

Id. Cendoj: 28079230062013100479
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 01/10/2013
Nº de Recurso: 371/2012
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Multas y Sanciones.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a uno de octubre de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 371/2012 que ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora D^a. María Asunción Miquel Aguado, en nombre y representación del **COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS DE MADRID**, contra Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 16 de julio de 2012, sobre **Defensa de la Competencia**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo codemandada la EMPRESA MUNICIPAL DEL SUELO Y VIVIENDA DE BOADILLA DEL MONTE S.A.U, actuando en su nombre y representación el Procurador D. Victor Juan Requejo Rodriguez-.Guisado y la COMUNIDAD DE MADRID, actuando en su nombre y representación el Letrado de la Comunidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 30 de julio de 2012, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO A LA SALA que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tenga por formalizada la demanda contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 16 de julio de 2012, dictada en el expediente SAMAD 01/2011 COAM-Viviendas Públicas Municipios de Madrid, y por devuelto el expediente

administrativo correspondiente y, en su día, dicte sentencia por la que:

- declare que el Ilustre Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid no infringió el artículo. 1 LDC por cuanto la conducta por la que ha sido sancionado se encuentra amparada por el artículo 5 LDC y 3 RDC, al no existir una restricción sensible de la competencia, no siendo por tanto, sandonable la conducta del Ilustre Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid;

- subsidiariamente, anule la multa impuesta, o reduzca su importe a una cantidad simbólica o mínima, en aplicación del principio de proporcionalidad, al carecer de efectos la conducta sancionada."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la contestación, en el cual solicitó a la Sala: "dicte sentencia por la que se desestime el recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de las costas a la demandante."

3. Mediante Diligencia de Ordenación de 25 de febrero de 2013 se dió traslado a las codemandadas para que contestara la demanda, lo que se hizo en tiempo y forma la Comunidad de Madrid; concretando sus peticiones en el suplico de su contestación, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO A LA SECCIÓN que tenga por presentado este escrito con sus copias, por contestado el recurso contencioso administrativo y previa la tramitación legal oportuna dicte sentencia en la que se desestime el mismo, confirmando que la resolución recurrida es ajustada a derecho, con expresa imposición de costas a la parte actora."

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto con fecha 8 de abril de 2013 acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de 29 de julio de 2013 se señaló para votación y fallo el día 17 de septiembre de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el día 16 de julio de 2012 en el Expediente SAMAD01/2011 COAM-Viviendas Públicas de Municipios de Madrid, con la siguiente parte dispositiva

quot;PRIMERO .- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , de la que es autora el COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS DE MADRID, consistente en una recomendación colectiva en los términos descritos en el Fundamento de Derecho Cuarto.

SEGUNDO .- Imponer al COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS DE MADRID como autor de la conducta infractora una multa sancionadora por importe de 172.000 euros (CIENTO SETENTA Y DOS MIL EUROS).

TERCERO.- Intimar al COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS DE MADRID para que en lo sucesivo se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas u otras similares que puedan obstaculizar la competencia.

CUARTO .- El COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS DE MADRID justificará ante el Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

QUINTO .- Instar al Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución."

2. La incoación del expediente tiene su origen en la información reservada en relación con las Viviendas Públicas de Boadilla del Monte, iniciada el 21 de enero de 2010, cuando el extinto Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid tuvo conocimiento del contenido de la página Web del COAM donde, en referencia a la Oficina de Concursos de Arquitectura de Madrid, se podía leer: " *La OCAM desaconseja la participación en dos concursos convocados por la EMSV de Boadilla del Monte* ".

- Posteriormente el 8 de marzo de 2010 el propio Servicio tuvo conocimiento de una carta del COAM a la Empresa Municipal de Suelo y Vivienda de Torrejón de Ardoz, de 27 de mayo de 2009, en la que se exponían determinados aspectos negativos detectados en determinadas licitaciones y, en concreto en lo referente a la redacción de los proyectos básicos de ejecución y dirección facultativa de Arquitectos Superiores de las obras de edificación de las promociones integrantes del II Plan Municipal de Vivienda 2008-2011 de Torrejón de Ardoz.

- El 25 de enero de 2012, la Directora General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica de la Consejería de Economía y Hacienda, de la Comunidad de Madrid, remite a la CNC el Informe y Propuesta así como todas las actuaciones realizadas en el expediente objeto de esta Resolución, sobre la base de lo establecido en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y tras haber quedado extinguido, en virtud del artículo 9 de la Ley 6/2011 de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid , el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid creado por la Ley 6/2004 de 28 de diciembre. El expediente ha sido numerado como SAMAD 01/2011 COAM-Viviendas Públicas de Municipios de Madrid.

En la Resolución impugnada se contiene el siguiente relato de " *Hechos Probados*:"

A). La conducta es conocida por la autoridad de competencia de Madrid el 21 de enero de 2010, a través de la página Web del COAM, donde se podía leer, en referencia a la OCAM, el siguiente texto (folio 2):

"LA OCAM DESACONSEJA LA PARTICIPACIÓN EN DOS CONCURSOS CONVOCADOS POR LA EMSV DE BOADILLA DEL MONTE.

