

RESOLUCIÓN

(Expte. S/0477/13 COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL- COAPI)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 11 de diciembre de 2014

La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), ha dictado esta Resolución en el expediente S/0477/13 COAPI, incoado por la extinta Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), contra el COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (COAPI), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia tipificadas en el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 11 de marzo de 2013, tuvo entrada en la CNC escrito de **denuncia** de D. [XXX] (folios 2 a 33), Agente de la Propiedad Industrial, contra el COAPI, por posibles conductas restrictivas de la competencia prohibidas por la LDC, consistentes en establecer la colegiación obligatoria para el ejercicio de la profesión de Agente de la Propiedad Industrial (API), en el cobro de cuotas ordinarias variables sobre trabajos profesionales de los colegiados y en la exigencia de la obtención y pago de 100 sellos colegiales para el acceso al listado de peritos judiciales del Colegio profesional.
2. El 19 de abril de 2013, la extinta DI, con objeto de determinar la existencia de indicios de infracción que justificaran la incoación de un expediente sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, acordó llevar a cabo una **información reservada** (bajo la referencia DP/11/2013), dentro de la cual realizó un requerimiento de información al

COAPI en esa misma fecha (folios 34 a 40), cuya respuesta tuvo entrada en la CNC el 3 de mayo de 2013 (folios 125 a 182). No obstante, el 22 de abril de 2013 el COAPI remitió a la CNC un escrito que tenía preparado desde que se le trasladó copia de la denuncia del particular (folios 41 a 118).

3. El 30 de mayo de 2013, la DI acordó el inicio de una investigación que se llevaría a cabo bajo la referencia S/0477/13 y la incorporación a la misma de la documentación de las diligencias previas (DP/11/2013). Asimismo, con fechas 14 y 18 de junio de 2013 se incorporó de oficio por el Instructor del expediente determinada documentación a dicha investigación (folios 191 a 200 y folios 202 a 213, respectivamente).
4. El 19 de junio de 2013, la entonces DI, considerando la existencia de indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC acordó, de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, la **incoación de expediente sancionador S/0477/13** por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC, consistentes en (i) la adopción de criterios para el acceso a las listas de peritos judiciales basados en la antigüedad y las actuaciones ante la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), (ii) la adopción de baremos o normas orientativas para determinar el cobro de honorarios, y (iii) el cobro de cuotas ordinarias variables basadas en la actividad profesional que cada API desarrolla ante la OEMP, que podrían restringir la competencia entre los API (folios 214 a 215).
5. El 28 de junio de 2013, la DI remitió un requerimiento de información al COAPI (folios 232 a 235) en el que se le solicitaba información sobre (i) datos de los baremos orientativos establecidos por el COAPI desde el año 2009 hasta ese momento, (ii) las normas orientativas para la determinación de los honorarios devengados por la intervención profesional de los API, (iii) el origen de las cuotas ordinarias variables, servicios que presta el COAPI a los colegiados que son cubiertos por estas cuotas y razón por la que el COAPI acude al Boletín Oficial de la Propiedad Industrial (BOPI) para conocer la actividad profesional de sus colegiados y (iv) las posibles diferencias entre los listados periciales solicitados por jueces o particulares y si se elaboraban listados particularizados de peritos. El 16 de julio de 2013, tras la ampliación de plazo concedida por la DI el 9 de julio de 2013 (folios 239 a 240), el COAPI remitió el escrito de contestación a dicho requerimiento de información (folios 242 a 286).
6. Con fecha de 9 de octubre de 2013, tuvo entrada en la Dirección de Competencia (DC) de la CNMC escrito del Presidente del COAPI, proponiendo la terminación convencional del procedimiento (folios 298 a 356), la cual fue denegada por la DC el 21 de octubre de 2013 (folios 363 a 365) al considerar que, desde una perspectiva sustantiva, las conductas investigadas habían tenido efectos irreversibles sobre la competencia durante un periodo de tiempo significativo y que, además, la no continuación del procedimiento sancionador

ponía en riesgo la eficacia y el carácter disuasorio de la normativa de competencia, dado que el COAPI ya fue advertido por la extinta DI de que debía adaptarse a la norma vigente y promover la competencia efectiva en sus distintos ámbitos de actuación.

7. El 8 de noviembre de 2013, se remitieron por parte de la DC varios requerimientos de información. En concreto, a la OEPM se le solicitó información relacionada con la gestión de solicitudes de propiedad industrial mediante la sede electrónica de su página Web y sobre los posibles acuerdos que hubieran firmado con el COAPI (folios 381 a 382). A D. [XXX] se le solicitó información adicional sobre algunos puntos de su denuncia interpuesta contra el COAPI, en particular, en relación al procedimiento de gestión de las solicitudes ante la OEPM (folios 398 a 398) y, finalmente, al COAPI se le requirió que aclarara los motivos por los que la cuota ordinaria variable estaba ligada al número de actuaciones de los colegiados ante la OEPM, así como que concretara cuáles son los servicios colegiales que prestaba ligados al cobro de la cuota ordinaria variable, qué acuerdos había firmado con la OEPM que estuviesen relacionados con la sede electrónica que esa Oficina puso en marcha en el año 2009 y, por último, en qué situaciones actuaba como canal o intermediario necesario ante la OEPM (folios 388 a 390). Las respuestas a dichos requerimientos tuvieron lugar el 19, 20 y 21 de noviembre de 2013, respectivamente (folios 402 a 404, folios 405 a 412 y folios 413 a 429).
8. Con fecha 21 de enero de 2014, la DC, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC, formuló **Piiego de Concreción de Hechos** (en adelante PCH) (folios 493 a 520) que fue notificado a ambas partes al día siguiente. Con fecha 5 de febrero de 2014 tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones al PCH de D. [XXX] (folio 590) y, el día 7 de febrero de 2014, el del COAPI (folios 592 a 782).
9. El 20 de febrero de 2014, la DC solicitó información a la OEPM en relación a la gestión práctica de las notificaciones y comunicaciones a los API de los actos administrativos que se suceden durante la tramitación de cada expediente (folios 783 a 784). El escrito de respuesta de la OEPM tuvo entrada en el registro de la CNMC el 11 de marzo de 2014 (folios 790 y 791).
10. Conforme a lo previsto en el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), el 18 de marzo de 2014 la DC acordó el **cierre de la fase de instrucción** (folio 792), y el 27 de mayo de 2014, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, emitió **Propuesta de Resolución** (PR) (folios 803 a 847).
11. Con fecha 30 de mayo de 2014, tuvo entrada en la CNMC el escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución de D. [XXX] (folio 949) y el 13 de junio de 2014 el del COAPI (folios 950 a 1018).

12. Con fecha 17 de junio de 2014, al amparo del artículo 50.5 de la LDC, la DC elevó al Consejo de la CNMC su **Informe y Propuesta de Resolución** y se remitió el expediente al mismo para su resolución.
13. En su escrito de alegaciones a la PR, el COAPI solicitaba se practicaran ante el Consejo de la CNMC determinadas pruebas y actuaciones complementarias. En concreto, solicitó (i) que se tuvieran por aportados los documentos que adjuntó a su escrito (Documentos anexos 1 a 4), y (ii) que se requiriese a los Juzgados y Tribunales a los que se les remitió el listado de peritos en los años 2011, 2012 y 2013, para que informaran sobre el número de procedimientos en los que se había designado a peritos API y, subsidiariamente, se requiriese directamente a los profesionales que figuraban en dichas listas de peritos, para que informaran sobre si habían actuado en alguna ocasión como peritos judiciales [prueba ya solicitada por el COAPI el 13 de diciembre de 2013 y en sus alegaciones al PCH, siendo denegada por la DC]. Por Acuerdo del Consejo de 30 de octubre de 2014 se admitió la prueba documental aportada, y se denegó la relativa a los requerimientos por considerarla innecesaria y no susceptible de desvirtuar la valoración del PCH sobre el carácter anticompetitivo de la conducta imputada. Asimismo, en dicho Acuerdo del Consejo se declararon de oficio confidenciales los folios 989 a 1006 y 1007 a 1016.
14. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 11 de diciembre de 2014.
15. Son interesados:
 - EL COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (COAPI).
 - D. [XXX].

HECHOS PROBADOS

I. LAS PARTES

Las partes implicadas en el presente expediente son las siguientes:

1. D. [XXX]

Particular denunciante en el presente expediente. Agente de la propiedad industrial, inscrito en el Registro de Agentes de la OEPM en el año 1992 y colegiado del COAPI desde el año 2000 por exigencia obligatoria de colegiación.

2. COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (COAPI)

Corporación de derecho público con personalidad jurídica propia, constituida en 1927, que reúne a todos los API de España, y que es denunciada en el presente expediente. El COAPI se rige por la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (LCP), por la legislación general sobre propiedad industrial, por sus Estatutos, aprobados mediante el Real Decreto 278/2000, de 25 de febrero (revisados en marzo de 2010 y actualmente sometidos a la aprobación del Gobierno) y por su normativa interna (Reglamento de Régimen Interior y Código de Conducta).

II. NORMATIVA APLICABLE

De acuerdo con la DC la normativa aplicable con respecto a los API, a los Colegios Profesionales y a los peritos judiciales (apartados (15) a (26) del PCH) es la siguiente:

En cuanto a **los API**, definidos en el artículo 2.2 de los Estatutos del COAPI como *“las personas físicas inscritas en el Registro Especial de Agentes de la Propiedad Industrial de la Oficina Española de Patentes y Marcas”* cuyas *“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”* (folio 7), no tienen, con carácter general, reserva legal de actividad, de acuerdo con la Ley de Patentes. Así, la actividad propia de un API la puede ejercer directamente el interesado o cualquier persona física o jurídica que éste designe como su representante y esté debidamente autorizada ante la OEPM, sea API o no (folio 43), salvo en los casos de solicitudes ante la OEPM de no residentes en un Estado miembro de la UE, que, según lo dispuesto en el artículo 155.2 de la Ley de Patentes (folio 253), sí requieren la actuación de un API.

En España, la profesión de API es una profesión regulada, lo que significa que la actividad o conjunto de actividades profesionales requiere, de manera directa o indirecta, estar en posesión de determinadas cualificaciones profesionales, título administrativo y un conocimiento preciso del derecho positivo español, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 1837/2008.

En concreto, la profesión de API se regula en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (Agentes y mandatarios: Título XV, artículos 155 a 159) y en el Real Decreto 2245/1986, de 10 de octubre, que desarrolla la anterior (Título IV, artículos 59 a 75) (folio 42), modificado por el Real Decreto 245/2010, de 5 de

marzo, que recoge, entre otras cuestiones, la actualización del régimen de adquisición de la condición y del ejercicio de la actividad de agente de la propiedad industrial en consonancia con los principios incorporados en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Los requisitos legales que ha de cumplir un API son, entre otros: i) titulación superior (licenciado, arquitecto o ingeniero) ; ii) examen de aptitud de la OEPM acreditativo de los conocimientos necesarios para la actividad profesional de API; iii) constituir fianza a disposición de la OEPM para garantizar las responsabilidades en que puedan incurrir frente a dicha Oficina en el ejercicio de su profesión y iv) concertar un seguro de responsabilidad civil por daños y perjuicios causados por los API en el ejercicio de su profesión.

