

AUDIENCIA NACIONAL
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: 006
MADRID

EXPTE. S/0266/10 DEVOLVER EXPEDIENTE Y CERTIFICACION SENT

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2011 0000883
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 000059 /2011**
Recurrente: (FEPFI)

Habiéndose declarado firme la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo anotado al margen, adjunto tengo el honor de remitir testimonio de la misma a fin de que se lleve a puro y debido efecto lo en el acordado, se adopten las resoluciones que procedan y se practique cuanto exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, en devolución del expediente administrativo, rogando asimismo acuse de recibo.

En MADRID, a veintiséis de Enero de dos mil doce.

EL SECRETARIO JUDICIAL

FDO.: VICTOR GALLARDO SANCHEZ



COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
ENTRADA
RegOf: 1108 / RG 1108
20/02/2012 11:44:25

ILMO. SR. PRESIDENTE DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA
COMPETENCIA. EXPTE. S/0266/10,DGT.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000059/2011
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 00901/2011
Demandante: FEDERACION ESPAÑOLA DE PROFESIONALES DE LA FOTOGRAFIA Y LA IMAGEN
Procurador: D. FRANCISCO INOCENCIO FERNANDEZ MARTINEZ
Demandado: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

SENTENCIA N°:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a veintiuno de diciembre de dos mil once.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Federación Española de Profesionales de la Fotografía y de la Imagen**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Francisco Inocencio Fernández Martínez, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 13 de diciembre de 2010**, relativa archivo de actuaciones y la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Federación Española de Profesionales de la Fotografía y de la Imagen, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D° Francisco Inocencio Fernández Martínez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 13 de diciembre de 2010, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y se ordene la continuación del expediente.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en 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 el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de 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: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, denegado éste por al no señalarse los puntos de hecho y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veinte de diciembre de dos mil once.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 13 de diciembre de 2010, por la que acuerda el archiva de actuaciones iniciadas a consecuencia de la denuncia presentada por la actora.

SEGUNDO: De la Resolución de la CNC de 13 de diciembre de 2010 hemos de resaltar lo siguiente:

“El Real Decreto 170/2010 indica en su artículo 3.2 que, cuando así lo solicite el interesado, los centros de reconocimiento podrán gestionar, en su nombre, ante la Jefatura Provincial de Tráfico, la prórroga de vigencia de los permisos o licencias de conducción, para lo que deberán aportar los documentos que a tales efectos se requieran por la normativa vigente.

Dicho Real Decreto establece, en su artículo 15.2, la obligatoriedad de remitir al Registro de Conductores e Infractores de la DGT el resultado del informe de aptitud psicofísica por medios electrónicos y de forma inmediata.

También, el citado artículo indica que la comunicación electrónica se ajustará al protocolo informático que se establezca por Orden del Ministro del Interior y deberá contener los datos personales del solicitante y una fotografía de las mismas características exigidas para la obtención del permiso o licencia de conducción."

Continúa la citada Resolución:

"2. La DGT publica en su página web el "Manual de Usuario para Centros de Reconocimiento Médico". Este Manual ha sido publicado en diversas versiones (5 de marzo de 2010; 8 de junio de 2010 y 20 de septiembre de 2010, folios 125 a 167 y 170 a 211) y estaba previsto que comenzase a ser de cumplimiento obligatorio para los CRC a partir del 3 de noviembre de 2010..."

4. En el punto 2.3.1 Recomendaciones para la obtención de fotografía tipo carnet con cámara web del Manual de 8 de junio de 2010, se podía leer lo siguiente:" La fotografía deberá realizarse en el Centro de reconocimiento de conductores, una vez que haya finalizado el examen oftalmológico del sujeto, ya que si se realiza antes de éste, el posible deslumbramiento que pudiera producirse durante la toma fotográfica, alteraría los resultados de la capacidad visual del sujeto en cuestión" (folio 132). De acuerdo con la DGT, la fotografía a la que se refiere el punto 2.3.1 del Manual es la asociada al resultado del informe de aptitud psicofísica que deben remitir los CRC a la DGT junto con el informe de aptitud, que deberá ser obtenida en el CRC de acuerdo con los procedimientos técnicos previstos en el Manual y que será la que en principio [Salvo que el conductor, si lo desea, aporte personalmente en la Jefatura de Tráfico otra fotografía en soporte papel para que figure en el carnet] utilice la DGT para el carnet (folio 123 y 124).

