



Roj: **SAN 1390/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:1390**

Id Cendoj: **28079230062016100129**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **08/04/2016**

Nº de Recurso: **203/2013**

Nº de Resolución: **140/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000203 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02154/2013

Demandante: ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE SOCIEDADES DE VALORACIÓN (ATASA)

Procurador: D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a ocho de abril de dos mil dieciséis.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 203/13 promovido por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén actuando en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE SOCIEDADES DE VALORACIÓN (ATASA)** contra la resolución de 20 de marzo de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 200.000 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave; habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se *"dicte sentencia por la que se estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta representación, anulando la Resolución recurrida o la multa o, subsidiariamente, reduciendo la multa; e imponiendo en todo caso el pago de las costas a la Administración en virtud de lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA "*.

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 17 de febrero de 2016, prolongándose la deliberación a la del día 24 de febrero siguiente.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 20 de marzo de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente S/0359/11 ATASA, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO. Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que es responsable la Asociación Profesional de Sociedades de Valoración (ATASA), consistente en la elaboración de un listado de tarifas mínimas en el periodo 2005-2009 y de un baremo de honorarios orientativos mínimos en el periodo 2010-2011 para prestar servicios de tasación solicitados por Administraciones Tributarias, Juzgados y Registros Mercantiles.

SEGUNDO.- Imponer a la Asociación Profesional de Sociedades de Valoración (ATASA) una multa sancionadora por importe de doscientos mil euros (200.000 €).

TERCERO. - Declarar, al amparo del artículo 53.1.c) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, que en este expediente no ha resultado acreditada la existencia de una infracción del artículo 1 de la citada Ley, por parte de la Asociación Profesional de Sociedades de Tasación (ATASA) por las conductas consistentes en la remisión mensual a sus asociados de sugerencias de tipos y tasas y la elaboración de la base de datos BESDATASA y del Estandar ATASA de medición de superficies de inmuebles.

CUARTO.- *Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución".*

A la vista de los documentos que integran el expediente administrativo y de los unidos a estos autos, los antecedentes relevantes para la resolución del litigio pueden resumirse del siguiente modo:

1. Con fecha 16 de junio de 2011 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia escrito de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía por el que se adjuntaba copia del documento *"Baremo de honorarios orientativos para las valoraciones a instancias de registros mercantiles, agencias tributarias, juzgados"* elaborado el 11 de enero de 2010 por ATASA. En dicho documento se recogían honorarios orientativos mínimos para la valoración de bienes inmuebles, empresas, fusiones, adquisiciones, acciones, maquinaria, mobiliario e inmuebles especiales.

2. El 22 de septiembre siguiente la Dirección de Investigación acordó la incoación de expediente sancionador contra ATASA por considerar que existían indicios racionales de la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en una conducta colusoria de fijación de precios y/o de otras condiciones comerciales o de servicio en la prestación de servicios profesionales de tasación.

3. Los días 7 y 8 de noviembre de 2011 la Dirección de Investigación llevó a cabo una inspección en la sede de ATASA en Madrid de la que se levantó la correspondiente acta, que obra a los folios 22 a 42 del expediente administrativo.

4. Tras las restantes actuaciones que refleja el propio expediente, el 7 de mayo de 2012 la Dirección de Investigación formuló Pliego de Concreción de Hechos, frente al cual la Asociación expedientada presentó las alegaciones que constan a los folios 1526 a 1563.

5.- Finalmente, el 20 de marzo de 2013 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó la resolución cuya impugnación constituye el objeto del presente proceso.

En ella se reflejan los hechos considerados probados a partir de la documentación recabada y de la apreciación que de los mismos realizó la Dirección de Investigación; y así, y respecto de las "Tarifas mínimas para valoraciones a instancias de Registros Mercantiles, Agencias Tributarias y Juzgados", indica que "... todos los años ATASA se dirige a sus asociados y les pregunta si quieren aparecer en las listas que remite a Agencias Tributarias, Juzgados y Registros Mercantiles a efectos de su actuación como peritos en valoraciones a realizar ante dichas instituciones. Recibidas las respuestas, ATASA les remite la lista de los asociados dispuestos a actuar como peritos (...) folios 181-193; 209-212; 214-224; 398-412; 414-422; 426; 447-448; 485; 586-587; 719; 748; 761). Junto a las listas de asociados, ATASA remite, asimismo, al menos desde 2005, y hasta 2009 relación de tarifas para las valoraciones a instancias de Registros Mercantiles, Agencias Tributarias y Juzgados que por los servicios prestados se comprometen a aplicar los asociados de ATASA que hayan manifestado su conformidad, indicando que dichas tarifas/honorarios lógicamente deberán ser particularizados según la índole de cada trabajo a realizar (...) folios 180; 398-399; 401; 413; 415; 417; 419-420; 423; 426; 718; 761). Con fecha 15-01-09, el secretario de ATASA remitió correo a varios asociados en el que se indica que "tal y como se acordó en la reunión de la Junta del 11 de diciembre, hemos preparado un borrador de tarifas de referencia para organismos oficiales, con una importante subida (...)" (folio 702)".