De conformidad con el Real Decreto 278/2000 que aprueba los Estatutos del COAPI, para el ejercicio de la profesión resulta requisito indispensable la colegiación de los API en dicho Colegio. El artículo 2.1. de los Estatutos del COAPI establece la colegiación obligatoria para el ejercicio de la profesión: «*El Colegio estará integrado por todos los agentes de la propiedad industrial, quienes habrán de estar incorporados al mismo como requisito indispensable para el ejercicio de dicha profesión*» (folio 7). Los Estatutos revisados en el año 2010 que están pendientes de la aprobación del Gobierno, mantienen este requisito (folio 93). Desde julio de 2013, los Estatutos vigentes publicados en la Web del COAPI, incluyen el siguiente texto como nota a pie de página del artículo 2.1: «*Precepto declarado vigente en aplicación de lo dispuesto en el párrafo tercero de la disposición transitoria cuarta de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio: "En el plazo máximo de doce meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley que determine las profesiones para cuyo ejercicio es obligatoria la colegiación. Dicho Proyecto deberá prever la continuidad de la obligación de colegiación en aquellos casos y supuestos de ejercicio en que se fundamente como instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios y en aquellas actividades en que puedan verse afectadas, de manera grave y directa, materias de especial interés público, como pueden ser la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas. Hasta la entrada en vigor de la mencionada Ley se mantendrán las obligaciones de colegiación vigentes."*» (folio 334).

Por lo que se refiere a los **Colegios Profesionales** en general, su actual regulación, la citada LCP, data de 1974 y desde entonces ha sido sometida a considerables reformas, en especial para su adaptación a la Directiva de Servicios a través de la reforma de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de

diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Ómnibus). El artículo 5 de la Ley Ómnibus por el que se modifica la LCP introduce un total de dieciocho modificaciones y especifica que sus efectos alcanzan, además de a la regulación legal, a las normas colegiales de cualquier tipo, sean estatutos, reglamentos de régimen interior, códigos deontológicos o de conducta y otras normas, dado que, en el marco actual, las normas internas colegiales pueden facilitar restricciones de la competencia contrarias al objetivo liberalizador de la Directiva de Servicios, al impedir o dificultar la libre prestación de servicios profesionales.

La versión de la LCP previa a la actualización de 2009, disponía en su artículo 2.1 que *“El ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal”* y en el artículo 2.4 que *“Los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con transcendencia económica observarán los límites del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, (...)”*. La actualización de la LCP publicada el 23 de diciembre de 2009, que entró en vigor a partir del 27 de diciembre de 2009, mantiene la observancia de la legislación de competencia en el ejercicio de las profesiones colegiadas de igual forma que su versión previa:

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

«Artículo 2.4. Los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios observarán los límites de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.»

El artículo 5 de la Ley Ómnibus que modifica la LCP exige que la obligación de colegiación obligatoria se determine por una ley estatal (actualmente pendiente de aprobación por el Gobierno) y no por Estatutos o acuerdos colegiales de rango inferior, estableciendo en su artículo 3.2 que *“Será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal. La cuota de inscripción o colegiación no podrá superar en ningún caso los costes asociados a la tramitación de la inscripción”*. No obstante, mientras el Gobierno aprueba la futura Ley de Servicios Profesionales en relación con la delimitación de las reservas de actividad y de las profesiones que deben quedar sujetas al régimen excepcional de colegiación obligatoria, se mantienen transitoriamente las obligaciones de colegiación existentes a fecha de entrada en vigor de la Ley Ómnibus según la

Disposición transitoria cuarta: *“Hasta la entrada en vigor de la mencionada Ley se mantendrán las obligaciones de colegiación vigentes”*.

La reforma de la LCP de diciembre de 2009 incluyó la prohibición expresa de que los Colegios establecieran *“baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales”* (artículo 14 de la LCP), salvo lo establecido en su disposición adicional cuarta, esto es para la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados, o para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita.

El anteproyecto de la futura Ley de Servicios y Colegios Profesionales de 2 de agosto de 2013 estaba, en el momento de redacción del PCH, en proceso de aprobación por las Cortes Generales; y entre otras cuestiones, pretende adaptar a la realidad de libre prestación de servicios aspectos básicos de la regulación que concierne a los Colegios Profesionales, establecer una lista de profesiones de colegiación obligatoria que sólo podrán exigirse por ley estatal, y disponer que los requisitos que obliguen a ejercer de forma exclusiva una profesión o que limiten el ejercicio conjunto de dos o más profesiones, serán solo los que se establezcan por ley.

Por último, y con respecto a los **peritos judiciales**, queda su actuación definida por los artículos 340 y 341 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Criminal (LEC) que aquí se transcriben:

«Artículo 340. Condiciones de los peritos.

1. Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias.

2. Podrá asimismo solicitarse dictamen de Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello.

3. En los casos del apartado anterior, la institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo, a las que se exigirá el juramento o promesa previsto en el apartado segundo del artículo 335.»

«Artículo 341.

1. En el mes de enero de cada año se interesará de los distintos Colegios profesionales o, en su defecto, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos. La primera designación de cada lista se

efectuará por sorteo realizado en presencia del Secretario Judicial, y a partir de ella se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo.

2. Cuando haya de designarse perito a persona sin título oficial, práctica o entendida en la materia, previa citación de las partes, se realizará la designación por el procedimiento establecido en el apartado anterior, usándose para ello una lista de personas que cada año se solicitará de sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas, y que deberá estar integrada por al menos cinco de aquellas personas. Si, por razón de la singularidad de la materia de dictamen, únicamente se dispusiera del nombre de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento y sólo si todas lo otorgan se designará perito a esa persona.»

III. HECHOS ACREDITADOS

Una vez analizada la información que obra en el expediente y la descrita por la DC en los apartados (27) a (67) del PCH, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC considera acreditados los siguientes hechos:

A raíz de la entrada en vigor de la Ley Ómnibus el COAPI revisó sus Estatutos con el objeto de adaptarlos a dicha ley e incorporó las modificaciones de varios artículos de la LCP que ésta había supuesto. Asimismo informó de que revisaría su Código de Conducta y Reglamento de Régimen Interior.

El 20 de junio de 2011 la entonces DI, consciente de que tras la transposición de la Directiva de Servicios no se había remitido a las Cortes el Proyecto de Ley para determinar las profesiones para cuyo ejercicio es obligatoria la colegiación, y de que esto retrasaba la aprobación de los nuevos Estatutos adaptados a la LCP, remitió carta al COAPI (y a todos los Consejos Generales o Superiores de Colegios) para ofrecerle su colaboración en la adaptación a la norma vigente y para promover la competencia efectiva en sus distintos ámbitos de actuación. En la carta se instaba a la revisión de sus Estatutos y demás normas reguladoras de la profesión, y a hacer públicas las cláusulas derogadas como consecuencia de las modificaciones incluidas en la LCP o por contravenir la LDC. Esta actuación se completó con una reunión particular en abril de 2012, para la revisión conjunta de los Estatutos y demás normativa interna desde la óptica de la LDC.

Sin embargo, al menos hasta la incoación del expediente sancionador S/0447/13, en la página Web del COAPI estaban publicados los Estatutos del año 2000 y el Reglamento de Régimen Interior y Código de Conducta del año 2001, sin menciones o aclaraciones sobre que pudieran estar derogados o afectados por las disposiciones internas de transposición de la Directiva de Servicios, en particular de la revisión de la LCP, vigente desde el 27 de diciembre de 2009. Fue el 25 de julio de 2013 cuando el COAPI comunicó a los colegiados que, para evitar inseguridad jurídica sobre los preceptos de la normativa estatutaria y

reglamentaria del Colegio que pudieran estar derogados o afectados por la revisión de la LCP, procedía a la publicación de los textos revisados de los Estatutos y Reglamento de Régimen Interno.

En concreto y con respecto a las cuotas, listados de peritos y baremos orientativos se puede afirmar que:

Las **cuotas** del COAPI son de tres tipos, las de entrada, las ordinarias (que a la vez se dividen en las fijas anuales y las variables en función de la actividad profesional desarrollada por los colegiados ante la OEPM, por las que paga más quien realiza una actividad profesional mayor) y las extraordinarias. La implantación de la ordinaria variable de 1 euro por solicitud es una obligación de pago impuesta desde el 25 de enero de 2001 a los API para cobrar por cada trámite que realizan ante la OEPM. El 28 de enero de 2009, a raíz del descenso en la recaudación de dichas cuotas variables, se estableció el mandato de que la Junta General de COAPI obtuviera de la OEPM la publicación del agente relacionado con el apunte publicado por la Oficina, y que se contratase un programa informático que detectara, en las publicaciones del BOPI (Boletín Oficial de la de la Propiedad Industrial), el agente encargado de cada actuación, y de elaborar y emitir recibos domiciliados a cada agente. Asimismo se firmó entre el COAPI y la OEPM un protocolo para resoluciones de incidencias generales por el cual se podría avisar de interrupciones en el servicio telemático.

En el borrador de nuevos Estatutos se establecen modificaciones con respecto a las cuotas, si bien se sigue contemplando la existencia de cuotas variables dentro de las ordinarias, que se establecen en función de la actividad profesional que los colegiados realicen ante la OEPM, presuntamente para un reparto más equitativo de la carga que el pago de estas cuotas supone para cada colegiado.

En cuanto a los criterios generales de acceso al **listado de peritos** (antigüedad de cinco años en el ejercicio de la profesión, estar al corriente en el pago de todas las cuotas y un número mínimo de 100 intervenciones ante la OEPM), fueron adoptados en el año 2001 según la circular nº14 de fecha de 28 de junio de 2001 y han estado vigentes hasta la circular nº15 de 25 de julio de 2013, admitiendo COAPI que elaboraba un listado único de API colegiados que podían actuar como peritos en procedimientos judiciales o ante particulares, sin hacer diferencias entre ambas ni aplicar criterios particulares por disponibilidad geográfica o especialidad para su elaboración. Con fecha posterior (9 de octubre de 2013) se aportó nuevo listado en el cual se matizaba que seguía abierto a nuevas incorporaciones y que sólo se enviaba a los órganos jurisdiccionales a petición de parte. En la citada circular nº 15 se informaba de que el listado de peritos judiciales solo sería de aplicación y empleo para la designación judicial, y que cuando fuesen las Administraciones Públicas, empresas, o cualquier otra persona física o entidad jurídica las que solicitasen expertos de cualquier modalidad, se remitirá el listado general de colegiados.