La DGT justifica el requisito de realizar la fotografía con webcams en los CRC para asegurar la presencia física del interesado en el CRC y que, por lo tanto, la fotografía que figure en el informe de aptitud psicofísica se corresponda efectivamente con el sujeto que ha sido examinado.

5. En el punto 2.4.2, Tabletas compatibles propuestas, del Manual de 8 de junio de 2010 se indicaba lo siguiente:" Interlink Electronics. Aunque como se ha comentado, la aplicación soporta todos los modelos que incluyan "integrisign", debido a las funcionalidades que no serían utilizadas en varios de los modelos, y ante la posibilidad de que aparezcan nuevos modelos en los que no se haya contrastado su correcta integración con la aplicación, en el caso del fabricante Interlink, en este documento se enumeran únicamente tres de ellos.

Se recomienda el modelo Interlink ePad (VP9801) al ser el más extensamente probado y al no necesitar, por parte de la aplicación, ninguna funcionalidad que este modelo no sea capaz de resolver.

Aunque es posible encontrar estos periféricos en algunos comercios, para la adquisición de los mismos se debe contactar con Investrónica, que es el distribuidor de Interlink Electronics en España" (folio 141).

Igualmente, se indica en dicho epígrafe "Topaz Systems. En cualquier caso, se enumeran cinco modelos contrastados con los distintos sistemas operativos soportados y condiciones propuestas para el puesto de los Centros de Reconocimiento de Conductores. Asimismo se recomienda tres de ellos que cumplen con todas las funcionalidades requeridas por la aplicación y presentan tres tipos distintos de tabletas digitalizadoras (Relación de aspecto 4/5, apaisada 1/5 y portátil)".

6. En el punto 2.4.3, *Webcams compatibles propuestas*, del Manual de junio de 2010, se expresaba lo siguiente: "Dado que es importante, como se ha comentado anteriormente, que la webcam se mantenga en el mercado durante un periodo aceptable de tiempo, se proponen modelos de cámaras de fabricantes reconocidos.

Dentro de los fabricantes reconocidos, se recomienda Logitech al haber comprobado que en la mayoría de los modelos de la serie actual de Webcams de escritorio (Logitech Webcams CXXX) incluyen drivers con este soporte compatible con DirectShow para Windows XP y Windows 7, así como mantienen soporte para VFW en sus drivers de XP Logitech no es el único fabricante cuyos drivers tienen este soporte DirectShow o VFW), de hecho la gran mayoría de las Webcams lo tienen. Pero como se ha comentado anteriormente, es necesario que estos drivers soporten un modo de video de una resolución particular que, aunque cumplen también la mayoría de Webcams, no todas lo hacen".

Teniendo en cuenta que se ha seleccionado alguno de los fabricantes más reconocidos en este tipo de dispositivos, la adquisición de estos modelos se podrá realizar prácticamente en cualquier tienda o almacén de periféricos informáticos" (folios 144 y 145).

8. El 3 de noviembre de 2010, la DGT remitió a esta Dirección de Investigación una nueva versión del Manual, fechada el 20 de septiembre de 2010, en la que se eliminan todas las referencias concretas a marcas de productos o proveedores de periféricos (folios 170 a 211)."

A la vista de los hechos descritos la CNC concluye:

"...el Consejo no aprecia indicios racionales de infracción de la LDC. Asimismo el Consejo comparte los argumentos por los que la DI descarta la existencia de infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007. No se aprecia acuerdo bilateral que vulnere lo previsto en el artículo 1 de la LDC. Por lo que se refiere a la prohibición de abuso de la posición de dominio del art. 2 de la LDC, sin necesidad de delimitar el mercado relevante para determinar la eventual posición dominante de la DGT, y habiendo ésta eliminado del Manual cualquier referencia a marcas concretas de productos o a proveedores recomendados, el Consejo considera que la obligación de realizar las fotografías del informe de aptitud psicofísica en el CRC puede estar justificada por motivos de seguridad. Por último, y por las razones precedentes, en el comportamiento de la DGT objeto de la denuncia no se aprecian elementos de deslealtad que pudieran motivar una actuación de la CNC en base al art. 3 de la LDC. No existiendo, pues, indicios de prácticas restrictivas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, el Consejo considera ajustada a Derecho la Propuesta de Archivo realizada por la DI en relación con el expediente S/0266/10."

