducta no encuentra amparo en la libertad de expresión o de empresa, como derechos no absolutos que son y que no

ampan el ataque a otros modelos de ejercicios profesional y que rompen la neutralidad colegial.

Respecto de la culpabilidad se defiende que la imputación no tiene que hacerse necesariamente a título de dolo, bastando la simple negligencia, tratándose de unas declaraciones públicas voluntarias y conscientes por parte de la Presidenta, plenamente concedora de los términos del compromiso. Respecto del Colegio, pese a no haber adoptado una decisión formal al respecto, la culpabilidad deriva de no condenar ni distanciarse, y de justificar las declaraciones de la Presidenta en base a la invocación de sus derechos.

Sobra la cuantificación de la sanción se argumenta en base a los artículos 63.1.c) y 63.2 y 3, con respecto a ambos sancionados (10 por 100 del volumen de negocios y multa mínima de 10.000.000 € cuando aquel no se delimite; y hasta 60.000 € a las personas físicas que sean representantes o directivos), y se examinan los criterios de graduación del artículo 64, atribuyendo trascendencia a la conducta infractora. En relación a la Presidenta colegial la sanción de 10.000 € es claramente inferior al límite del artículo 63.2 LDC e inferior incluso al 5% de su volumen de negocios, mientras que respecto del Colegio, que carece de volumen de negocios, la previsión legal sería la imposición de una multa de más de 10 millones de euros, que se tuvo por desproporcionada, por lo que se adoptó el parámetro de multiplicar el volumen de negocios de la Presidenta por el número de colegiados, estimándose una cifra cercana a 50 millones de euros, a la que, por diversas consideraciones, se aplicó un 0,5% como multa.

También se opuso a las pretensiones de las partes recurrentes, la citada firma social denunciante ("*Dentix*") que en los folios 171 a 190, desarrolla su oposición según un formato argumental que, sin ser plenamente coincidente ni en extensión ni en densidad, citas y referencias, con el de la Administración autora del acto recurrido, participa de planteamientos esencialmente comunes, por lo que, dada su extensión, no se va a hacer ahora una paralela introducción sobre el mismo, que será, no obstante, invocada en los aspectos puntuales que resulten atinentes.

TERCERO.- Comenzando por una conveniente referencia a las disposiciones legales aplicables, se transcriben selectivamente las siguientes de la Ley 15/2.007, de 3 de Julio,

"Artículo 62. Infracciones.

1. Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves. (...)

4. Son infracciones muy graves:

a) (...)

b) (...)

c) *Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones.*

Artículo 63. Sanciones.

1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

a)

b) (...)

c) Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

2. Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros *a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.*

Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.

3. *En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes:*

a) Las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros.

b) Las infracciones graves con multa de 500.001 a 10 millones de euros.

c) Las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros.

De otra parte, y aunque no resulte especial objeto de atención por los litigantes, no está de más encuadrar a los Colegios Profesionales en el marco de las reglas competenciales establecidas por las leyes, partiendo de que, -como en diferentes Sentencias venimos recordando-, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 2/1.974, de 13 de Febrero, objeto de sucesivas reformas y en especial, redactada en esta materia por la Ley 25/2.009, de 22 de Diciembre, ("*Ómnibus*"); "*Los Colegios Profesionales son Corporaciones de derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.* (...)

3. *Son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la*

protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcionarial."

El Artículo 2.1 indica que; *"El ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal. Los demás aspectos del ejercicio profesional continuarán rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable." (.....)*

4. Los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios observarán los límites de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia".

Los propios estatutos colegiales del COEA, aprobados por la Orden de la Consejería de Justicia y Administración Pública de 8 de Febrero de 2.010, (BOPV nº 57, de 25 de marzo), que se adjuntan como documento nº 4 de la demanda, -folios 58 a 73-, enumeran entre las funciones del mismo, -artículo 8º-, "la ordenación, regulación y vigilancia del ejercicio de la actividad profesional de los titulados incluidos en el ámbito de estos Estatutos" (letra a), o, "la contribución a la consecución del derecho de los ciudadanos a la protección de la salud buco dental y la tutela de la actividad profesional para que se adecúe a las necesidades de los pacientes" (letra d).