La Oficina de Concursos desaconseja a los arquitectos del COAM, la participación en las licitaciones para la contratación de Estudio y elaboración del proyecto de ejecución, y posterior dirección de la obra, para la construcción de viviendas con protección

pública en venta en la parcela RM-9.1 del Sector Sur "Valenoso"; y el Estudio y elaboración del proyecto de ejecución, y posterior dirección de la obra, para la construcción de viviendas con protección pública en arrendamiento y arrendamiento con opción a compra en la parcela RM-9.2 del Sector Sur 11 "Valenoso", de Boadilla del Monte, motivada por las deficiencias presentes en las bases de la convocatoria. Se ha remitido una carta a la Empresa Municipal de Suelo y Vivienda de Boadilla del Monte en que se exponen los aspectos negativos detectados, entre los que se encuentran unos honorarios y formas de pago abusivas y unas tareas de contrato incorrectas."

Esa noticia conducía, mediante el correspondiente link al contenido íntegro de la carta que la OCAM había dirigido a la EMSV- BM.

La investigación realizada por el SDCM a raíz del conocimiento del hecho anterior ha permitido acreditar el envío de ciertas cartas y su difusión. Se trata de un total de cuatro cartas que a continuación se detallan:

B). Carta remitida por el COAM el 9 de mayo de 2008 a la Empresa Municipal de la Vivienda y el Suelo de Torrejón de Ardoz (EMSV-TA), y con correspondencia al Presidente de la misma entidad, a la sazón Alcalde de Torrejón de Ardoz, respecto a las bases de la licitación donde se recoge la Redacción de los proyectos básicos, y de ejecución y Dirección Facultativa de Arquitectos Superiores, de las obras de edificación de las promociones integrantes del I Plan Municipal de Vivienda 2008-2011 de Torrejón de Ardoz (folios 207 y ss).

El contenido de la carta se refiere a aquellos aspectos del Pliego publicado por la EMSV-TA que el COAM entiende erróneos o negativos (puntuación por experiencia, asunción de tareas, honorarios y formas de pago), pide que se tengan en cuenta las recomendaciones expuestas y concluyen diciendo que:

" Estas circunstancias motivan que el COAM estudie la interposición de recurso de reposición.

Esperamos que tenga en cuenta las recomendaciones expuestas, tanto en esta como en futuras licitaciones, de cara a mejorar las condiciones de las bases de sus concursos "

En la misma carta se decía que se permitía, mediante link, el acceso al contenido de la carta, y según se ha señalado por el COAM (folios 409 y 410) el link estuvo disponible desde el mismo día del envío de la carta, el 9 de mayo de 2008.

C). Carta remitida por el COAM el 27 de mayo de 2009 a la EMSV-TA, con motivo de la publicación de los Pliegos referidos al Plan II. Dicen que las deficiencias son similares a las detectadas en el anterior pliego y que motivaron la carta de 9 de mayo de 2008. (folios 137 y ss)

En esta segunda carta se dice explícitamente que desde la oficina del COAM se desaconseja la participación bajo las condiciones denunciadas.

"forma de pago de los honorarios previstos en el punto 20 del pliego:

A la obtención de Licencia Municipal de Obras: 20%

Al inicio de las obras: 15 %

Al año del inicio de las obras: 25%

A la formalización del Final de obra: 25%

A los tres meses de la entrega de las viviendas: 15%.

Este sistema de pago que condiciona el pago de los honorarios por trabajos de redacción de proyectos de modo ajeno a la presentación de los mismos resulta absolutamente inadecuado.

Las circunstancias expuestas motivan que desde esta oficina se desaconseje la participación bajo estas condiciones. No obstante aprovechamos la ocasión de nuevo para ofrecerles todo el asesoramiento que de nosotros pudieran necesitar tanto en esta como en futuras licitaciones relacionadas con la contratación de servicios de arquitectura.

Quedamos a la espera de su respuesta. Atentamente"

Se podía llegar al contenido íntegro de la carta desde la propia Web del COAM, a través de un link ubicado en el portal informativo de la OCAM, según el SDCM.

E). Carta remitida por el COAM el 30 de julio de 2009 a la EMSV-TA dirigida al Gerente de la EMSV-TA, con correspondencia para el Presidente de la misma empresa y para el Presidente de la Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo. Sección de Madrid (APPVS-M) (y a la que se tenía acceso desde la página Web del COAM, según declaraciones del propio Colegio, entrando en el link ubicado en el portal informativo de la OCAM) en el que se hacen "indicaciones" por el COAM a la EMSV-TA, y se recuerda en la carta cómo se había desaconsejado con ocasión de la carta anterior de 27 de mayo de 2009 (folios168-169):

"Recordamos que las condiciones establecidas en los pliegos de esta convocatoria motivaron que desde el COAM se desaconsejase la participación en la misma, ya que se detectaron aspectos que no se ajustaban a las buenas prácticas de contratación de trabajos de arquitectura y urbanismo (...)" Por otro lado, la EMSV-TA, aporta determinados datos (folio 205 y ss), entre los cuales es de destacar que el contenido de una de las cartas remitidas por el COAM a su entidad fue publicada también en la página Web del Grupo socialista del municipio de Torrejón de Ardoz. Señalando seguidamente:

"Asimismo adjuntamos copia de una noticia que salió publicada en el periódico ADN en junio de 2009, en el que se hace una interpretación de una sentencia judicial, dictada en un procedimiento en el que fue parte demandada la EMSV, por la Decana del Colegio de Arquitectos de Madrid. Sorprende sobremanera en este punto, que entre un escrito y otro a la EMSV de Torrejón de Ardoz, e imbuidos en pleno procedimiento de contratación de arquitectos por parte de esta Sociedad, sea la Decana del OCAM quien realice una evaluación de una sentencia judicial en un procedimiento al que dicho Colegio Profesional y dicho colectivo es absolutamente ajeno."