En relación a **los baremos orientativos**, era clara la existencia de los mismos pues así se establecía, por ejemplo, en el artículo 40 de los vigentes Estatutos del COAPI o en el artículo 20 del Reglamento de Régimen Interior. Si bien es cierto que desde 2009 COAPI no ha elaborado ni aprobado baremos ni normas orientativas para la determinación de los honorarios devengados por API, y que el borrador de los nuevos Estatutos establece la libertad de los API para establecer los mismos de acuerdo con la normativa sobre libre competencia y competencia desleal, no fue hasta la incoación del expediente sancionador que COAPI incluyó en su WEB la anotación de que los artículos conflictivos se entendían tácitamente derogados. Mientras tanto la DC ha tenido constancia (junio de 2013) de que estos baremos habrían seguido aplicándose a tenor de los datos recuperados de Internet y de las constantes consultas que el COAPI recibía por correo electrónico y por vía telefónica.

Por último, en cuanto al expediente [confidencial] que incoó el COAPI [confidencial] con fecha de 27 de febrero de 2013 [confidencial], con fecha de 17 de septiembre de 2013 la Junta Directiva del COAPI comunicó la suspensión del mismo hasta la conclusión de las diligencias abiertas por la extinta CNC y a resultas de las mismas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial y normativa aplicable.

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley 3/2013), mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC.

Según la disposición adicional segunda de la misma Ley *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007 de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los*

procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio” y según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “la Sala de la Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley de 15/2007, de 3 de julio”.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

Por lo que respecta a la normativa aplicable, se trata en el presente expediente de prácticas realizadas durante la vigencia de la Ley 16/1989 y de la LDC, y ambas leyes prohíben todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

Así pues, como se ha señalado en ocasiones anteriores, resultaría indiferente aplicar uno u otro precepto legal debiendo optarse por una de las dos leyes si bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, deberá ser aquella que sea más beneficiosa para el infractor en el caso concreto, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable.

En atención a ello, la Ley 15/2007 es, con carácter general, la norma aplicable al presente procedimiento sancionador, sin perjuicio de la aplicación al COAPI de la Ley 16/1989 únicamente para el cálculo de la multa, como se detalla en el Fundamento de Derecho Sexto, y ello en atención a que en la medida en que el Colegio es un operador económico sin cifra de negocios, la Ley 16/1989 resulta más favorable a los efectos de determinar la cuantía de la multa.

SEGUNDO.- Objeto de la Resolución y propuesta del órgano instructor.

Sobre la base de la instrucción realizada por la DC que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, y de las alegaciones que a la misma realizaron las partes interesadas, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deberá pronunciarse en la presente resolución sobre si el COAPI ha cometido y es responsable de una infracción del artículo 1 de la LDC, tal y como señala la DC.

Las prácticas supuestamente restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la LDC por las que el particular, D. [XXX], denunció al COAPI, consistían en (i) establecer la colegiación obligatoria para el ejercicio de la profesión de Agente de la Propiedad Industrial, (ii) el cobro de cuotas ordinarias variables sobre trabajos profesionales de los colegiados y (iii) la exigencia de la obtención y pago de 100 sellos colegiales de importe fijo equivalente,

correspondiente a cuotas ordinarias variables sobre trabajos profesionales de los colegiados, para el acceso al listado de peritos judiciales del Colegio profesional.

Sin embargo, con respecto a la exigencia de colegiación obligatoria a los API, la DC consideró que la denuncia no tenía fundamento pues hasta que no se aprobase una ley estatal que determinara para el ejercicio de qué profesiones era obligatoria la colegiación, se mantenían transitoriamente las obligaciones de colegiación existentes (Disposición Transitoria 4ª de la Ley Ómnibus). Así, dado que aún estaba pendiente de aprobación dicha ley estatal, esta práctica no podía considerarse que restringiera la competencia.

En cambio, tras la instrucción del expediente la DC sí consideró que constituían una infracción tipificada en el artículo 1.1 de la LDC las conductas que se detallan a continuación. En primer lugar, la existencia de determinados **criterios para la confección del listado de peritos en procedimientos judiciales**. En este sentido, el COAPI estableció en su circular nº14 de 28 de junio de 2001 la obligación de acreditación de experiencia profesional para el acceso al listado de peritos mediante el triple concepto de a) antigüedad de al menos cinco años en el ejercicio de la profesión, b) estar al corriente del pago de todas las cuotas del Colegio y c) el pago anual de 100 solicitudes de cualquier tipo ante la OEPM. Asimismo el COAPI confirmó que elaboraba un listado único de API colegiados, tanto para los casos de actuación de los peritos en procedimientos judiciales como ante particulares (entendiendo como tales a las Administraciones Públicas, empresas u otras personas físicas o entidades jurídicas, públicas o privadas). La DC sostuvo por ello que dichos criterios, además de que excedían lo establecido en la LEC, suponían una barrera injustificada de acceso al ejercicio de la profesión a nuevos API o a los de menor experiencia, y una discriminación entre competidores con capacidad técnica suficiente para el ejercicio libre de la labor pericial, limitando así la competencia efectiva entre API.

En segundo lugar, la conducta consistente en **el cobro de cuotas ordinarias variables por trabajos ante la OEPM**, que según la DC suponía un cobro injustificado, porque dichas cuotas no respondían a servicios prestados por el COAPI (en este sentido, recuerda que el COAPI no interviene en la gestión de las solicitudes de propiedad industrial que se tramitan ante la OEPM), y que asimismo dichas cuotas generaban un tratamiento discriminatorio entre los colegiados dado que perjudicaba a los que más trabajasen, ya que debían pagar más.

Por último, la conducta consistente en **la recomendación de baremos orientativos respecto a los honorarios de los servicios de los API**, en relación a la cual la DC consideró que si bien el COAPI no elaboró baremos orientativos desde que la Ley Ómnibus los prohibió en 2009, si incurrió en una falta de diligencia a la hora de informar sobre los cambios relevantes de la LCP respecto a la prohibición de dichos baremos (recuerda que mantuvo durante cuatro años y medio en su Web unos textos expresamente prohibidos sin indicar dicha

circunstancia), que tenía aptitud para distorsionar la competencia por afectar la libertad de fijación de precios de los API.

En concreto y una vez finalizada la instrucción del expediente, en base al artículo 50.4 de la LDC, la DC propuso al Consejo la siguiente declaración de infracción:

“Primero. Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, consistentes en la adopción de criterios para el acceso a las listas de peritos judiciales basados en la antigüedad y las actuaciones ante la OEPM, en la recomendación de baremos orientativos para determinar el cobro de honorarios, y en el cobro de cuotas ordinarias variables basadas en la actividad profesional que cada API desarrolla ante la OEPM.

Segundo. Que se declare responsable de dicha infracción al Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial (COAPI).

Tercero. Que las conductas prohibidas se tipifiquen, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC”.

TERCERO.- Alegaciones de COAPI a la PR y propuesta de práctica de prueba.

En las alegaciones a la PR que tuvieron entrada el 13 de junio de 2014, el COAPI reitera básicamente las que ya expuso en su escrito de alegaciones al PCH de 7 de febrero de 2014 (a excepción de la relativa a la exigencia de colegiación obligatoria por cuanto que, como señaló la DC, dicha exigencia sigue vigente para los API en tanto no se apruebe la futura Ley de Servicios Profesionales), si bien utiliza argumentos adicionales para intentar rebatir la valoración de la DC. En concreto, el COAPI divide sus alegaciones en función de las tres conductas que se le imputan, y finaliza su escrito con unas alegaciones comunes a las mismas. Asimismo propone la práctica, ante el Consejo de la CNMC, de determinadas pruebas que iremos analizando en el presente fundamento.

3.1. Sobre los criterios empleados para la confección del listado de peritos en procedimientos judiciales.

En relación a este hecho el COAPI considera que (i) el listado de peritos elaborado por el COAPI no ha tenido la aptitud de restringir de forma significativa la competencia, por lo que no resultaría aplicable el artículo 1 de la LDC, en virtud de lo establecido en los artículos 5 de la LDC y 3.1 del RDC; (ii) subsidiariamente, los efectos en el mercado de los criterios utilizados para la confección de los listados de peritos han sido prácticamente inapreciables, y (iii) la inadmisión de la prueba documental que propusieron en su escrito de 13 de diciembre de 2013, y

que reiteraron en sus alegaciones al PCH de 7 de febrero de 2014, le provoca indefensión.

(i) Con respecto al primero de estos argumentos, el COAPI considera que, dada la heterogeneidad de las cualificaciones profesionales de los API, derivada del hecho de que cualquier titulado universitario con un conocimiento preciso del derecho positivo español, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.3 del Real Decreto 1837/2008³, puede acceder a dicha profesión, es bastante improbable que se designe a un perito API en un procedimiento judicial, siendo más normal acudir a un experto en la materia. Y ello por cuanto que si se designase a un API por insaculación a partir del listado de peritos judiciales, tal y como prevé el artículo 341.1 de la LEC, éste podría tener cualquier tipo de formación universitaria y carecer de los conocimientos necesarios para el preciso caso concreto, lo cual no tiene, en su opinión, sentido alguno. Asimismo, alega que el nuevo listado de peritos API, confeccionado tras la eliminación de los requisitos de antigüedad y experiencia, tampoco permite conocer la formación específica de cada uno de los API, por lo que no parece probable que en un procedimiento judicial se generase la necesidad de acudir a un perito API, entendiéndose más razonable acudir a un experto en la materia concreta a la que se refiere la modalidad de protección objeto del procedimiento judicial.

Así, la lista de peritos únicamente se utilizaría, como indican el artículo 335 y siguientes de la LEC, cuando alguna de las partes o el propio juez, solicitasen la designación judicial de perito API (la cual, entiende el COAPI, no parece muy probable por los motivos alegados). Sin embargo, el COAPI diferencia este tipo de designación de la que se realiza a un API concreto como perito en un procedimiento judicial en atención a su formación, en cuyo caso sí tendría sentido designar al mismo a través del listado de API disponible en la web del COAPI, que permite de antemano contactar con el API que disponga de la formación requerida.

Por otro lado, el COAPI señala que aunque de la PR resalta que el listado de peritos judiciales también iba dirigido a los particulares, únicamente consta en el expediente una petición del mismo por parte de un particular, en la que específicamente se indicaba la formación concreta que debía tener el perito. En respuesta, se le remitió el listado de peritos elaborado (folio 267-275) en el que únicamente figuraba la disponibilidad geográfica y la disponibilidad profesional (marcas, invenciones y/o creaciones), por lo que no habría resultado de utilidad para satisfacer su solicitud. Asimismo, el COAPI destaca que dicho listado nunca ha estado accesible desde la página web del COAPI, a diferencia del listado completo de colegiados, sino que sólo ha sido enviado previa petición.

³ Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado.

Finalmente, el COAPI entiende llamativo el hecho de que en la PR no se haya valorado la encuesta aportada junto al escrito de alegaciones del COAPI al PCH, de la que se desprendía que, de los colegiados incluidos en la lista de peritos que contestaron por escrito a la encuesta, ninguno de ellos había participado como perito en ningún procedimiento judicial, por lo que nuevamente se ponía de manifiesto la nula utilización en la práctica del listado de peritos judiciales.

En definitiva, el COAPI considera que esta actividad totalmente residual por no decir inexistente de los peritos API no puede por menos que llevar a la conclusión de que el listado de peritos elaborado por el COAPI no ha tenido aptitud para afectar de manera significativa a la competencia, por lo que resultarían de aplicación los artículos 5 de la LDC y 3 del RDC y por tanto no aplicable el artículo 1 de la LDC.

(ii) Sin perjuicio de este primer argumento, el COAPI se refiere a la ausencia de efectos en el mercado de la exigencia por su parte de determinados requisitos de antigüedad y experiencia para acceder a las listas de peritos API.

La DC consideró que el COAPI no valoró globalmente los datos de su alegación, si bien éste expone que únicamente aportó los datos relativos a 2013, como le reprochaba la DC, por cuanto no sería posible determinar cuántos de los APIs que no reunían los requisitos para acceder al listado hubieran deseado hacerlo desde 2001, fecha en que se empezaron a exigir los requisitos, y ello precisamente por la nula actividad de los API como peritos. En cuanto a la segunda carencia apuntada por la DC, el COAPI entiende que aunque es cierto que cuentan con 320 colegiados, sólo 74 manifestaron su intención de ser incluidos en las listas de peritos, por lo que no tendría sentido tener en cuenta a los API que no deseaban ser incluidos en este listado.

En definitiva, el COAPI pone de manifiesto tanto el escaso interés de los colegiados por formar parte de estos listados, motivado por la prácticamente nula actividad de los API como peritos, tal y como hemos citado, como el exiguo alcance restrictivo que habrían supuesto los requisitos exigidos para el acceso a dicho listado.

(iii) Por último, en referencia a la prueba documental propuesta por el COAPI en su escrito de 13 de diciembre de 2013 y en su escrito de alegaciones al PCH, fue denegada por la DC por entender que no era susceptible de desvirtuar la valoración del PCH sobre el carácter anticompetitivo de los criterios de acceso al listado de peritos, y que únicamente se centraba en minimizar los efectos de la aplicación de dichos criterios. Sin embargo, el COAPI no compartía este motivo de denegación y consideraba que tanto para acreditar la falta de aptitud de la conducta para restringir de manera significativa la competencia, como para acreditar la falta de efectos en el mercado de la misma, la prueba propuesta

resultaba pertinente y, por tanto, su denegación infringía el derecho de defensa. Asimismo, y sustentando sus razonamientos con la referencia a la STS de 10 de diciembre de 2009⁴, entendía que si se le permitiese acreditar que no había habido designaciones de peritos de la lista de peritos elaborada con la exigencia de requisitos de antigüedad y experiencia, o que las mismas habían sido completamente residuales, sería posible defender la aplicación de los artículos 5 LDC y 3.1 RDC o, en su defecto, la ausencia de efectos de la conducta y, por tanto, la pertinencia de una cuantificación inferior de la eventual sanción. Por todo ello, el COAPI, al amparo del artículo 34.1 del RDC volvía a interesar la práctica de esta misma prueba documental, esto es, que se oficiase a los Juzgados y Tribunales a los que se les remitió el listado de peritos en los años 2011, 2012 y 2013, para que informaran sobre el número de procedimientos en los que se había designado a peritos API; y, subsidiariamente, si no se aceptase dicha prueba, que se oficiase directamente a los profesionales que figuraban en las listas de peritos judiciales, para que informaran sobre si habían actuado en alguna ocasión como peritos judiciales.

Respuesta de la Sala de Competencia

En primer lugar debe señalarse que la restricción de acceso al listado de peritos impuesto por el COAPI a sus colegiados es una **infracción por objeto** con claro potencial de distorsión de la competencia, por lo que todas las alegaciones efectuadas por el COAPI relativas a los posibles limitados efectos que la práctica haya podido tener, así como la pretendida consideración de la conducta como *de minimis*, son irrelevantes en tanto que no afectan a la valoración de dicha conducta como anticompetitiva.

En cuanto a las alegaciones del COAPI **(i)** respecto a que nos encontramos ante una conducta de menor importancia, bien por aplicación del artículo 5 de la LDC o del artículo 3.1 del RDC, no pueden ser aceptadas, pues recordemos que, en virtud de lo previsto en el art. 2 RDC, las restricciones por objeto no se entenderán de menor importancia, si se constata que la conducta tiene por objeto o efecto restringir apreciablemente la competencia.

El criterio jurídico esencial para determinar si la conducta de COAPI conlleva tal restricción de la competencia «por el objeto» consiste en la constatación de que esas prácticas tienen por sí mismas un grado suficiente de nocividad para la competencia. Esta Sala de Competencia así lo considera, dado que se trata de conductas por su propia naturaleza distorsionadoras del buen funcionamiento del juego normal de la competencia, puesto que son concretamente aptas, teniendo

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo por la que se estimó el recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2008, y estimó el recurso contencioso-administrativo presentado contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2007 (Expte. 612/2006, Aceites 2)

en cuenta quién las ha realizado, y el contenido jurídico y económico en el que se inscriben, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia entre API.

Igualmente, hay que señalar que la cuota de mercado es uno de los elementos a los que se refiere el artículo 5 LDC para determinar las conductas de menor importancia, y en el presente caso, la estratégica posición de COAPI en el mercado de los servicios profesionales de peritaje judicial y profesional de los API pone de manifiesto asimismo la improcedencia de pretender calificarla como conducta de menor importancia.

A lo anterior hay que añadir la consideración del muy amplio ámbito geográfico del mercado, ya que el COAPI reúne a todos los Agentes de la Propiedad Industrial de España, así como la extensa duración de la conducta, que se prolonga trece años, en lo relativo al cobro de la cuota ordinaria variable, doce años en lo relativo a la aplicación de criterios restrictivos de acceso al listado de peritos, y durante tres años en lo relativo a la recomendación de baremos sobre honorarios.

(ii) Respecto de la alegada ausencia de efectos en el mercado de la exigencia por su parte de determinados requisitos de antigüedad y experiencia para acceder a las listas de peritos API, hay que señalar que COAPI reproduce en gran medida argumentos ya planteados en sus alegaciones al PCH y que fueron respondidos por la DC en la PR, cuyas consideraciones son suscritas plenamente por esta Sala. No obstante, conviene insistir en que todas las alegaciones efectuadas por el COAPI relativas a los posibles efectos que la práctica haya podido tener son irrelevantes, como se expondrá en relación a la prueba denegada, y no afectan a la consideración de dicha conducta como anticompetitiva, por lo que no podrán valorarse por esta Sala de Competencia en este ámbito. Esto es así porque la utilización del triple criterio para la confección del listado de peritos API (esto es, antigüedad de al menos cinco años, experiencia ante la OEPM y abono de cuotas) constituyen una conducta ilícita prevista en el artículo 1 de la LDC, con capacidad o aptitud para producir apreciablemente efectos, aunque estos no se manifiesten de manera expresa.

En relación con la indefensión alegada y referida en tercer lugar **(iii)**, tal y como hemos citado en el Antecedente de Hecho (AH) 13º, por Acuerdo del Consejo de 30 de octubre de 2014 se denegó la práctica de dicha prueba por considerar que la misma iba dirigida, según señalaba el COAPI en sus alegaciones de 13 de junio de 2014, a probar los mínimos efectos de la conducta, y dado que el artículo 1 de la LDC no exige la producción de efectos en el mercado afectado para acreditar la existencia de una conducta ilícita, no pudo sino deducir el carácter innecesario de la práctica de la prueba solicitada.

En este sentido y compartiendo el criterio expuesto por la DC en su PR, entendió esta Sala que, toda vez que la práctica de dicha prueba no era susceptible de

desvirtuar la valoración del PCH sobre el carácter anticompetitivo de la conducta imputada, no podía pretenderse por el COAPI que su derecho de defensa quedase vulnerado a causa de la denegación de la misma. Todo ello, además, de conformidad con los argumentos expuestos anteriormente.

Por último, esta Sala de Competencia señalaba en su Acuerdo de 30 de octubre de 2014, que en el caso de que la conducta del COAPI hubiera podido tener determinados efectos reales e irreversibles sobre la competencia entre los API, ello se valoraría en la presente Resolución, lo cual se analizará en el Fundamento de Derecho relativo a la determinación de la multa.

Por todo cuanto antecede, a juicio de esta Sala la conducta más arriba descrita debe ser calificada de manera coincidente con la imputación recogida en el PCH y reproducida en la PR, como una infracción del artículo 1 de la LDC consistente en la adopción de criterios para el acceso a las listas de peritos judiciales basados en la antigüedad y las actuaciones llevadas a cabo ante la OEPM.

3.2. Sobre el cobro de cuotas ordinarias variables.

El COAPI considera que el cobro de cuotas ordinarias variables no es una conducta antijurídica, pues no infringe el artículo 1 de la LDC. A diferencia de la DC, el COAPI entiende que la cuota ordinaria variable (que se abona en la actualidad mediante un “sello de expedientes” por el que el COAPI cobra un euro por cada solicitud de inscripción de derechos de propiedad industrial presentada) no es ni injustificada ni discriminatoria, por las siguientes razones.

En cuanto al carácter **injustificado** del cobro que le reprocha la DC, el COAPI considera que sí está vinculado a los servicios efectivamente prestados por el COAPI en relación con cada uno de los expedientes que se originan ante la OEPM. En este sentido afirma que dichos expedientes administrativos están integrados por un buen número de actuaciones, además de las posibles incidencias que surgiesen o las modificaciones de la solicitud inicialmente presentada, que generarían aún más trámites del API ante la OEPM, por lo que, a mayor volumen de solicitudes presentadas por un API, mayor será la utilización de los servicios prestados por el COAPI. Por ello, no es posible, en su opinión, vincular de forma efectiva el pago de la cuota variable con los concretos servicios prestados (no resultaría factible determinar, para cada uno de los aproximadamente 3.000 expedientes mensuales, qué servicios concretos presta el COAPI y, en consecuencia, cobrar por ellos).