La particularidad del caso enjuiciado es que se atribuye al Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Álava una infracción derivada, y no directa y originariamente vinculada con esos fines colegiales y límites de los mismos, pero que, en cualquier caso, no puede desnaturalizar a tal corporación de Derecho Público ni despojarle de sus fines y cometidos. Sobre ello se volverá más adelante, partiendo de que no es objeto de este proceso la revisión de la Resolución de 27 de Octubre de 2.015, ni el compromiso que en un anterior procedimiento dicho Colegio propuso y al que se autovinculó, pero sí lo son las consecuencias sancionadoras actuales que de ello se deducen y sobre las que sin lugar a dudas deben ejercer una inevitable influencia circunstancial y, a nuestro juicio, notablemente paliativa.

Siguiendo el congruente guion temático en que las partes coinciden, vamos a examinar seguidamente cada elemento esencial convergente en las sanciones pecuniarias impuestas.

CUARTO.- El primer marco de debate es el de la tipicidad de la acción, entendida más propiamente como verdadera ausencia de acción o conducta típica y subsumible en el artículo 62.4.c) LDC, según las vastas consideraciones que las parte recurrentes hacen en este punto.

Toda la tesis de las partes actoras se concentra en el análisis de la entrevista de prensa realizada y publicada por el medio escrito arriba identificado, -folio 250 de los autos-, a cuyo objeto ha llegado a practicarse en el proceso una diligencia de prueba de

testigos a cargo de Doña RC , autora de la misma, -f. 266 de los autos-, de la que se concluye la fecha de toma de la manifestación de la Presidenta del Colegio, -finales de Enero de 2.016-, y la ocasión con la que se le solicitó, -festividad de Santa Apolonia del 9 de febrero-, siendo finalmente publicada más tarde, el 27 de Marzo, y ya contextualizada con los escándalos de *Vitaldent* y *Funnydent* posteriores a realizarse aquella. Se deduce que las expresiones atribuidas a la entrevistada Sra. MCMF veraces en su expresión y literalmente citadas, siempre en respuesta a preguntas de la firmante del suelto periodístico y no anticipadas a la entrevistada, se remítan a declaraciones públicas de otros Colegios o el Consejo de Odontólogos de España.

La Sala -sin perjuicio de la valoración que después se hará-, no comparte sin embargo que se esté ante una conducta plenamente ajena a las obligaciones que el Colegio de Álava había asumido de manera convencional y por cuya inobservancia se apreciaba la infracción ya referida. Formalmente la infracción se producía, sin que la sola circunstancia de que la Presidenta del mencionado Colegio, más que por boca propia, se manifestase en algunos momentos por remisión general e implícita a otros posicionamientos colegiales ajenos a su ámbito, difumina la realidad de las mismas, que se asumían, hacían propias y transmitían por ese medio ("*los colegios de dentistas de toda España insisten...*"), sin faltar tampoco los posicionamientos más personalizados y propios de carácter invocativo de reformas normativas frente al diagnóstico devaluador de ciertos modelos de prestación de servicios dentales, ("*no deben permitir abrir clínicas...y...regular la publicidad engañosa*"), o la directa valoración negativa de las mismas ("*yo he visto auténticas locuras*").

El contenido especial de esas citas entrecomilladas es encuadrable, mal que bien, en la noción de esa valoración pública realizada, aunque fuera implícitamente, en cierto demérito y desprestigio de esa modalidad empresarial de prestación, y la infracción se consumaría por vulneración del compromiso asumido.

De otra parte, solo cabe añadir que si las mismas partes litigantes han venido asumiendo el carácter veraz de las declaraciones (aunque rechazando su originalidad), y vindicando una prueba testifical corroboratoria de los extremos circunstanciales que no podrían obviarse, no ofrece mayor alcance insistir en que, por faltar la grabación de la entrevista en poder del medio que la publicó, -f. 269-, se esté ante una incompleta prueba de cargo que afecte al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Antes bien, los elementos fácticos esenciales han de tenerse por acreditados desde la conjugación de la versión lineal de lo publicado que la Resolución recurrida acoge, con las matizaciones que las partes recurrentes introducen en aspectos circunstanciales sobre la génesis de dicha publicación.