TERCERO: 1) Analizando ahora el contenido de las normas aplicables:

A) que el artículo 1 de la Ley 15/2007 de 17 de julio dispone: " 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:

La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

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.

La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.”

B) El artículo 2 de la Ley 15/2007 establece: “1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.”

C) El artículo 3 de la misma Ley determina: “La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.”

Reiteradamente hemos señalado que el primero de los preceptos citados resulta:

a) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta concertada en cualquiera de sus formas tendente a falsear la libre competencia. b) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. c) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

En relación al segundo de los preceptos citados, el abuso de posición de dominio o de la situación de dependencia económica, lo que presupone dos elementos, la existencia de una posición de dominio en el mercado de referencia o una dependencia económica y el abuso de tal posición o dependencia. Las conductas que se consideran abusivas y se explicitan en el propio precepto, lo son a título enunciativo, pues el elemento esencial lo es que la conducta sea efectivamente abusiva aún no respondiendo a alguno de los supuestos señalados por la norma. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que la conducta sea objetivamente apta para alcanzar tal fin, tenga éxito o no la misma.

Por lo que hace al artículo 3 el supuesto viene constituido por actos de competencia desleal, ahora bien, la intervención del regulador solo es posible cuando la conducta afecte sensiblemente a la libre competencia o al interés público.

La Ley 31/1991 establece en su artículo 4: "1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe...". Al margen de la concreción que la propia Ley contiene, el elemento esencial del tipo viene constituido por un comportamiento contrario a la buena fe.

2) En cuanto a la naturaleza de la Dirección General de Tráfico ha de ser observada a la luz de la doctrina por esta Sala, entre otras en sentencia de 19 de diciembre de 2001, recurso 1273/1998:

"La Administración Pública actúa sometida a Derecho Administrativo y en el ejercicio de potestades exorbitantes por éste reconocidas, pero también lo hace sometida a Derecho Privado y en la posición que cualquier sujeto privado de Derecho ocuparía en una relación jurídica - con independencia de determinados privilegios y limitaciones que se observan en tal posición dada la naturaleza del sujeto, pero que en absoluto pueden identificarse con el ejercicio de las potestades de imperio propias de la posición Pública -. De ahí que en la propia Resolución impugnada se afirme que el TDC ha admitido el sometimiento de las Administraciones Públicas a la Ley de Defensa de la Competencia, y con ello al órgano administrativo de regulación que es el propio TDC, cuando actúan en el mercado como receptoras o suministradoras de bienes o servicios.

Con tales precisiones nos adentramos en una de las cuestiones controvertidas en autos, reflejada en los razonamientos de la Resolución objeto de este recurso.

En esencia la cuestión conflictiva puede resumirse como sigue: la actuación en el mercado de las Administraciones Públicas como sujeto privado justifica el sometimiento a la Ley de Defensa de la Competencia cuando actúan con sometimiento a Derecho Privado; no así cuando lo hacen como tales Administraciones sometidas a Derecho Administrativo y en el ejercicio de potestades exorbitantes, actuando en ejercicio de las funciones que les viene atribuida por Ley que impide el sometimiento de estas a los preceptos de la Ley 16/1989.

Pues bien, lo esencial en la cuestión que se examina es determinar qué competencias se han actuado, esto es, debe establecerse si la conducta denunciada se siguió en ejercicio del imperio propio de la Administración, o bien las facultades actuadas quedaban fuera del Derecho Público, y ello, porque en el primer caso nos encontraríamos ante una habilitación legal que justificaría la conducta, aún siendo ésta subsumible en el tipo infractor. Podemos afirmar en un primer momento, que la Administración Pública, actuando como tal, no se encuentra sometida al principio de libre competencia - y ello dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de Derecho Público que ocupa -, pero otra cosa es, cuando actúa sometida a Derecho Privado, como sujeto de Derecho privado, y al margen de la habilitación legal de potestades. Este supuesto se nos plantea, cuando la Administración ejerce funciones que no le son propias como ente de Derecho Público revestido de imperio, esto es, cuando actúa al margen de la habilitación legal de potestades exorbitantes para el cumplimiento de sus fines. Tales circunstancias, son examinadas en la Resolución impugnada."

