



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

## **RESOLUCIÓN**

**(Expte. SNC/0027/13, COLEGIO DE ARQUITECTOS DE HUELVA)**

### **CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

#### **CONSEJEROS**

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D<sup>a</sup>. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

#### **SECRETARIO**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 20 de marzo de 2014

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el expediente sancionador SNC/0027/13, COLEGIO DE ARQUITECTOS DE HUELVA, iniciado por la Dirección de Investigación, con fecha 3 de septiembre de 2013, contra el Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva por posible incumplimiento del resuelve Tercero de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de febrero de 2008 (Expte 629/07), lo que supone una infracción del artículo 62.4. d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Por Resolución de 18 de enero de 2013, el Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) interesó de la antigua Dirección de Investigación (DI) la apertura de procedimiento sancionador contra el COLEGIO DE ARQUITECTOS DE HUELVA (COAH) por el incumplimiento de lo ordenado en el dispositivo Tercero de la Resolución del Consejo de la CNC de 26 de febrero de 2008, recaída en el marco del expediente de vigilancia VS/0629/07, relativo a la intimación al cese de la conducta prohibida.
2. Con fecha 24 de enero de 2013, la DI dictó acuerdo por el que se informaba al COAH de lo anterior y de la incorporación de determinados documentos del

expediente de vigilancia VS/0629/07 al expediente sancionador pertinente para su debida instrucción, siéndole notificado ese mismo día.

3. El 6 de febrero de 2013 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones del COAH al acuerdo reseñado en el punto anterior, mediante el que puso en conocimiento de ese organismo la interposición de recurso contencioso-administrativo contra la citada Resolución de 18 de enero de 2013 y en el que solicitaba la suspensión de la tramitación del expediente sancionador.
4. Mediante escrito de 12 de febrero de 2013, la DI puso en conocimiento del COAH que el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador aún no había tenido lugar. Asimismo, le solicitó que una vez que interpusiera el recurso contencioso-administrativo contra de la Resolución de 18 de enero de 2013 y solicitara la suspensión de la misma, le remitiera la documentación acreditativa de ello.
5. El 22 de marzo de 2013, el COAH puso en conocimiento de la DI la interposición del recurso contencioso-administrativo mencionado en el apartado anterior, al tiempo que solicitó la suspensión de la incoación de expediente sancionador en tanto no se dictara resolución judicial que convalidara la resolución administrativa recurrida. El escrito se acompañó de copia del recurso contencioso administrativo interpuesto, en el que no se solicita la suspensión del acto recurrido.
6. Con fecha 12 de abril de 2013, el COAH comunica a la DI que ha solicitado medida cautelar ante la jurisdicción contencioso-administrativa consistente en la suspensión de la Resolución de 18 de enero de 2013 recurrida. Esta medida es desestimada por la Audiencia Nacional mediante Auto de 7 de junio de 2013.
7. El 3 de septiembre de 2013 se incoó por la DI expediente sancionador contra el COAH (S/0027/13), por incumplimiento del resuelve Tercero de la Resolución del Consejo de la CNC de 26 de febrero de 2008 (Expte 629/07, Arquitectos de Huelva). El intento de notificación de dicho Acuerdo tuvo lugar el 6 de septiembre de 2013, siendo notificado el 12 de septiembre de 2013.
8. Mediante escrito de 30 de septiembre de 2013, con entrada en la DC de 16 de octubre de 2013, el COAH presentó alegaciones al Acuerdo de la DI de 3 de septiembre de 2013, de incoación de expediente sancionador.
9. Por Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los

Mercados y la Competencia (CNMC), en la cual se integran las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Asimismo, tal y como se establece en el artículo 19 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, la Dirección de Competencia (en adelante DC) es el órgano encargado de las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes de la CNMC en materia de procedimientos de defensa de la competencia, de conductas restrictivas de la competencia y de control de concentraciones regulados en la LDC.

10. El 25 de octubre 2013, la DC emitió Propuesta de Resolución en el procedimiento sancionador SNC/0027/13, que fue notificada el 31 de octubre y en la que se indicaba que se propone:

*“Primero: Que por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia se declare que el Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva ha incumplido la obligación impuesta por la autoridad de competencia en el dispositivo tercero de la Resolución de 14 de diciembre de 2006 dictada en el expediente sancionador 629/07, ARQUITECTOS DE HUELVA, lo que supone una infracción del artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.*

*Segundo: Que se declare responsable de dicha infracción al Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva.*

*Tercero: Que a la hora de cuantificar la sanción económica correspondiente, conforme a las previsiones legales aplicables, se tenga en cuenta como circunstancia atenuante la efectiva supresión actual de la conducta.”*

11. El 28 de octubre de 2013, la representación de COAH tuvo acceso al expediente.
12. Mediante escrito de 18 de noviembre 2013, con entrada en la CNC el 19 de noviembre, la representación de COAH presentó alegaciones a la Propuesta de Resolución de 25 de octubre de 2013.
13. El 19 de noviembre de 2013, en virtud de lo establecido en el artículo 19.3 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, la DC remitió al Consejo de la CNMC

la Propuesta de Resolución de 25 de octubre de 2013, notificada a COAH para alegaciones, junto a las alegaciones presentadas por la empresa y el resto del expediente SNC/27/2013.

14. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 20 de marzo de 2014.
15. Es parte interesada: COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS DE HUELVA (COAH).