F) . Carta remitida por el COAM el 30 de noviembre de 2009 al Gerente de la Empresa Municipal del Suelo y Vivienda de Boadilla del Monte (EMSV-BM), y con correspondencia al Presidente de la APPVS-M en referencia a las licitaciones para la

contratación de Estudio y elaboración del Proyecto de ejecución, y posterior Dirección de la obra, para la construcción de viviendas con protección pública en venta en la parcela RM-9.1 del Sector Sur "Valenoso", así como para la construcción de viviendas con protección pública en arrendamiento y arrendamiento con opción a compra en la parcela RM-9.2 del Sector Sur 11 "Valenoso", (folio 182 y ss). En la carta se dice:

"También se encuentran relacionados con estos aspectos negativos las condiciones para el abono de precios que establece el punto 23, que condiciona parte de los pagos de los honorarios de modo ajeno a la presentación de los trabajos de redacción de proyectos y dirección de obra, vinculándolos a objetivos comerciales que deberían de desligarse de los trabajos técnicos, presentando unas condiciones y unos porcentajes de precios absolutamente inadecuados:

- 15,00% A la entrega del Proyecto de Ejecución visado por el COAM.

- 20,00% A la concesión de la Licencia de obras.

- 50,00% La Dirección de Obra, la Coordinación en Materia de Seguridad y Salud durante la ejecución de las obras proporcionalmente a las certificaciones de obra

- 3,00% A la concesión de la Licencia de Instalaciones Generales del Edificio y Primera Ocupación.

- 12,00% A la obtención de la Calificación Definitiva de las viviendas y Recepción de las obras, con efectivo plazo de garantía.

Las circunstancias expuestas motivan que desde esta oficina se desaconseje la participación bajo estas condiciones."

G). Noticia publicada el 17 de diciembre de 2009 en el periódico diario El País, Sección cultura, página 41, en cuyo contenido se señalaba que el COAM envió un comunicado a sus colegiados para desaconsejarles que se presentaran al concurso para la construcción de vivienda pública en Boadilla del Monte (folio 170).

H). Otras cartas que constan en el expediente revelan que el COAM emitía juicios sobre cómo debe influir en la puntuación de la licitación la experiencia del arquitecto (Carta a Pozuelo de Alarcón, 24 de noviembre de 2008, folio 546); sobre la no pertinencia de exigir información sobre condiciones comerciales aplicadas en el pasado por el licitador y tipo de cliente (Rivas Vaciamadrid, 24 de noviembre de 2008, folio 504); sobre la no pertinencia de exigir la experiencia del licitador en base a parámetros cuantitativos mínimos (Alcalá de Henares, 16 de febrero de 2009, folio 516); sobre la exigencia de titulaciones académicas concretas para funciones que puede ser desarrollada por el propio arquitecto (Alcobendas 2 de noviembre de 2009, folio 538); o sobre la forma de acceso a los pliegos o su precio (Alcobendas, 24 de noviembre de 2010 folio 540). En la carta enviada a Rivas Vaciamadrid se propone también unos porcentajes de pago y plazos de pago concretos y distintos a los originales del pliego.

I). Un segundo tipo de cuestiones sobre las que el COAM también manifiesta su opinión negativa tienen que ver con las condiciones comerciales, como son los plazos de pago ligados a las distintas fases (Rivas Vaciamadrid, 24 de noviembre de 2008, Torrejón de Ardoz, 9 de mayo de 2008; Torrejón de Ardoz, 27 de mayo de 2009, Boadilla del Monte, 30 de noviembre de 2009); o funciones a desarrollar por el

arquitecto (Boadilla del Monte, 30 de noviembre de 2009, Torrejón de Ardoz, 9 de mayo de 2008).

Del conjunto de estas cartas el SDCM ha acreditado lo siguiente:

(i) Declaración expresa y por escrito por parte del COAM, señalando que el 10 de febrero de 2010 se había retirado de la página Web la información (y link) a la carta de 30 de noviembre de 2009) de la que es objeto el presente expediente en lo referente a Boadilla del Monte, habiendo estado publicada en la Web desde el día 1 de diciembre de 2009 hasta el día 9 de febrero de 2010 (folios 409 y 410).

(ii) Declaración expresa y por escrito por parte del COAM, en la que se indica que la carta de 30 de julio de 2009, relativa a las licitaciones en Torrejón de Ardoz, estuvo publicada en la Web del 31 de julio de 2009 al 9 de febrero de 2010 (folio 409 y 410).