CUARTO: Pues bien, en el presente caso los hechos relevantes son dos: A) la realización de las fotografías por los centros médicos de reconocimiento que han de remitirse con el correspondiente informe a la DGT, y B) la previsión en la versión del Manual de 8 de junio de 2.010 de la utilización de determinadas marcas y proveedores para realizar tales fotos, que desapareció en la versión de 20 de

septiembre de 2010. Se señala en el acto impugnado que estaba previsto que comenzase a ser de cumplimiento obligatorio para los CRC a partir del 3 de noviembre de 2010.

Respecto de la primera conducta acierta la CNC al señalar que el tipo del artículo 1 requiere concertación, ya sea expresa, tácita y aún consciente, y en el presente caso no existe concertación pues es un acuerdo unilateral de la DGT basado en la necesidad de identificar a la persona sometida al examen médico.

El tipo del artículo 2 requiere la existencia de una conducta abusiva, y ésta no lo es cuando se encuentra justificada en razones de seguridad: "...La DGT justifica el requisito de realizar la fotografía con webcams en los CRC para asegurar la presencia física del interesado en el CRC y que, por lo tanto, la fotografía que figure en el informe de aptitud psicofísica se corresponda efectivamente con el sujeto que ha sido examinado..."

La existencia de una razón objetiva basada en la necesidad de comprobar la identidad del examinado, excluye el concepto de abuso.

Por último, tampoco se observa mala fe, requerida para la aplicación del tipo del artículo 3, por la misma razón de la existencia de una razón objetiva en que se basa el comportamiento.

En cuanto a la mención a proveedores y modelos del material a utilizar, también es acertada la Resolución impugnada en cuanto no la considera al haber desaparecido en el momento de la investigación de los hechos. A ello hemos de añadir que el manual era obligatorio a partir del 3 de noviembre de 2010, y en ese momento la previsión había desaparecido por lo que su incidencia sobre los operadores económicos era nula al no existir ya.

QUINTO: Analizaremos ahora, a la vista de lo expuesto las argumentaciones actoras:

1.- No se observa vulneración del artículo 12 de la Ley 15/2007 ya que la conclusión a la que llega la CNC es precisamente que la conducta no es subsumible en ningún tipo infractor y por ello procede el archivo. Como hemos señalado la Sala aprecia esta misma circunstancia.

2.- No existe incongruencia en el análisis del artículo 1 porque es cierto que el mismo no exige una decisión unilateral, sino una concurrencia. Que la concurrencia pueda venir determinada por una recomendación colectiva no desvirtúa la afirmación de que la decisión de la DGT actúa sobre una premisa unilateral en cuanto no atiende a los restantes operadores económicos sino a la seguridad en la identificación de la persona a la que se hace el examen médico.

3.- No se observa vulneración de los artículos 14 y 18 de la Constitución, el primero porque no se aprecia término de comparación válido, el segundo, porque la exigencia de reproducción de la propia imagen lo es para garantizar la seguridad en el tráfico, elemento este que opera como límite al derecho fundamental.

4.- En cuanto a la falta de cobertura legal reiteramos que se trata de un medio de identificación de la persona examinada, y se incluye por ello en la obligación jurídica de identificar al examinado como un medio más – además de la identificación por sus datos personales -.

5.- En cuanto a la confianza legítima se articula sobre la idea del comportamiento esperable de la Administración. Pero no puede esperarse legítimamente que la Administración persiga conductas que le consta no son constitutivas de infracción.

Ya hemos señalado que se eliminó la referencia a productos y proveedores por lo que no puede asumirse que se coloque a determinadas empresas en posición de ventaja.

Por último, y en cuanto al perjuicio a los profesionales de la fotografía, no puede tal perjuicio – aún existiendo – impedir la correcta identificación de quienes superan los controles médicos para prorrogar la licencia que autoriza para conducir vehículos a motor, ya que tales controles se encuentran íntimamente relacionados con la seguridad del tráfico vial.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

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 Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción anterior a la Ley 37/2011 –disposición transitoria novena -.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Federación Española de Profesionales de la Fotografía y de la Imagen**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Francisco Inocencio Fernández Martínez, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 13 de diciembre de 2010**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la **confirmamos**, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.