



Tribunal de Defensa de la Competencia. 05/10/2000. Corresponde al Tribunal de Defensa analizar los casos de los Colegios Profesionales que puedan suponer infracciones a la LDC. El Tribunal decidió tener por aportada la prueba documental que obra en el expediente y que se uniera al mismo la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al comercio electrónico en el Mercado Interior

SENTENCIA

Tribunal de Defensa de la Competencia. Resolución 5 de octubre de 2000

En Madrid, a 5 de octubre de 2000.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 471/99 (1825/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, en lo sucesivo, el Servicio) iniciado por denuncia de la AESM, contra la Junta Provincial de Córdoba del CROE, por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la imposición de limitaciones a las clínicas odontológicas para su publicidad en las "PA" de la Guía Telefónica.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 18 de junio de 1998 tuvo entrada en el Servicio denuncia de AESM contra la Junta Provincial de Córdoba del COOE de la IV Región por supuestas conductas prohibidas por la LDC, consistentes en la imposición de condiciones a las clínicas odontológicas para su publicidad en las "PA", limitando el tamaño del anuncio, su contenido y el logotipo de la clínica que deberá ser aprobado por la Junta Directiva del Colegio.

SEGUNDO. El 8 de agosto de 1998 se publicó, en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA), la segregación de la Junta Provincial de Odontólogos de Córdoba del Colegio Oficial de la IV Región, y su constitución como Colegio Oficial independiente. En consecuencia, debe entenderse que la denuncia y el expediente se dirigen contra el recién creado COOE de Córdoba, que se ha subrogado en todos los derechos y obligaciones de la antigua Junta Provincial.

TERCERO. Por Providencia de 24 de septiembre de 1998, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación del oportuno expediente por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la LDC, nombrando Instructor y Secretaria de Instrucción y dando traslado a las partes interesadas de la Providencia de incoación y del escrito de denuncia (folio 45).

CUARTO. A la vista del Código regulador de la publicidad personal de los Odontólogos y Estomatólogos, elaborado por el Consejo General de los COOE y aprobado por el pleno de Presidentes del citado Consejo General en su sesión de 16 de febrero de 1996, por Providencia del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de fecha 7 de enero de 1999 se procedió a la ampliación de la admisión a trámite, incoando también expediente contra el CONSEJO GENERAL DE COOE (folios 183 y 184).

QUINTO. Con fecha 11 de febrero de 1999 el Servicio formuló el Pliego de Concreción de Hechos en el que se llega a las siguientes conclusiones:

"En consecuencia, la aprobación por el Consejo General de COOE de un "Código Regulador de la Publicidad", cuyo contenido establece prohibiciones y limitaciones a la publicidad de los servicios profesionales de los colegiados (apartados 3º y 4º de los HECHOS), facultando a los respectivos Colegios para dictar al respecto las normas adicionales que consideren oportunas (apartado 2 de los HECHOS) podría constituir una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la LDC en relación con el artículo 2.4 de la Ley 2/1974 de la que se considera responsable al ILUSTRE CONSEJO GENERAL DE COOE.

Por otra parte, la elaboración por el correspondiente CROE de unos Estatutos en los que, asimismo, se establecen prohibiciones y limitaciones a la publicidad de los servicios profesionales de los colegiados (apartados 6º y 7º de los HECHOS), así como el contenido de la circular 27/97(apartado 9º de los HECHOS), en el que se limitaba el tamaño y el contenido de los anuncios a insertar en las PA podrían constituir conductas prohibidas por el artículo 1.1 de la LDC en relación con el artículo 2.4 de la Ley 2/1974 de las que se considera responsable al ILUSTRE COOE DE CÓRDOBA.

Por último, la aplicación coactiva de dichas normas por los órganos colegiales a los profesionales que las incumplan (apartados 5º y 8º de los HECHOS), podría constituir, igualmente, una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la LDC de la que se considera responsable al ILUSTRE CONSEJO GENERAL DE COOE y al ILUSTRE COOE DE CÓRDOBA".

SEXTO. Los días 5 y 15 de marzo de 1999 el Colegio y el Consejo, respectivamente, presentaron sendos escritos de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos.