(iii) Declaración expresa y por escrito por parte del COAM, en la que se indica, también respecto a Torrejón de Ardoz, que la carta de 9 de mayo de 2008 se incluyó en la Web en la fecha de la misma misiva, y que actualmente no permite acceder a su contenido, aunque el link sigue apareciendo en la Web; y que la carta de 27 de mayo de 2009, estuvo publicada en la Web desde el mismo 27 de mayo de 2009 hasta el 9 de febrero de 2010 (folios 409 y 410).

(iv) Declaración expresa y por escrito por parte del COAM, de que no se han adoptado medidas legales (administrativas y/o judiciales) de impugnación de las bases de licitación en lo referente a Boadilla del Monte y Torrejón de Ardoz (si bien, seguían estudiándose la posibilidad de, en su caso, iniciar medidas, según la propia declaración expresa y por escrito del COAM) (folio 117).

A su vez, el COAM señala que no se ha enviado ninguna carta, ni comunicado, desaconsejando la participación de sus colegiados como consecuencia de algunos aspectos negativos de determinadas licitaciones, distintas a las que han dado lugar al procedimiento de información reservada ante el SDCM (folio 74 del Expediente acumulado SANC 01/2011 COAM- Vivienda Públicas de Municipios de Madrid).

J). El SDCM solicitó a 26 municipios de Madrid el total de licitaciones realizadas por cada una de estas empresas públicas desde el 1 de enero de 2005 al 6 de abril de 2011, para la contratación de Estudios y elaboración de proyectos de ejecución, y posterior direcciones de la obra, para la construcción de viviendas con protección pública, así cómo que se indicaran las empresas que se presentaron en cada una de estas licitaciones, si recibieron cartas por el COAM similares o idénticas a las que están siendo objeto de investigación en el presente expediente, y de haberse declarado alguna licitación desierta, los motivos expresos de esta declaración. Estos municipios investigados han sido, siguiendo esencialmente el criterio de mayor población por zonas (norte/sur/ este y oeste) dentro del territorio autonómico, Madrid, Móstoles, Alcalá de Henares, Fuenlabrada, Leganés, Alcorcón, Getafe, Alcobendas, Coslada, Las Rozas, Pozuelo de Alarcón, San Sebastian de los Reyes, Rivas - Vaciamadrid, Majadahonda, Valdemoro, Collado Villalba, Aranjuez, Arganda del Rey, San Fernando de Henares, Algete, Tres Cantos, San Lorenzo del Escorial, Arroyo molinos, Villanueva del Pardillo y Guadarrama (folios (430 y ss.). En los datos obtenidos por el SDCM respecto a estos municipios (folios 282-338, 343, 347-396, 401-450, 471, 472 y 547-581 del Expediente acumulado SANC 01/2011 COAM- Vivienda Públicas de Municipios de Madrid) no se recogen cartas similares que impliquen desaconsejar la participación de los colegiados por parte del COAM.

De las respuestas recibidas a los requerimientos de información a los 26 municipios se concluye que recibieron cartas de la OCAM referidas a sus licitaciones respectivas los municipios de **Alcalá de Henares** (30/03/2009); **Rivas Vaciamadrid** (04/02/2005); **Alcobendas** (2007, 2010 y 2011); y **Pozuelo de Alarcón** (08/06/2009), aunque **en ninguna de ellas consta que la OCAM desaconsejara la participación en la licitación** . Por el contrario, **el resto de municipios no recibió ningún tipo de carta de la OCAM** .

K). Ninguna de las licitaciones objeto de cartas enviadas por la OCAM el 27 de mayo de 2009 y el 30 de noviembre de 2009, fueron declaradas desiertas, como muestra el cuadro elaborado por el SDCM, según la información que obra en el expediente:

TABLA DE LICITACIONES DE EMPRESAS PÚBLICAS DE BOADILLA DEL MONTE Y TORREJÓN DE ARDOZ, Total de licitaciones realizadas 01/01/2005 - 01/04/2011

Empresa Fecha de licitación/
adjudicación N° licitadores

presentados Desierta Existencia de cartas

del COAM (publicadas

en la web).

Boadilla del Monte 06/05/2010

RM 9.1 Sector Sur 21 NO Carta de 30/11/2009

desaconsejando la

participación.

Duración de la publicidad:

01/12/2009 - 09/02/2010

06/05/2010

RM 9.2 Sector Sur 20 NO Misma carta de 30/11/2009

desaconsejando

participación.

Duración publicidad:

01/12/2009 - 09/02/2010

28/12/2010 14 NO NO

Torrejón de Ardoz 20/06/2008 1 Plan

Municipal de la Vivienda Cuatro lotes: 7/8/7/3

14 licitadores NO Carta de 09/05/2008, si

bien no desaconseja la participación.

17/07/2009 II Plan

Municipal Vivienda Dos lotes: 05/05/2011

10 licitadores NO Carta de 27/05/2009

desaconseja la participación.