### HECHOS PROBADOS

1. Por Resolución de 26 de febrero de 2008 (Expte 629/07, Arquitectos de Huelva), el Consejo de la CNC acordó:

*"Primero.- Considerar acreditada la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en la elaboración del "Método para el cálculo simplificado de los presupuestos estimativos de ejecución material de los distintos tipos de obras" cuya difusión entre los colegiados así como la necesidad de justificar la "excepcionalidad" cuando el presupuesto de la obra es inferior al que se deduce de la aplicación del PEM, supone una recomendación colectiva de precios, que tiene por efecto restringir la competencia, de la cual se considera responsable al Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva.*

*Segundo.- Imponer una multa de setenta mil euros al Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva.*

*Tercero.- Intimar al Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva para que se abstenga en lo sucesivo de realizar prácticas semejantes, intimación extensiva a otros Colegios Profesionales que puedan realizarlas. [...]"*

2. La Resolución de 26 de febrero de 2008 fue declarada conforme a derecho por Sentencia firme de la Audiencia Nacional de 21 de enero de 2011.
3. En el marco del expediente de vigilancia VS/629/07, se recibió en la DI denuncia de un arquitecto del Colegio Oficial de Arquitectos de Cádiz en la que se atribuía al COAH el incumplimiento de la precitada Resolución de la CNC de 26 de febrero de 2008, con base en el contenido de la Circular nº 5/2011 del COAH, de

acceso exclusivo a los colegiados a través de la web del Colegio, cuyo contenido era el siguiente:

*"La Junta de Gobierno de este Colegio ha tenido conocimiento del Informe elaborado sobre el Seguimiento y Actualización de los Costes de Construcción que se utilizan, entre otros documentos económicos, en el "Método para el Cálculo Simplificado de los Presupuestos Estimativos de Ejecución Material de los distintos tipos de obras", donde se ha considerado la evolución del IPC en la provincia de Huelva y la evolución de los precios del sector de la construcción, siendo significativo el aumento sobre los actuales, vigentes desde enero de 2009.*

*Con base en lo expuesto, la Junta de Gobierno adoptó el acuerdo de aprobar el nuevo listado de costes unitarios por usos para el año 2011, con referencia a un módulo básico de 354'11 €1m<sup>2</sup>.*

*Los costes de visado de 2011 se aplicarán en los informes de visado de los Proyectos que sean presentados a partir del próximo día 1 de marzo. Las discrepancias con los criterios de visado para los PEM (Presupuesto de Ejecución Material) de los Proyectos se resolverán aplicando la aclaración n° 19 del documento aprobado."*

Se adjunta asimismo a la denuncia el denominado "Método para el Cálculo Simplificado de los Presupuestos Estimativos de Ejecución Material de los distintos tipos de obras", que la Circular nº 5/2011 señala haber entrado en vigor el día 1 de marzo de 2011. La aclaración nº 19 precitada indica lo siguiente:

*"Cuando el arquitecto autor del proyecto recoja un Presupuesto de Ejecución Material (PEM), que se encuentre por debajo del obtenido mediante el método para el cálculo simplificado de los presupuestos estimativos de ejecución material de los distintos tipos de obras, podrá justificar ante el Colegio las circunstancias específicas que se podrán aceptar a la vista del proyecto, estado de mediciones y costes unitarios, de forma que dicho presupuesto de costes inferior quede perfectamente justificado.*

*La justificación de la especificidad quedará recogida en las mediciones y costes unitarios del proyecto en consonancia con los valores y criterios establecidos en la Base de Costes de la Construcción de Andalucía (BCCA), elaborada por la Junta de Andalucía, a fin de que se efectúe el oportuno control durante el visado, y se resuelva lo procedente sobre la base de la justificación realizada.*

*El procedimiento de visado será el siguiente:*

- 1.- *En caso de PEM inferior a la aplicación del presente método se comunicara en Nota/Informe de visado al redactor a fin de que justifique el realizado o lo modifique.*
- 2.- *Si el redactor no justifica la procedencia de PEM con base en las mediciones y precios unitarios de la BCCA y comunica su deseo de mantenerlo, en el informe de visado se recogerá la incidencia de que el COAH considera que con base en el seguimiento de la evolución de los costes de construcción que esta corporación realiza, el PEM del proyecto es inferior y puede ser inadecuado para la ejecución de las obras."*

## FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

### **PRIMERO.- Competencia para resolver.**

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 CNMC), la puesta en funcionamiento de la CNMC se iniciará a la fecha que al efecto se determine por orden del Ministro de Economía y Competitividad. 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 [...]".

En relación con el órgano competente para conocer y tramitar la denuncia presentada por el COAH, señala éste en su escrito de alegaciones al Acuerdo de la DI de 3 de septiembre de 2013, de incoación de expediente sancionador, que "*Sin embargo, desde que en 2007 se constituye la creación de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, corresponde a ésta conocer de la denuncia referida. Por lo que entendemos dicho con los debidos respetos, que la incoación del presente procedimiento sancionador se ha dictado por órgano incompetente, por lo que debe declararse como nula*".

Como ya se expuso en su momento en el Informe Final de Vigilancia de la Resolución del Consejo de la CNC de 26 de febrero de 2008 (exp. 629/07 del TDC) de 12 de noviembre de 2012, en virtud del artículo 35.2.c) de la LDC constituía competencia de la DI "*Vigilar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos realizados en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones*". En consecuencia, correspondía a la DI la vigilancia de las Resoluciones dictadas por el Consejo de la CNC.

Hemos de tener en cuenta que las presentes actuaciones traen consecuencia de la Resolución del Consejo de la CNC de 26 de enero de 2008, dictada en el expediente sancionador 629/07 y se encuadran en el marco del expediente de vigilancia VS/629/07, abierto por la DI con el fin de vigilar el cumplimiento de lo dispuesto en aquélla. Como ya señaló la DI en su momento, los hechos señalados en la denuncia presentada por el arquitecto del Colegio de Cádiz coincidían, tanto en lo referente al objeto como al sujeto, con los que constituyeron el objeto del expediente sancionador 629/07, por lo que la denuncia había de incorporarse al expediente de vigilancia dada la conexión existente entre ambos.

