

RESOLUCION **(Expediente sancionador S/00203/09 COAPI)**

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera

En Madrid, a 22 de diciembre 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Consejera D^a Pilar Sánchez Núñez ha dictado resolución en el Expediente Sancionador S/00203/09 COAPI instruido por la Dirección de Investigación por supuesta infracción de la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)*.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 19 de noviembre de 2010 tuvo entrada en el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo) una propuesta de la Dirección de Investigación consistente en aplicar una terminación convencional al expediente sancionador S/00203/09, incoado por la existencia de indicios de infracción de la LDC.
2. El citado expediente se origina por la denuncia presentada el 20 de noviembre de 2009 ante la Dirección de Investigación (en adelante DI), por escrito de D. [...] en representación de D. [...], contra el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial (en adelante, COAPI) por una decisión de la Junta Directiva del Colegio que limita la publicidad y la concurrencia entre Agentes de la Propiedad Industrial. Tras haberse iniciado una información reservada, en el marco de lo establecido en el apartado 2 del artículo 49 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), el 2 de febrero de 2010, tras observarse indicios de infracción, se acordó la incoación de un expediente sancionador contra el COAPI por conductas restrictivas de la competencia, prohibidas por el artículo 1 de la LDC, en relación con ciertas restricciones fijadas por este Colegio que afectarían a la competencia en el mercado de servicios que prestan los Agentes de la Propiedad Industrial.
3. La Propuesta de Resolución de terminación Convencional elevada por la DI relata los siguientes antecedentes de este expediente:

(5) *El COAPI había iniciado procedimientos sancionadores contra D. [...] por haber cursado una oferta de servicios de renovación de marcas a empresas que eran clientes*

de otros colegiados. Dichas actuaciones disciplinarias tenían su base en el artículo 5.b) b') del Código de Conducta del COAPI según el cual se considera una infracción "dirigirse a un potencial cliente haciendo mención de expedientes de éste que estén siendo llevados por otros compañeros o que pueda presumirse que lo estén".

- (6) El 5 de febrero de 2010 la Dirección de Investigación, a solicitud del denunciante, elevó una propuesta de adopción de medidas cautelares al Consejo de la CNC, que fue tramitada en el expediente MC/0005/10. En dicha propuesta, la Dirección de Investigación proponía al Consejo de la CNC que acordase la suspensión de los procedimientos sancionadores iniciados contra D. [...] mientras durase la tramitación del expediente sancionador en la CNC.
- (7) En su Resolución de 9 de marzo de 2010, el Consejo de la CNC acordó no adoptar las medidas propuestas, toda vez que COAPI había acordado, por propia iniciativa, suspender los procedimientos iniciados contra D. [...], por lo que la medida cautelar propuesta por la Dirección de Investigación ya no resultaba necesaria.
- (8) El 24 de septiembre de 2010 tuvo entrada en la CNC un escrito presentado por el COAPI en el que solicitaba la resolución del expediente de referencia mediante terminación convencional a la par que concretaba una primera propuesta de compromisos.
- (9) En fecha de 6 de octubre de 2010 la Dirección de Investigación acordó el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador de referencia, en respuesta a la citada solicitud del COAPI. Asimismo, consideró que los compromisos presentados en esa solicitud de inicio de la terminación convencional no eran adecuados para poner fin al expediente de referencia, por lo que otorgó al COAPI un plazo de quince días para presentar una nueva solicitud de compromisos.
- (10) En respuesta a dicho requerimiento, en fecha de 21 de octubre de 2010 tuvo entrada en la CNC una nueva propuesta de compromisos presentada por el COAPI.
- (11) El 27 de octubre de 2010, la Dirección de Investigación dio traslado de la propuesta de compromisos a D. [...], al que se le concedió un plazo de diez días para que presente alegaciones a la propuesta de compromisos.
- (12) El 03 de noviembre de 2010, el COAPI aportó información adicional para ampliar su propuesta de compromisos.
- (13) El 10 de noviembre tuvo entrada en la CNC un escrito en nombre de D. [...] que contiene alegaciones sobre la propuesta de compromisos presentada el 21 de octubre.

El contenido de estas alegaciones lo relata la DI en los párrafos (42) a (45) como sigue:

- (42) "En fecha de 10 de noviembre de 2010, D. [...] presentó una serie de alegaciones a la propuesta de 21 de octubre. Las alegaciones de D. [...] se resumen en tres puntos.
- (43) En primer lugar, D. [...] no considera acertada la redacción propuesta en lo que se refiere al empleo de la disyuntiva "opinar o informar" frente al "intercambio de opiniones" que es la redacción de los precedentes comunitarios citados. El denunciante considera que, mientras que la "opinión" tiene por objeto elementos subjetivos, la "información" versa sobre circunstancias objetivas. Por ello, considera que en la prohibición del artículo 5.b) b') del Código de Conducta debe introducirse, como elemento del tipo, un elemento subjetivo que garantice que el COAPI no pueda perseguir actos de pura información objetiva como los que constituyen objeto de los expedientes incoados contra D. [...].

