

Id Cendoj: 28079230062003100415
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 982 / 2000
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintidos de octubre de dos mil tres.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 982/2000, se tramita, a instancia del Consejo General de Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España, representado por la Procuradora Dña. M^a Jesús González Díez, contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 5 de octubre de 2000 (Expte.: 471/99), sobre conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo su cuantía indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 29 de noviembre de 2000, y la Sala, por providencia de fecha 4 de enero de 2001, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

TERCERO.- No habiéndose solicitado el recibimiento del proceso a prueba, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 21 de octubre de 2003.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), de fecha 5 de octubre de 2000, que en su parte dispositiva contenía los

siguientes pronunciamientos en relación con el Consejo General hoy demandante:

Segundo.- Declarar acreditada la realización de una conducta prohibida por el *artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia* por parte del Consejo General de Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España, consistente en la aprobación por dicha entidad, en su sesión plenaria ordinaria de 16 de febrero de 1996, de un denominado Código Regulador de la Publicidad Personal, que contiene determinadas prohibiciones y limitaciones restrictivas de la competencia en cuanto al contenido de la información publicitaria y a los medios en que la misma se soporta.

Tercero.- Intimar al Consejo General, como autos de las prácticas declaradas prohibidas, para que cese en la realización de las mismas y que en lo sucesivo se abstenga de adoptar decisiones semejantes a las anteriores.

Además, la Resolución del TDC impugnada también contiene diversos pronunciamientos, en su parte dispositiva, en relación con el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Córdoba, que no es parte en el presente recurso (actúa como recurrente contra la misma Resolución en el recurso 984/2000, seguido ante esta misma Sala y Sección), entre los que se figura la orden de publicación de la parte dispositiva de la Resolución, en la que se incluyen los apartados números 2 y 3 citados, en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de dos diarios de información general, uno de ámbito nacional y otro de Córdoba, a costa del citado Colegio.

SEGUNDO.- Son antecedentes fácticos a tener presentes en esta sentencia:

1) El Consejo General de los Colegios de Odontólogos y Estomatólogos es el supremo órgano rector de la profesión, según establece el Estatuto-Reglamento para la Reorganización de los Colegios Oficiales de Odontólogos (O. de 13-11-1950 [RCL 1950\1391] y O. 26-3-1952 [RCL 1952 \550], refundidas). En la sesión plenaria ordinaria de dicho Consejo celebrada el 16 de febrero de 1996, se aprobó el «Código Regulador de la Publicidad Personal de los Odontólogos y Estomatólogos» en el que se establecían las condiciones en que los citados profesionales podían realizar publicidad de sus servicios.

El *artículo 2 del Código* considera publicidad lícita sin necesidad de autorización:

b) La colocación en la entrada del inmueble donde esté instalada su clínica, así como en la puerta de ésta o cerca de ella, de un rótulo o placa indicadora de la consulta, con unas dimensiones y características que debe fijar el respectivo Colegio.

c) La constancia de su condición de Odontólogo o Estomatólogo en las guías telefónicas, de fax, télex o análogas, así como en las guías profesionales nacionales o extranjeras editadas al efecto, y en las guías sanitarias de la prensa ordinaria, siempre atendándose a las normas adicionales que dicte su respectivo Colegio o, en su defecto, el Consejo General.

· El artículo 3 del mismo Código prohíbe la publicidad que, en atención al medio en el que es transmitida, atente contra los principios enunciados en el Código. Y establece además el indicado artículo 3:

2. A modo enunciativo se consideran atentatorios de la dignidad profesional la utilización como soporte del mensaje publicitario de hombres-bocadillo, coches anuncio, pasquines, buzoneo, octavillas o pegatinas; llamadas telefónicas o envíos por fax de manera indiscriminada; contratación de publicidad o patrocinio de espacios en televisión o radio; carteles en los autobuses o vallas publicitarias; exposiciones en ferias; rótulos luminosos; edición de cintas magnetofónicas, vídeo, disco compacto, láser disc, disquettes de ordenador, y cualquier otro soporte de imagen y/o sonido; anuncios en redes informáticas; toldos, carteles y/o placas de neón; envío indiscriminado de cartas ofreciendo los servicios del profesional, y cualesquiera otros de análoga naturaleza (obsequios no odontológicos, etc.).