Este Consejo no puede apreciar, por tanto, incongruencia en la actuación de la CNC dado que no estando constituida y en funcionamiento la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA) hasta marzo de 2008, era la autoridad competente para conocer y tramitar el expediente 629/07, y por tanto, le correspondía conocer y tramitar el subsiguiente VS/629/07, con el fin de determinar el cumplimiento por parte del Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva de su propia Resolución.

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 Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la entidad, “*la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 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.

## **SEGUNDO.- Sobre el objeto del expediente.**

La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como señala la DI en su propuesta de Resolución de 30 de agosto de 2013, el COAH ha incumplido la obligación impuesta por el Consejo de la CNC en su Resolución de 26 de febrero de 2008 (Expte. 629/07). De ser así esta conducta está tipificada como infracción muy grave en el artículo 62.4 c) de la LDC, en el que expresamente se señala que: “4. Son infracciones muy graves:

*c) Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”.*

Conforme a lo dispuesto en el artículo 63.1.c) de la LDC, las infracciones muy graves pueden ser sancionadas por el Consejo de la CNMC mediante la imposición de una sanción de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa.

**TERCERO.- Sobre la acreditación de la infracción prevista por el artículo 62.4 c) de la LDC.**

En la Resolución de 18 de enero de 2013 (Expte. VS/0629/07, COLEGIO DE ARQUITECTOS DE HUELVA), el Consejo de la CNC considera que “[...] *la conducta del Colegio de Arquitectos de Huelva plasmada en la Circular nº 5/2011, no es otra cosa que la elaboración y difusión de unos costes a tener en cuenta en los visados, junto con el procedimiento para justificar las discrepancias respecto al método recomendado (ver AH 7), y por tanto, es una práctica semejante a la sancionada en la RCNC, de 26 de febrero de 2008, que constituye un incumplimiento de la citada Resolución.*”

Ni la instrucción de la DI ni las alegaciones del COAH en el procedimiento han desvirtuado esta valoración respecto al incumplimiento objetivo de COAH de las obligaciones impuestas en la Resolución de 26 de febrero de 2008 (expte.629/07).

Insiste el COAH en sus alegaciones de 30 de septiembre de 2013 que “*no impone ni expresa ni implícitamente que el presupuesto de los proyectos tenga que ajustarse a ninguna recomendación establecida colegialmente, sino que, por el contrario, el redactor del proyecto puede incluso calcular el presupuesto por debajo de la Base de Datos confeccionada por la propia Junta de Andalucía, pero en tal supuesto, el COAH ha de cumplir con las obligaciones y responsabilidades derivadas de su función de visado de los proyectos, tanto aquellos que voluntariamente se presentan para tal finalidad, como aquellos otros cuyo visado resulta obligatorio por disposición normativa expresa, RD 1000/2010 de 5 de Agosto, promulgado en desarrollo de los nuevos preceptos añadidos a la Ley de Colegios Profesionales para la denominada Ley Omnibus 25/2009 de 22 de Diciembre.*”

Sin embargo, ya en su día la Resolución del Consejo de la CNC de 26 de febrero de 2008 (expte.629/07), como se ha comentado, consideró acreditado que la elaboración de un “Método para el cálculo simplificado de los presupuestos estimativos de ejecución material de los distintos tipos de obras” así como la necesidad de justificar la “excepcionalidad” cuando el presupuesto de la obra es inferior al que se deduce de la aplicación del PEM suponía una recomendación prohibida por el artículo 1 LDC en tanto que operaba como precio mínimo.

Esta apreciación de la extinta CNC fue respaldada por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 21 de enero de 2011, en la que en respuesta al recurso contencioso-administrativo interpuesto por el COAH contra la Resolución de la CNC de 26 de febrero de 2008 indicaba “*La Sala comparte los razonamientos de la CNC en este punto, pues aunque sea cierto que el Método para el cálculo simplificado del PEM no indica de forma expresa que su aplicación sea obligatoria, sin embargo, el establecimiento con carácter obligatorio, de una solicitud de excepcionalidad a la aplicación del Método hace que, en la práctica, el Método funcione como un precio mínimo recomendado por el Colegio recurrente. Téngase en cuenta sobre esta cuestión, que la solicitud de excepcionalidad no se describe en la nota aclaratoria 6ª como un trámite precisamente*

*sencillo, sino que el arquitecto que realice un proyecto con precios inferiores a los resultantes de la aplicación del Método, deberá acompañar a su solicitud de excepcionalidad con las mediciones y precios unitarios del proyecto "...en consonancia con los valores y criterios de mediciones establecidos por la Fundación, Codificación y Banco de Precios de la Construcción", y aún con esta documentación no está garantizada la concesión de la excepcionalidad por el Colegio". Y concluye, "Así las cosas, es conforme a derecho la consideración de la elaboración de ese Método para el cálculo simplificado del PEM y su difusión entre los colegiados, como una recomendación prohibida por el artículo 1 LDC que vulnera la independencia y produce un efecto de homogeneización del comportamiento de los colegiados".*

Por otro lado, la Resolución del Consejo de la CNC en el expediente de vigilancia de 18 de enero de 2013 (expte. VS/0629/07), como ya se ha comentado, consideraba incumplida la Resolución de 26 de febrero de 2008 (expte.629/07) en tanto que manifestaba acreditado que no se había puesto fin a la conducta por la que ya se le había sancionado, basándose para ello en el Informe Final de la DI de Vigilancia de esta última Resolución en el que señalaba lo siguiente:

*"Que el "Método para el Cálculo Simplificado de los Presupuestos Estimativos de Ejecución Material de los distintos tipos de obras" para el año 2011 analizado en el presente Informe, contiene exactamente los mismos términos que el que en su momento fuera analizado en el expediente 629/97 y en la Resolución de 26 de febrero de 2008 que puso término al mismo, en relación con la necesidad de solicitar la excepcionalidad para el caso de presentar un PEM por debajo del que se obtendría aplicando el mencionado Método.*