(44) D[...] también señala que, mientras que el precedente invocado exige que el Agente que emite una opinión “conozca o sospeche que el asunto está siendo tratado por otro miembro”, la propuesta del COAPI exige únicamente que “el asunto esté siendo tratado por otro compañero”. El denunciante considera que el nuevo artículo 5.b) b’) del Código de Conducta debe incluir como requisito el “conocimiento efectivo” de que el asunto está siendo llevado por otro colegiado. El denunciante considera que una limitación de esta naturaleza es necesaria para que el Colegio de sólo pueda sancionar a un agente en el caso de que demuestre que conocía que el asunto estaba siendo tratado por un compañero.

(45) Por último, D. [...] también plantea la situación de los expedientes incoados por el COAPI y, a este respecto, considera indispensable el archivo de dichos expedientes, así como la publicidad de dicho archivo para restablecer el buen nombre del denunciante. Por último, consideran que la aceptación de los compromisos propuestos no debe impedir la imposición de una sanción económica al COAPI. “

(14) En fecha 11 de noviembre de 2010 tuvo entrada un escrito presentado por el COAPI en el que modificaba su propuesta de compromisos de 21 de octubre de 2010.

4. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este asunto en la Sesión celebrada el día 22 de diciembre de 2010.
5. Son interesados :
 - D. [...], Agente Oficial de la Propiedad Industrial y propietario de la totalidad del capital de la empresa Ungría Patentes y Marcas, S.A.
 - Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial (COAPI)

HECHOS ACREDITADOS

1. Las partes interesadas de este expediente, son, como consta en la propuesta de la DI:

II. LAS PARTES

(15) El denunciante es D. [...], Agente Oficial de la Propiedad Industrial y propietario de la totalidad del capital de la empresa Ungría Patentes y Marcas, S.A. Esta empresa presta servicios de gestión y representación de sus clientes ante los distintos registros públicos competentes en materia de títulos de propiedad industrial (Oficina Española de Patentes y Marcas, Oficina Europea de Patentes y Oficina de Armonización del Mercado Interior).

(16) El denunciado es el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial (COAPI). El COAPI es el Colegio Profesional que reúne a todos los Agentes de la Propiedad Industrial (en adelante, APIs) de España que, por imperativo legal, deben pertenecer a este Colegio para poder ejercer profesionalmente. El COAPI cuenta con 363 asociados (folio 148).

2. En la Propuesta de la DI se describe el entorno legal y los precedentes relevantes a efectos de este expediente, como sigue:

“III.1. Entorno legal

- (17) Como el resto de los Colegios Profesionales a los que se refiere la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, el COAPI es una Corporación de Derecho Público reconocida por el Estado, cuyo fin es la ordenación del ejercicio de la profesión y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados.*
- (18) El COAPI se rige por el Real Decreto 278/2000, de 25 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial, (en adelante, “los Estatutos del Colegio”) y por las normas dictadas por el propio Colegio en desarrollo de estos Estatutos, en particular, el Código de Conducta aprobado por la Junta General de 25 de enero de 2001.*
- (19) El artículo 1.1 del indicado Real Decreto señala que: “el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial es una corporación de Derecho público amparada por la ley y reconocida por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Tiene competencia sobre sus colegiados en todo el territorio nacional”.*
- (20) El Código de Conducta tiene encaje en los Reglamentos de Régimen Interior a los que se refiere el artículo 6º de la Ley 2/1974 sobre Colegios Profesionales, cuya aprobación corresponde a cada Colegio a través de su Junta General y su objetivo es el desarrollo de los principios generales de conducta profesional recogidos en el art. 7º de los Estatutos del COAPI.*
- (21) El Código de Conducta consta de siete apartados: 1) Disposiciones generales, 2) Publicidad, 3) Relaciones con el público, 4) Relaciones con los clientes, 5) Relaciones con otros colegiados, 6) Relaciones con la Oficina Española de Patentes y Marcas y oficinas internacionales relacionadas con la Propiedad Industrial y 7) Relaciones con el COAPI.*
- (22) Entre los fines del COAPI, enumerados en el artículo 5 de los Estatutos, figura la ordenación del ejercicio profesional. Para el ejercicio de sus fines entre las funciones del COAPI (detalladas en el artículo 6 de los Estatutos) se menciona (artículo 6.2) la posibilidad de ejercer la facultad disciplinaria en el ejercicio de sus competencias.*
- (23) El régimen disciplinario de los APIs está regulado en el Capítulo VIII de los Estatutos. Dicho Capítulo se establece que los APIs están sujetos a responsabilidad disciplinaria en caso de infracción de sus deberes profesionales y clasifica las faltas en tres tipos: muy graves, graves y leves. Las sanciones consisten en la suspensión del ejercicio de actividad (aplicable a las faltas muy graves y graves) o el apercibimiento y la amonestación escrita (aplicable a las faltas leves).*