SEPTIMO. Declaradas concluidas las actuaciones, la Instructora procedió a redactar el informe previsto en el art. 37.3 de la Ley 16/1989. En dicho informe, de fecha 1 de octubre de 1999, se propone al Tribunal, entre otros pronunciamientos, lo siguiente:

Primero.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1.1 de la LDC, imputable al Consejo General de COOE, consistente en la aprobación por dicha entidad, en su sesión plenaria ordinaria de 16 de febrero de 1996, de un denominado Código Regulador de publicidad personal, que contiene determinadas prohibiciones y limitaciones, según se recogen en el Pliego de Concreción de Hechos.

Segundo.- Que, asimismo, el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1.1 de la LDC, imputable al Ilustre CROE, consistente en la elaboración de sus Estatutos, en la reunión del Comité Ejecutivo celebrada el 16 de abril de 1998 y en la emisión de la Circular 27/97, ambos documentos conteniendo determinadas prohibiciones y limitaciones, según se recogen en el Pliego de Concreción de Hechos.

OCTAVO. Recibido el expediente en el Tribunal el 5 de octubre de 1999, mediante Providencia de 21 siguiente se acordó, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 LDC, admitir a trámite el expediente y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1 LDC, ponerlo de manifiesto a los interesados para que pudieran solicitar la celebración de Vista y proponer las pruebas que estimaran necesarias.

NOVENO. Recibidos los escritos de los interesados, por Auto de 2 de junio de 2000, el Tribunal decidió tener por aportada la prueba documental que obra en el expediente, que se uniera al mismo la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al comercio electrónico en el Mercado Interior, poner de manifiesto el resultado de la prueba practicada, así como conceder plazo a los interesados para que formularan conclusiones. El Tribunal rechazó la prueba propuesta por el Consejo y el Colegio de que se efectuara, por el Ministerio de Economía y Hacienda, un estudio de mercado en el que se definiera el relevante de producto y geográfico,

por considerar innecesaria y desproporcionada dicha prueba.

DECIMO. Ambas partes imputadas evacuaron el trámite. El Consejo alegó, en síntesis, que existen normas con rango de Ley (la Ley General de Publicidad, la Ley General de Sanidad y la Ley de Colegios Profesionales) que autorizan a los Colegios Profesionales a regular la publicidad, limitándola y sometiéndola, en determinados casos, a autorización previa y que, además, está justificadísimo en un sector tan esencial para el ciudadano y el paciente como es la protección del derecho a la salud. En este sentido, el Servicio debió haber archivado el expediente, por estar la conducta imputada autorizada legalmente. En definitiva, el Código Regulator, aprobado por el Consejo General en febrero de 1996, tuvo por objeto y efecto, en ese momento, liberalizar parcialmente la publicidad de los dentistas, sin que nada obligara a acometer la total liberalización. En la actualidad (de hecho, desde abril de 1997) el Código está derogado, lo que no significa, no obstante, que la liberalización sea total (que, por otra parte, tampoco es deseable dada la índole de los servicios prestados por los dentistas y sus efectos sobre la salud), teniendo en cuenta que son numerosas las Comunidades Autónomas que someten a autorización previa cualquier tipo de publicidad sanitaria. Por último, alega que los efectos restrictivos de la competencia, en caso de haberse producido, no son apreciables, por lo que, subsidiariamente, solicita que no se le imponga multa, teniendo en cuenta, además, la escasa duración de la práctica y la controversia que existía sobre la normativa aplicable a los Colegios Profesionales.

El Colegio, en esencia, reiteró lo alegado ante el Servicio con los mismos argumentos manifestados por el Consejo. Así, al igual que éste, muestra su respetuosa protesta por la inadmisión por el Tribunal de la prueba solicitada de la definición del mercado relevante y la importancia del elemento publicitario en el mismo, por lo que el expediente carece de prueba de cargo.

DECIMOPRIMERO. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este expediente en su sesión del día 13 de septiembre de 2000, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

DECIMOSEGUNDO. Son interesados:

- AESM.
- El COOE de Córdoba
- El Consejo General de los COOE de España.