*Que, en consecuencia, y como el Consejo de la CNC entonces declarase, esa necesidad de solicitar la excepcionalidad si se presenta un PEM por debajo del que se obtendría aplicando el "Método para el Cálculo Simplificado de los Presupuestos Estimativos de Ejecución Material de los distintos tipos de obras", propicia su consideración de obligatorio, por más que teóricamente su aplicación sea orientativa.*

*Que el repetido "Método para el Cálculo Simplificado de los Presupuestos Estimativos de Ejecución Material de los distintos tipos de obras", es de elaboración periódica, aparentemente anual por parte del Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva, resultando, de los términos de la versión para al año 2011 analizada, que el previamente vigente lo estaba desde el año 2009, lo que parece indicar que no sólo la conducta declarada prohibida se está repitiendo, sino que además lo ha venido haciendo de manera continuada. En consecuencia, el Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva no habría dado cumplimiento a la intimación realizada por el Consejo de la CNC en el numeral tercero de la Resolución de 26 de febrero de 2008."*

Por tanto, teniendo en cuenta todas estas consideraciones, este Consejo considera suficientemente acreditado que el COAH, a través de la Circular nº 5/2011, y la aclaración nº 19 anexa al Método, incurrió de forma continuada en la conducta ya sancionada por la Resolución de la CNC de 26 de febrero de 2008. Por ello, coincide con la DI en considerar que el Método para el Cálculo Simplificativo para el año 2011 contiene los mismos términos que el que en su momento fue analizado en la

Resolución de 26 de febrero de 2008 y que, efectivamente, se ha producido por el COAH tal incumplimiento de lo ordenado en el Resuelve Tercero de dicha Resolución, incumplimiento que se corresponde con el segundo de los requisitos del elemento objetivo del tipo.

Las alegaciones del COAH suponen en cierto modo un reconocimiento de tal incumplimiento, puesto que lo que vienen a argumentar es que el mismo se produjo hasta junio de 2012, momento de cambio en la composición de la Junta de Gobierno del COAH. Así se deduce de su escrito de alegaciones de 30 de septiembre de 2013 cuando manifiesta que *“Desde el cambio en la Junta de Gobierno del COAH en Junio de 2012, se ha cesado en la utilización del “Método para el cálculo simplificado de los presupuestos estimativos de ejecución material de los distintos tipos de obras”. Así se enviaron instrucciones precisas al Departamento de Visados para que anularan y paralizaran dicha práctica, de forma que hasta la fecha no han vuelto a aplicarse. En consecuencia, solicitamos sea tenido en cuenta que desde Junio de 2012 el COAH cesó de inmediato en la supuesta conducta infractora.”*

Este reconocimiento es avalado, asimismo, por la declaración emitida por la Coordinadora del Departamento de Visados del COAH en orden a las instrucciones dadas por la nueva Junta de Gobierno a dicho Departamento con el objeto de poner fin a las actuaciones objeto de infracción de la LDC. En ella es de destacar, igualmente, la referencia a la ausencia de dichas prácticas desde la toma de posesión de la nueva Junta de Gobierno *“no existiendo desde entonces exigencia alguna al respecto, ni teniendo incidencia dicho precio para el cálculo de los costes de visado”*.

Pues bien, acreditado el incumplimiento de las obligaciones de conducta impuestas al COAH en la Resolución del Consejo de la CNC de 26 de febrero de 2008, este Consejo considera que dicho incumplimiento debe ser valorado como una conducta infractora cuya consecuencia es la tipificación de la misma como infracción muy grave, conforme lo previsto por el art. 62.4 c) de la LDC.

#### **CUARTO.- Sobre la litispendencia alegada**

Señala el COAH en su escrito de alegaciones de 30 de septiembre de 2013, y mantiene en sus alegaciones a la propuesta de resolución de la DC, que *“Existe litispendencia con el expediente informativo del que deriva el presente procedimiento sancionador. Así el mismo está recurrido judicialmente dando lugar a los autos de Procedimiento Ordinario 87/2013 ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional”*.

Sobre esta cuestión, el Auto de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2013 acordó no haber lugar a la suspensión de la ejecución de la Resolución de la CNC de 22 de enero de 2013 dictada en el expediente VS/0629/07 contra el COAH. En consecuencia, éste interpuso recurso de súplica frente al mismo que fue resuelto mediante Auto de la Audiencia Nacional de 7 de junio de 2013, siendo suficientemente claro al respecto *“Ninguna razón que no haya sido aducida o tenida en cuenta al ser dictado el Auto recurrido, se contiene en el escrito interponiendo recurso de súplica, por lo que*

*insistiendo en el contenido de aquél, procede se mantenga en sus propios términos. Por lo demás, los perjuicios no pasan de ser un puro alegato sin ninguna justificación, ni siquiera documental”. En base a ello, el Auto desestima dicho recurso de súplica.*

No ha lugar, pues, a la litispendencia invocada por el COAH.

#### **QUINTO.- Sobre la caducidad alegada**

En su escrito de alegaciones de 6 de febrero de 2013, el COAH alega la caducidad de la actuación de la DI al *“haberse superado el plazo de dieciocho meses desde la recepción de la denuncia y la Propuesta de informe formulada por dicha Dirección de Investigación”* y la falta de pronunciamiento al respecto del Consejo de la CNC.