Duración de la publicidad 29/05/2009 - 09/02/2010

Carta de 30/07/2009 - 09/02/2010

L). El valor del presupuesto de las licitaciones objeto de las cartas enviadas por el OCAM son de 500.000 € sin IVA para la correspondiente a la contratación de Estudio y elaboración del Proyecto de ejecución, y posterior Dirección de la obra, para la construcción de viviendas con protección pública en venta en la parcela RM-9.1 del Sector Sur "Valenoso" y de 545.000 € sin IVA para la construcción de viviendas con protección pública en arrendamiento y arrendamiento con opción a compra en la parcela RM-9.2 del Sector Sur 11" Valenoso", ambas en **Boadilla del Monte** . Y de 369.400 con IVA incluido para el Lote 1 y de 437.200 € con IVA incluido para el Lote 2 en **Torrejón de Ardoz** para la contratación de la Redacción de los Proyectos básicos y de ejecución y Dirección Facultativa de Arquitectos Superiores, de las obras de edificación de las promociones integrantes del I y II Plan Municipal de Vivienda 2008-2011 de Torrejón de Ardoz (Folios 49, 74, y 346).

3. La parte actora argumenta en su demanda los siguientes motivos:

- En primer término, que la conducta sancionada no era apta para restringir la competencia de manera sensible y carecer de efectos apreciables en el mercado, resultando de aplicación el artículo 5 LDC , tal como y es desarrollado por el artículo 3 RDC.

En concreto sostiene la actora que:

i) la conducta imputada no ha sido apta para restringir sensiblemente la competencia;

ii) la conducta imputada al COAM no había producido efectos apreciables (en realidad, no ha producido efecto alguno), extremo este admitido también por el órgano instructor en su Propuesta de Resolución (folios 748 y ss),

iii) la CNC -acertadamente- no sancionó determinados acuerdos al considerarlos sin aptitud para restringir de forma apreciable la competencia en al menos tres asuntos ("El Corral de las flamencas", "Natura Bissé", " Colegio de Arquitectos de Asturias)

iv) La actora citaba también la sentencia de esta misma Sala y sección de 29 de

octubre de 2009 (Recurso nº 418/2008), en la que esta Sala aplicó la doctrina de *minimis*, incluso dando un paso más allá al reconocer que incluso las conductas especialmente graves excluidas de la norma de *minimis* pueden todavía resultar excluidas de la prohibición de los artículos 1 LDC y 101.1 TFUE por razón de su escasa importancia y ello aunque el Consejo de la CNC no haya aplicado el artículo 3 del RDC

- Subsidiariamente solicita la reducción de la multa en aplicación del principio de proporcionalidad.

Por su parte tanto el Abogado del Estado como la Codemandada se oponen a la estimación del recurso y alegan resumidamente lo siguiente:

- Que no puede ampararse la conducta sancionada en lo prevenido en el artículo 5 de la LDC , toda vez que tiene aptitud para distorsionar la competencia al ir dirigida a una parte significativa del mercado (al menos en dos municipios de la Comunidad de Madrid), porque la difusión ha sido amplia y porque la conducta alcanza a la totalidad de los oferentes, ya que todos los arquitectos que pueden optar a la licitación, están colegiados.

4. El punto de partida sobre los hechos a valorar es muy diferente según las distingas apreciaciones de las partes.

En primer lugar el Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid calificó la conducta investigada como contraria al artículo 1 de la LDC , porque:

(i) Se trata de una recomendación colectiva, pues desde dese han transmitido pautas de homogeneización de comportamientos sobre condiciones comerciales, y consecuentemente se estaría vulnerando el principio de independencia de comportamiento que resulta imprescindible para actuar libremente y de manera competitiva en los mercados por parte de todos y cada uno de los operadores económicos;

(ii) Los destinatarios de la recomendación colectiva relativa a la licitación en Boadilla del Monte (carta de! COAM del 30 de noviembre de 2009) son todos sus colegiados, no quedando limitada a una supuesta bilateralidad comunicativa entre el COAM y la EMSV- BM, como seseñala, sin embargo, en las alegaciones del COAM. Para el SDCMt existe una difusión del contenido de la carta, tanto en el hecho de la correspondencia al Presidente de ía APPVS-M, como al ser ésta publicitada en la página Web del propio COAM, en un link ubicado en el portel informativo de la OCAM. y bajo la rúbrica "LA OCAM DESACONSEJA LA PARTICIPACIÓN EN DOS CONCURSOS CONVOCADOS POR LA EMSV DE BOADILLA DEL MONTE". Y también tuvo su reflejo en un periódico diario, en concreto El País, que si bien es cierto- como señala el COAM- que no se trató, en lo formal, de un comunicado o carta por parte del Colegio a sus colegiados para desaconsejarles que se presentasen al concurso convocado en Boadilla del Monte, no es menos cierto que la publicidad en la Web de la carta de 30 de noviembre de 2009, dirigida a la EMSV-BM y a la APPVS-M, funcionó de manera muy similar a una comunicación formal a los colegiados estricto sensu, hasta el punto de que el Diario citado, dio por supuesto que se trataba de una comunicación formal a los colegiados, Y en la carta mencionada se señalaba expresamente "las circunstancias expuestas motivan que desde esta oficina se desaconseje la participación bajo estas condiciones".