HECHOS PROBADOS

1. El Consejo General de los COOE es el supremo órgano rector de la profesión, según establece el Estatuto-Reglamento para la Reorganización de los Colegios Oficiales de Odontólogos (O. de 13-11-50 y O. 26-03-52, refundidas). En la sesión plenaria ordinaria de dicho Consejo celebrada el 16 de febrero de 1996, se aprobó un denominado “Código Regulator de la Publicidad Personal de los Odontólogos y Estomatólogos” en el que se establecían las condiciones en que los citados profesionales podían realizar publicidad de sus servicios (folios 168 a 176).

2. El artículo 2 de dicho Código considera “Publicidad lícita sin necesidad de autorización
(...)”

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

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

3. El artículo 3 del mismo Código dispone:

“1. Queda prohibida aquella publicidad que, en atención al medio en el que es transmitida, atente contra los principios enunciados en este Código.

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

(...)

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

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

(...)

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

(...)

4. El artículo 4 del citado Código, dedicado a la “Publicidad que requiere autorización del Colegio Oficial”, dispone que:

“Salvo disposiciones legales autonómicas al respecto:

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

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

5. Finalmente, el artículo 8 del repetido Código indica que “el incumplimiento de las anteriores normas será motivo de corrección disciplinaria”, tipificando “como falta grave la práctica de publicidad prohibida, así como aquella cuya autorización hubiera sido denegada por el Colegio” y “como falta de carácter leve la publicidad requirente de autorización colegial, sin la preceptiva petición de la misma”.

6. Por su parte, el COOE de Córdoba establece en el artículo 16 de sus Estatutos “respecto de la publicidad de las consultas dentales y de los colegiados” lo siguiente:

“No está permitido efectuar cualquier acto que, directa o indirectamente, suponga una publicidad para el colegiado o para la consulta dental en que ejerza la profesión de Odontología o Estomatología (...). A título de ejemplo se indican con carácter meramente enunciativo y no limitativo las siguientes prohibiciones:

a) La inserción de anuncios en periódicos, revistas o similares, dando a conocer la existencia de la consulta dental, sus características o tratamientos que se efectúen en las mismas.

- b) La publicación de anuncios, verbales o gráficos, a través de Internet, emisoras de radio, televisión, videos comunitarios, salas de cine y cualquier otro medio audiovisual existente o que pueda existir en un futuro.
- c) La distribución, por cualquier medio, de tarjetas, octavillas o cualquier otro soporte publicitario, con indicaciones referentes a la consulta o a su titular colegiado.
- d) La inserción de pasquines, carteles o gráficos de cualquier clase colocados en lugares de concurrencia pública.
- e) La utilización de cualquier clase de dibujos, aparatos o símbolos de otro orden que den a entender la existencia de la consulta dental en un lugar determinado.
- f) La utilización, en fachadas o exteriores de la consulta dental, de toldos y carteles sean luminosos o no.

No obstante lo anteriormente indicado, se permitirá los anuncios incluidos en revistas, guías o publicaciones estricta y exclusivamente odontológicas, estomatológicas o médicas, así como las que aparezcan en secciones de guías médicas, odontológicas o estomatológicas de periódicos y revistas así como las de las denominadas PA , siempre y cuando los mismos sean autorizados por la Junta de Gobierno, que dictará normas al respecto, y a la que se someterá una copia del anuncio que se desea publicar, para recibir la preceptiva aprobación. (...)" (folio 97).

7. El artículo 14 de los mismos Estatutos dispone que "...corresponderá asimismo a todo colegiado ...:

- j) Solicitar a la Junta de Gobierno la autorización previa de cualquier anuncio o comunicación referente a la apertura o traslado de su consulta dental, así como de aquellos artículos o trabajos clínicos, relacionados con la profesión que, por no ser publicados en revistas científicas, puedan constituir una publicidad del colegiado o de sus consultas." (folio 95).

8. El artículo 92.1 e) de los precitados Estatutos establece que será considerada falta leve "la infracción de cualquier otro deber o prohibición contemplados en los artículos 14º, 15º y 16º de los presentes Estatutos, cuando no merezca la calificación de grave o muy grave" (folio 135).