En este sentido, se recuerda que tal y como establece el artículo 70 LDC, a excepción de las infracciones previstas en el artículo 62 correspondientes a los artículos 1, 2 y 3, todos de la LDC, el procedimiento para la imposición de las sanciones previstas en el Título V LDC será el establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC). En desarrollo de su Título IX se aprobó el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora mediante Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto. El mismo señala en su artículo 20.6 que *“Si no hubiese recaído resolución transcurridos seis meses desde la iniciación, teniendo en cuenta las posibles interrupciones de su cómputo por causas imputables a los interesados o por la suspensión del procedimiento a que se refieren los artículos 5 y 7, se iniciará el cómputo del plazo de caducidad establecido en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*. Por lo tanto, el plazo máximo de duración del procedimiento aquí aplicable es el de 6 meses previsto en el referido artículo 20.6.

Por otro lado, y en cuanto al término inicial de cómputo de dicho plazo, tal y como establece el artículo 42.3 LRJPAC, el procedimiento se entiende iniciado *“a) En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación”*. Por tanto, en la medida en que el Acuerdo por el que la DI incoa este procedimiento sancionador, momento en el que éste se considera iniciado, se produjo el día 6 de septiembre de 2013, el expediente no podrá entenderse caducado hasta el día 6 de marzo de 2014. No es, por tanto, admisible la alegación efectuada por el COAH en relación con la caducidad del presente procedimiento.

A su vez, dicho plazo se interrumpió para solicitud de los datos de volumen de ventas total y volumen del mercado afectado del ejercicio 2013, siendo la nueva fecha de caducidad el 26 de marzo de 2014.

#### **SEXTO.- Sobre el carácter doloso o negligente de la conducta.**

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo viene afirmando que los principios del derecho penal son de aplicación, con matizaciones, al derecho administrativo sancionador.

En este sentido, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso de, al menos, un principio de culpa (vid., por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre de 1991), aun a título de simple inobservancia (artículo 130.1 de la Ley 30/1992).

De esta forma, sólo pueden ser sancionadas, por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas físicas y jurídicas que infrinjan lo dispuesto en la LDC, ya sea deliberadamente, ya sea por negligencia (artículo 63.1 de la LDC).

La conducta debe ser reprochable, al menos, a título de negligencia, lo que excluye que necesariamente deba concurrir como elemento de culpabilidad el dolo (en cualquiera de sus grados), sino que basta con que se presencie la falta de una debida y básica diligencia (vid., a título de ejemplo, sentencia del TS –Sala de lo Civil– de 16 de noviembre de 1990).

Asimismo, cabe señalar que tanto en el ámbito del derecho penal como en el ámbito del derecho administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad por la inactividad del sujeto, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y, especialmente, cuando lo sitúa en una posición de garante; si bien, en todo caso, también esta conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento intencional o negligente (así, sentencia del TS –Sala de lo Civil– de 20 de octubre de 2011).

A juicio de este Consejo, resulta especialmente relevante a la hora de apreciar el carácter de la conducta del COAH el hecho de que en sus alegaciones se observe una doble vertiente. Así, por un lado, el COAH reconoce el incumplimiento de lo ordenado en el Resuelve Tercero de la Resolución de 26 de febrero de 2008, responsabilizando a la antigua Junta de Gobierno del COAH y afirmando que desde la constitución de la actual Junta de Gobierno las actuaciones objeto de infracción han cesado. Mientras que, por otro lado, justifican la legitimidad de la actuación del COAH argumentando falta de competencia de este organismo para resolver el expediente, caducidad del mismo y ausencia de infracción, principalmente.

Como ya señaló en su día la Audiencia Nacional en su Sentencia de 21 de enero de 2011 en respuesta al recurso contencioso-administrativo interpuesto por el COAH contra la Resolución de la CNC de 26 de febrero de 2008 *“la Sala considera que el Colegio recurrente no puede desconocer el contenido de las normas de la LDC y, menos todavía, las normas que regulan su propia actividad, contenidas en la ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, modificada por la ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, que sujeta la oferta de servicios de los colegiados y la fijación de su remuneración a la LDC.*

*Dispone la Ley 2/1974, en sus artículos 2, apartados 1 y 4:*

*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”.*

En consecuencia, teniendo en cuenta la obligación que recae sobre el COAH en orden a ser consciente de su sometimiento a la LDC y quedando constancia en el expediente de que el propio COAH llega a reconocer la infracción de la LDC cometida por la anterior Junta de Gobierno, no cabe duda del carácter, cuanto menos negligente, de la infracción presente en el supuesto que nos ocupa. Se cumple, entonces, el último de los requisitos necesarios para apreciar la infracción y declarar responsable de ella a COAH.

#### **SÉPTIMO.-Sobre el importe de la sanción.**

El art. 62.4.c) LDC tipifica como infracción muy grave incumplir lo establecido en una resolución adoptada en aplicación de la LDC, a la que según el art. 63.1.b) LDC puede corresponder una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora.

La propuesta de resolución formulada por la DC recomienda que se tenga en cuenta como circunstancia atenuante la efectiva supresión actual de la conducta, dado que la nueva Junta de Gobierno del COAH procedió a actuar con celeridad para que se interrumpiera la utilización del precitado “Método para el cálculo simplificado de los presupuestos estimativos de ejecución material de los distintos tipos de obras” y no se hiciera referencia en los informes de visados al Presupuesto de Ejecución Material. Este Consejo se muestra conforme con dicho criterio.

Teniendo en cuenta el carácter muy grave de la infracción, la reiteración y duración de la misma y la existencia de atenuantes, este Consejo considera proporcionado, vistos pronunciamientos previos de la Audiencia Nacional en otros supuestos, fijar el importe de la sanción para el COAH en un 3,5% de los ingresos por visados del Colegio, cifrados en 2013 en 407.284,93 €.

Ello conlleva una sanción de 14.254,97 € que, en todo caso, está por debajo del máximo del 10% del volumen de negocios total del Colegio correspondiente al ejercicio 2013, antes de impuestos, (confidencial €).