(iii) Los destinatarios de la recomendación colectiva relativa a la licitación en Torrejón de Ardoz son todos los colegiados. Del contenido de la carta de 27 de mayo de 2009

del COAM al Gerente, con correspondencia al Presidente de la EMSV-TA y Alcalde de Torrejón de Ardoz y de la carta de 30 de julio de 2009 del COAM al Gerente de la GMSV-TA, con correspondencia al Presidente de la EMSVTA y Alcalde Torrejón de Ardoz, y al Presidente de la APPVS-M, se constata la realización de una recomendación colectiva por parte del COAM destinada a sus colegiados para con las dos licitaciones del Plan I y II Municipal de la Vivienda, no quedando limitada a una supuesta bilateralidad comunicativa entre el COAM y la EMSV- BM, como se señala, sin embargo, en las alegaciones del COAM. Para el SDCM, y como en el supuesto de Boadilla del Monte, si bien es cierto, como señala el COAM que no se dio un comunicado formal y directo a los colegiados para desaconsejarles que se presentasen a los concursos convocados en ambos municipios, no es menos cierto que la publicidad en la Web funcionó de manera muy similar a tal comunicación formal y directa a los colegiados sensu stricto.

(iv) El contenido de la recomendación colectiva, según el SDCM, excepción hecha de ía de 9 de mayo de 2008- no fue una supuesta información objetiva y aséptica de unas circunstancias, como parece señalar el COAM, sino que se da la existencia de indicaciones y recomendaciones que van más allá de un contenido meramente informativo que estaría permitido por la LDC . Argumenta el SDCM, que "Incluso, para este SDC, en este caso el COAM se habría expresado de una manera más clara que un mero mensaje, aunque éste podría ser suficiente para una recomendación colectiva, ya que como ha reiterado la CNC: "No es preciso decir exactamente cómo se tiene que comportar un colectivo, pues basta con lanzar señales, mensajes, o pautas de homogenización de comportamientos" (Fundamento de Derecho cuarto de ja resolución de 24 de marzo de 2009, expediente 649/08, Productos Farmacéuticos Genéricos.). Y prosigue el SDCM en su argumentación diciendo que: "Resulta, a su vez, cuanto menos curioso, observar, cronológicamente una cierta progresión en el comportamiento que se podría estar realizando con las cartas: Así, la primera de fas cartas (9 de mayo de 2008) respecto al 1 Plan de la Vivienda de Torrejón de Ardoz, se dirige tan sólo al Presidente y Gerente de la EMSV- TA y en su contenido no se elude desaconsejar la participación; sin embargo, en la siguiente carta (27 de mayo de 2009) respecto al II Plan de la Vivienda de Torrejón de Ardoz, se sigue dirigiendo al Presidente y Gerente de la EMSVTA, pero en su contenido se desaconseja la participación; y en la tercera carta (30 de junio de 2009) se reitera desaconsejar la participación y el destinatario ya no es solo el Presidente y Gerente de la EMSV-TA sino también el Presidente de la APPVS-Madrid), manteniéndose este mismo formato y destinatarios en la carta de 30 de noviembre de 2009 en ei caso ya de Boadilla del Monte".

(v) La intencionalidad en el contenido de la recomendación colectiva El COAM afirma que "Su actuación ha estado guiada en todo momento por su interés en velar por la satisfacción de los intereses generales relacionados con la Arquitectura, considerada como función social (...)," pero la jurisprudencia consolidada establece que la falta de intencionalidad no priva de antijuridicidad a la conducta de la entidad infractora, pues el artículo 1 de la LDC tipifica la infracción, bien de resultado, bien de ilícito objetivo, Y también señala el SDCM que: "A su vez, este SDC secunda la doctrina de la CNC en la que se señala que la LDC no exige demostrar un ánimo infractor, pero se habría dado, si menos, una actuación deliberada de recomendar, que ha desembocado en conducta tipificada como infracción."

(vi) Sobre la forma de la recomendación colectiva El SDCM recuerda que una recomendación colectiva puede llevarse a cabo bajo distintos formatos (boletines internos, manuales operativos, actas de asociación, normas reguladoras de honorarios,

carteles anunciadores, artículos en revistas, notas y ruedas de prensa (una o varias de forma continuada), cartas de representantes legales de la entidad, declaraciones o entrevistas en medios de publicación escrita o audiovisual, contratos-tipo, publicación de estudios de costes, y demás..., pudiendo ser el resultante incluso de complejas estrategias encadenadas, como ocurrió en el caso referido en la Resolución de la CNC 479/99, UNESPA, de 1 de diciembre de 2000. Y que si bien un gran número de conductas objeto de las resoluciones de la CNC que han tenido como objeto recomendaciones colectivas, han tratado estas bajo la forma de circular, la presente no se ha comunicado mediante circular, pero no por ello se debe descartar la existencia de la recomendación, siempre que el instrumento formal empleado (en el presente caso, página Web del COAM, con link de acceso al contenido de las cartas) implique la potencialidad de un colectivo de destinatarios receptores del contenido material del mensaje.