Por otra parte, el artículo 92.2 I considera falta grave "La publicidad de los servicios contraria a las normas reguladoras de la materia, y en especial al Código Regulador de la Publicidad aprobado por el Consejo General." (folio 136).

Y el artículo 92.3i convierte en faltas muy graves "La reincidencia en la comisión de faltas graves..." (folio 137).

9. En aplicación del Código Regulador de la Publicidad aprobado por el Consejo General, la Junta Provincial de Córdoba del CROE de la 4ª Región (en la actualidad COOE de Córdoba) en su circular denominada Tema 27/97 dictó normas sobre la publicidad de los servicios profesionales de los colegiados, limitando el tamaño y el contenido del texto a incluir en los anuncios en las "PA" de la Guía Telefónica (folio 39 vta.).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La cuestión sustantiva sobre la cual ha de pronunciarse el Tribunal en este expediente es la conducta adoptada por el Consejo General de COOE de España y por el Colegio de dichos profesionales de Córdoba de aprobar unas normas reguladoras de la publicidad de los colegiados en las que se establecieron determinadas prohibiciones y limitaciones a la misma, comportamiento sobre el que el Servicio ha instruido un expediente

sancionador en el que imputa a las mencionadas entidades haber contravenido el artículo 1 LDC y propone que se les sancione por ello y se les intime para que en lo sucesivo se abstengan de realizar prácticas semejantes.

SEGUNDO. Con carácter previo a resolver la referida cuestión sustantiva, el Tribunal ha de pronunciarse sobre una cuestión planteada por las dos partes imputadas en sus escritos de conclusiones, relativa a no haber admitido el Tribunal la prueba que solicitaron en esta fase, consistente en que la Subdirección General competente del Ministerio de Economía y Hacienda realizara un estudio de mercado de los servicios odontoestomatológicos para definir el de referencia en este caso y que se delimitara la importancia del elemento publicitario en relación con los diferentes criterios por los cuales los pacientes eligen su dentista pues, como dichas partes mantienen, de existir una restricción de la competencia, ésta sería de tan escasa trascendencia en el mercado que debería exonerarse de la prohibición del art. 1 LDC como acuerdo de menor importancia.

El Tribunal se ratifica ahora en su decisión expuesta en el Auto de 2 de junio de 2000, de Prueba y Vista, en el que manifestaba la improcedencia de la prueba solicitada por innecesaria y desproporcionada para la acusación que ha de dilucidarse en este expediente, que no es otra que la de haber acordado las dos entidades imputadas limitaciones y prohibiciones en la publicidad del ejercicio profesional. En efecto, el artículo 1.1 LDC prohíbe desde el año 1989 "todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional..." (subrayado propio). Por lo tanto, bastará con que la conducta enjuiciada incurra en alguno de los supuestos previstos en dicha norma para que pueda ser tachada de antijurídica, sin que sea necesario delimitar el mercado de referencia, como ha de hacerse en los casos de infracción a la libre competencia por abuso de posición de dominio, más allá de la consideración general de que evidentemente el principal objetivo de la publicidad es el de promover o aumentar la demanda del producto o servicio correspondiente al mercado al que se dirige, que es normalmente el de la ciudad o provincia.

TERCERO. En cuanto a la cuestión sustantiva de este expediente, hay que comenzar señalando que los contenidos del "Código Regulador de la Publicidad Personal de los Odontólogos y Estomatólogos", así como de los Estatutos del Colegio Oficial de Córdoba y de su Circular denominada Tema 27/97 son hechos acreditados que resultan reconocidos por ambas partes imputadas, por lo que las alegaciones que formulan son exclusivamente de orden jurídico. Lo mismo sucede por lo que se refiere a la aprobación de las mencionadas normas, hechos que sucedieron, respecto del Código, en la sesión plenaria ordinaria del Consejo celebrada el 16 de febrero de 1996 y, en cuanto a los Estatutos, en la reunión del Comité Ejecutivo del Colegio de Córdoba que tuvo lugar el 16 de abril de 1998, todo ello sea dicho con independencia de las atenuantes que, en su caso, puedan estimarse y que justifiquen una menor gravedad de la infracción administrativa.