III.2. Precedentes

- (24) Los precedentes en materia de competencia son abundantes en ejemplos en los que se aplica el Derecho de la Competencia a reglamentaciones dictadas por los Colegios Profesionales en el ejercicio de sus funciones. Así, por ejemplo, la Resolución del TDC de 11 de octubre de 2001 consideró determinada normativa en materia de publicidad impuesta por el Colegio de Abogados de Madrid como una decisión restrictiva de la competencia. En términos similares, se pronunció la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2000 o la resolución del TDC de 18 de enero de 2000, la Resolución del TDC de 5 de octubre de 2000.*
- (25) La Comisión Nacional de la Competencia también ha dictado resoluciones en este ámbito como la de 27 de diciembre de 2007, (Expte. 635/07, Colegio de Odontólogos Estomatólogos de Las Palmas) en la que consideró contraria al artículo 1 LDC un recomendación de honorarios por parte del Colegio o la resolución de 26 de febrero de 2008 (Expte. 629/07 Colegio de Arquitectos de Huelva) en la que consideró que el*

Colegio de Arquitectos de Huelva había incurrido en una infracción del artículo 1 al dirigir una recomendación de precios a sus socios.

- (26) *En lo que se refiere a la actividad prestada por los Agentes de Propiedad industrial, hay un precedente de la Comisión Europea en la Decisión de la Comisión Europea de 7 de abril de 1999 . Dicha Decisión fue objeto de revisión por el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea por sentencia de 28 de mayo de 2001 (Asunto T-144/99). En esta Decisión, la Comisión Europea se pronunció sobre la compatibilidad del Código de Conducta Profesional del Instituto de Agentes autorizados ante la Oficina Europea de Patentes (IAA) con el antiguo artículo 85 TCE, actual artículo 101 TFUE.*
- (27) *En el ámbito de la promoción de la competencia han de mencionarse el Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones (publicado en junio de 1992) en el que el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) analizó las distorsiones a la competencia generadas por los colegios profesionales como instituciones públicas, respaldadas por el Estado. El TDC consideró que su naturaleza pública y su respaldo estatal no podían ser utilizados para eximir a los profesionales de la aplicación del Derecho de la competencia.*
- (28) *En el Informe de 1992 el TDC clasificó las restricciones a la competencia impuestas por los colegios profesionales en dos tipos: restricciones al acceso y restricciones al ejercicio. Las primeras tendrían por objeto la fijación de determinados requisitos de acceso a la profesión, como una determinada titulación académica o la colegiación obligatoria, mientras que las segundas afectarían a las condiciones de prestación de los servicios. Dentro de esta segunda categoría se incluirían restricciones a la libre prestación dentro del territorio nacional, restricciones a la publicidad, restricciones relacionadas con la estructura de negocio y restricciones relacionadas con la fijación y cobro de los honorarios.*
- (29) *Más recientemente, en septiembre de 2008, la Comisión Nacional de la Competencia publicó un nuevo Informe sobre el sector de servicios profesionales y los colegios profesionales en el que en el que se recogen los principales problemas para la competencia detectados en el ámbito de los servicios profesionales, se describen los cambios que se han producido en este sector y se recomiendan ciertas líneas de actuación en el diseño del nuevo marco normativo para los servicios profesionales.*
- (30) *Por último, ha de citarse el Informe sobre la Competencia de los servicios profesionales de febrero de 2004 elaborado por la Comisión Europea en el que se plantea la necesidad de eliminar toda restricción a la competencia en el sector de las profesiones liberales que no estuviera justificada y se atribuía a cada Estado miembro la responsabilidad de adoptar medidas o modificar las legislaciones nacionales que, por ser injustificadas, obstaculizan la competencia y libre circulación de servicios en el mercado común. Este Informe centraba su estudio en seis profesiones liberales: abogados, notarios, farmacéuticos, ingenieros, arquitectos y auditores o contables.*

3. El mercado en el que se desarrolla la conducta es de acuerdo con la propuesta de la DI:

“IV.1. Mercado de producto

- (31) *El mercado en el que desarrolla la conducta objeto de este expediente es el de los servicios que prestan los Agentes de la Propiedad Industrial. Las funciones de los Agentes de la Propiedad Industrial aparecen definidas en el artículo 2º, apartado 2 de los Estatutos del COAPI: “los agentes de la propiedad industrial son las personas físicas inscritas en el Registro Especial de Agentes de la Propiedad Industrial de la Oficina Española de Patentes y Marcas y sus funciones propias son las de ofrecer y prestar*

habitualmente sus servicios, como profesionales liberales en régimen de libre competencia, para aconsejar, asistir o representar a terceros para la obtención de registros en las diversas modalidades de la propiedad industrial y la defensa de los derechos derivados de los mismos ante la Oficina Española de Patentes y Marcas”.