Asimismo, añade el COAPI en su argumentación, aunque las solicitudes se presenten de forma telemática, esto no significa que el COAPI no intervenga, pues es habitual que surjan incidencias que exijan su mediación. Como prueba de que el COAPI realiza muchas gestiones con la OEPM encaminadas a mejorar las deficiencias detectadas por los API en la tramitación de los expedientes a través

de la sede electrónica, aportó tres documentos incorporados al Expediente por Acuerdo de 30 de octubre de 2014 (AH 13) (el **documento nº 1**, consistente en un intercambio de emails entre el Presidente del COAPI y la Directora de la OEPM; el **documento nº 2**, formado por varias comunicaciones entre la OEPM y el COAPI, sobre la puesta en marcha de servicios telemáticos y las incidencias en los mismos; y el **documento nº 3**, donde se adjuntan correos electrónicos de colegiados comunicando incidencias en el uso de la oficina telemática de la OEPM), los cuales, considera, ponen de manifiesto que, con independencia del medio de notificación elegido por el API en un expediente concreto, surgen numerosas incidencias en la tramitación de los expedientes ante la OEPM que precisan de la intervención del COAPI, resultando muy difícil la cuantificación individual. Por tanto, se presume que, a mayor volumen de expedientes tramitados, se produce una mayor utilización de los servicios del COAPI, por lo que la cuota variable no podría considerarse en ningún caso, injustificada.

En relación a si constituye dicha cuota ordinaria variable una medida **discriminatoria**, el COAPI considera, por el contrario, que la misma permite adaptar la participación de los colegiados en los gastos de funcionamiento del COAPI, en función de los servicios que efectivamente reciben, vinculados al trabajo que desarrollan ante la OEPM y, de este modo, se evita que el pago de la cuota suponga una barrera de entrada a los API con menor volumen de actividad. Añade, además, que la exigencia de esta cuota -que genera el 50% de los ingresos totales del COAPI- nunca ha sido denunciada por ningún API, salvo el denunciante del procedimiento actual, [confidencial], lo cual no puede considerarse como una discriminación a los API con mayor volumen de trabajo sino que, por el contrario, lo que pretende es un reparto más justo y equitativo de los gastos del COAPI.

Respuesta de la Sala de Competencia

En relación con estas consideraciones, que ya fueron en gran parte puestas de manifiesto por el COAPI en sus alegaciones al PCH, esta Sala de Competencia comparte los argumentos expuestos por la DC y reflejados en los apartados (27) a (34) de la PR, sin que las alegaciones del COAPI a la misma hayan conseguido desvirtuarlos. Así, esta Sala considera que el COAPI no ha demostrado que el cobro de esta cuota variable - concepto de pago obligatorio para poder ejercer la profesión, con los efectos negativos para la competencia que dichos conceptos pueden suponer si son, como en el presente caso, excesivos o discriminatorios⁵-, no se aplique por igual a todos los API, sin diferenciar a los que realmente solicitan y utilizan los servicios del COAPI de los que no lo hacen, por lo que no puede dudarse de su carácter injustificado y discriminatorio.

⁵ Así se reflejaba en el Informe sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva de Servicios, publicado por la CNC en 2012, que advierte de los peligros para la competencia de dichos conceptos.

Llama la atención a esta Sala que el COAPI considere que esta cuota procura un reparto más justo y equitativo de los gastos del COAPI cuando precisamente puede conducir, como manifiesta la DC en su PR, a que determinados API que realicen muchas actuaciones ante la OEPM, pero que no requieren intervención alguna del COAPI en las incidencias de trámite que surjan, abonen al COAPI por actuaciones que no le generan al Colegio carga de trabajo alguna. De la misma forma, un API con pocas actuaciones ante la OEPM en la tramitación de sus expedientes pero con muchas incidencias de tramitación, podría requerir la intervención frecuente del COAPI empleando sus servicios y recursos, costeados por el pago obligatorio del sello de expedientes por todos los restantes API.

Datos mencionados en el expediente -como la existencia de correos electrónicos de API solicitando la actuación del COAPI, por ejemplo- demuestran que resulta posible estructurar las cuotas colegiales de acuerdo a criterios objetivos que midan el uso realizado por los colegiados y la carga de trabajo generada por los mismos.

3.3 Sobre la recomendación de baremos orientativos respecto a los honorarios de los servicios de los API.

Con respecto a esta conducta que se le imputa, el COAPI considera que ni es antijurídica, por cuanto que no infringe el artículo 1 de la LDC, ni se puede apreciar culpa en ella, ni aun a título de mera negligencia.

El COAPI entiende que de la descripción de los hechos en que consiste su conducta, solamente se desprende que lo único que hicieron fue mantener en su web cuatro referencias obsoletas a unos baremos orientativos, inexistentes desde 2008 y no accesibles en su página web desde ese año, sin haber informado expresamente sobre su derogación tácita por la Ley Ómnibus, lo cual demuestra que su conducta no es **antijurídica**, pues en ningún caso se puede equiparar a una actitud activa de recomendación de honorarios orientativos “*que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional (...)*”, como exige el artículo 1.1 LDC.

El COAPI no niega que hasta julio de 2013 no se indicó que esas referencias estaban derogadas por la redacción de la Ley de Colegios Profesionales introducida por la Ley Ómnibus, pero también es cierto que no había ningún baremo orientativo de honorarios accesible en la web del COAPI. En este sentido indica que la DC no ha considerado en su PR que el último baremo de honorarios orientativo aprobado por el COAPI fue el del año 2007, y así lo acreditaba con el **documento nº 4** (certificación del Secretario de la Junta Directiva del COAPI en la que se hace constar que el COAPI no ha elaborado ningún baremo ni norma orientativa de honorarios desde el año 2008 y que desde esa fecha no están

disponibles en su página web los correspondientes al año 2007) que presentó como prueba documental admitida por Acuerdo del Consejo de 30 de octubre de 2014. Asimismo, el COAPI resalta que en Junta General Extraordinaria de 17 de marzo de 2010 aprobó la modificación de sus Estatutos para adaptarlos a la Ley Ómnibus, y que los envió a todos los colegiados, lo cual es una muestra de que dio publicidad suficiente a la derogación de la posibilidad de establecer baremos. El hecho de que dichos Estatutos estén en la actualidad sin aprobarse por el Gobierno es por causas imputables exclusivamente a éste y parece curioso que, justamente, se le exija al COAPI una diligencia adicional y extraordinaria para informar de dicha derogación. Por último también señala que contestó a todas las consultas sobre baremos de honorarios informando de que, por imperativo legal, ya no existían y que si no modificó el resto de su normativa reguladora - Reglamento de Régimen Interior y Código de Conducta- fue porque se tomó la decisión de no hacerlo hasta la aprobación definitiva de los nuevos Estatutos.

Como indicativo de que la conducta imputada al COAPI ni ha sido apta para restringir la competencia ni, evidentemente, ha tenido ningún efecto en un mercado cada vez más competitivo, el Colegio cita diferentes ofertas de webs de operadores alternativos en el mercado de agencias de propiedad industrial en las que únicamente se cobra las tasas de la OEPM o una pequeña cantidad en concepto de honorarios, dentro del mercado del registro de marcas.

Por lo que se refiere a las dos agencias de propiedad industrial ([confidencial]) citadas por la DC, y que hacían referencia a los baremos orientativos, el COAPI alega que, por un lado, en ellas se hace referencia a que el IVA aplicable es del 16 % lo que demuestra que dichos documentos son anteriores a la entrada en vigor de la Ley Ómnibus (pues dicho tipo sólo estuvo vigente hasta el 1 de julio de 2010, fecha en la que se aumentó al 18 %), además de que sólo fueron dos las agencias encontradas, de entre todos los colegiados. Pero es que, por otro lado, tampoco se puede responsabilizar al COAPI de los actos de esas agencias que, de haber seguido aplicando los baremos orientativos, lo habrían hecho por decisión comercial individual, pero nunca por recomendación del COAPI.

Finalmente, para apoyar sus argumentos el COAPI se refiere a la Resolución de la CNMC de 27 de marzo de 2014, por la que se archivaron las actuaciones instruidas e investigadas por el Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid contra el Colegio de Administradores de Fincas de Madrid, por considerar que no infringían el artículo 1 de la LDC, y ello a pesar de que, en dicho caso, los honorarios orientativos sí estaban accesibles, y a la sentencia del TS de 13 de diciembre de 2012, que confirmó la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 27 de septiembre de 2007, mediante la que se impuso al Ilustre Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Las Palmas de Gran Canarias una multa por la fijación de honorarios mínimos a los colegiados, consistiendo también en este caso la conducta sancionada en permitir el acceso a través de la página web al documento de honorarios mínimos recomendados,

además de otras actuaciones destinadas a comunicar dichos honorarios a los colegiados.

El COAPI considera que cumplió sobradamente con su obligación de no establecer baremos orientativos (modificó sus Estatutos, informó de la derogación de la recomendación de honorarios tanto a los colegiados a través de la circular de 25 de julio de 2013 como en cuantas consultas se le plantearon, y no estableció baremo alguno ni facilitó acceso al último de ellos desde 2008), por lo que entiende que en su conducta no concurre **culpabilidad**, ni aun a título de mera negligencia, y razona que parece más bien que lo que la DC está exigiéndole es una excelencia en su conducta, que va mucho más allá de la diligencia debida, y como prueba de ello se refiere a las tres observaciones del párrafo (35) de la PR, de las que se infiere que se pudieron haber tomado por el COAPI ciertas medidas, pero que ni las mismas eran obligatorias ni su falta de inclusión podría hacer pensar en una infracción del artículo 1 de la LDC.

Respuesta de la Sala de Competencia

En relación con todas estas cuestiones, que ya fueron en gran parte puestas de manifiesto por el COAPI en sus alegaciones al PCH, esta Sala de Competencia comparte los argumentos esgrimidos por la DC y reflejados en la PR. De los hechos acreditados no cabe sino concluir que el COAPI estaba en la posición obligada, por sus conocimientos sobre la improcedencia de los baremos y las continuas consultas recibidas en los últimos años al respecto, de actuar de forma clara, inmediata y eficaz, en lo relativo a la debida información sobre la libertad de fijación de honorarios y la inexistencia e improcedencia de baremos orientativos o cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales de los servicios de los API. Las alegaciones de COAPI no consiguen justificar por qué no se adoptaron por COAPI medidas fácilmente realizables e inmediatamente ejecutivas sin coste alguno, por ejemplo mediante la página web del COAPI, referente general para todo usuario, colegiado o no que precise información sobre el Colegio y sus funciones, para hacer expresamente públicas las precisiones relativas a recomendación de baremos orientativos respecto a los honorarios de los servicios de los API que quedaban derogadas por aplicación de la LCP y por contravenir la LDC, así como para explicitar con nitidez la libertad de fijación de honorarios por los servicios profesionales.

3.4 Alegaciones comunes a las tres conductas.

- i) Ausencia de efectos en el mercado:

En el mercado del registro de los derechos de propiedad industrial compiten los API con cualquier otra persona que tenga capacidad de obrar según la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siendo habitual encontrar profesionales que ofrecen registrar marcas gratuitamente o con honorarios reducidos, lo cual manifiesta que la competencia en este mercado es amplia (según informe de la OEPM, los API representan aproximadamente un 60% de los procedimientos administrativos ante la OEPM lo que demuestra que tienen una fuerte competencia de otros profesionales que no ostentan la condición de API o de interesados que actúan directamente ante la OEPM).