Sin embargo, las partes procesales activas examinan en torno a la culpabilidad diferentes perspectivas que no solo inciden sobre la ausencia de dolo o intención específica de vulnerar el compromiso asumido ante la autoridad de la competencia, reiterando una conducta que había quedado retractada a través de tal compromiso, sino que también vinculan la declaración pública de la Presidenta del COEA, al ejercicio de las propias competencias y atribuciones colegiales, a que no debe renunciar.

Anticipamos que la Sala no llega a interpretar que el alegato actor formule como tal la trasgresión del derecho fundamental a la libertad de expresión del artículo 20 CE, por lo que no se va a examinar como tal punto litigioso, pero si corresponde valorar en cambio el alcance de la conculcación del compromiso desde esa doble perspectiva enunciada. Y así;

-Desde la visión más objetiva y externa, el artículo de prensa publicado, -ya citado folio 250 de estos autos-, aun a pesar de que fuese descontextualizado deliberadamente por obra y decisión del medio que lo publicó, y orientado hacia acontecimientos "escandalosos" posteriores a la realización de la entrevista a la Sr. Mozas, sigue sin revelar en conjunto la finalidad general de un ataque a esas otras formas de comercializar los servicios dentales. Tanto por su título ("*aún hay miedo a ir al dentista...*"), como por sus subtítulos y párrafos destacados, ("*exceso de titulados*", y "*cada vez llegan a la consulta niños más pequeños...*"), su sentido general está en la más absoluta correspondencia con las funciones que el Colegio Profesional debe cumplir desde la perspectiva legal y estatutaria que antes hemos transcrito, en coincidencia con la celebración de la festividad del colectivo profesional que lo integra.

A lo largo de su texto, directa o indirectamente asociado a expresiones e ideas de la entrevistada o de la propia firmante, cumple un cometido divulgativo hacia los usuarios y recomienda prácticas de salud dental determinadas, a la par que hace referencia a problemas o estados de cosas generales sobre el sector profesional, (excesivo número comparativo de colegiados, etc...). Dentro de toda su extensión, los entrecomillados que propugnan una regulación contraria a la que pueda afectar a esas otras formas de prestar servicios mediante sociedades mercantiles y a la crítica de éstas, ofrecen una dimensión relativamente marginal que, todo indica, que se extrapola a la hora de componer el texto ante esos nuevos acontecimientos, y que en ningún caso monopoliza el significado general del artículo, ni le da forma.

Se parte por tanto de un notorio error si se considera que la Presidenta del Colegio no está llamada a hacer declaraciones ni expresar ideas críticas en ningún sentido de protección y defensa de los usuarios de los servicios cuyos profesionales representa el referido Colegio, ni a ejercer esa "vigilancia" a que alude el artículo 8º de los Estatutos sobre la actividad de los colegiados, sin que se tenga que insistir en que ello responde a fines consustanciales al carácter público de la Corporación de que se trata, por no ser una simple asociación o sindicato voluntario de empresarios o profesionales, y contar incluso con relieve constitucional. -Artículo 36 CE-.

En este sentido establece el artículo 1.3 de la Ley de Colegios Profesionales, en redacción de la Ley 25/2009, que, "*Son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional*". Por su lado, el artículo 5º señala que; "*Corresponde a los Colegios Profesionales el ejercicio de las siguientes funciones, en su ámbito territorial: a) Cuantas funciones redunden en beneficio de la*

protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados"

Si a ello se une que en la ocasión de la entrevista, y más aún en la de su publicación, subyacían ciertas tensiones entre las organizaciones colegiales y las llamadas nuevas formas de prestación de los servicios mediante franquicias o "*multiclínicas*" que habían dado origen a diversas tomas de posición pública por parte de numerosas organizaciones colegiales y su propio Consejo, hubiese resultado muy difícil que, ya en la entrevista, una parte del cuestionario no se orientase a la mención de esos pronunciamientos, y de que la propia entrevistada se sustrajera a ofrecer ciertas impresiones al respecto.