- (32) *De acuerdo con esta definición, los servicios prestados por los Agentes de la Propiedad industrial consisten en la representación y asesoramiento en materia de derechos de propiedad industrial, es decir, patentes, marcas, diseños industriales, topografías, etc.*
- (33) *Los derechos de propiedad industrial se caracterizan porque, para su obtención, es preceptivo el correspondiente registro que tiene carácter constitutivo. El registro se obtiene ante diferentes oficinas. La Oficina Española de Patentes y Marcas concede derechos sobre todas las modalidades de propiedad industrial y otorga registros de ámbito nacional. Para la obtención de derechos con un ámbito geográfico más amplio, la Oficina para la Armonización del Mercado Interior (OAMI), con sede en Alicante, concede derechos de marca y diseño para todo el territorio de la Unión Europea. En el ámbito de las patentes la Oficina Europea de Patentes, con sede en Munich concede derechos que cubren el ámbito de 37 Estados miembros.*
- (34) *Con carácter general, la intervención de un API ante la OEPM no es preceptiva, de manera que el interesado posee la opción de comparecer por sí mismo. Esto es así por el principio de voluntariedad en la representación ante las Administraciones públicas. La OEPM tiene el carácter de Administración Pública y, por tanto, se rige por lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común cuyo artículo 32, (párrafo 2) establece que “cualquier persona con capacidad de obrar podrá actuar en representación de otra ante las Administraciones Públicas”.*
- (35) *La norma de la no obligatoriedad de contratar los servicios de un Agente se exceptúa en el supuesto previsto en el artículo 155.1.c) de la Ley de Patentes 11/1986 de 20 de marzo, a cuyo tenor: “Los no residentes en un Estado Miembro de la Comunidad Europea deberán actuar, en todo caso, mediante Agente de la Propiedad Industrial”.*
- (36) *En cualquier caso, y a pesar de que, en general, la actividad de los Agentes de la Propiedad Industrial no está sujeta a reserva de actividad y también pueda ser prestada por otros profesionales como los abogados, lo habitual es que las grandes compañías contraten los servicios especializados de un Agente de la Propiedad Industrial.*
- (37) *Ello se debe tanto a la especialización técnica que caracteriza las funciones de un API (necesidad de asesoramiento especializado, estricto control de plazos, necesidad de contar con bases de datos especializadas...), como al hecho de que, en la práctica totalidad de los países, la profesión de Agente de la Propiedad Industrial es objeto de una regulación específica.*
- (38) *Para la obtención del título de Agente de la Propiedad Industrial es necesario superar pruebas de capacitación y poseer un Título Universitario de grado superior. Además los Agentes inscritos deben depositar ante la Oficina Española de Patentes y Marcas una fianza especial, contratar un seguro de responsabilidad civil e inscribirse en el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial.*

(...)

IV.2. Mercado geográfico

- (40) *En España existe un único Colegio de Agentes de la Propiedad Industrial, el cual extiende su competencia a la totalidad del territorio nacional. Así resulta del art. 1.1 de sus Estatutos, a cuyo tenor: “El Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial es una corporación de derecho público amparada por la ley y reconocida por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Tiene competencia sobre sus colegiados en todo el territorio nacional”.*

(...)

4. En relación al Código de conducta del COAPI, sobre el que se basa la conducta denunciada, los hechos acreditados en la propuesta de la DI son los siguientes:

(46) *Mediante acuerdo adoptado el 25 de enero de 2001, la Junta General del COAPI aprobó un Código de Conducta (folios 35-39), que desarrolla el contenido de las obligaciones de los colegiados previstas en los Estatutos de este colegio profesional.*

(47) *Como se ha indicado anteriormente, el Código de Conducta está estructurado en siete apartados, de los cuales, el apartado quinto está dedicado a las relaciones con otros colegiados. Dentro de este apartado la letra b) señala lo siguiente: “b) Los colegiados evitarán cualquier tentativa directa o indirecta de desviar hacia si clientela de otros colegiados mediante prácticas desleales o que desprestigian la profesión ante dicha clientela”.*

(48) *A renglón seguido, los subapartados a’) y b’) especifican situaciones que de, manera inequívoca, se consideran desleales. La letra b’) señala que considera desleal “dirigirse a un potencial cliente haciendo mención de expedientes de éste que estén siendo llevados por otros compañeros o que pueda presumirse que lo estén”.*

5. Y sobre los expedientes incoados por el COAPI contra D. [...]

(49) *“El artículo 5.b) b’) del Código de Conducta ha sido utilizado para la apertura de siete expedientes sancionadores por el COAPI contra D. [...]. El motivo de tales expedientes disciplinarios fue el envío, por parte de D. [...] de una serie de cartas a varias empresas ofreciendo sus servicios para la renovación de marcas. En dichas cartas, se anunciaba el próximo vencimiento de las marcas que era titular la empresa receptora, y se ofrecía a prestar el servicio de renovación. El registro de estas marcas había sido encomendado, diez años atrás, a otros colegiados, lo que motivó la queja de éstos ante el COAPI.*