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del CONSEJO

#### **HA RESUELTO**

**PRIMERO.-** Declarar acreditado el incumplimiento del Resuelve Tercero de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de febrero

de 2008, lo que constituye una infracción muy grave tipificada en el apartado 4.c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable al Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva (COAH).

**SEGUNDO.-** Imponer al Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva una sanción de CATORCE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO EUROS CON NOVENTA Y SIETE CÉNTIMOS (14.254,97 €), de acuerdo con lo razonado en el Fundamento de Derecho séptimo.

**TERCERO.-** Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva (COAH), haciéndole 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 su notificación.

VOTO PARTICULAR

**VOTO PARTICULAR** que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a la Resolución adoptada en el día de hoy, 20 de Marzo del 2014, por esta Sala de Competencia, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el marco del Expediente Sancionador SNC/0027/13 Colegio de Arquitectos de Huelva.

Concreto y fundamento mi discrepancia en los siguientes **MOTIVOS**:

**PRIMERO.-** Los que concreto seguidamente son Hechos Probados que gozan de certeza indubitada y fehaciencia al conformar este Expediente Sancionador. Para ello, entiendo necesario **ordenarlos evitando la dispersión en la que han sido concretados.**

**1º** Las presentes actuaciones administrativas **traen causa** de la **Resolución de 26 de Febrero de 2008** del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, hoy extinto, dictada en el marco del Expediente Sancionador **S/629/07 Arquitectos de Huelva**, en la que se acuerda:

*Primero.- Considerar acreditada la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en la elaboración del “Método para el cálculo simplificado de los presupuestos estimativos de ejecución material de los distintos tipos de obras”, cuya difusión entre los colegiados así como la necesidad de justificar la “excepcionalidad” cuando el presupuesto de la obra es inferior al que se deduce de la aplicación del PEM, supone una recomendación colectiva de precios, que tiene por efecto restringir la competencia, de la cual se considera responsable al Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva.*

*Segundo.- Imponer una multa de setenta mil euros al Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva.*

*Tercero.- Intimar al Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva para que se abstenga en lo sucesivo de realizar prácticas semejantes, intimación extensiva a otros Colegios Profesionales que puedan realizarlas (...).*

La Resolución antedicha fue **“declarada conforme a Derecho”** por Sentencia firme de la Audiencia Nacional de 21 de Enero del 2011.

**2º** En el marco del Expediente de Vigilancia VS/0629/07 la hoy extinta Dirección de Investigación recibió **escrito de denuncia** de un Arquitecto colegiado en el Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva, en el que **“se atribuía al Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva el incumplimiento de la precitada Resolución de 26 de Febrero de 2008, con base en el contenido de la Circular nº 5/2011 de acceso exclusivo a los colegiados a través de la página web del Colegio (...).”**

Al escrito de denuncia se adjuntaba el denominado “*Método para el Cálculo Simplificado de los Presupuestos Estimativos de Ejecución Material de los distintos tipos de obras*”, que la Circular nº 5/2011 señala haber entrado en vigor el día **1 de Marzo del 2011**.

3º El hoy extinto Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en **Resolución de 18 de Enero de 2013** ordenó a la Dirección de Investigación, hoy extinta, la apertura de Expediente Sancionador contra el Colegio de Arquitectos de Huelva “*por incumplimiento de lo ordenado en el Dispositivo Tercero de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de Febrero de 2008, recaída en el marco del Expediente de Vigilancia VS/0629/07 relativo a la intimación al cese de la conducta prohibida*”.

El Colegio de Arquitectos de Huelva, una vez notificado dicha resolución, **no se aquietó** y tomó las siguientes medidas:

- El día **6 de Febrero del 2013** presentó escrito de alegaciones en el que ponía en conocimiento “*la interposición de recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 18 de Enero de 2013*”.
- El día **22 de Marzo del 2013** “*solicitó la suspensión de la incoación de Expediente Sancionador en tanto no se dictara resolución judicial que convalidara la resolución administrativa recurrida*”.
- El día **12 de Abril del 2013** pone en conocimiento que “*ha solicitado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la adopción de medida cautelar consistente en la suspensión de la Resolución 18 Enero 2013*”.

Pretensión que es **desestimada** por la Audiencia Nacional, en Auto de 7 de Junio de 2013.

4º El día **3 de Septiembre del 2013** la hoy extinta Dirección de Investigación **incoó Expediente Sancionador** S/0027/13, por incumplimiento del resuelve Tercero de la Resolución de 26 de Febrero del 2008 del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, que le fue notificado.

El Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva, el día **30 de Septiembre del 2013** presentó escrito de alegaciones.

5º El día 25 de Octubre del 2013, la actual Dirección de Competencia **formuló Propuesta de Resolución** ex Artículo 50 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en el marco del Expediente Sancionador SNC/0027/13, que le fue notificada al Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva el día 31 de Octubre y en la que se propone:

*Primero.- Que por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se declare que el Colegio Oficial de*

*Arquitectos de Huelva ha incumplido la obligación impuesta por la autoridad de competencia en el Dispositivo Tercero de la Resolución de 14 de Diciembre del 2006 dictada en el Expediente Sancionador S/0629/07 ARQUITECTOS DE HUELVA, lo que supone una infracción del artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.*

*Segundo.- Que se declara responsable de dicha infracción al Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva.*

*Tercero.- Que a la hora de cuantificar la sanción económica correspondiente, conforme a las previsiones legales aplicables, se tenga en cuenta como circunstancia atenuante la efectiva supresión **actual** de la conducta.*

El Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva, el día 18 de Noviembre del 2013 presentó escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución.