Hace mención la resolución sancionadora a que "En la Comisión Técnica y Estadística de 25-01-10 se indicó que lo que tradicionalmente se adjuntaba como "tarifas..." se ha titulado "baremo de honorarios orientativos..." (2010) (folios 426; 730-731). Se indicó, asimismo, que "la normativa sobre protección de competencia pone más difícil la utilización de tales baremos, por lo que se está trabajando en un proyecto que únicamente indique las directrices adecuadas para la determinación de los honorarios, de forma que estos no dependan del valor del objeto de tasación sino de aspectos tales como la responsabilidad en la que se incurre al valorarlo, el tiempo y el coste necesarios o su ubicación, tipología y superficie, en línea con las recomendaciones de la CNMV, para que cada asociado pueda crear sus propias tablas de honorarios adaptando los valores de los parámetros correspondientes". De hecho, parece que ATASA habría elaborado "una novedosa propuesta de estructura de honorarios, en la cual no se recoge como una de las variables que incidan en los mismos el valor de tasación" (folios 732-733). A la vista de los honorarios propuestos para 2010, dicha propuesta no quedó recogida".

Señala también que "Con fecha 26-01-11, el Presidente de ATASA, en respuesta a un correo del Director gerente de la asociación remitiendo baremo de honorarios orientativos para 2011, propuso, para la valoración de empresas, unas tarifas mínimas determinadas y superiores a las establecidas para 2010 (folios 757-758). Con fecha 27-01-11, el Director gerente de ATASA remitió al Presidente y otras dos sociedades tasadoras un segundo borrador de honorarios para dicho ejercicio (folio 759), que se convierte en definitivo (folio 463). Por ello, para 2011 se dispone de dos relaciones de baremos (folios 447; 760). La primera, idéntica a la de 2010 y la segunda, que acoge la propuesta del Presidente de ATASA aunque con subidas de cuantía inferior. De 2005 a 2009, se comunican tarifas. En 2010 y 2011, se comunica baremo de honorarios orientativos. - De 2005 a 2008, se establecen, para la valoración de bienes inmuebles, tarifas fijas en términos de tanto por mil con unos valores mínimos. A partir de 2009, se establecen, además, valores máximos. En 2009 se produce un incremento de los valores mínimos (entre el 9% y el 50%) en valoración de inmuebles y empresas así como un incremento de la cuantía fija en valoración de empresas (20%). - De 2005 a 2010, se establecen, para la valoración de empresas, fusiones, adquisiciones, acciones, maquinaria, mobiliario e inmuebles especiales, unas cuantías fijas por hora de trabajo con unos valores mínimos. En 2011, el epígrafe de valoración de empresas se desdobra en dos. Por una parte, maquinaria, instalaciones y mobiliario que asume los honorarios para 2010 de dicho epígrafe. Por otra, inmuebles especiales, empresas, combinaciones de negocios (fusiones, adquisiciones) e instrumentos financieros que incrementa tanto la cuantía fija (16,6%) como los valores mínimos (entre el 5,7% y el 100%)".

Además de tales conductas, la Dirección de Investigación había reflejado otros hechos relativos a "Sugerencias de utilización de tipos de actualización" e "Intercambio de información: base de datos BESDATASA" que, no obstante, consideró que no eran determinantes de responsabilidad, criterio que confirmó la misma resolución sancionadora en el apartado sexto de su fundamentación jurídica, ciondo por tanto la responsabilidad de ATASA a los hechos antes descritos, relacionados todos con la determinación de las tarifas mínimas para valoraciones a instancias de Registros Mercantiles, Agencias Tributarias y Juzgados.

SEGUNDO. - Argumenta en primer lugar la Asociación actora que la resolución es nula de pleno Derecho por incurrir en el supuesto del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al considerar que la misma se adoptó "prescindiendo total y absolutamente de las normas que condenen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados". En concreto, sostiene que se dictó por un Consejo que no había sido válidamente constituido pues cuatro de los seis Consejeros que suscribieron la resolución habían cesado cuando se adoptó ésta.

Partiendo de lo establecido en el artículo 29.3 de la Ley de Defensa de la Competencia , en su redacción aplicable al tiempo a que se contraen los hechos, y según el cual *"el mandato del Presidente y los Consejeros será de seis años sin posibilidad de revocación"* , advierte que, a fecha 20 de marzo de 2013, en que se dictó la resolución, y 13 de marzo anterior, en que se falló el expediente, los mandatos de D^a Celsa , D. Eduardo , D^a Elvira y D^a Felicidad habían expirado por haberse excedido aquel plazo.

En su opinión, el cese se produce de manera automática transcurrido el período de vigencia del mandato conforme a lo establecido en el artículo 16 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo , al que se remite el artículo 30 de la Ley de Defensa de la Competencia , porque, a diferencia de otros órganos -y cita el Tribunal Constitucional-, no se prevé la permanencia en funciones.

De todo ello concluye que la decisión impugnada se aprobó con un quórum insuficiente, lo que arrastraría su nulidad de acuerdo con el invocado artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 .