Ambas entidades imputadas alegan, en resumen, que, al regular una publicidad de tipo sanitario no hacen más que ejercer una función delegada por la Administración, según habían autorizado tres normas con rango de ley (General de Publicidad, General de Sanidad y el mencionado Real Decreto 1907/1996, por el que se aprobó el Código Regulador de la Publicidad Personal), por lo que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 2.1 LDC, aunque se tratara de conductas restrictivas de la competencia, éstas no serían perseguibles, sino recurribles, previo el agotamiento de la vía administrativa, en la contencioso-administrativa. Además, la Ley 7/1997, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, entró en vigor el 16 de abril de 1997; por tanto, hasta ese día el Código estaba autorizado legalmente y, desde esa fecha, en la medida en que fuera restrictivo de la competencia, estaría derogado tácitamente. Por ello, junto a que como mínimo desde entonces no ha existido acto alguno del Consejo de aplicación del Código, es obvio que no existe infracción alguna a la LDC. Por último, el 26 de enero de 1999 se publicó en el "BOE" el R.D. 2828/98, de 23 de diciembre, por el que se

aprueban los nuevos Estatutos Generales de los Odontólogos y Estomatólogos y su Consejo General. Esta nueva regulación sustituye, si no estuviera derogado tácitamente desde el 16 de abril de 1997, al Código de la Publicidad.

Pues bien, por lo que se refiere a la incompetencia del Tribunal para decidir sobre las conductas imputadas hay que señalar que es doctrina consolidada del mismo -contenida, entre otras muchas, en sus Resoluciones de 20 de noviembre de 1992 (Expte. 313/92, Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro), de 30 de diciembre de 1993 (Expte. 333/93, PLACONSA), de 28 de julio de 1994 (Expte. 339/93, COAM), de 26 de julio de 1995 (Expte. r 122/95, Cirujanos Taurinos), de 25 de junio de 1996 (Expte. r 160/96, Aparejadores de Madrid), de 5 de junio de 1997 (Expte. 372/96, Arquitectos de Madrid) de 8 de mayo de 1998 (Expte. 390/96, Arquitectos Asturias), de 23 de noviembre de 1999 (Expte. 445/98, Colegio Ingenieros Técnicos Industriales Burgos) y de 18 de enero de 2000 (Expte. 455/99, Abogacía Española)- su competencia para analizar las conductas de los Colegios Profesionales en el ámbito de las funciones que éstos tienen atribuidas, pues la LDC es desde el año 1989 una norma de ámbito general, sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los sujetos públicos y privados y ha de ser respetada por todos ellos en sus actuaciones.

Así, en la última y reciente Resolución citada, correspondiente a un expediente similar a éste, referente a la publicidad de los abogados, el Tribunal manifestaba: "Aunque el Tribunal no tiene autoridad para revisar los "actos administrativos" de un Colegio Profesional frente a sus colegiados, que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, es el único órgano que la tiene (bajo el oportuno control jurisdiccional) para analizar si un acto de un Colegio Profesional, o de cualquier otra institución que tenga delegadas funciones públicas, es un genuino acto de naturaleza administrativa y al margen del tráfico mercantil, por lo que no puede ser analizado de acuerdo con la LDC o, por el contrario, se trata de una actuación como operador económico que restringe la competencia al infringir lo dispuesto en la LDC. Por tanto, no puede alegarse una incompetencia de tipo previo, pues corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia analizar el caso para resolver si la conducta realizada constituye un acto de naturaleza administrativa de los Colegios Profesionales que queda al margen de las prohibiciones de la LDC y si existe o no autorización legal.

En este sentido se ha pronunciado la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 12 de noviembre de 1997, en relación con el recurso del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro contra la Resolución de este Tribunal de fecha 20 de noviembre de 1992 antes mencionada (recurso número 6/331/1994), que confirma dicha Resolución, declarándola ajustada a derecho".