(50) *Los signos distintivos (marcas y nombres comerciales) están sujetos a renovación cada 10 años. Si su titular desatiende esta carga, el signo caduca y pasa a integrarse en el dominio público, pudiendo ser solicitado por cualquier tercero.*

(51) *Uno de los servicios que los agentes de la propiedad industrial ofrecen tradicionalmente es el de la vigilancia. El servicio de vigilancia consiste en que el Agente advierte al titular de la marca de la proximidad de la fecha de renovación y se ofrece a promoverla en su nombre. Para prestar este servicio, los agentes se valen de bases de datos que se nutren de fuentes públicas, como son los registros de marcas (nacionales y comunitarias).*

(52) *En el momento en que D. [...] dirigió la oferta de renovación a sus clientes, la tramitación de dichas marcas correspondía a otros APIs, los cuales presentaron una serie de quejas ante el COAPI. Como reacción a dichas quejas el COAPI incoó siete expedientes sancionadores contra D. [...]. A continuación se ofrece un cuadro resumen de los expedientes abiertos por el COAPI por este motivo.*

<u>Expediente</u>	<u>Agente denunciante</u>	<u>Fecha de iniciación</u>
Q a_01/09	D. [...]	21 de octubre de 2009
Q a_14/09	D. [...]	21 de octubre de 2009
Q a_15/09	D ^a . [...] Torné	21 de octubre de 2009
Q a_16/09	D. [...]	21 de octubre de 2009
Q a_18/09	D. [...]	21 de octubre de 2009
Q a_19/09	D. [...]	21 de octubre de 2009

- (53) *En todos estos expedientes disciplinarios, la tipificación es una y la misma, a saber: "Tales hechos, de resultar acreditados, podrían constituir falta grave por infracción del apartado c) del artículo 48 de los Estatutos Colegiales (R.D. 278/2000, de 25 de febrero) en relación con el artículo 5.b) del Código de Conducta (Junta General de 25 de enero de 2001)"¹.*
- (54) *Los hechos objeto de los expedientes sancionadores incoados por el COAPI contra D. [...] tipificados como falta grave y, según los Estatutos del COAPI las faltas graves conllevan una sanción de suspensión de ejercicio profesional por período mínimo de quince días y el grado máximo la suspensión por seis meses.*

6. El proceso de presentación de compromisos presentada por el COAPI ha sido el siguiente:

- (55) *"Como ya se ha indicado en los antecedentes, el 21 de octubre de 2010 tuvo entrada en la Dirección de Investigación un escrito que incluye la propuesta de compromisos consistente en dar al artículo 5.b) b') del Código de Conducta la siguiente redacción: se considerará desleal "opinar o informar sobre un asunto que esté siendo tratado por otro compañero, cuestionando o denigrando su intervención a menos que el cliente manifieste su deseo de obtener una opinión independiente o de cambiar de Agente".*
- (56) *Posteriormente, en fecha de 3 de noviembre, el COAPI aportó información adicional para anunciar la intención de la Junta Directiva del COAPI que se celebraría el 30 de noviembre, de terminar los procedimientos sancionadores iniciados contra D. [...] sin sanción alguna.*
- (57) *Posteriormente, el 11 de noviembre de 2010, el COAPI presentó una nueva versión de los compromisos que sustituye a la propuesta de 21 de octubre en los que proponía dar al artículo 5.b) b') del Código de Conducta la siguiente redacción: se considerará desleal "opinar o informar sobre un asunto que esté siendo tratado por otro compañero, denigrando su intervención".*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del expediente

El Artículo 52 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, relativo a la terminación convencional del procedimiento sancionador, dispone en su apartado primero que *"el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público"*. Además, como dispone el apartado tercero del mismo artículo, *"la terminación*

¹ Artículo 48.c) del Real Decreto 278/2000, de 25 de febrero: "Son faltas graves: (...) c) La realización de actos que quebranten la ética o la dignidad profesional, el respeto debido a los derechos de los particulares o los límites de la protección de los derechos establecidos en la legislación de protección a los consumidores".

del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el Artículo 50.4". Y el apartado segundo del mismo artículo dispone que "los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento".

Es objeto de la presente resolución resolver si la conducta denunciada podría ser constitutiva de una infracción de la LDC, y en ese caso si los compromisos propuestos por las partes resolverían los efectos sobre la competencia de dicha conducta, de tal manera que el interés público quedaría suficientemente garantizado. La investigación realizada por la DI concluye que las actividades económicas afectadas por la conducta denunciada comprenden los servicios que prestan los Agentes de la Propiedad Industrial en el ámbito geográfico nacional. Recibida y analizada la denuncia la DI valoró que existían indicios de infracción, pues *"el COAPI había adoptado un Código de Conducta cuyo artículo 5.b) b') impide, de manera genérica y sin ninguna clase de matices o excepciones, que un colegiado se dirija al cliente de otro colegiado haciendo mención de expedientes que estén siendo llevados por otros colegiados "o que pueda presumirse que lo estén"*.