En consecuencia, y aunque no pueda hacerse un deslinde más preciso entre lo que son los aspectos de antijuridicidad de la conducta, -que no es general, sino relacionada con una concreta condena temporal a "*silencio*", voluntariamente asumida por el Colegio-, y lo que es en ese contexto puede ser la apreciación de la culpabilidad, -en todo caso, achacable a la falta de mayor diligencia de cara a la inhibición de las respuestas a ciertas preguntas-, la consecuencia que deducimos es que se está ante una manifestación muy leve, esporádica y de escasa trascendencia, respecto de la vulneración de la disposición legal en que la infracción se consagra, e insistimos en que basta para ello con examinar a golpe de vista el artículo, sin llegar a una lectura más selectiva e interpretativa de ciertos párrafos, para concluir que en ningún caso constituye la reproducción de la conducta que había dado lugar a la iniciación del primer expediente, ni revela la existencia de una deliberada campaña, decisión colegial orquestada al afecto, o empleo de medios publicitarios para denostar aquellas formas de prestación del servicio, con llamadas de atención tales que se abran paso en la percepción de los usuarios de manera rotunda e inequívoca.

QUINTO.- No obstante, corroborada la muy básica existencia de la infracción, corresponde resolver sobre su autoría, aspecto en el que las partes recurrentes plantean distintas disyuntivas que esta Sala va a acoger en el siguiente sentido:

Se coincide primeramente en considerar que no cabe diferenciar dos centros o unidades de imputación que permitan deslindar una duplicidad de conductas sancionables. La Presidenta actuó como portavoz y representante de una corporación pública, y no en nombre propio, de manera que su actuación como principal cargo colegial unipersonal se incardinaba en las funciones representativas y protocolarias del artículo 31 de los Estatutos, -artículo 7º de la Ley 2/1974-, y es en esa condición en la que se relacionó indubitadamente con el medio de prensa que publicó más tarde sus manifestaciones. Éstas, desde el punto de vista del vínculo establecido por la Resolución de la CVC de 15 de setiembre de 2.015, fueron directamente atribuibles a la corporación pública misma obligada por el compromiso adquirido ante la autoridad de la competencia y no cuenta con el debido fundamento, a nuestro entender, disociar forzosamente dos subjetivos y casuísticos ámbitos de responsabilidad, respectivamente centrados en atribuir de manera lineal las declaraciones a una persona física de carácter representativo o directivo a efectos del artículo 63.2 LDC, para posteriormente analizar las relaciones internas y

fijarse en el respaldo implícito del Colegio mismo, en su falta de distanciamiento y hasta en criterios tan inasumibles como que éste haya invocado con posterioridad derechos fundamentales en defensa de la actuación, y atribuirle a la corporación pública una segunda infracción.

La responsabilidad, en función de la peculiar infracción que se imputa, es unitaria y solo puede tomar como sujeto a la persona jurídica pública que asumió la obligación que se tiene por incumplida o vulnerada. La circunstancia de que el referido artículo 63.2 abra el margen para sancionar de manera acumulativa a los representantes o directivos de las empresas o asociaciones implicadas en las conductas anticompetitivas que hubieron tenido especial intervención en los acuerdos o decisiones, corresponde a nuestro juicio a un ocasional gradualismo en la marco de la punición de personas jurídicas, cuando se incida sobre relaciones jurídicas y económicas en que concurra una especial impronta, intensidad, o caracterización personal en la adopción de las conductas prohibitivas. En cambio, los Colegios Profesionales, siempre y en toda ocasión, son externamente representados por su presidentes o decanos y esa circunstancia no les convierte en responsables concurrentes a título personal de cada actuación de los mismos, como consecuencia de esos cometidos jurídicos, sociales, protocolarios, o de relación pública que se les atribuyen.

De ahí que, de modo complementario, no resulte preciso determinar la responsabilidad añadida de la Corporación deduciéndola de la de su portavoz y representante, como si la primaria fuese ésta y la adhesión o rechazo que la organización pública expresase u omitiese fuese lo que habría de determinar su autoría o la exoneración de la misma.