El motivo, sin embargo, no puede ser acogido, pues, en contra de lo que argumenta la entidad actora, el cese de los Consejeros no es en ningún caso automático.

En efecto, establecía el artículo 16 de la Ley 2/2011, de 4 de abril , bajo la rúbrica *"Causas de cese en el ejercicio del cargo"*, en su redacción aquí aplicable, que *"El Presidente y los Consejeros cesarán en su cargo: ... b) Por expiración del término de su mandato"*.

Es indudable entonces que una de las causas de cese es la expiración del mandato de los Consejeros; pero lo que no dice el precepto es que dicho cese se produzca automáticamente por el transcurso del plazo de seis años por el que se extiende el mandato conforme a lo establecido en el artículo 29.3 de la Ley 15/2007 .

Antes al contrario, esta interpretación, que no se desprende, como decimos, del texto de la norma, es difícil de conciliar con la exigencia de que el nombramiento de los Consejeros se haga mediante Real Decreto - artículo 29.2 de la misma Ley 15/2007 - lo que determina que el cese se lleve a cabo en la misma forma, como así sucedió en el caso de cada uno de los Consejeros a que alude la mercantil recurrente, cuyos ceses se produjeron mediante sendos Reales Decretos de 14 de octubre de 2013, publicados en el BOE de 15 de octubre siguiente.

Además de que no existe disposición alguna que imponga la automaticidad del cese, ésta es abiertamente contraria a una interpretación conforme con la propia naturaleza del cargo y de la institución, cuya continuidad en las funciones de control y vigilancia, de evidente importancia para el normal funcionamiento del mercado, debe estar garantizada aun con carácter transitorio una vez expirado el mandato de los Consejeros y en tanto no se hay proveído a su sustitución.

TERCERO . - Sostiene, además, la entidad actora que la denegación de determinadas pruebas cuya práctica fue interesada en vía administrativa le habría generado indefensión.

En concreto, se refiere a las dirigidas a acreditar lo que califica como ínfima representatividad de los asociados de ATASA en las prácticas objeto del expediente sancionador, y ello a los efectos de aplicar la regla de *mínimis* prevista en el artículo 5 de la Ley 15/2007 . Tales pruebas se relacionaban con el conocimiento del volumen de negocios en España que supondría la realización de tasaciones a instancia de Registros Mercantiles, Agencia Tributaria y Juzgados entre los años 2005 y 2011, con referencia a número de tasaciones, cuantía total de honorarios percibidos y discriminación de resultado entre peritos miembros y no miembros de ATASA.

Para analizar esta alegación debe partirse de que la negativa de la CNC a la práctica de las pruebas se justificó de manera expresa, y así lo refleja la misma resolución sancionadora en sus páginas 35 y 36: *"el Consejo no considera pertinente la práctica del resto de pruebas solicitadas por considerar que constan en el expediente elementos de prueba suficientes para concluir que las tasaciones de los miembros de ATASA realizadas a instancias de Registros Mercantiles, Administraciones Tributarias y Juzgados, actividad en la que se produce la conducta, representan un importe reducido en su volumen total de negocios. Este reducido importe permite inferir también que la actividad de peritaje de las sociedades miembros de ATASA representa un pequeño porcentaje del total de peritaciones realizadas a instancia de dichas instituciones. No obstante, en contra de lo que defiende ATASA, estos datos no desvirtuarían el hecho de que las tarifas y baremos orientativos fijados para los servicios a prestar a Registros Mercantiles, Administraciones Tributarias y Juzgados habrían sido objetivamente un referente a efectos de las tarifas a aplicar en las tasaciones a realizar ante cualquier otra instancia"*.

La denegación se motiva, precisamente, en atención a lo innecesario de las pruebas al reconocerse que *"... la actividad de peritaje de las sociedades miembros de ATASA representa un pequeño porcentaje del total de peritaciones realizadas a instancia de dichas instituciones"*.



Por otra parte, no puede desconocerse la reiterada doctrina jurisprudencial sobre el alcance que cabe atribuir a la denegación de las pruebas solicitadas en el expediente administrativo y a la eventual incidencia que ello puede tener en orden a la indefensión del afectado.

La aplicación de esta doctrina al supuesto enjuiciado permite constatar que no se ha producido la pretendida indefensión pues: a) Los hechos que se intentan probar no son cuestionados, en rigor, por la propia resolución sancionadora, que reconoce el reducido importe del volumen total de negocios; y, b) La consecuencia jurídica que pretende extraerse de tales hechos, a cuya acreditación tiende la prueba denegada, no puede producirse aun en el caso de que se hubiera practicado la prueba propuesta y con independencia de su resultado, pues la norma cuya aplicación se interesa, el artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia , y la regla de *mínimis* que en el mismo se contempla, no juega en los casos en que la infracción sea la prevista en el artículo 1 de la misma Ley 15/2007 , lo que sucede ahora como se sigue de lo resuelto en el acuerdo de sancionador de 20 de marzo de 2013, y ello conforme a lo establecido en el artículo 2.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero , por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, que excluye la aplicación de dicha regla cuando se trate de una conducta dirigida a la fijación de precios.