En el presente expediente el Tribunal mantiene dicho criterio y comparte también el del Servicio cuando añade este último que ha de extenderse a los Consejos Generales de Colegios Profesionales que, aunque tienen, al igual que los Colegios, la condición de "Corporaciones de Derecho Público" (art. 9.1 LCP) y se les reconocen las funciones "atribuidas a los Colegios Profesionales (...) en cuanto tengan ámbito o repercusión nacional" [art. 9.1.a) LCP], no dejan de ser, como los propios Colegios, "Corporaciones sectoriales de base privada".

Por otra parte, una cosa es, como alegan el Consejo y el Colegio, citando las Leyes de Publicidad y de Sanidad, que la publicidad en materia sanitaria pueda estar sometida a autorización administrativa para que se ajuste a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud, en evitación de perjuicios de esta índole, y otra cosa muy distinta que los hechos imputados en este expediente como restrictivos de la competencia en ningún caso pueden ocasionar perjuicios para la salud puesto que se refieren a limitar los medios utilizados para realizar publicidad -radio, televisión, vídeos, buzoneo, envío indiscriminado de cartas, carteles en fachadas luminosos o no, anuncios en periódicos y redes informáticas-, o la publicidad de las promociones por la vía de descuentos o formas de financiación de los tratamientos y, por último, al tamaño de los anuncios en las "PA" de la Guía Telefónica. Luego las mencionadas prohibiciones y limitaciones establecidas en el Código y en los Estatutos exceden claramente de lo regulado por ambas

Leyes, que se limitaban a mantener los mencionados criterios de veracidad en lo que atañe al interés legítimo de preservar la salud, pero sin sustraerlos de la normativa general sobre la competencia en la actividad económica. A este respecto, hay que señalar que la Comunidad Económica Europea incluyó en el artículo 90.2 del Tratado el sometimiento a las normas de competencia de los operadores económicos que gestionan servicios de interés general, siempre que no les impida el cumplimiento de su misión, y así lo entendió el Tribunal desde la promulgación de la LDC en el año 1989.

En efecto, las disposiciones del Código Regulador aprobado por el Consejo General de los COOE, de los Estatutos del COOE de Córdoba y el contenido de la Circular 27/97 del mismo Colegio, según se recogen sistemáticamente en los apartados 3 y 4 de los Hechos Probados de esta Resolución, para la primera entidad, y 6, 7 y 9, para la segunda, constituyen una infracción del antes citado artículo 1 LDC, al suponer una restricción en las posibilidades de competencia entre distintos operadores, en este caso los profesionales Odontólogos o Estomatólogos, que ven limitadas e incluso prohibidas determinadas formas o canales para informar y promocionar sus servicios ofrecidos a los potenciales usuarios de los mismos. Además, tales restricciones no actúan sólo en detrimento de los usuarios dificultando la posibilidad de comparación de las condiciones de dichos servicios, sino que también pueden hacerlo como barrera de entrada para los nuevos profesionales lo que supone, en definitiva, interferir en la libertad de competir.

Respecto de la alegación del Consejo de que el Código se aprobó, no con el fin de restringir la publicidad, sino con el objetivo de ampliar su ámbito, debe señalarse que el hecho de que el Código sea menos restrictivo que la normativa de 1950 no significa que su contenido no continúe siendo restrictivo y todavía propio de una época en la que predominaba la cultura de la protección frente a la de la competencia. Lo importante como positivo para la sociedad es controlar la calidad de los servicios y no la cantidad de espacio o tamaño de los anuncios entre competidores que prestan sus servicios a cambio de una remuneración.

Precisamente, entiende el Tribunal sobre esta cuestión que no se trata de propugnar la libertad absoluta de la publicidad ni de imponer criterios economicistas, sino de compartir la concepción amplia de la libertad de expresión que sigue el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la negativa del mismo a distinguir las conductas por la concurrencia o no de ánimo de lucro, al considerar que la información comercial está protegida por el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que establece que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión y que este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de comunicar y recibir informaciones e ideas, sin que pueda existir injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

Por último, en cuanto a las alegaciones del Consejo y del Colegio de que la Ley 2/1974, Reguladora de los Colegios Profesionales, autorizaba las restricciones de la publicidad, hay que destacar que el artículo 5.2 del Real Decreto-Ley 5/1996, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y Colegios Profesionales (posteriormente aprobada como Ley 7/1997, de 14 de abril, del mismo nombre), introdujo diversas modificaciones en la Ley 2/1974 cambiando, entre otros, el artículo 2.1 que, con la actual redacción dice: "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". Más concretamente, por lo que se refiere al presente expediente, se ha añadido en la Ley 2/1974 un nuevo apartado 4 en el artículo 2, que establece lo siguiente:

"Los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica, observarán los límites del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 de dicha Ley".