Por hacer una recapitulación general, y si ya hemos visto lo que en el derecho interno consagra la Ley de Colegios Profesionales con sus últimas redacciones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencias como la de 12 de julio de 2012 (caso Compass-Datenbank) ha señalado que;

"De la jurisprudencia se desprende que, a los efectos de aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, una empresa es cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, apartado 21, y de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre, C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637, apartado 17). Procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, *constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado* (sentencias de 24 de octubre de 2002 [TJCE 2002, 299], Aéroports de Paris/Comisión, C-82/01 P, Rec. p. I-9297, apartado 79; de 1 de julio de 2008 [TJCE 2008, 148], MOTOE, C-49/07, Rec. p. I-4863, apartado 22, y de 3 de marzo de 2011, AG2R Prévoyance, C-437/09, Rec. p. I-0000, apartado 42). Así pues, el propio Estado o un organismo estatal pueden actuar como empresa (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de marzo de 1985, Italia/Comisión, 41/83, Rec. p. 873, apartados 16 a 20).

No tienen en cambio carácter económico, que justifique la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado TFUE, las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas de poder público (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de julio de 1985,

Comisión/Alemania, 107/84, Rec. p. 2655, apartados 14 y 15; de 19 de enero de 1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, Rec. p. I-43, apartado 30, y MOTOE, antes citada, apartado 24)".

Por tanto, solo entendemos justificada la imposición de la sanción al Colegio profesional mismo, en tanto que entidad pública cuyas decisiones pueden influir en la oferta de servicios en el mercado por parte de los profesionales que agrupa con carácter obligatorio, y verdaderos operadores económicos, pero el cargo público representativo colegial no puede ser tomado en su consideración de un singular ofertante individual de servicios profesionales a efectos de ser sancionado y constituir el soporte o modelo de referencia de la infracción, con inferencias tales como la de proyectar su volumen de negocios sobre la Corporación Pública en su conjunto, como si de un aislado ejerciente de la actividad económica (o empresa) se tratase.

En ese sentido la STS, C-A Sección 3ª de 18 de julio de 2016 ROJ: STS 3525/2016) en Recurso de Casación nº 2946/2.013, hace importantes clarificaciones sobre esta materia, en interpretación de los párrafos 1 y 2 del artículo 4º de la LDC, y en particular indica que;

"Es cierto que más adelante, el artículo 63.1 de la Ley 15/2007, al enumerar las sanciones según se trate de infracciones leves, graves o muy graves, se refiere a las sanciones que en cada caso pueden imponerse *".....a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley"*. Sin embargo, esta alusión a los agentes económicos y empresas guarda relación directa con el hecho de que las sanciones que el mismo artículo 63.1 delimita se cuantifican como un *porcentaje del volumen de negocios* total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, **criterio que, ciertamente, no resulta adecuado cuando la conducta se reprocha a una administración o entidad jurídico pública; lo que no excluye, sin embargo, que ésta pueda haber incurrido en una conducta prohibida de las definidas en el artículo 1 de la propia Ley**".

Por ello, si el volumen de negocios no es el parámetro a aplicar a un Colegio profesional a los fines de cuantificar la multa que pueda imponérsele, menos aún lo será el resultante de tomar el de su Presidenta electiva y multiplicarlo por el número de miembros de la Corporación, pues cabe preguntarse qué ocurriría, si no, en caso de sancionarse a Administraciones públicas territoriales, como en sede de interpretación del artículo 4.2 LDC, la jurisprudencia del TS habilita.

Introducidos ya con ello en el debate subsidiario entre las partes acerca del parámetro idóneo para el cálculo de la sanción pecuniaria, ya se ha adelantado que los recurrentes propugnan que, siguiendo los numerosos precedentes que identifican en torno a la actividad de diferentes autoridades, tribunales o consejos de defensa de la competencia, -incluida la CNMC-, el idóneo sería, en su caso, el del presupuesto o volumen anual de ingresos de la corporación colegial. En contra se posiciona la representación letrada de la CAPV manteniendo la escasa claridad doctrinal imperante sobre esta materia y la razonabilidad de los criterios aplicados por la CVC con base en 50 millones de Euros. Igualmente la representación de la firma *"Dentix"* argumentaba en los párrafos 56 a 61, -f. 186 a 188 de los presentes autos-, que la solicitud hecha al COEA respecto de su volumen de negocios fue respondida señalando que carecía del mismo e

indicando como alternativa su presupuesto para 2.015, lo que aplicado un porcentaje del 10%, o el más habitual del 5% llevaría al resultado irrisorio de una multa de 7.235 €, (que sería de **723,5 €** de tenerse en cuenta el tipo del 0,5% finalmente aplicado), sin el menor carácter disuasorio, inclinándose por ello por la estimación realizada por el CVC con toma de datos del INE sobre el gasto dental total de la población en Álava.