Y es que, recordemos, la parte dispositiva de la resolución sancionadora declara que *"... en este expediente ha resultado acreditada una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , de la que es responsable la Asociación Profesional de Sociedades de Valoración (ATASA) consistente en la elaboración de un listado de tarifas mínimas en el período 2005-2009 y de un baremo de honorarios orientativos mínimos en el período 2010-2011 para prestar servicios de tasación solicitados por Administraciones Tributarias, Juzgados y Registros Mercantiles"*.

En todo caso, la denegación de la prueba propuesta en vía administrativa no permite suponer, por sí sola, la causación de indefensión.

Señala la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012 que *"En el expediente se motivó la denegación de la apertura del periodo probatorio y la inadmisión de dicha prueba y el hecho de que esa denegación se llevara a cabo por la instructora en la propuesta de resolución y no mediante resolución independiente, ninguna indefensión material puede generar a la parte recurrente, pues lo relevante es que se esgrimieron las razones que motivaron dicha denegación, que pudieron ser así conocidas por la recurrente e impugnarlas mediante el correspondiente recurso. En cualquier caso es preciso recordar que, con carácter general, los defectos de forma solo determinan la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o provoque la indefensión de los interesados, ex artículo 63.2 de la Ley 30/1992 . Para que la indefensión tenga la eficacia invalidante es preciso que no se trate de meras irregularidades procedimentales, sino de defectos que causen una situación de indefensión de carácter material, no meramente formal, esto es, que la misma haya originado al recurrente un menoscabo real de su derecho de defensa causándole un perjuicio real y efectivo (entre otras, SSTC 155/1988, de 22 julio ; 212/1994, de 13 de julio ; 137/1996, de 16 de septiembre ; 89/1997, de 5 de mayo ; y 78/1999, de 26 de abril). En el mismo sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencias de 21 de mayo 2003 (Rec. 5605/98) , 24 de mayo 2006 (Rec. 4692/2000) , etc., señala que las infracciones de índole formal o vicios de forma solo producen anulación del acto cuando causan indefensión real y efectiva al interesado, ya que la indefensión es un concepto material que no surge de la sola omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses, perjuicio real y efectivo que en el caso de autos, como hemos visto no se ha causado"*.

Recientemente, la sentencia de 30 de octubre de 2015 se pronuncia en análogos términos: *"La relevancia jurídica de las infracciones de procedimiento ha de ser analizada a la vista de lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992 y, en definitiva, del artículo 24 de la Constitución , de aplicación a los procedimientos administrativos sancionadores según doctrina del Tribunal Constitucional. La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 212/1990 (Sala 1ª) de 20 de diciembre de 1990 (Pte: Leguina Villa, Jesús) señaló al respecto lo que sigue: "Lo que del art. 24.2 CE nace para el administrado, sujeto a un expediente sancionador , no es el derecho a que se practiquen todas aquellas pruebas que tenga a bien proponer, sino tan sólo las que sean pertinentes o necesarias (STC 192/1987) , ya que - como también ha declarado este Tribunal- sólo tiene relevancia constitucional por provocar indefensión la denegación de pruebas que, siendo solicitadas en el momento y la forma oportunas, no resultase razonable y privase al solicitante de hechos decisivos para su pretensión (STC 149/1987) . Todo lo cual significa que no se produce una indefensión de relevancia constitucional cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya constitucionalidad no se pone en duda, ni tampoco cuando las irregularidades procesales que se hayan podido producir en la inadmisión de alguna prueba no han llegado a causar un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa"*.



Por último, aborda la de 30 septiembre 2013 la posible subsanación en vía jurisdiccional de la prueba denegada en el expediente administrativo dado que "... La Sala de instancia no se separa de esta interpretación cuando afirma que la denegación de la prueba pericial solicitada sobre el acta de control de campo por la Administración, efectuada con carácter tácito, no ha generado indefensión a la recurrente, ya que la misma ha podido interesar en el recurso jurisdiccional la prueba que ha estimado oportuna en defensa de sus intereses".

Y es lo cierto que la Asociación actora no ha reproducido en sede jurisdiccional la petición de prueba cuya denegación en vía administrativa denuncia.

CUARTO .- Opone también la recurrente que *"La conducta sancionada no tenía ningún objeto anticompetitivo ni ha tenido efectos sobre la competencia, por lo que no es contraria al artículo 1 LDC "*.

Para sostener esta afirmación aduce que la finalidad que perseguía ATASA al remitir tarifas mínimas de precios a aplicar en las tasaciones encargadas por Juzgados, Registros Mercantiles y Agencia Tributaria, era la de proteger a los ciudadanos a fin de que pudieran prever anticipadamente, y de forma aproximada, el coste de la prueba pericial, y con ello salvaguardar los intereses de los usuarios de la administración de justicia, los administrados tributarios y los obligados a realizar inscripciones en los Registros Mercantiles.

Sin embargo, frente a este argumento debe oponerse, en primer lugar, cual sea la conducta en realidad imputada a la recurrente, esto es, la elaboración y remisión a sus asociados de tarifas mínimas y baremos orientativos mínimos, sin que se haga juicio alguno sobre sus intenciones.