5. La publicidad que careciera de la necesaria autorización, establecida en el artículo 4, a partir de que el Colegio notificara su expresa prohibición....,

6. Resulta prohibida, por contraria a la Deontología Profesional, aquella publicidad que siendo transmitida por medio legítimo:

e) haga referencia a descuentos en las tarifas o a fórmulas de financiación no consagradas por el uso.

· El artículo 4 del Código se refiere a la publicidad que requiere autorización del Colegio Oficial, y señala que:

Salvo disposiciones legales autonómicas al respecto:

1) Estará sometida a autorización previa de la Junta de Gobierno del Colegio la realización de la publicidad no expresamente permitida ni prohibida, así como el empleo de logotipo de la clínica en los membretes, pudiendo la Junta de Gobierno del Colegio condicionar su concesión a la realización de determinadas modificaciones.

2) Podrá denegarse la autorización a aquella publicidad que no se atenga (...) a la normativa colegial en particular, o atente a cualesquiera normas de carácter deontológico.

· El artículo 8 del Código señala que el incumplimiento de las normas citadas será motivo de corrección disciplinaria, estableciendo: 1) como falta grave, la práctica de publicidad prohibida, así como aquella cuya autorización hubiera sido denegada por el Colegio y 2) como falta leve, la publicidad requirente de autorización colegial, sin la preceptiva petición de la misma.

2) La Asociación de Empresas de Servicios Médicos de Córdoba y Provincia presentó el 18 de junio de 1998 una denuncia contra la Junta Provincial de Córdoba del Colegio Regional de Odontólogos y Estomatólogos, que fue admitida a trámite por providencia del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de fecha 24 de septiembre de 1998. Por providencia del mismo Director General, de fecha 7 de enero de 1999 se procedió a la ampliación de la admisión, incoando también expediente al Consejo General hoy demandante.

3) Tras la Instrucción del expediente por el Servicio de Defensa de la Competencia, el TDC dictó la Resolución ya citada, de 5 de octubre de 2000, que constituye el objeto del presente recurso.

TERCERO.- La parte actora alega un único motivo en su recurso, consistente en la nulidad de la Resolución impugnada por aplicar retroactivamente disposiciones sancionadoras no favorables, pues sólo desde la *ley 7/97* el TDC puede declarar prohibidas por la LDC las decisiones de los Colegios Profesionales que sean restrictivas de la competencia.

El Abogado del Estado contesta que la LDC es de aplicación general desde 1989.

CUARTO.- Debe precisarse que la única cuestión que se plantea en el presente recurso es la de si la *ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*, era de aplicación al Consejo General demandante en febrero de 1996, esto es, en la fecha en que aprobó el Código Regulador de la Publicidad Personal.

Dicho Código contiene determinadas prohibiciones y limitaciones en las condiciones en que los odontólogos y estomatólogos colegiados podían realizar publicidad de sus servicios. La parte actora no cuestiona en su demanda que tales prohibiciones y limitación restringen la competencia entre los profesionales colegiados, y por tanto, se trata de una conducta prohibida por el *artículo 1 LDC*, sino que su desacuerdo se limita, como se ha indicado, a mantener la inaplicación de dicho precepto a los Colegios Profesionales hasta la entrada en vigor de la *ley 7/97*.

A pesar de la falta de alegaciones al respecto, la Sala hace suya la motivación sobre el carácter anticompetitivo de la conducta enjuiciada que efectúa la Resolución del TDC; pues es evidente que las prohibiciones y restricciones a los profesionales colegiados sobre la publicidad de sus servicios, los medios utilizados para realizar publicidad (televisión, radio, carteles, exposiciones en ferias, video, envío de cartas etc) y la prohibición de las referencias a descuentos de tarifas y fórmulas de financiación no consagradas por el uso, constituyen una interferencia en la libertad de competir que afecta a los profesionales colegiados y una restricción que alcanza incluso a los destinatarios de sus servicios, al dificultar la posibilidad de comparar las condiciones de dichos servicios. Por tanto, se trata de una conducta prohibida por el *artículo 1 LDC*.

QUINTO.- Sobre la aplicación de la LDC en el momento de aprobación del Código Regulador de la Publicidad por el Consejo General recurrente, es cierto que la *ley 7/1997, de 14 de abril, de Medidas Liberalizadoras en Materia de Suelo y Colegios Profesionales* introdujo un segundo párrafo en la *ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales*, que establece que el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y que estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios o fijación

de su remuneración, a la LDC y a la ley de Competencia Desleal, pero de ello no puede obtenerse la conclusión a que llega la parte actora de que con anterioridad a tal declaración, la actividad de las profesiones colegiadas estuviera al margen de la LDC.