El denunciado, COAPI, ha propuesto a la DI una serie de compromisos con el objeto de que los mismos eliminen los problemas de competencia identificados por la DI como consecuencia de la existencia de la cláusula redactada en el artículo 5.b) b') de su Código de Conducta. La DI, tras valorar dichos compromisos, y las alegaciones presentadas a los mismos por parte del denunciante, entiende que éstos son suficientes para lograr el objetivo que pretenden, la remoción de obstáculos a la competencia en los mercados afectados, y por ello eleva a este Consejo una propuesta que aprobación de dichos compromisos y el consecuente cierre de las actuaciones realizadas en el seno del expediente S/0203/09. Es el objeto de esta Resolución valorar y resolver dicha propuesta.

SEGUNDO.- Los efectos anticompetitivos de las relaciones contractuales analizadas

La conducta denunciada que se trata en el presente expediente se centra en una de las disposiciones que el COAPI tiene establecidas en el Código de Conducta elaborado y aprobado por dicho colegio y que debe regir las relaciones entre los profesionales que ejercen su profesión en el ámbito de los servicios que prestan los Agentes de la Propiedad Industrial en el territorio nacional. En el artículo 5.b) b') de dicho Código de Conducta analizado se impide taxativamente que un colegiado se dirija al cliente de otro colegiado ofertándole sus servicios para expedientes que estén siendo tratados por otros colegiados "o que pueda presumirse que lo estén", por cuanto describe esta conducta como desleal. La consecuencia de un incumplimiento de lo dispuesto

en este artículo puede dar lugar a la apertura de un expediente sancionador en el seno del colegio, lo que de hecho ocurrió en el presente caso.

Por su naturaleza, entiende la DI, que el artículo 5.b) b') del Código de Conducta limita la libertad de iniciativas empresariales de los Agentes de la Propiedad Industrial, pues de tal artículo cabe deducir una restricción a la publicidad, dado que impide que un Agente de la Propiedad Industrial pueda dar a conocer a terceros los servicios que le puede prestar alternativamente a los que le está prestando el Agente de la propiedad Industrial con el que actualmente está relacionado. En resumen, dicho artículo limita la capacidad de un Agente de Propiedad Industrial de establecer contacto con potenciales clientes, pues de facto solo permite la publicidad de un API a potenciales clientes que no están trabajando ya con otro API.

Entiende la DI que:

“(46) En este contexto la prohibición del Código de Conducta del COAPI, en la medida en que impide a un Agente de la Propiedad Industrial “dirigirse a un potencial cliente haciendo mención de expedientes que estén siendo llevados por otro Agente o que pueda presumirse que lo estén”, coarta la libertad de los APIs para presentar ofertas a sus clientes y promueve un reparto de la clientela que restringe la competencia en el mercado de servicios prestados a través de Agentes de la Propiedad Industrial. Mediante esta prohibición, el COAPI estaría privando a las empresas que contratan los servicios de los Agentes de la Propiedad Industrial de acceder a ofertas más competitivas en relación con expedientes cuya representación haya sido asumida por otro colegiado.

(47) El efecto de esta restricción sería una perpetuación de la relación comercial entre cada Agente y su clientela, perpetuación que iría incluso más allá del tiempo de duración de los trámites para los cuales el cliente contrató al Agente que le representa.

(48) En este sentido, los expedientes abiertos por el COAPI contra D. [...] constituyen una buena muestra de los efectos adversos sobre la competencia del artículo 5.b) b') del Código de Conducta.”

El denunciante alegó en su defensa que la finalidad de esta norma no era la de restringir la libre oferta de servicios entre Agentes de la Propiedad industrial, sino la de impedir comportamientos, que por su naturaleza, menoscabasen la dignidad y la ética profesional de los Agentes de la Propiedad Industrial. Cita la DI en su propuesta al Consejo, por su pertinencia, la Sentencia del TGUE, en la que se analizó el código de conducta profesional del Instituto de Agentes Europeos (IAA), integrado por los agentes europeos de patentes que actúan ante la Oficina Europea de Patentes. El objeto del litigio era una cláusula de prohibición de publicidad comparativa entre agentes. El TGUE, en la sentencia de 28 de marzo de 2001 (T-144/99) que responde a la decisión recurrida de la Comisión (Decisión de la Comisión Europea de 7 de abril de 1999) señala:

72.

Por lo que respecta a la prohibición de publicidad comparativa propiamente dicha, prevista en el artículo 2, letra b), punto 1, del código de conducta, procede señalar, ante todo, que la publicidad es un elemento importante de la competencia en un mercado determinado, en cuanto permite apreciar mejor los méritos de cada operador, la calidad de sus prestaciones y sus costes.