(vii) Sobre la vinculación del contenido de la recomendación colectiva a los destinatarios Aunque el COAM no se pronuncia en este aspecto, el SDCM considera necesario destacar que el mayor o menor nivel de vinculación al contenido de la recomendación por parte de sus destinatarios (en el presente caso de colegiados del COAM) no excluiría la existencia de la misma. Y cita el Fundamento de Derecho nº 4 de la resolución 469/00 de la CNC, Operadores Aeroportuarios, de 4 de julio de 2000.)...(.) estando las recomendaciones desprovistas de efecto obligatorio no escapan del dominio de la prohibición".

(viii) Sobre /es efectos de la recomendación colectiva. El SDCM, de la instrucción realizada concluye que no se han acreditado efectos derivados de la infracción. Y fundamenta que ello no obsta para acreditar la existencia de infracción. Y dice que "acreditado que las decisiones no vinculantes -recomendaciones si se utiliza la nomenclatura de la legislación nacional- si están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 101,1 TFUE , cuando son aptas para armonizar el comportamiento competitivo de los asociados, no existe discrepancia alguna entre el derecho nacional y el derecho, comunitario, ni puede afirmarse que el Derecho nacional sea más restrictivo que el Derecho comunitario en este aspecto". Recuerda que la acreditación o no de efectos debiera ser una cuestión a tener en cuenta para el cálculo de la sanción, pero no para la acreditación de la infracción.

Y resume que: "De los precedentes administrativos, jurisprudencia y doctrina citada ut supra, cabría concluir(...); que el "objeto" y la "aptitud de restringir" es bastante para determinar un comportamiento anticompetitivo, con independencia de los "efectos sobre el mercado", para ser partícipe de posibles medidas sancionadoras por parte de este SDC. "

Para el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en resumen, se trataría de una recomendación de boicot que materialmente es una conducta con aptitud para distorsionar las condiciones de competencia en el mercado de las licitaciones de Estudio, Elaboración y Redacción de Proyectos de Viviendas de Protección Oficial en diversos municipios de la Comunidad de Madrid, y por ello prohibida por el artículo 1 de la LDC . El COAM se había extralimitado en sus actuaciones, pasando de velar por el respecto a las buenas prácticas en el ámbito de este mercado, a tratar de distorsionar las condiciones del mismo. Y ello porque con el boicot que se recomienda se pretende por un lado modificar cuestiones como las condiciones de la remuneración del profesional (plazos y porcentajes de liquidación), cuya conveniencia debe ser algo que cada profesional valore de forma individual y libre, según sus preferencias o necesidades, y por otro establecer límites a las funciones que debe desempeñar el

ganador de la licitación, algo que de nuevo, cada profesional deberá valorar en conjunción con el resto de condiciones, como los plazos de entrega, las liquidaciones y el importe total del proyecto. El COAM, para forzar el cambio de estas condiciones, amenaza con desaconsejar a sus colegiados la participación en la licitación, bajo esas circunstancias. Y por último, ejecuta la recomendación, al menos en algunos casos, pues aunque no haga la recomendación de forma directa, dirigiéndose explícitamente a sus colegiados, el hecho de publicitar su opinión en la web, e incluso hacer un acceso directo con el contenido de la carta, supone un acto de amplia difusión, garantizándose que sus colegiados tendrán acceso a la información precisa sobre la recomendación de no acudir a la licitación.

Consecuentemente, el Consejo considera que las tres cartas de 2009 deben ser valoradas como una infracción a la LDC. Asimismo entiende que un análisis individualizado **e independiente de la carta de 9 de mayo de 2008** enviada a la EMSV de Torrejón de Ardoz y de la de 24 de noviembre de 2008 enviada a la EMV de Rivas Vaciamadrid, al no contener recomendaciones explícitas que desaconsejen la concurrencia de los profesionales los mismos, pudieran no ser apreciada su aptitud significativa para alterar las condiciones de competencia. Esta apreciación, de haber sido analizadas todas las cartas en su conjunto, pudiera haberse visto modificada, ampliando con ello el perímetro de la infracción.

No obstante, el Consejo estima que dado el número de cartas de similar naturaleza enviadas formalmente por la OCAM, estas pudieran responder a una decisión interna de desarrollar una estrategia tendente a alterar las condiciones de los concursos que no superen el mínimo deseable según sus criterios, obstaculizando la competencia efectiva. Una conducta de estas características podría merecer una calificación independiente de la realizada en el presente expediente, **que se circunscribe finalmente a la aptitud objetiva que las tres cartas de 2009 tienen para distorsionar las condiciones de competencia en el mercado.**

Por su parte la actora ha venido sosteniendo en todo momento que la conducta sancionada no era apta para restringir la competencia de manera sensible y carecer de efectos apreciables en el mercado, resultando de aplicación el artículo 5 LDC , tal y como es desarrollado por el artículo 3 RDC.

En efecto, a lo largo de la instrucción del procedimiento que concluyó con la resolución que ahora se impugna la actora ha insistido en que la conducta imputada al COAM cumplía todos los requisitos para ser considerada de *minimis* .