Esta Sala ha tratado esta misma cuestión en sentencias de 12 de noviembre de 1997 (recurso 331/94), 23 de febrero de 1998 (recurso 736/94), 2 de marzo de 2000 (recurso 717/97), 13 de octubre de 2000 (recurso 1287/98) y 11 de julio de 2001 (recurso 1904/98), en las que se sostenía que la LDC tienen un carácter general y el *RD-Ley 5/1996* no indica que la aplicación de la LDC estuviera excluida, ni que por primera vez se apliquen las normas reguladoras de la competencia, sino que, por el contrario y como indica la Exposición de Motivos, "reconoce" la sujeción del ejercicio de las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia, y tal reconocimiento ha de entenderse como ratificación de una sujeción anterior, existente desde la entrada en vigor de la LDC, no como una creación de una sujeción nueva. En suma, la LDC obliga desde su entrada en vigor a los Colegios Profesionales en sus actuaciones como asociación de empresas o de operadores económicos.

Dicho de otra forma, la LDC es una disposición de carácter general, que no precisa para su aplicación una posterior norma que declare su vigencia en los distintos sectores económicos a los que va dirigida (entidades de crédito, de seguros, auditores, Colegios Profesionales, etc).

SEXTO.- Los destinatarios de la Ley de Defensa de la Competencia son todos los operadores económicos que actúan en el mercado, cualquiera que sea su naturaleza, pública o privada.

Desde este punto de vista, los profesionales liberales, tales como los arquitectos, o los abogados, o en nuestro actual caso los dentistas, ejercen una actividad económica, consistente en ofrecer, a cambio de una remuneración, servicios en un determinado mercado, el de la salud (o más específicamente, el de la salud dental) este caso. Son, por tanto, operadores económicos que están incluidos en el ámbito de aplicación del *artículo 1 LDC* desde su entrada en vigor.

Y los Colegios Profesionales, en cuanto actúan como órganos reguladores de una profesión cuyo ejercicio constituye una actividad económica, están igualmente sujetos al *artículo 1 LDC*. En este sentido, el TPI de la Comunidad Europea, en sentencia de 30 de marzo de 2000 (asunto T-513/93, apartado 59) y el TJCE en sentencia de 19 de febrero de 2002 (asunto C-309/99, apartado 56), no han dudado en afirmar la sujeción de los Colegios Profesionales (un Consejo Nacional de Agentes de Aduanas y un Colegio de Abogados, en los casos examinados) al *artículo 85 del Tratado de la UE, (hoy artículo 81)*, cuya redacción es similar al *artículo 1 LDC*.

SEXTO.- Mantiene también el Consejo General demandante que el Código Regulador de la Publicidad es una acuerdo o práctica exceptuado conforme al *artículo 2.1 LDC*, porque estaba autorizado por la Ley de Colegios Profesionales.

La Sala tampoco comparte esta tesis, porque la Ley de Colegios Profesionales permite a los Colegios y a los Consejos Generales ordenar la actividad profesional de los colegiados, pero no de cualquier manera, sino obviamente, con respeto al marco jurídico vigente en el Estado en cada momento. Así resulta con claridad del *artículo 5, letra t) de la Ley de 12 de febrero de 1974*, que atribuye a los Colegios Profesionales la función de "cumplir y hacer cumplir a los colegiados las Leyes generales y especiales...", de donde resulta no ya que los Colegios están sujetos a la LDC, sino que asumen el deber de velar por el cumplimiento de sus disposiciones de protección de la competencia por los colegiados.

En ningún lugar de la Ley de Colegios Profesionales aparece la autorización para dictar un Código Regulador de la Publicidad como el adoptado por el Consejo demandante, 7 años después de la entrada en vigor de la LDC y en clara vulneración de lo dispuesto por su *artículo 1*, por lo que no puede prosperar la alegación de encontrarnos ante un acuerdo autorizado por una Ley.

Por todo lo anterior, la Sala considera que debe desestimar el recurso y confirmar la Resolución del TDC en los extremos examinados.

SEPTIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha

decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Consejo General de Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España, contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 5 de octubre de 2000, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, indicando si es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, lltmo. Sr. D. JOSE M^a DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-