Por tanto, ninguna de las tres conductas objeto del expediente habría tenido efectos en el mercado de los servicios de asesoramiento y representación de terceros para la obtención de las diversas modalidades de protección de propiedad industrial. Posteriormente, el COAPI va analizando individualmente cada conducta que se le imputa, para sostener que ninguna de ellas ha producido efectos en el mercado, si bien cita básicamente los mismos argumentos que ya empleó a lo largo de sus alegaciones.

ii) Determinación del importe de la multa:

El COAPI se refiere en esta alegación al **principio de confianza legítima** que las Administraciones Públicas deberán respetar en su actuación. En este sentido el COAPI considera que las actuaciones llevadas a cabo por el Ministerio de Economía y Hacienda (que con sus puntualizaciones al borrador de Estatutos redactados por COAPI realizó un primer control de legalidad de los mismos) así como por la extinta CNC (que mantuvo contactos con el COAPI a fin de adaptar los Estatutos a lo dispuesto en la Ley Ómnibus, y que, por otro lado, tuvo acceso a toda la normativa reguladora del COAPI a raíz del expediente sancionador S/0203/09 COAPI, el cual terminó convencionalmente para el COAPI con fecha de la Resolución de la CNC (RCNC) de 22 de diciembre 2010, sin dar cuenta de que existieran otras restricciones de la competencia que debieran investigarse), le llevaron a concluir que su normativa reguladora se ajustaba a lo dispuesto en la normativa aplicable.

Por otro lado, el COAPI pone de manifiesto la diferencia de criterio que parece existir entre la DC y el Consejo de la CNMC en cuanto a si es más **favorable el régimen sancionador diseñado por la LDC o por la antigua Ley 16/1989** (para ello cita la reciente Resolución de la CNMC de 2 de enero de 2014 en el expediente de Servicios Comerciales AENA, que aplica la Ley de 1989 para cuantificar la sanción correspondiente a una infracción de los artículos 1 de la Ley 16/1989 y LDC y 101 TFUE) y solicita que se aplique la Ley de Defensa de la Competencia que, al analizar las circunstancias concretas del caso, resulte realmente más favorable para el COAPI.

Por último, considera el COAPI que sin perjuicio de todas las anteriores alegaciones, en el caso de que finalmente se le impusiera una sanción, ésta debería ser reducida debido a la existencia de la **atenuante prevista en el**

artículo 64.3 a) LDC 15/2007, consistente en “*la realización de actuaciones que pongan fin a la infracción*”. Así, en relación con las listas de peritos judiciales, el COAPI modificó los criterios para confeccionarlas mediante su Circular n° 15, de 25 de julio de 2013 en la que se eliminaron los criterios basados en la antigüedad y experiencia, exigidos con anterioridad, y en aplicación de dicha Circular, el COAPI confeccionó unos nuevos listados de peritos con fecha 9 de octubre de 2013 (folio 305).

Por otro lado, y como reconoce la DC en la PR, el COAPI publicó su Circular n° 16, de 25 de julio de 2013, mediante la que informó a sus colegiados sobre los preceptos de la normativa estatutaria y reglamentaria del Colegio que pudieran estar derogados o afectados por la modificación de la Ley de Colegios Profesionales, producida por la Ley Ómnibus, y procedió a publicar en su página web una versión revisada de sus Estatutos y Reglamento de Régimen Interior, con notas a pie de página relativas a la interpretación o derogación de ciertos apartados por incompatibilidad con la normativa vigente.

A estas alegaciones comunes a las tres conductas se dará respuesta en el Fundamento de Derecho Sexto relativo a la determinación de la multa.

CUARTO.- Valoración de la Sala de Competencia del Consejo sobre la acreditación de la infracción.

El artículo 1 de la LDC dispone en su apartado 1 lo siguiente:

“Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.”

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, esta Sala de Competencia considera que ha quedado acreditado que COAPI ha desarrollado un conjunto de conductas prohibidas por el artículo 1.1 de la LDC. Las conductas infractoras se concretan en la adopción de criterios para el acceso a las listas de peritos judiciales basados en la antigüedad y las actuaciones ante la OEPM, en la recomendación de baremos orientativos para determinar el cobro de honorarios, y en el cobro de

cuotas ordinarias variables basadas en la actividad profesional que cada API desarrolla ante la OEPM.

El primer listado de peritos elaborado por el COAPI para 2013, aportado como anexo a su escrito de 16 de julio de 2013 en respuesta a la solicitud de información remitida por la entonces DI (actual DC), incluía a 33 API, lo que supone un 10% del total de colegiados (320), según los datos del listado de colegiados publicado en la página Web del COAPI. Tras la eliminación de los criterios basados en la antigüedad y experiencia, así como la condición de hallarse al corriente del pago de todas las cuotas colegiales para el acceso a las listas de peritos judiciales, producida tras la incoación del presente expediente, el listado de peritos API, elaborado a los dos meses aproximadamente de notificarse a los colegiados tales cambios, ascendía ya a 74 API colegiados, 17 de los cuales no cumplían con las condiciones previamente exigidas por el COAPI. Este aumento del número de colegiados interesados en quedar incluidos en las listas de peritos judiciales supone un incremento del 125 % sobre la cifra anterior basada en los antiguos criterios (33 API) y demuestra el interés de un amplio porcentaje de los colegiados (actualmente superior al 25 % de los mismos) en integrarse en dichas listas.

Las menciones a los baremos orientativos, publicados en la página web del COAPI y difundidos entre los colegiados antes de la entrada en vigor de la LCP el 27 de diciembre 2009, se han mantenido en el Reglamento de Régimen Interior, en el Contrato de Servicios y en el Catálogo informativo (folios 19, 191 y 196, respectivamente), cuatro años y medio después de la entrada en vigor de la citada ley. No hubo publicaciones o comunicaciones posteriores del COAPI en relación a la prohibición expresa de recomendaciones sobre honorarios recogida en el artículo 14 de la LCP (vigente desde diciembre de 2009), hasta la publicación de la Circular nº 16 de 25 julio de 2013 (párrafo (31), folio 322), después, por tanto, de la incoación del presente expediente. Esas menciones tenían una evidente aptitud para distorsionar la competencia, por afectar directamente a la libertad de fijación de precios de los API.

Por último, el cobro de cuotas ordinarias variables basadas en la actividad profesional que cada API desarrolla ante la OEPM supone un evidente tratamiento discriminatorio entre los colegiados, que perjudica a quienes mayor volumen de actividad profesional realizan y que no refleja necesariamente el mayor requerimiento y uso de los servicios del Colegio, existiendo a disposición de COAPI otros criterios de carácter objetivo que permitirían un mejor ajuste de las cuotas.

Esta Sala considera que en casos como el presente, la valoración de los efectos de la práctica en cuestión debe tener su reflejo exclusivamente en el momento del cálculo del importe de la sanción y así lo será, pero no para valorar la

antijuridicidad de una conducta cuya ilicitud por objeto ya ha quedado acreditada, siendo innecesario examinar sus efectos reales o posibles en el mercado.

QUINTO.- Responsabilidad del COAPI.

Conforme al artículo 61 de la LDC: *"Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley"* que, según lo dispuesto en el artículo 63 de la misma Ley, podrán ser sancionados con multa cuando la infracción ha sido cometida deliberadamente o por negligencia.

Conviene recordar que constante doctrina jurisprudencial califica la prohibición del artículo 1 de la LDC como una prohibición *objetiva* o una *infracción de resultado*, equiparándose el objeto o finalidad de la restricción con su resultado, actual o potencial. Los sujetos responsables de la infracción de este artículo podrán ser sancionados tanto en aquellos casos en los que concurra intencionalidad anticompetitiva, como en aquellos otros en que se produzca o pueda producir el resultado anticompetitivo, con independencia de la intención de su autor, lo que denota una manifiesta tendencia a la objetivización del reproche. En este sentido, la Audiencia Nacional ha señalado (SAN de 10 de noviembre de 2010 recaída en el recurso 06/637/2009, expediente CNC S/0044/08 PROPOLLO): *"(...) ello no es óbice a que la conducta sea por su naturaleza objetivamente restrictiva de la competencia, (...), ya que la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa -claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida"*.

Así, de los Hechos Probados se deduce que el COAPI fue responsable directo de las conductas que se le imputan como autor de las mismas.

Por lo que se refiere a los criterios adoptados para el acceso a los listados de peritos judiciales, es claro que COAPI, como concedora del número total de colegiados, y su contraste con el mucho menor número de ellos que cumplimentaban la triple condición establecida en términos de antigüedad, volumen de actividad ante la OEPM y estar al corriente del pago de la cuotas, no podía ignorar la barrera de acceso al ejercicio de la profesión a nuevos API o a los de menor experiencia, y la discriminación entre competidores con capacidad técnica suficiente para el ejercicio libre de la labor pericial, que tales requisitos constituirían, limitando así la competencia efectiva entre API.

En cuanto al cobro de cuotas variables, COAPI arbitró un modelo de cobro que merece el doble reproche derivado de no responder a los servicios efectivamente

prestados por el Colegio y, a la vez, resultar claramente discriminatorio entre colegiados, sin que se haya aportado una justificación plausible. No entra a valorar esta Sala de Competencia si lo que ha llevado al COAPI a diseñar el sistema analizado es un motivo recaudatorio, pero sí que, al hacerlo, impuso un tratamiento discriminatorio entre colegiados, apto para afectar a la competencia entre los mismos. Es doctrina consolidada (así, RCNC de 19 de septiembre de 2011, EXPTE. S/0210/09, COLEGIO DE VETERINARIOS DE MURCIA) que se consideran ilícitas aquellas conductas que, aún sin pretender el efecto, son aptas para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

Con respecto a la recomendación de baremos orientativos, no se puede negar que el COAPI era plenamente consciente de que la liberalización de las profesiones colegiadas implicaba cambios en el marco normativo que llevaban a considerar ilegales todo tipo de baremos orientativos, y que si por un lado no volvió a llevar a cabo dichas recomendaciones, por otro lado mantuvo en su página web diversas referencias a tales baremos en distintos textos sin aclarar su carácter derogado. Las distintas solicitudes de información sobre tal aspecto que COAPI recibió ponían de manifiesto la conveniencia y necesidad de realizar tal clarificación sobre la ilegalidad y falta de vigencia de los baremos orientativos de forma general y eficaz, pero ello no se realizó hasta que el presente expediente fue incoado.