Ahora bien, para determinar la sanción, -descartándose las simples analogías con las asociaciones porque un Colegio Oficial no lo es aunque incluya un sustrato asociativo-, la regla subsidiaria del artículo 63.3 LDC al decir que, "*en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes*", no puede trasladarse a un supuesto como el presente y ello, no solo por lo que ya hemos inducido de la citada Sentencia del TS de 18 de Julio de 2.016, sino porque está referida a aquellos casos en que por tratarse de, "*agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones*", tal volumen de negocios existe como tal y todo lo que ocurre es que por razones contingentes varias relativas a su magnitud, no ha podido ser cuantificado, pero no se refiere a aquellos supuestos, como el presente, en que el volumen de negocios no existe en tanto en cuanto la Corporación pública no es directo agente ni operador en el mercado ni tampoco un mero agregado asociativo de todos los que ejercen la profesión, aunque esté vinculada a la LDC en las decisiones y actuaciones que afecten a sus colegiados como tales profesionales que prestan servicios económicos.

Ante esta situación, si se trata de identificar un criterio de proporcionalidad, el indicador deberá consistir en aquel que mida la verdadera capacidad económica anual de esa entidad corporativa pública, y no otros, analógicos y abstractos, que en la práctica conlleven, por su relativa desmesura, más un efecto confiscatorio y desactivador de la vida colegial -que solo la ley regula y puede suprimir-, que el aquilatado efecto disuasorio y de prevención especial que legítimamente se puede pretender.

En suma, ha de estarse en este punto al fundamento de la pretensión subsidiaria actora enunciado como letra c) de su parte petitoria, -folio 142 de los autos-, y acoger que la sanción se aplique sobre porcentaje afectante al volumen de ingresos anuales que se cifra, -Hecho Primero-, en **148.088,80 €**, si bien, en nada puede vincularse el Tribunal al porcentaje del 0,25 % sobre el mismo que se calculaba fuera de esas coordenadas y sobre 50 millones de euros, sino que debe estarlo al límite del 10 por 100 del artículo 63.1.c) de la LDC, y acogerlo en proporción media en torno a 6 puntos porcentuales, con resultado muy acorde a la praxis administrativa acreditada en la materia, cifrando la sanción en **9.000 €**, que se tiene por proporcionada a dichos ingresos y a la eficaz represión de la conducta sancionada.

SEXTO.- La estimación parcial y subsidiaria del recurso no implica preceptiva imposición de costas a ninguna de las partes. -Artículo 139.1 LJCA-.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, la Sala, (Sección Primera), dicta el siguiente;

F A L L O

ESTIMAR DE MODO SUBSIDIARIO EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR EL PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES DON GERMÁN APALATEGUI CARASA, EN REPRESENTACIÓN DE DOÑA MCMP PÉREZ Y DEL COLEGIO OFICIAL DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE ÁLAVA, CONTRA RESOLUCIÓN SANCIONADORA DE LA COMISIÓN VASCA DE LA COMPETENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2.016 (EXPEDIENTE 114-(VIG)-2016), Y CON PARCIAL ANULACIÓN DE LA MISMA, DEJAR SIN EFECTO LA MULTA DE 10.000 EUROS IMPUESTA A LA RECURRENTE INDIVIDUAL, Y CIFRAR EN 9.000 EUROS LA IMPUESTA AL COLEGIO PROFESIONAL RECURRENTE, SIN HACER IMPOSICIÓN DE COSTAS.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual, en su caso, se **preparará** ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, asumidos por el Acuerdo de 3 de junio de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0033 17, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 28 de marzo de 2018.