Sin embargo, el Consejo de la CNC en su resolución sostiene lo siguiente:

"El Consejo no puede acoger esta alegación, pues ni los antecedentes citados aplican al caso, ni la naturaleza y alcance de la infracción la pueden hacer merecedora de la aplicación de esta regla. Sobre los antecedentes que cita, debemos recordar que en RCNC S/0105/08, El corral de las Flamencas, se aplicó la regla de minimis a una conducta de imposición vertical del precio de reventa realizada por un operador con una muy encasa cuota de mercado; en el S/257/10 NATURE BISSE, se aplicó la regla de minimis atendiendo a la reducida posición de la denunciada en la estructura del mercado en el que se produjo la conducta. Y en la RCNC S/121/08, Colegio de Arquitectos de Asturias, el Consejo acordó el archivo atendiendo al período de vigencia de la Disposición Adicional y atendiendo al contexto jurídico económico de la conducta denunciada.

Y sobre el alcance y la naturaleza de la infracción hay que destacar que las cartas enviadas por el COAM tienen claramente aptitud para distorsionar la competencia porque iban dirigidas a una parte significativa del mercado (al menos en dos municipios de la Comunidad de Madrid significativos); porque la difusión ha sido amplia, empleando para ello la propia página web; y porque la conducta alcanza a la totalidad de los oferentes, ya que todos los arquitectos que pueden optar a la licitación, están colegiados, y por tanto con acceso a la web.

*Alega también el COAM que al no haber habido efectos, se puede aplicar la regla de *minimis*. En conductas de esta naturaleza la existencia o no de efectos, o en su caso la acreditación o no de los mismos, es una cuestión a tener en cuenta en el cálculo de la sanción, pero no, como pretende el imputado, una razón para la aplicación de la regla de *minimis*."*

5. La cuestión litigiosa queda por tanto reducida, a juicio de esta Sala, y vista las consideraciones expuestas por el acto administrativo impugnado, a determinar si es o no conforme a Derecho la conclusión obtenida por la CNC sobre la inaplicación de la regla de *minimis* .

El artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia regula las "*conductas de menor importancia*" en los siguientes términos:

"Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado" .

En desarrollo de la previsión legal los artículos 1 a 3 del Reglamento de Defensa de la Competencia , y particularmente, el artículo 3, se refiere a otras conductas de menor importancia no recogidas en el artículo 1 del propio Reglamento, atendiendo a criterios distintos a la cuota de mercado, en particular a aquellas conductas que, por su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa la competencia.

Se incorpora así al ordenamiento español la Comunicación Comunitaria *de minimis* de 2001 (punto 2) y la Jurisprudencia Comunitaria, que afirman la posibilidad de acuerdos que, excediendo los umbrales de cuota de mercado, sin embargo no son aptos para afectar de forma significativa la competencia.

Ello nos obliga a realizar un análisis de las circunstancias concretas y sobre todo a analizar los efectos económicos de la conducta sobre el mercado para determinar su carácter restrictivo.

Pues bien, no hay ninguna duda, y así lo reconoce explícitamente el Consejo de la CNC en la resolución impugnada que la conducta imputada al COAM no había afectado de manera significativa la competencia, careciendo además de efectos en el mercado, extremo éste confirmado por el SDCM en la propuesta de resolución. Así se llega a afirmar que "*si bien no se han acreditado efectos derivados de la conducta, nada hay en el expediente que permita afirmar que no los ha habido...*" (sic) "*y por último, igual que las afirmaciones anteriores no han llevado ni al SDCM ni a este Consejo a considerar acreditados la existencia de efectos, tampoco pueden acreditar lo contrario las alegaciones del COAM*". Es al órgano sancionador a quien le corresponde acreditar

los efectos restrictivos de la conducta para poder sancionarla, lo que no ha ocurrido.

Otro error en que incurre la resolución impugnada aparece cuando sostiene que la regla de minimis no se aplica a un acuerdo apto para restringir la competencia, pues es evidente que si no ha existido una conducta restrictiva (o una conducta apta para restringirla) no es necesario recurrir a los preceptos invocados por la actora, dado que no habría existido restricción alguna de la competencia; una cosa es que una conducta restrictiva puede no haber afectado de manera significativa la competencia o no haber tenido efectos apreciables o significativos y otra distinta que inicialmente no tuviese aptitud para restringirla.

A lo anterior hay que añadir la consideración del muy limitado ámbito geográfico del mercado, ya que las cartas en cuestión únicamente se refieren a las licitaciones de dos municipios de Madrid (Boadilla del Monte y Torrejón de Ardoz) así como la limitada duración de la conducta (8,5 meses).

Resulta, en consecuencia que las conductas descritas en los hechos probados de la resolución impugnada carecen, a juicio de la Sala, de entidad suficiente para afectar restrictivamente la competencia de manera apreciable, resultando de aplicación el artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 3 del Reglamento de Defensa de la Competencia y siendo por ello, contraria a Derecho la imposición de la sanción.

6 . De ello deriva la procedencia de estimar el recurso y anular paralelamente la resolución impugnada por su disconformidad a Derecho.

De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción dada por la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, debe condenarse a la Administración demandada al pago de las costas procesales.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal del **COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS DE MADRID.**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 16 de julio de 2012, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, anular la resolución impugnada por su disconformidad a Derecho, en cuanto a los extremos impugnatorios examinados.

Con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no 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.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando

celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.