73.

Ejercida en condiciones leales y conforme a modalidades adecuadas, la publicidad comparativa permite, asimismo, aumentar la información de los usuarios y contribuir de este modo a la elección del agente autorizado al que pueden dirigirse en el conjunto de la Comunidad.

74.

En consecuencia, la prohibición pura y simple de la publicidad comparativa limita las posibilidades de los agentes más eficaces de desarrollar sus servicios. Ello tiene como efecto, en especial, cristalizar la clientela de cada agente autorizado en el interior de un mercado nacional.

75.

Así pues, la Comisión dedujo correctamente en su Decisión los efectos beneficiosos para la competencia de una publicidad comparativa leal y adecuada (considerando 41) y las restricciones de la competencia que implica, por el contrario, la prohibición de toda forma de este tipo de publicidad (considerando 43).

En la misma sentencia, el TGUE determinó, en su párrafo 98, que cuando el objeto de una disposición “es evitar que con ocasión de una oferta de servicios a un cliente, un agente proceda a denigrar a un compañero, cuestionando la intervención de este último en un asunto concluido” no puede concluirse que el mismo sea contrario al artículo 85 (actual 101) del TFUE. Este antecedente lleva a la Dirección de Investigación a entender que sólo resultaría compatible con el principio de libre competencia una prohibición que tuviera por objeto evitar que, en el curso de las conversaciones con un cliente, un colegiado presentase observaciones denigratorias sobre la actuación de un tercero. En este caso podría existir una justificación objetiva a la norma, aunque no sucede en el expediente objeto de esta resolución, como a continuación se fundamenta.

En el caso concreto de la actual redacción del artículo 5.b) b') del Código de Conducta invocada por el COAPI, el Consejo comparte la valoración de la DI en cuanto ésta redacción contiene más restricciones de las necesarias para alcanzar el fin perseguido, pues dada la ambigüedad de su redacción ésta puede ser interpretada como que cualquier oferta de servicios de un Agente a un cliente cuyos asuntos hayan sido encomendados a otro Agente podría ser objeto de sanción por parte del COAPI. La apertura de expediente sancionadores tramitados por COAPI contra el denunciante, quien estableció contactos con el objeto de concluir en relaciones comerciales a empresas que diez años atrás habían estado representado por otro Agente, corroboran la anterior valoración. Analizadas las denuncias abiertas por el COAPI contra el denunciante, no se aprecia en el contenido de las mismas que el COAPI valorase un ánimo denigratorio en las mismas. Por tanto el Consejo aprecia que la conducta analizada podría constituir una decisión restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 LDC, que no estaría amparada por la exención contemplada en el artículo 1.3 de la LDC. En este contexto considera que se cumplen los requisitos para que el presente expediente se pueda concluir mediante un proceso de terminación convencional como el propuesto por la DI.

TERCERO.- La idoneidad de los compromisos ofrecidos

EL COAPI ha ofrecido a la DI como compromiso la sustitución del actual artículo 5.b) b') del Código de conducta por una nueva redacción en la que se prohíba: *“opinar o informar sobre un asunto que esté siendo tratado por otro compañero, denigrando su intervención”*.

En su propuesta de terminación convencional elevada al Consejo, la DI a la hora de valorar los compromisos propuestos por el denunciado parte de la aceptación de que el COAPI tiene entre sus fines *“velar por la ética y dignidad profesionales y por el correcto ejercicio de las funciones de los APIs”*, y que *“en línea con los precedentes de la Comisión y del TGUE en esta materia, la Dirección de Investigación entiende que la aprobación, por parte del COAPI, de algún mecanismo que impida que los colegiados lleven a cabo comportamientos denigratorios frente a otros colegiados puede resultar objetivamente necesaria para salvaguardar el prestigio de la profesión así como el ejercicio de una competencia leal entre sus miembros. Tanto la salvaguarda del prestigio de la profesión como la existencia de una competencia leal entre los miembros son fines legítimos que, en sí mismos, resultan compatibles con la libre competencia.”* Dichas apreciaciones son, siguiendo los antecedentes citados, compartidas por este Consejo.

Ahora bien, la finalidad última de esta resolución es valorar si los compromisos propuestos sirven, como establece el artículo 52.1 de la LDC, para resolver los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente de forma que quede garantizado el interés público. Entiende el Consejo que la redacción actual tiene por objeto impedir a un API realizar publicidad sobre un asunto que esté siendo tratado por otro compañero de forma que denigre la intervención de dicho compañero. El concepto de “denigratorio” se encuentra definido en la Ley de Competencia Desleal, en cuyo artículo 9 se refiere a los actos de denigración como aquellos que vierten información que no siendo veraz, ni pertinente ni exacta, es apta para menoscabar el crédito de quien es objeto de tales manifestaciones. El nuevo texto no restringe la libertad de los API de contactar con nuevos clientes que previamente hayan sido, o sean, clientes de un competidor, ni de que puedan opinar o informar objetivamente, sobre los servicios que dicho competidor esté ofertando. Los límites que impone el nuevo texto se aplican cuando entra en juego la aptitud denigratoria de la publicidad. Se entiende que el nuevo texto equilibra la potestad disciplinaria del COAPI para sancionar aquellos comportamientos susceptibles de enturbiar el prestigio de la profesión de Agente de la propiedad industrial con el respeto al principio de libre competencia entre los colegiados.