Dado que el acuerdo del Colegio se tomó el 16 de abril de 1998, que no se solicitó la correspondiente autorización singular y que las limitaciones a la publicidad ya tratadas tienen

para estos profesionales la evidente trascendencia económica de dificultar que las condiciones de sus servicios sean conocidas, resulta innegable que caen de lleno dentro del ámbito del transcrito nuevo artículo 2.4 de la Ley 2/1974 que exige la adecuación de los acuerdos y decisiones de los Colegios Profesionales a lo dispuesto en el artículo 1 LDC. Lo mismo sucede respecto de la Circular 27/97 del Colegio, que transmitió el acuerdo adoptado por la Junta Directiva del mismo, limitando aún más las normas de publicidad del Código al restringir el tamaño de los anuncios en las "PA", así como el contenido de los mismos -advirtiendo que en el caso de que se utilice logotipo de la consulta deberá ser aprobado previamente por la Junta Directiva- y llegando a expresar que la referida Ley 7/1997, de 14 de abril, "contempla la potestad de los órganos colegiales de ejercer el control directo sobre la publicidad médica", lo que evidentemente no es cierto.

CUARTO. Sentado lo anterior, de cuanto consta en el expediente puede llegarse a la conclusión de que ciertamente el Consejo no comunicó a los Colegios las modificaciones legales introducidas por la Ley 7/1997 ni por el Real Decreto-Ley 5/1996 (tan sólo unos meses después de aprobarse el Código), pero también es cierto que la adopción por el Colegio de Córdoba de las normas restrictivas de la publicidad contenidas en los Estatutos, la Circular 27/97 y los dos expedientes disciplinarios tramitados en dicha provincia en el año 1998 (uno por un anuncio de tamaño superior al reglamentado sin autorización y otro por distribuir folletos publicitarios) se podrían haber evitado con la simple consulta directa de las disposiciones de alto rango antes citadas cuya denominación indicaba sin ambigüedad que iban dirigidas a los Colegios Profesionales. Además, dado que dichos expedientes se impusieron a dos colegiados sendas sanciones consistentes en la suspensión del ejercicio profesional durante un mes, ello constituye prueba de que el efecto restrictivo de la competencia se ha producido (folios 177 a 182 del expediente del Servicio).

En consecuencia, corresponde declarar que la elaboración por el Consejo del Código Regulador de la Publicidad que contiene determinadas prohibiciones y limitaciones a la misma es una conducta colusoria prohibida por el artículo 1.1 LDC y, asimismo, la existencia de otra práctica prohibida por dicha norma, de la que es responsable el Colegio de Córdoba, consistente en la elaboración de sus Estatutos -en la reunión de su Comité Ejecutivo celebrada el 16 de abril de 1998- y en la emisión de la Circular 27/97, conteniendo ambos documentos determinadas prohibiciones y limitaciones a la publicidad de sus miembros. Tal restricción no actúa sólo en detrimento de los usuarios, sino que constituye también un obstáculo que dificulta una cuestión tan esencial como es el acceso de los nuevos profesionales y favorece la coordinación de las condiciones económicas de los colegiados al llegar a prohibir la publicidad de los descuentos y de las formas modernas de financiación. Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 LDC, procede también intimar al Consejo y al Colegio para que cesen en las conductas prohibidas.

QUINTO. El art. 10 LDC, en relación con el 46.2.d) de la misma, faculta al Tribunal para imponer multa a los agentes económicos que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto, entre otros preceptos, en el art. 1 LDC. Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta, por una parte, que en el artículo 10.1 se establece el límite máximo de la capacidad sancionadora del Tribunal que, por lo que respecta a las personas jurídicas u operadores económicos que no tienen cifras de negocios, asciende a 150 millones de pesetas; y, por otra, que en el número 2 del citado artículo se establecen los criterios a tener en cuenta para la determinación de la multa, sujeta lógicamente al límite anterior.