Esta determinación y posterior difusión de los precios tiene, sin duda, la consecuencia de producir una homogeneización de los mismos en las tasaciones o valoraciones, es decir, conseguir un "comportamiento uniforme por parte de sus asociados", en palabras de la CNC, lo que resulta desde luego incompatible con el mantenimiento y desarrollo de una competencia efectiva en el mercado de prestación de servicios de tasación. Todo lo cual incide claramente en el ámbito de prohibición que resulta del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio . Téngase en cuenta que no estamos ante un juicio de intenciones, y la que pudiera tener ATASA al llevar a cabo las conductas sancionadas -incluida la de proteger el interés de los consumidores- carece de relevancia para determinar si existe o no una conducta sancionable en atención a su objeto y a sus potenciales consecuencias.

Frente a la afirmación de que la conducta no habría llegado a producir efectos anticompetitivos, es preciso destacar que esta consecuencia, la causación de efectos negativos para la competencia, no forma parte de la infracción, para cuya comisión basta que la conducta sea susceptible de producirlos. Y tal es, sin duda, lo que sucede en el caso enjuiciado en la medida en que, insistimos, el fijar unas tarifas mínimas tiende a propiciar un comportamiento uniforme de los profesionales abiertamente contrario al principio de libre competencia.

Para rechazar también esta alegación baste remitirnos a la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 T-Mobile, T-Mobile, que reitera doctrina anterior, y alude en los apartados 27 a 30 al tratamiento jurisprudencial de la distinción entre infracciones por objeto y por efecto, subrayando que la infracción lo será por su objeto cuando la conducta, por su propia naturaleza, sea perjudicial para el buen funcionamiento de la libre competencia, siendo el ejemplo clásico a este respecto los acuerdos de fijación de precios, ya se hagan de forma directa o indirecta. El TJUE se pronuncia en estos términos:

"28. En lo relativo a la delimitación de las prácticas concertadas que tengan un objeto contrario a la competencia y de aquéllas que tengan un efecto contrario a la competencia, ha de recordarse que el objeto y el efecto contrarios a la competencia son condiciones no acumulativas sino alternativas para apreciar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 81 CE , apartado 1. Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65 , Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción "o", lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véase, en este sentido, la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 15).

29. Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE , apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64 , Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006 , Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers,



antes citada, apartado 16). La distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia *Beef Industry Development Society y Barry Brothers*, antes citada, apartado 17).

30. En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia".

En consecuencia, es suficiente que los acuerdos tengan por objeto una práctica restrictiva, aun cuando no se haya generado efecto alguno, para apreciar la infracción.

Por otra parte, y como refleja la misma Comisión en el acuerdo sancionador, la falta de intencionalidad en la comisión de la infracción no priva de antijuridicidad a las conductas cuando son objetivamente susceptibles de producir el efecto anticompetitivo.

Sobre esta cuestión merece citarse la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 2006, T-279, en la que manifiesta que puede considerarse que un acuerdo tiene carácter restrictivo aun cuando no tenga como único objetivo restringir la competencia sino que persiga también otros objetivos legítimos (en el mismo sentido, STJUE de 8 de julio de 1999, C-235/92, Montecatini/Comisión), sin que sea necesario probar que exista intención de restringir la competencia, dado que tal intención no es un requisito necesario para apreciar si un acuerdo tiene por objeto restricción semejante, si bien *"nada impide a la Comisión ni a los órganos jurisdiccionales tener en cuenta dicha intención"*.

Y análogo asunto al que aquí se aborda ha sido enjuiciado en sentencia de esta Sección de fecha 6 de marzo de 2015, recurso 499/2013, promovido por la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE PERITAJE Y VALORACIONES JUDICIALES frente a la sanción impuesta por la CNC por recomendación colectiva de precios, a cuyos razonamientos nos remitimos.

QUINTO .- Por su evidente conexión, procede tratar de manera conjunta los motivos que la Asociación recurrente relaciona con la ausencia de culpabilidad, con el hecho de haber sido requerida por distintos organismos públicos para la elaboración de los baremos de honorarios, y con la autorización de su conducta que resultaría de la normativa, tanto estatal como autonómica, sobre Colegios Profesionales.

Se pone de manifiesto en la demanda, y se acredita con la aportación de los oportunos certificados, que ATASA ha sido requerida en diversas ocasiones por órganos judiciales y administrativos para la remisión de listados de peritos en los que constasen también los baremos de honorarios orientativos. Se refiere especialmente al protocolo aprobado por el Consejo General del Poder Judicial relativo a la asignación de peritos judiciales (anexo 1 adjuntado con la demanda), así como a la Orden de la Generalitat de Catalunya de 16 de abril de 2009, por la que se aprueban los honorarios de los peritos terceros en las tasaciones periciales contradictorias (anexo 2 de la demanda), y a la aprobada por la Consejería de Economía y Hacienda de la Región de Murcia con fecha 25 de julio de 2013, por la que igualmente se fijan los honorarios máximos a percibir por los peritos terceros que intervengan en los procedimientos de tasación pericial contradictoria, junto al requerimiento formulado con apoyo en la misma por el Director de la Agencia Tributaria de la referida Región de fecha 28 de agosto de 2013, aportado como anexo 2 con la demanda, en el que solicita de ATASA que diera a la referida disposición *"la máxima difusión a los profesionales adscritos a ese Colegio o entidad que puedan estar interesados en intervenir como peritos terceros en los procedimientos de tasación pericial contradictoria..."*. Aporta también (anexo 5) requerimiento formulado por la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Andalucía requiriendo de ATASA la remisión de análogos listados y *"... datos de los honorarios profesionales previstos por su colegio Oficial, con el carácter mínimos, orientativos, tabulados, etc"*.