**6º** En el numeral (13) se establece literalmente lo siguiente: **“El 19 de noviembre de 2013, en virtud de lo establecido en el artículo 19.3 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, la Dirección de Competencia remitió al Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución de 25 de octubre de 2013, notificada a COAH para alegaciones, junto a las alegaciones presentadas por la empresa y el resto del expediente SNC/27/2013”.**

**SEGUNDO.-** Sentado lo anterior, discrepo tanto de la forma como del fondo de lo resuelto en la Resolución dictada por esta Sala de Competencia, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por las siguientes consideraciones:

- Por inaplicación de lo prevenido en el **Artículo 54** de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: **MOTIVACION.**
- Por inaplicación de lo prevenido en el **Artículo 129** de la Ley 30/1992, en relación y concordancia con los **Artículos 9 y 24** de la Constitución Española: **TIPICIDAD, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA E INDEFENSION.**
- Por inaplicación de lo prevenido en el **Artículo 63.1.c)** en relación y concordancia con lo dispuesto en el anterior **Artículo 62.4.c)** ambos de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

**1ª** La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia dispone en su **Artículo 50 Instrucción del expediente sancionador, apartado 4** que *“practicados los actos de instrucción necesarios, la Dirección de Investigación formulará propuesta de*

resolución que será notificada a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes”. Y sigue diciendo en el **apartado 5** que “una vez instruido el expediente, la Dirección de Investigación lo remitirá al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, acompañándolo de un informe en el que se incluirá la propuesta de resolución, así como, en los casos en los que proceda, propuesta relativa a la exención o a la reducción de multa, de acuerdo con lo previsto en los Artículos 65 y 66 de esta Ley”.

El **Artículo 65** (exención del pago de la multa) y el siguiente **Artículo 66** (reducción del importe de la multa) se aplican en orden al **principio de clemencia**.

En consecuencia con lo anterior, la cita del **Artículo 19** del Real Decreto 1398/1993 es **inadecuada** por cuanto los Expedientes Sancionadores instruidos al amparo de la Leyes de Competencia vienen sujetos al cumplimiento de los preceptos normativos que los rigen, **en aplicación de los principios de tipicidad y legalidad ex Artículo 9 de la Constitución Española**.

**2ª** En orden a la **motivación**, el Tribunal Supremo (**Sentencia de 7 de Febrero de 2013 Recurso de casación 5897/2010**) dispone que “es evidente que los déficits de **motivación** de las resoluciones sancionadoras no pueden ser suplidos por los órganos de la jurisdicción ordinaria que, en este ámbito, sólo pueden llevar a cabo un **mero control del principio de legalidad**”.

“En este sentido, también, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional que, con fundamento en que no son los Tribunales Contencioso-Administrativos, **sino** la Administración Pública quien, en uso de sus prerrogativas constitucionales, sanciona a los administrados, ha señalado que una ulterior Sentencia que justificase la sanción en todos sus extremos **nunca** podría venir a sustituir o de alguna manera a **sanar la falta de motivación del acto administrativo**. Y es que, efectivamente, el máximo intérprete de nuestra Constitución viene advirtiendo sobre **la inadecuación constitucional de considerar que el proceso judicial de impugnación de una sanción administrativa subsane las lesiones del Artículo 24.2 de la Constitución Española causadas en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador supliendo así en sus funciones propias a la Administración autora del acto fiscalizado en el proceso**”.

El **Artículo 9** de la Constitución Española dispone que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” ex principios de legalidad y seguridad jurídica”.

Y en el siguiente **Artículo 103** “1.- La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

-----0-----

La Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone en su

**Artículo 54 Motivación** que “los actos administrativos...serán motivados, con sucinta referencia de hechos (probados) y fundamentos de derecho”.

Precepto que debe ser visto a la luz del **Artículo 218 Exhaustividad y congruencia. Motivación** de la Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, **en cuanto supletoria**, dispone “1.- Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes (...); 2.- Se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho (...); 3.- Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos”.

-----0-----

Entiendo que la Resolución dictada y de la que discrepo “*mantiene unos déficits de motivación que causan indefensión a las partes*” al desconocer las causas y motivos por los que han sido investigadas y sancionadas.

**TERCERO.-** La Propuesta de Resolución de 25 de Octubre de 2013 que eleva la Dirección de Competencia a esta Sala de Competencia, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el marco del Expediente Sancionador SNC/0027/13 y el subsiguiente Expediente de Vigilancia VS/0629/07 dejan **calificados los anteriores hechos:**

1º una conducta incardinable en el Artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia; de la que era responsable el Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva; y por la que fue sancionado con una multa de €uros 70.000 (**Resolución CCNC de 26 de Febrero de 2008 Expediente Sancionador S/0629/07 Arquitectos de Huelva**).

2º incumplimiento por el Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva del apartado Tercero de la Parte Dispositiva de dicha Resolución “*abstención de futuro de realizar prácticas semejantes*”.

3º denuncia de un Arquitecto colegiado en el Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva, en la que se pone de manifiesto el incumplimiento y es causa de la incoación de un Expediente Sancionador que tipifica conductas sancionables ex **Artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007**.

**CUARTO.-** La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia dispone lo siguiente:

- **Artículo 62 Infracciones** “1. Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves. 4.- Son infracciones muy graves: a)

*el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales; b) el abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos; c) **incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones.***

- **Artículo 63 Sanciones** “1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones: **a) las infracciones leves con multa de hasta el 1 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa; b) las infracciones graves con multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa; c) las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.**
  
- **2.-** Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.
  
- **3.-** En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes:
  - a) las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros.
  - b) las infracciones graves con multa de 5001.000 a 10 millones de euros.
  - c) las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros.

**QUINTO.-** En consecuencia, en el presente Expediente Sancionador se ha cumplido lo prevenido en el Artículo 50 de la Ley 15/2007 (notificaciones) y se **han vulnerado** los Artículos 54 de la Ley 30/1992 y Artículos 218 anteriores, siguientes y concordantes de la Ley 1/2000.