Entre dichos criterios, en el caso de la conducta imputada al Colegio debe comenzarse por la modalidad y alcance de la práctica infractora acreditada que constituye un acuerdo entre profesionales que pretende coordinar y limitar sus decisiones en un aspecto primordial de la competencia como es la forma de dar a conocer las condiciones de los servicios que prestan a los posibles pacientes, lo que representa una restricción esencial, fundamentalmente para los profesionales que acceden al ejercicio profesional y porque favorecen la coordinación de las condiciones económicas al llegar a prohibir la publicidad de los descuentos y de las formas de

financiación no consagradas por el uso. El mercado afectado es el de los servicios profesionales de los odontólogos y estomatólogos de Córdoba y su provincia, que corresponde al que básicamente y de forma tradicional desarrollan su actividad los colegiados y al que se orienta la preferencia de los demandantes para este tipo de servicios. La duración de la práctica se delimita desde la emisión de la Circular 27/97 hasta la actualidad, dado que todavía no se han derogado expresamente los preceptos estatutarios objeto de este expediente. Es evidente que se han producido efectos inmediatos, al menos por las dos referidas sanciones acordadas en el año 1998 contra sendos colegiados. Y por último, no cabe apreciar reiteración en la conducta del Colegio imputada en este expediente.

Atendiendo a estas circunstancias, el Tribunal ha acordado imponer al Colegio la sanción de nueve millones de pesetas, que se sitúa muy por debajo de la máxima antes referida que permite la Ley.

Por lo que respecta al Consejo, dado que el Código se aprobó con anterioridad -febrero de 1996- a la citada modificación de la Ley 2/1974, del hilo cronológico de los hechos y de las vicisitudes y controversias por las que atravesaron los diferentes proyectos legislativos para someter definitivamente los acuerdos y decisiones de los Colegios Profesionales a la LDC, cabe entender la posibilidad de la creencia en la legalidad de la conducta imputada en este expediente por parte del Consejo, lo que justifica apreciar una menor gravedad de la infracción administrativa hasta el punto de exonerarle de culpabilidad -como subsidiariamente solicita- pero no para hacer lícita la conducta.

SEXTO. El Tribunal considera que, por razones de ejemplaridad, hay que dar a la presente Resolución una amplia difusión. Así pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.5 LDC, el Tribunal debe ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de dos diarios, uno nacional y otro de Córdoba, de información general a costa del Colegio.

Asimismo, el Tribunal, de conformidad con lo establecido en el art. 46.2 LDC considera oportuno ordenar a dicho Colegio que dé traslado de esta Resolución a todos los colegiados en el plazo de dos meses.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Tribunal

HA RESUELTO

Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una práctica prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, imputable al COOE de Córdoba, consistente en la aprobación por dicha entidad, en la reunión de su Comité Ejecutivo celebrada el 16 de abril de 1998, de sus Estatutos y en la emisión de la Circular 27/97, ambos documentos conteniendo determinadas prohibiciones y limitaciones restrictivas de la competencia en cuanto al contenido de la información publicitaria y a los medios soporte de la misma.

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

Tercero.- Intimar a los citados Colegio y Consejo General, como autores de las prácticas declaradas prohibidas, para que cesen en la realización de las mismas y que en lo sucesivo se abstengan de adoptar decisiones semejantes a las anteriores.

Cuarto.- Imponer al COOE de Córdoba, como autor de la referida conducta prohibida, la multa de nueve millones de pesetas.

Quinto.- Ordenar al citado Colegio dar traslado del texto íntegro de esta Resolución a todos los colegiados miembros en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

Sexto.- Ordenar la publicación, en el máximo plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el "Boletín Oficial del Estado" y en la sección de economía de dos diarios de información general, uno de ámbito nacional y otro de Córdoba, a costa del mencionado Colegio.

Séptimo.- El cumplimiento de lo ordenado en esta Resolución se hará ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

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