Para analizar estas alegaciones debe partirse de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 15/2007 que, bajo el epígrafe *"Conductas exentas por ley"*, dispone en su apartado 1 que *"Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley"*.

Y añade en el apartado 2 que *"Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal"*.

Pues bien, es claro que, no obstante la alegaciones de la recurrente sobre las peticiones formuladas por diferentes órganos administrativos en orden a la elaboración de baremos de honorarios y tarifas: a) La exclusión de la prohibición sobre acuerdo de precios no estaría amparada en una Ley, ni sería, en consecuencia, aplicable la previsión del artículo 4.1.; y b) La prohibición sobre fijación de precios derivaría de otras potestades administrativas, o bien habría sido causada por la actuación de poderes públicos sin el amparo de una norma legal.



La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015 precisa el alcance del artículo 4 de la Ley 15/2007 y señala al respecto que "Por lo pronto debe recordarse que, según establece el artículo 4.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (EDL 2007/43994) (...) 2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal. En relación con lo establecido en ese precepto, hemos señalado en la sentencia dictada con esta misma fecha en el recurso de casación 294/2013 (F.J. 3º) que...en el ámbito del Derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado. (...) Por tanto, no es en una norma legal sino en el acuerdo al que se refiere la controversia donde se establece ese régimen de dispensación y de turnos rotatorios. Pues bien, el hecho de que el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos y el Servicio de Salud de Castilla La Mancha alcanzasen ese acuerdo no implica que, por el mero hecho de haber actuado una y otra entidad en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, el acuerdo alcanzado sea sin más conforme con el derecho de la competencia. Dicho de otro modo, las normas que regulan las atribuciones Servicio de Salud de Castilla La Mancha y el ámbito de actuación Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos pueden amparar que dichas entidades alcancen y formalicen acuerdos; pero no de manera específica desde la perspectiva del derecho de la competencia, esto es, no desde la perspectiva del artículo 4.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (antes, artículo 2.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia (EDL 1989/13826)). Este precepto tiene un alcance mucho más circunscrito, pues se refiere a conductas que por sí mismas estarían incursas en el artículo 1 de la propia Ley pero que, por estar contempladas en una Ley o en las disposiciones reglamentarias dictadas en su ejecución, quedarían amparadas frente a las prohibiciones que enumera el citado artículo 1.

En definitiva, el artículo 4.1 de la Ley 15/2007 -como el anterior artículo 2.1 de la Ley 16/1989 - no pretende sustraer del ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia cualquier conducta que se realice al amparo de una norma sino, únicamente, aquéllas conductas a las que una Ley autorice con la específica finalidad -expresa o implícita- de excluirlas del ámbito de aplicación de las prohibiciones del artículo 1 de la propia Ley 15/2007. Y tal cosa no sucede en el caso que estamos examinando".

Particular incidencia sobre la cuestión tiene la sentencia de esta Sección de 24 de junio de 2014 en la que nos pronunciamos en los siguientes términos: "La actora también añade, para desvirtuar lo expuesto que debe ser de aplicación el principio de confianza legítima (art.3.1 de la Ley 30/92 del PAC), al tratarse de una actuación impulsada por los órganos de contratación, en la medida en que solicitan a los propios ofertantes la presentación de los acompañantes, lo que se ampara en la legislación de contratos y en el art.4 de la LDC. Sobre este principio hemos indicado en sentencia de fecha 30 de diciembre de 2.013, recurso 196/2012 :

"QUINTO: Considera el recurrente que la resolución ha infringido el principio de confianza legítima. Señala que cuando determinadas situaciones han sido auspiciadas por la propia Administración y prácticamente exigidas por esta, el ciudadano tiene derecho a confiar que no se le va a imponer una sanción por haber llevado a cabo lo que la propia Administración le venía a exigir. Alega que la CNC ha manifestado su aquiescencia en la formación y operativa de la Comunidad de Bienes por un lado y el resto de las autoridades administrativas no han formulado oposición alguna durante 12 años en que la Comunidad de Bienes ha operado en dicho mercado con absoluta transparencia y el Consell de Formentera siempre ha avalado el funcionamiento y solo puso de manifiesto en su denuncia la existencia de un incremento de precios en el año 2004.