Igualmente, el cierre de los expedientes sancionadores abiertos por el COAPI contra el denunciante, propuesto como compromiso por el COAPI el 3 de noviembre de 2010, contribuye a eliminar un efecto anticompetitivo del hasta ahora en vigor artículo 5.b.b').

Por todas las razones expuestas, el Consejo comparte con la DI que el texto propuesto por el COAPI para sustituir la actual redacción del artículo 5.b) b'),

contenido en su propuesta de 11 de noviembre de 2010, junto con el cierre de los expedientes sancionadores abiertos contra el denunciante, es compatible con el artículo 1 de la LDC.

CUARTO.- Sobre las alegaciones del denunciante

El denunciante presenta en sus alegaciones a la propuesta de compromisos una serie de dudas sobre los mismos. Así, esgrime que el nuevo texto no explicita si es preciso tener conocimiento del API que ha prestado sus servicios al potencial clientes; que no hay compromisos sobre el cierre de los expedientes disciplinarios abiertos contra él; y que debían tomarse medidas para reparar el daño que sobre su crédito profesional le habían ocasionado los expedientes disciplinarios abiertos contra el por el COAPI. Cabe recordar que bajo la vigente LDC el acuerdo de terminación Convencional no está subordinado al acuerdo de los denunciante, aunque ello no es óbice para que tales alegaciones puedan ser tenidas en cuenta y en su caso contestadas, tal y como lo ha hecho la DI en su propuesta de terminación convencional. Respecto a la primera de ellas interpreta que del texto propuesto cabe inferir la necesidad de conocer la identidad del API que previamente está prestando servicios al cliente objeto de contacto comercial, pues el acto denigratorio requiere para su ejecución el conocimiento de la identidad de quien es objeto de tal acto.

Respecto a las demás alegaciones, en su propuesta de compromisos de 10 de noviembre el COAPI se ha comprometido a cerrar los expedientes abiertos contra el denunciante, sin imposición de sanción. Como señala la DI, a tenor del artículo 27 LDC, todas las resoluciones del Consejo de la CNC que pongan fin a expedientes sancionadores serán objeto de publicidad en los términos habituales la publicidad de las sanciones. Y en virtud del artículo 23 del Reglamento de Defensa de la Competencia, estas resoluciones se harán públicas en la página web de la CNC. Asimismo, el denunciante podrá solicitar al COAPI que dé publicidad al archivo de los expedientes sancionadores abiertos contra él conforme a lo establecido en las normas estatutarias del COAPI. Por todo ello el Consejo comparte el entendimiento de la DI de que este tipo de medidas contribuyen a reparar el daño causado y, en particular, la de que se diera publicidad al cierre de los expedientes incoados contra D. [...].

QUINTO.- Sobre el posible incumplimiento de los compromisos

La Resolución de un expediente sancionador de la LDC mediante Terminación Convencional constituye un modo de terminación excepcional mediante el que se pone fin al procedimiento administrativo. Por un lado se trata de una resolución administrativa, y, a la vez, los interesados acuerdan implementar los compromisos alcanzados, de manera que los interesados en el procedimiento que finaliza con este tipo de resolución vienen doblemente obligados a respetar los compromisos alcanzados.

Los efectos del incumplimiento de los compromisos y obligaciones establecidos en una terminación convencional están previstos en el artículo 39.7 del

Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que establece lo siguiente:

“7. El incumplimiento de la resolución que ponga final procedimiento mediante la terminación convencional tendrá la consideración de infracción muy grave de acuerdo con lo establecido en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, pudiendo determinar, asimismo, la imposición de multas coercitivas de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el artículo 21 del presente Reglamento, así como, en su caso, la apertura de un expediente sancionador por infracción de los artículos 1, 2 ó 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio”.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar la terminación convencional del presente expediente sancionador S/00203/09 COAPI al amparo de lo previsto en el artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, teniendo los compromisos propuestos por las partes carácter vinculante en cuanto a su cumplimiento y los efectos establecidos en el citado artículo 52.

SEGUNDO.- El incumplimiento de los compromisos presentados tendrá la consideración de infracción muy grave según el artículo 62.4.c) de la LDC y el artículo 39.7 del RDC.

TERCERO.- Encomendar a la Dirección de Investigación la vigilancia de esta Resolución de terminación convencional y, por tanto, de los compromisos propuestos y de las obligaciones impuestas.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo sí acudir ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el plazo de dos meses contados desde el día de su notificación.