Y lo que es más importante, se ha **vulnerado** lo prevenido en los **Artículo 62.4,c) y 63,1.c) ambos de la Ley 15/2007**.

**SEXTO.-** En el presente Expediente Sancionador concurren, en mi opinión, las siguientes circunstancias modificativas de la infracción:

1º **agravantes:** la reincidencia en la conducta, por cuanto este Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva ya fue sancionado anteriormente por una conducta incardinable en el Artículo 1 de la Ley 15/2007 que fuera sancionada con una multa de €uros 70.000 (Resolución de 26 de Febrero de 2008 Expediente Sancionador S/0629/07 Arquitectos de Huelva).

No se ha aquietado a las Propuestas de Resolución interponiendo contra la misma recursos contencioso-administrativos; medidas cautelares; litispendencia; caducidad y un largo etc.

Conducta que hace decir que *“a juicio de este Consejo, resulta especialmente relevante a la hora de apreciar el carácter de la conducta del Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva el hecho de que en sus alegaciones se observe una doble vertiente, Así, **por un lado**, reconoce el incumplimiento de lo ordenado en el Resuelve Tercero de la Resolución de 26 de Febrero de 2008 responsabilizando a la antigua Junta de Gobierno y afirmando que desde la constitución de la nueva las actuaciones objeto de la infracción han cesado. Mientras que **por otro lado** justifican la legitimidad de su actuación, argumentando falta de competencia de este Organismo para resolver el expediente, caducidad y ausencia de infracción”*.

A estos efectos, la Audiencia Nacional (**Sentencia de 21 de Enero de 2011**) en respuesta al recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos de Huelva contra la Resolución de 26 de Febrero de 2008, señaló que *“la Sala considera que el Colegio recurrente no puede desconocer el contenido de las normas de LDC y, menos todavía, las normas que regulan su propia actividad, contenidas en la Ley 2/1974 de 13 de Febrero, sobre Colegios Profesionales, modificada por la Ley 7/1997 de 14 de Abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales, que sujeta la oferta de servicios de los colegiados y la fijación de su remuneración a la Ley de Defensa de la Competencia”*.

2º **atenuantes:** a juicio de este Consejero discrepante **no existen**, por cuanto la inculpación a la Junta Directiva anterior carece de relevancia, dado que no consta acreditado la interposición de denuncia o demanda en exigencia de responsabilidades atribuibles a la misma y en perjuicio del Colegio Profesional que dirigían.

Tampoco consta acreditado que una vez incoado el Expediente Sancionador se allanaran y propusieran a la Dirección de Investigación una terminación convencional. Todo lo contrario, según ha quedado acreditado en el relato anterior.

De todo ello se infiere que la Ponencia debió proponer a esta Sala de Competencia, y esta Sala de Competencia asumir una aplicación de los Artículos 62.4.c) y 63.1.c) de la Ley 15/2007 sobre el volumen de negocios del Colegio acreditado en las actuaciones; así como la aplicación de un índice corrector por la existencia de circunstancias agravantes de dicha conducta.

Lo que no hizo, vulnerando lo dispuesto y prevenido en dichos preceptos legales normativos.

**SÉPTIMO.-** La Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, dispone en su Artículo 131 el principio de **proporcionalidad**, que debe ser aplicado desde la **ponderación** de cuantas circunstancias concurren, así como **la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia y con la finalidad de adaptarla a la gravedad de la conducta.**

Por ello, la doctrina jurisprudencial exige que deban valorarse **(a)** la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia **(b)** la dimensión y las características del mercado afectado **(c)** los efectos de la infracción sobre consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos **(d)** la duración de la conducta restrictiva de la competencia y **(e)** la reiteración y demás circunstancias agravantes y/o atenuantes, en su caso.

En aplicación de todo lo anterior, este Ponente discrepante entiende que debió aplicarse lo prevenido en el Artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007 y **en principio** una cuantificación del 5% sobre el volumen de negocios, corregido por la coexistencia de circunstancias agravantes en un 1% más añadido, lo que haría un montante final de **€uros 24.437,08** montante al que se llega tras aplicar un 5% sobre €uros 407.284,93 (ingresos aceptados por la Ponencia) más un 1% sobre dicha base

Frente a lo propuesto y acordado **de aplicar un 3,5 %** sobre el volumen de negocios que daba como resultado una multa sancionadora de **€uros 14.254,97**. Tal acontecer producía dos efectos: **(1)** vulnerar lo prevenido en el Artículo 62.4.c) en relación con el siguiente Artículo 63.1.c) lo que conllevaba la conculcación de los principios de legalidad y seguridad jurídica; **(2)** de un plumazo y sin motivación alguna al respecto, ignoraba los segmentos en que se ordena los límites de aplicación (mínimo y máximo) y rebajando la calificación de infracción muy grave reduciéndola a infracción grave, con las consecuencias de **discrecionalidad y arbitrariedad** que ello conlleva.

La Audiencia Nacional (**Sentencia de 30 de Enero de 2014 Recurso 422/2012**) **dispone** en orden a la violación del principio de proporcionalidad que **“el Artículo 63.4.c) permite imponer como máximo una multa de hasta el 10% del volumen de negocios...Sin embargo como el mismo precepto indica ésa es la cifra máxima que puede imponerse, lo que no significa que necesariamente deba procederse así, pues**

*constituye un principio esencial del derecho punitivo español, **la división de las sanciones en grados (mínimo, medio y máximo)** dependiendo la fijación de la cuantía de la multa de la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad. En este sentido, el Derecho de la Competencia no puede ser una excepción”.*

Así por este **VOTO PARTICULAR** lo pronuncio, mando y firmo en el mismo día de esta Resolución.