En cuanto al principio de confianza legítima la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2013 asunto C-681/11 señala que

(40) debe recordarse que las autoridades nacionales de defensa de la competencia pueden decidir excepcionalmente no imponer una multa aun cuando una empresa haya infringido deliberadamente o por negligencia el artículo 101 TFUE. Puede darse ese caso cuando un principio general del Derecho de la Unión, como el de protección de la confianza legítima, se opone a la imposición de una multa.

(41) Sin embargo, nadie puede invocar la violación del principio de protección de la confianza legítima si la Administración competente no le ha dado garantías concretas (véanse las sentencias de 17 de marzo de 2011, AJD Tuna, C-221/09, Rec. p. I- 1655, apartado 72, y de 14 de marzo de 2013, Agrargenossenschaft Neuzelle, C-545/11, Rec. p. I-0000, apartado 25)..."

Es obligado concluir entonces que los requerimientos formulados por la Administración o los organismos públicos a que se refiere ATASA no justificarían su actuación cuando ésta incurre, conforme a lo ya razonado, en la prohibición que contempla el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Y, desde luego, tampoco existe norma con rango de Ley, estatal o autonómica, en materia de Colegios Profesionales, que permita suponer de aplicación el apartado 1 del artículo 4 de la Ley 15/2007

No puede desconocerse, además, que la misma Asociación actora era consciente de la preceptiva aplicación de las limitaciones derivadas de la legislación sobre competencia, y así lo plasma la CNC en la resolución sancionadora cuando refiere que *"... la propia ATASA es consciente de la aplicación de la normativa de competencia a sus decisiones como demuestra el hecho de que en la Comisión Técnica y Estadística de 25 de enero de 2010 se indicara, en relación con el baremo de honorarios para ese año, que "la normativa sobre protección de competencia pone más difícil la utilización de tales baremos (...)" (párrafo 56) y de que en la Comisión Técnica y Estadística de 15 de abril de 2010 se presentara la Guía para Asociaciones Empresariales, publicada por la CNC en diciembre de 2009 con el objeto de ofrecer unas pautas sobre los principales factores que deben tener en cuenta las asociaciones para evitar la práctica de conductas competitivas, a propósito de los trabajos de estudio de variables que influyen en la determinación de honorarios (folio 431)".*

Argumenta la demandante que, en todo caso, la intervención de la Administración en los términos que expone determinaría la inexistencia de culpabilidad, como ya apreció esta Sala, dice, en las sentencias que cita de 15 y 17 de octubre de 2012 y 21 de marzo de 2013 (asunto Productores de Uva y Vinos de Jerez) y que llevaron a anular las sanciones entonces impuestas al no concurrir el elemento subjetivo de la culpabilidad.

Sin embargo, las circunstancias concurrentes en los supuestos analizados entonces y en el que abordamos ahora no son las mismas.

La invocada sentencia de 21 de marzo de 2013 partía en su razonamiento de una afirmación sin duda extrapolable a cualquier procedimiento sancionador: *"Ahora bien, la imposición de la sanción requiere no solo la concurrencia del elemento objetivo, esto es, la conducta infractora, que, como hemos visto concurre y ha quedado suficientemente acreditada en los hechos y delimitada en la tipificación; sino que es necesario que concorra también el elemento subjetivo sea dolo o culpa. Así ha sido declarado por esta Sala reiteradamente, en cuanto se requiere que en la actuación de la entidad se aprecie esa intencionalidad o negligencia. Es evidente la complejidad normativa en cuanto a la articulación de la Ley 16/1989, y las competencias propias de las Administraciones y quienes actúan amparados en sus decisiones, pero es necesario determinar si en el supuesto de autos, la complejidad ha podido determinar confusión que pueda justificar la apreciación de no concurrencia del elemento subjetivo de la infracción. Efectivamente, desterrada la responsabilidad objetiva o por el resultado, aún en Derecho Administrativo Sancionador, no puede imponerse sanción alguna, cuando no concorra dolo o negligencia en la comisión."*

Pero al referirse al supuesto enjuiciado, hacía las consideraciones siguientes: *"En el presente caso puede afirmarse que la situación es confusa por las razones siguientes:*

1.- La propia Resolución afirma: "Estamos ante una conducta incardinada en un proceso más amplio de acuerdos relacionados con la reconversión del sector vitivinícola de Jerez que incluye un apartado relativo a los precios a pagar por los transformadores y el precio que recibirán los productores...", lo que implica admitir como razonable la posibilidad de cierta indeterminación y falta de claridad de los distintos aspectos a los que la reconversión puede legítimamente afectar.

2.- Es explícita en la Resolución el respaldo a los Acuerdos adoptados de dos Administraciones, la General del Estado y la Autonómica de la Andalucía.

3.- También es explícito el reconocimiento de que a los Acuerdos se le dio una gran difusión en los medios de comunicación, lo que implica una absoluta ausencia de ocultación, un comportamiento claro y abierto que no se revela una conciencia de antijuridicidad en el mismo, sino, bien al contrario, refleja que la conducta podía ser públicamente conocida.

Uniendo los tres elementos, reconversión del sector, intervención de dos Administraciones Públicas en el proceso, y actuación clara y directa, hemos de concluir que la recurrente no tuvo la conciencia de que el comportamiento realizado constituía una conducta contraria a la libre competencia, sino, bien al contrario, su comportamiento revela la conciencia de estar actuando dentro de la legalidad; lo que implica ausencia de elemento subjetivo del injusto".