El COAPI ya fue advertido por la DI, actual DC, de que tenía que adaptarse a la norma vigente y promover la competencia efectiva en sus distintos ámbitos de actuación, en concreto, eliminando barreras de acceso a la profesión, como la imposición de cuotas y condiciones discriminatorias de acceso a las listas de peritos, y la adopción de cualquier tipo de orientación sobre honorarios profesionales (folios 363-365). Tal como señala la DC en su PR, la entonces DI remitió el 20 de junio de 2011 una carta al Colegio debido a la preocupación que existía por el aumento de denuncias sobre conductas de las corporaciones colegiales, y en la que se alentaba a "revisar los vigentes Estatutos y demás normas reguladoras de la profesión, y a hacer públicas, de la manera que considere más adecuada, las cláusulas que han quedado derogadas como consecuencia de las modificaciones incluidas en la LCP o por contravenir la LDC" (folios 358-360); además, se celebró una reunión en la sede de la autoridad de la competencia, en marzo de 2012, para mejorar la regulación del Colegio en la que éste manifestó su deseo expreso de modificar lo necesario para cumplir con la legislación de competencia, habiendo detectado "bastantes cosas que habrá que mejorar (folio 361); y, finalmente, en 2012 la CNC publicó el "Informe sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva de Servicios", en el que se advertía, entre otras cuestiones, de los efectos negativos sobre la competencia de los conceptos de pago obligatorio para el ejercicio de la profesión, si estos eran discriminatorios o excesivos.

Como se ha señalado en los hechos acreditados [párrafo (30) PCH], al menos hasta el 19 de junio de 2013, momento en el que la DI (actual DC) acuerda la incoación del expediente de referencia contra el COAPI, en la página Web del COAPI estaban publicados los Estatutos del año 2000 y el Reglamento de Régimen Interior (folios 7-19) y Código de conducta del año 2001, sin menciones o aclaraciones sobre que pudieran estar derogados o afectados por las disposiciones internas de transposición al ordenamiento español de la Directiva de Servicios, en particular de la revisión de la LCP, vigente desde el 27 de diciembre de 2009, en particular el establecimiento de baremos orientativos, los criterios de acceso al listado de peritos y el establecimiento de las cuotas colegiales.

Asimismo, los criterios generales de acceso al listado de peritos, que fueron adoptados en el año 2001 según la circular número 14 de fecha de 28 de junio de 2001 (folio 181), y han estado vigentes hasta la comunicación de la circular número 15 de 25 de julio de 2013 (de nuevo una modificación que fue aprobada, por tanto, tras recibir la notificación del acuerdo de incoación de 19 de junio de 2013), fueron: i) antigüedad de cinco años en el ejercicio de la profesión, ii) estar al corriente en el pago de todas las cuotas; y iii) número mínimo de 100 intervenciones ante la OEPM (folios 129 y 130).

Dada la singular posición del COAPI como colegio profesional, en conjunción con los elementos ya expuestos de contexto normativo e información específica proporcionada por la Autoridad de competencia, esta Sala considera que aquel no podía desconocer el carácter contrario a derecho de las conductas objeto de este expediente.

SEXTO.- Determinación de la multa.

Tal y cómo expuso la DC, la infracción imputada al COAPI se habría iniciado en 2001. En concreto las restricciones de acceso al listado de peritos venían aplicándose desde el 28 de junio de 2001; el cobro de la cuota ordinaria variable no asociada a servicios que justificasen su cobro se aplicaba desde el 25 de enero de 2001, mientras que la conducta relativa al establecimiento de baremos orientativos sería imputable desde la el 27 de diciembre de 2009, es decir desde la entrada en vigor de la reforma de la LCP. Ello supone que la conducta se desarrolló mientras estaba vigente la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Como hemos ya expuesto en el primer fundamento de derecho, conforme a lo dispuesto por el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en casos como el presente en los que la conducta ilícita se extienda en el tiempo

de vigencia de dos Leyes deberá aplicarse la más beneficiosa para las incoadas conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso concreto. Es con el objeto de dar cumplimiento a lo expuesto en este artículo que esta Sala de Competencia deberá optar entre la aplicación de uno u otro régimen sancionador, eligiendo aquel más favorable para el infractor, independientemente de que el COAPI así lo haya solicitado en sus alegaciones a la PR.

Ambas normas prohíben en su artículo 1.1 todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, a) los que consistan en la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio y d) la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, por lo que en este sentido y a los efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, no tiene mayor relevancia aplicar una u otra norma.

Sin embargo, aunque la conducta regulada por el artículo 1 de ambas Leyes es idéntica, lo cierto es que el régimen sancionador de la Ley 15/2007 -principalmente por su sistema de graduación y de establecimiento de topes máximos, por la implantación del programa de clemencia para cárteles y por la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas- es, desde un punto de vista global, más favorable para los infractores que el contemplado por la Ley 16/1989 y así lo ha indicado reiteradamente el Consejo de la CNC⁶.

Del mismo modo que el extinto Consejo de la CNC, esta Sala de Competencia también se ha pronunciado a favor de la aplicación de la LDC de 2007 como ley más favorable en la mayoría de los casos (así en su reciente Resolución de 22 de septiembre de 2014, S/0428/12 PALÉS, que cita a su vez las Sentencias de la AN de fecha de 2 de abril de 2014 -recurso 194/2011, de L'OREAL ESPAÑA S.A. Y L'OREAL S.A.- y de fecha 15 de abril de 2014 -recurso 572/2010, de RHENUS IHG IBERICA, S.A.- partidarias de este argumento).

No obstante, esta Sala entiende, a diferencia de lo expuesto por la DC, que nos encontramos precisamente ante uno de los supuestos concretos y excepcionales

⁶Ver, entre otras, las Resoluciones del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010 del Expte. S/0091/08 Vinos Finos de Jerez; de 2 de marzo de 2011 del Expte. S/0086/08 Peluquería Profesional; de 24 de junio de 2011 del Expte. S/0185/09, Bombas de Fluidos; de 26 de octubre de 2011 del Expte. S/0192/09 Asfaltos; de 10 de noviembre de 2011 del Expte. S/024/10 Navieras Ceuta-2; de 23 de febrero de 2012 del Expte. S/0244/10, NAVIERAS BALEARES; de 2 de agosto de 2012 el Expte. S/0287/10 Postensado y Geotecnia; de 15 de octubre de 2012 del Expte. S/0318/10 Exportación de sobres; de 7 de noviembre de 2012 del Expte. S/0331/11 Navieras Marruecos; de 21 de noviembre de 2012 del Expte. S/0317/10 Material de archivo; de 15 de febrero de 2013 del Expte. S/0343/11 Manipulado Papel; de 28 de febrero de 2013 del Expte S/0342/11 y de 27 de septiembre de 2013 del Expte. S/0314/10 Puerto de Valencia.

en los que, a efectos del cálculo de una eventual sanción económica, resulta más favorable para el COAPI la aplicación de la Ley 16/1989. Y esto es así porque dada la naturaleza del COAPI como Colegio Profesional, a los que la LCP configura jurídicamente como Corporaciones de derecho público, no es posible delimitar el volumen de negocios al que se refiere el artículo 63.1 LDC 2007. Así, para casos como el presente donde la infracción que se imputa al COAPI es muy grave, el artículo 63.3 c) de la LDC de 2007 establece como sanción pecuniaria correspondiente “multa de más de 10 millones de euros”, mientras que de la aplicación de la Ley 16/1989 se deriva que la multa correspondiente no podría superar la cuantía de 901.518,16 euros, límite que figura en el artículo 10 de dicha ley. Este importe no consta en la vigente LDC, resultando de ello que la ley anterior es más favorable que la actual para aquellos casos en los que el sujeto infractor sea una entidad asociativa.

De conformidad con estos argumentos se pronunció el Consejo en numerosos precedentes⁷, y así lo hace ahora esta Sala, optando por aplicar al COAPI la Ley 16/1989, que fija para las entidades sin volumen de negocios un límite cuantitativo de 901.518,160 €

En la Resolución de la CNC de 19 de septiembre de 2011 (Expte. S/0210/09, Colegio de Veterinarios de Murcia), así como en otras Resoluciones precedentes como la de 20 de enero de 2011 (Expte. S/0196/09, Colegio Notarial de Asturias), se acude al citado artículo 10 de la ley antigua para calcular a qué cuantía debe ascender la sanción, así como al apartado 2 de dicho artículo para aplicar los criterios de graduación de la sanción:

“Como manifestación del principio de proporcionalidad de la sanción el apartado 2 del art. 10 de la LDC añade que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia; b) La dimensión del mercado afectado; c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente; d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; e) La duración de la restricción de la competencia; f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas”.

Así, estos criterios del apartado 2 del artículo 10 de la Ley 16/1989 son los que esta Sala tendrá en consideración a la hora de graduar la sanción a imponer al COAPI, conjugándose los mismos con la pretensión de coherencia con los precedentes previamente dictados, bien por el TDC o por la CNC en cuanto a

⁷ Entre otros, RCNC de 20 de enero de 2011, S/0196/09 Colegio Notarial de Asturias; RCNC de 20 de marzo de 2013, S/0359/11 ATASA; RCNC de 30 de julio de 2012, S/0256/10 Inspecciones Periódicas de Gas; RCNC de 3 de octubre de 2012, S/0371/11 Autores literarios medios audiovisuales o la citada RCNMC de 22 de septiembre de 2014, S/0428/12 PALÉS.