En el presente caso, la misma ATASA conocía, como hemos visto, las exigencias derivadas del principio de libre competencia y de la legislación sobre la materia, pese a lo cual, y de manera sin duda consciente, procedió a la elaboración y envío de los baremos y tarifas propiciando con ello un referente de precios mínimos susceptible de generar un comportamiento uniforme, con un elevado riesgo de extenderse a todo el ámbito de actuación de sus asociados, y no solo al concreto segmento al que iba en principio dirigido.



Precisamente por la existencia de esa certeza, debió extremar su diligencia, y, al no hacerlo así, ha evidenciado la concurrencia del elemento subjetivo determinante de su culpabilidad.

Creemos que, en este supuesto, los requerimientos formulados por los organismos públicos a los que reiteradamente se remite la demandante no tienen ese efecto exculpatario que sí hemos reconocido en las sentencias invocadas, en las que de manera explícita se advierte también que *"... como ha recordado el Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de diciembre de 2012, la presencia del elemento de culpabilidad es una cuestión puramente fáctica ..."*.

SEXTO .- El último de los motivos de la demanda se refiere a la necesaria moderación de la sanción impuesta en aras del principio de proporcionalidad que exigiría limitar el importe de la multa impuesta, superior a la cifra de negocios de la Asociación prevista para el ejercicio 2013, y que, a juicio de la recurrente, resulta injustificado y en todo caso muy superior al impuesto en otro caso que califica de análogo -precisamente el resuelto por esta Sección en sentencia de 6 de marzo de 2015, y al que nos hemos referido antes-, además de apartarse del criterio mantenido por la Sala y según el cual el volumen de negocios total sobre el que debe aplicarse el porcentaje del 10% para determinar la cuantía máxima de la multa es el realizado en el último año en el ámbito de la actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción.

Sobre la vigencia del principio de proporcionalidad en el ámbito sancionador administrativo se ha pronunciado de forma reiterada nuestro Tribunal Supremo que, en Sentencia de 3 de junio de 2008, refleja las directrices jurisprudenciales sobre este principio expresadas ya en la sentencia de la misma Sala de 24 de mayo de 2004 (RC 7600/2000): *"Pues, en efecto, el principio de proporcionalidad, en su vertiente aplicativa, ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción"*.

No pude decirse que la cuantificación realizada por la Comisión Nacional de la Competencia en este caso resulte injustificada.

En efecto, comienza razonando la resolución sancionadora sobre la procedente aplicación de la Ley 16/1989, y a continuación recuerda la discrecionalidad que el artículo 10 de dicha Ley concede a la CNC a la hora de cuantificar la multa en atención a las circunstancias concurrentes. A partir de ello, entiende que concurre cuando menos negligencia en la realización de la infracción apreciada, y destaca la difusión de las tarifas mínimas y baremos de honorarios mínimos entre los asociados así como la representatividad de ATASA entre ellos, que alcanzó el 95% en el período en que se llevó a cabo la conducta infractora.

Por otra parte, alude a que se trata de una infracción muy grave, de carácter continuado, *"cuya duración en el tiempo ha sido notablemente elevada, desde 2005 hasta 2011"*; para, a continuación, referirse a los ingresos para los asociados que habría supuesto y que cifra en 3.601.354 euros; a la representatividad de la Asociación en el sector; y al volumen total de negocios de los miembros de ATASA en 2011, que alcanzó la cantidad de 224.835.824 euros. Todo lo cual le lleva a concluir que la sanción de 200.000 euros es una cantidad que *"permite mantener el necesario equilibrio entre el efecto disuasorio que debe tener toda multa respetando el principio de proporcionalidad"*.

Se pone de manifiesto, de este modo, que la cuantificación de la multa ha sido precedida de una motivación suficiente y obedece a criterios objetivos y razonables, respetando en cualquier caso los límites y parámetros legales.

La discrepancia de la entidad actora con estos criterios al cuestionar la cifra de ingresos para los asociados que se habría seguido de la comisión de la conducta infractora -sin aportar prueba alguna que pudiera sustentar su valoración-, al poner de manifiesto su cifra de negocios prevista para el año 2013 y su situación contable, o al referirse al criterio seguido por la misma CNC en el expediente S/0413/12, no hace sino revelar un criterio distinto, pero no priva al seguido por el órgano competente para cuantificar la multa de aquellos valores de motivación y objetividad.

Todo lo cual obliga, sin necesidad de otras consideraciones, a rechazar también este motivo de impugnación.

SÉPTIMO .- Las costas de esta instancia habrán de ser satisfechas por la parte actora conforma lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,



FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén actuando en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE SOCIEDADES DE VALORACIÓN (ATASA)** contra la resolución de 20 de marzo de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 200.000 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave, debemos declarar y declaramos que dicha resolución es ajustada a Derecho. Con expresa imposición de costas a la parte actora.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , y contra la que no cabe recurso alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su no tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 19/04/2016 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