Colegios Profesionales⁸, en su mayoría posteriormente confirmados por la Audiencia Nacional o por el Tribunal Supremo. No obstante, tal y como manifestó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de diciembre de 2012 por la que se consideraba que no había lugar al recurso de casación interpuesto contra la SAN de 10 de julio de 2009 que confirmaba la Resolución del Consejo de la CNC de 27 de diciembre de 2007 (Expte. 635/07, Colegio Odontólogos Estomatólogos de Las Palmas), cada caso tiene sus circunstancias específicas y las comparaciones con otros precedentes de Colegios profesionales puede resultar irrelevante. Así, expuso: *“Por último, es irrelevante a estos efectos la imposición a otros Colegios de sanciones de cuantía inferior por la comisión de infracciones en materia de competencia. Como hemos señalado en la sentencia de 3 de febrero de 2009 (RC 7280/2005), «Cualquier comparación con precedentes sólo podría aportar criterios de juicio sobre la adecuación de una sanción en casos substancialmente semejantes y con una detenida explicación de las circunstancias concurrentes en unos y otros supuestos. En principio, la proporcionalidad o desproporción de una sanción ha de justificarse o criticarse más bien, dado el alto grado de casuismo existente en la materia, con base en las circunstancias que específicamente concurren en cada supuesto examinado». Sin duda, la simple mención del importe de las sanciones y la afirmación de que se trata de situaciones «muy similares a la presente» impide a la Sala comprobar con el debido detalle la analogía entre el actual y los diferentes supuestos que contiene el cuadro inserto en el escrito de interposición del recurso a los que se asigna unas multas notablemente inferiores”.*

En este sentido, los precedentes citados por parte del COAPI (por ejemplo, en relación a la conducta relativa a recomendación de baremos orientativos, cita la Resolución de 27 de marzo de 2014 por la que el Consejo de la CNMC archivó las actuaciones del Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid contra el Colegio de Administradores de Fincas de Madrid, o esta misma Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2012, que confirmó la Resolución del Consejo de la CNC de 27 de diciembre de 2007, Expte. 635/07, Colegio Odontólogos Estomatólogos de Las Palmas) entiende esta Sala que deberán analizarse siempre con la debida prudencia, siendo conscientes de las analogías existentes pero también de las diferencias entre unos casos y otros, que, en definitiva, pueden conllevar distintas apreciaciones y valoraciones en

⁸ Entre ellos la Resolución del Consejo de la CNC de 27 de diciembre de 2007 (Expte 635/07, Colegio Odontólogos Estomatólogos de Las Palmas), confirmada por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 10 de julio de 2009 y por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de diciembre de 2012; Resolución del Consejo de la CNC de 26 de febrero de 2008 (Expte. 629/07, Colegio Arquitectos Huelva) confirmada por la SAN de 21 de enero de 2011; Resolución del Consejo de la CNC de 9 de febrero de 2009 (Expte. 637.08, Peritos/Arquitectos de la Comunidad Valenciana) confirmada por la SAN de 3 de noviembre de 2009; Resolución del Consejo de la CNC de 20 de enero de 2011 (EXPTE. S/0196/09, Colegio Notarial de Asturias) estimada parcialmente por la SAN de 28 de septiembre de 2012 y Resolución del Consejo de la CNC de 19 de septiembre de 2011 (Expte. S/0210/09, Colegio de Veterinarios de Murcia) estimada parcialmente por la SAN de 29 de enero de 2013.

cuanto a la multa a imponer. En definitiva, no se obviarán ni las Resoluciones dictadas por este mismo órgano ni la doctrina jurisprudencial existente, por cuanto son la guía en la que debe basarse para dotar de uniformidad a sus resoluciones, sin perjuicio de considerar que cada caso es único y específico y requiere por ello un análisis también único y específico.

Centrándonos ya en las conductas realizadas por el COAPI, esta Sala considera que no se puede negar que las mismas infringen el artículo 1 de la LDC. Así, (i) la adopción de criterios para el acceso a las listas de peritos judiciales suponía una barrera injustificada de acceso al ejercicio de la profesión y discriminaba entre competidores, limitando así la competencia efectiva entre API; (ii) el cobro de cuotas ordinarias variables sobre los trabajos profesionales que los API colegiados realizan ante la OEPM, supone un cobro injustificado y discriminatorio entre los colegiados que coloca a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, atentando contra la libre competencia; y (iii) la recomendación de baremos orientativos respecto a los honorarios de los servicios de los API ha llevado a mantener durante más de cuatro años un texto expresamente prohibido por la LCP, con aptitud para distorsionar la competencia por afectar a la libre fijación de precios de los API.

Además, respecto de estas restricciones a la competencia cabe hacer las siguientes consideraciones:

1º estamos en presencia de una infracción que engloba tres conductas realizadas por un Colegio Profesional, condición ésta del autor que, por su posición estratégica, le otorga un plus de gravedad;

2º se trata de una infracción cuya duración en el tiempo ha sido extensa: doce (12) años en lo relativo a la aplicación de criterios restrictivos de acceso al listado de peritos, trece (13) años en lo relativo al cobro de la cuota ordinaria variable; y tres (3) años en lo relativo a la recomendación de baremos sobre honorarios;

3º no se puede obviar el muy amplio ámbito geográfico del mercado, ya que el COAPI reúne a todos los Agentes de la Propiedad Industrial de España.

De este modo, analizando las últimas sanciones impuestas por la extinta CNC, confirmadas total o parcialmente por la Audiencia Nacional o por el Tribunal Supremo, parece proporcionado y adecuado a la gravedad de la conducta observada, así como adecuadamente disuasoria para que al infractor no le resulte o le pueda resultar más beneficioso en términos económicos el pago de la multa que la adecuación de su conducta a la LDC, imponer una sanción sustancialmente inferior al máximo previsto de 900.000 €.

Así, tal y como en la Sentencia de la AN de 29 de enero de 2013 por la que se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo del Colegio de

Veterinarios de Murcia contra la RCNC de 19 de septiembre de 2011 se tuvieron en cuenta determinados elementos que coadyuvaron a reducir la multa (no así a cuestionar la tipicidad de la conducta sancionada), en el presente caso, al margen de las tres apuntadas en párrafos anteriores, deben también tenerse en cuenta las siguientes circunstancias.

(i) Si bien el carácter de la conducta, según lo ya señalado en fundamentos anteriores, no exige la acreditación de efectos, a fin de determinar el importe de la multa sí debe tenerse en cuenta la dificultad de probar y cuantificar los posibles efectos reales e irreversibles que sobre la competencia entre los API estas conductas han ocasionado. Conviene advertir que esta dificultad no conduce a afirmar que tales efectos no hayan existido, solo dificultan su cuantificación, sin que por el contrario conste tampoco prueba sobre su no producción. En todo caso, no estando éstos claramente cuantificados, es precisamente en el aspecto que ahora nos ocupa (determinación de la multa) donde esta cuestión debe ser tomada en consideración.

La DC en su PR consideró que dichos efectos sí fueron reales e irreversibles sobre la competencia. Así, con respecto a la aplicación de las cuotas ordinarias variables, tuvo en cuenta el dato aportado por el COAPI sobre la magnitud de expedientes que los API iniciaban ante la OEPM todos los años y los presupuestos aportados por el COAPI para los años 2011, 2012 y 2013, donde el Colegio recibió ingresos mayores por cuotas ordinarias variables que por la cuota ordinaria anual (80.000€, 100.000€ y 85.000€, respectivamente) (folios 64-70). En relación al listado de peritos judiciales, la aplicación de las restricciones internas que imponía el COAPI para acceder al mismo había supuesto una clara barrera de acceso tanto para los API colegiados con cierta antigüedad como para los nuevos colegiados o colegiados con menor antigüedad. Además, estas restricciones afectaron no sólo al ámbito judicial sino también al particular, puesto que se trataba de un listado único. Finalmente, el COAPI había publicitado hasta después de la incoación la existencia de baremos orientativos en sus Estatutos y en diversos documentos publicados en su Web institucional (Reglamento de Régimen Interno, Catálogo Informativo y modelo de Contrato de Servicios Profesionales, estos últimos retirados tras la incoación). Estos baremos habrían seguido aplicándose, a tenor de los datos recuperados de Internet y de las constantes consultas que el COAPI recibía por correo electrónico y por vía telefónica (folio 611).

Esta Sala considera que aunque no era necesario probar dichos efectos, estos sí se han producido, sin que el COAPI haya conseguido desvirtuarlos. No obstante, la dificultad de cuantificación y calificación de los mismos como irreversibles constituyen circunstancias a ponderar a imponer la sanción al autor de la infracción.

(ii) El reducido volumen de ingresos del COAPI en los últimos ejercicios de 2011, 2012 y 2013.

(iii) En tercer lugar, a pesar de lo alegado por el COAPI, no es posible apreciar la circunstancia atenuante prevista en el artículo 64.3.a) de la LDC, esto es, la realización de actuaciones que hayan puesto fin a la infracción. Así, se considera que, por un lado, en relación con las listas de peritos judiciales, el COAPI no modificó los criterios para confeccionarlas hasta su Circular nº 15, de 25 de julio de 2013, en la que ya era consciente de la incoación del presente procedimiento, y por otro lado, no fue hasta después de serle comunicada la incoación del procedimiento que el COAPI publicó su Circular nº 16, de 25 de julio de 2013, mediante la que informó a sus colegiados sobre los preceptos de la normativa estatutaria y reglamentaria del Colegio que pudieran estar derogados o afectados por la modificación de la LCP, y procedió entonces a publicar en su página web una versión revisada de sus Estatutos y Reglamento de Régimen Interior, con notas a pie de página relativas a la interpretación o derogación de ciertos apartados por incompatibilidad con la normativa vigente. A pesar de ello, no se puede ignorar que tales actuaciones, aun cuando fueran posteriores a la incoación, han revelado, por parte del Colegio, un propósito atenuador respecto del daño causado, así como un cierto ánimo de colaboración con la Autoridad de Competencia, extremo que conviene tener en cuenta a los efectos de atenuar en consonancia la sanción a imponer.

(iv) Por último, en relación a la alegación de confianza legítima esgrimida por el COAPI, esta Sala considera que no puede acogerse. La Autoridad de Competencia ya ha tenido oportunidad de señalar (RCNC de 26 de abril de 2011, Expte. S/0107/08, PLATAFORMA DEL MEJILLÓN) que: *“De la doctrina jurisprudencial se puede entender que la aplicación del principio de protección de la confianza legítima en el ámbito del ejercicio de la potestad sancionadora de la CNC requiere de la concurrencia de dos presupuestos básicos: 1) la existencia de signos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes y 2) que induzcan razonablemente a la empresa a confiar en la legalidad de la actuación administrativa y de su comportamiento anticompetitivo.”* En este caso, la Sala de Competencia considera que ninguna Administración ha producido signos externos concluyentes que hicieran al COAPI presuponer la validez de las restricciones impuestas a los API. Menos aún la Administración competente para interpretar la normativa de competencia. De hecho, como ya se ha señalado en el Fundamento de Derecho Quinto, la posición de los órganos de competencia hacia restricciones como las descritas en el caso de los Colegios es pública y sobradamente conocida por ese Colegio.

Todas estas circunstancias, si bien no alteran el análisis de la comisión por parte del COAPI de una infracción muy grave, conducen a esta Sala a estimar que la multa más adecuada a los fines disuasorios, a la vez que adecuados al principio de proporcionalidad, es una multa de setenta mil (70.000) euros.

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

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 autor el COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (COAPI), consistente en (i) la adopción de criterios para el acceso a las listas de peritos judiciales, (ii) la recomendación de baremos orientativos respecto a los honorarios de los servicios de los Agentes de la Propiedad Industrial (API), y (iii) el cobro de cuotas ordinarias variables sobre los trabajos profesionales que los API colegiados realizan ante la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), que han tenido lugar durante doce, tres y trece años respectivamente.

SEGUNDO.- Imponer al COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (COAPI), como autor de la conducta infractora una multa sancionadora por importe de setenta mil (70.000) euros.

TERCERO.- Intimar al COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (COAPI) para que cese en la conducta consistente en el cobro de cuotas ordinarias variables basadas en la actividad profesional que cada API desarrolla ante la OEPM y en lo sucesivo se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas u otras similares que puedan obstaculizar la competencia.

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

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la CNMC y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.