



BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064487

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1876/2019, de 19 de diciembre de 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª)

Rec. n.º 7571/2018

SUMARIO:

Administración corporativa. Cuotas colegiales distintas para colegiados individuales y sociedades profesionales. Condiciones desiguales para el ejercicio de la actividad. Resolución sancionadora de la CNMC. No puede estimarse que en este caso el Colegio Profesional sancionado haya aplicado condiciones desiguales y discriminatorias en los procedimientos de incorporación de las sociedades profesionales al Colegio, porque el trato discriminatorio se afirma con referencia a la inscripción de los colegiados individuales, que no puede considerarse un término válido de comparación. El TJUE viene considerando que no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia y, a sensu contrario, cuando no pueda considerarse que los acuerdos tengan por objeto, por su propia naturaleza, restringir la competencia, entonces debe examinarse si tales acuerdos producen el efecto de restringir la competencia. La distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia. En todo caso, la resolución sancionadora de la CNMC no ofrece razones para considerar que la conducta examinada del Colegio Oficial, atendida su naturaleza, constituya una restricción de la competencia por su objeto, y en cuanto a la prueba de los efectos restrictivos de la competencia, hemos de respetar la valoración de la prueba llevada a cabo por la sentencia recurrida, que concluye en la falta de acreditación de que la cuota aplicada a las sociedades tenga efectos restrictivos de la competencia, basando dicha conclusión, entre otras extremos, en el reconocimiento por la propia denunciante, en su escrito de desistimiento de su denuncia, de la existencia de un gran número de sociedades profesionales de este sector en el mercado, sin que le constara que los derechos de inscripción hayan supuesto una barrera, y en el análisis llevado a cabo por la Sala de instancia del continuo y considerable incremento de las inscripciones de sociedades profesionales desde 2011, que resulta de las cifras que se recogen en la sentencia impugnada, lo que le lleva a concluir que la cuota aplicada no ha supuesto en realidad una barrera de entrada, quedando dicha apreciación fáctica excluida del recurso de casación. De conformidad con lo expuesto y en contestación a la cuestión de interés casacional formulada, para que la exigencia de unas cuotas de inscripción en un Colegio Profesional o la aplicación por este de una normativa contraria a la Ley de Colegios Profesionales o a la Ley de Sociedades Profesionales pueda ser considerada como una aplicación de condiciones desiguales y trato discriminatorio en los procedimientos de incorporación al colegio, se requiere la presencia de un término válido de comparación que sustente la desigualdad de trato.

PRECEPTOS:

Ley 2/1974 (Colegios Profesionales), art. 3.

Ley 29/1998 (LJCA), art. 87 bis.

Ley 2/2007 (Sociedades Profesionales), art. 8 y disp. trans. segunda.

Ley 15/2007 (Defensa de la Competencia), art. 1.

PONENTE:

Don José María del Riego Valledor.

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT



Don EDUARDO CALVO ROJAS
Doña MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Don ANGEL RAMON AROZAMENA LASO

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.876/2019

Fecha de sentencia: 19/12/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7571/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/12/2019

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 7571/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1876/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech



D. Jose Maria del Riego Valledor
D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 19 de diciembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 7571/2018, interpuesto por la Administración del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia de 13 de julio de 2018, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 119/2016, sobre infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en el que ha intervenido como parte recurrida el Ilustre Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid, representado por el Procurador de los Tribunales D. Oscar Gil de Sagredo Garicano, con la asistencia letrada de D. Ángel García Castillejo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 13 de julio de 2018, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

" 1. Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Óscar Gil de Sagredo Garicano actuando en nombre y representación del COLEGIO OFICIAL DE GESTORES ADMINISTRATIVOS DE MADRID contra la resolución de 17 de diciembre de 2015, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la cual se le impuso una sanción de 65.655 euros de multa.

2. Anular la referida resolución, por no ser ajustada a Derecho.
Con expresa imposición de costas a la Administración demandada."

Segundo.

Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de la Administración del Estado, ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala, por auto de 2 de noviembre de 2018, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

Tercero.

Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la Sección de Admisión acordó, por auto de 12 de abril de 2019, entre otros, los siguientes pronunciamientos:

" 1º) Admitir el recurso de casación nº. 7571/2018 preparado por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en fecha 13 de julio de 2018 (recurso contencioso-administrativo nº. 119/2016).

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si la falta de adaptación de los procedimientos de incorporación a colegios profesionales a lo establecido en la Ley de Sociedades Profesionales en relación con la Ley de Colegios Profesionales, tras su modificación por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre prestación de servicios, puede considerarse como una barrera de entrada anticompetitiva a los efectos de lo previsto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .



3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación el artículo 3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales y el artículo 8 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, tras la reforma operada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre prestación de actividades de servicios, y el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia."

Cuarto.

El Abogado del Estado presentó, con fecha 5 de junio de 2019, escrito de interposición del recurso de casación, con las alegaciones a que más adelante se hará referencia, y solicitó que con estimación de su recurso, se declare que la falta de adaptación de las normas colegiales que regulan el procedimiento de colegiación de las sociedades profesionales, deben excluir cualquier competencia para la calificación previa del contrato, o proyecto de contrato de sociedad profesional, borrador de escritura constitutiva o proyectos de estatutos, como cualquier calificación posterior de los elementos que integran el contenido de la hoja abierta a cada sociedad profesional a través de su inscripción registral, no pudiendo amparar las diversas normas colegiales procedimientos que al amparo de una inexistente capacidad de calificación justifiquen formalmente un examen que, con infracción de lo establecido en el artículo 3.2, segundo inciso de la Ley de Colegios Profesionales, impongan como costes asociados de las cuotas de colegiación precisamente aquella calificación, lo que supone una práctica anticompetitiva y discriminatoria contrarias a lo establecido en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia; fijando la jurisprudencia correspondiente en los términos solicitados o, en los que pueda considerar la Sala y Sección más ajustada a derecho; y, con arreglo a dicha doctrina case y anule la sentencia recurrida, para, en su lugar dictar nueva sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso interpuesto en la instancia y se confirme la resolución de la Sala de la Competencia de la CNMC, de 17 de diciembre de 2015, por la cual se le impuso al Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid una sanción de 65.655 euros de multa por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia.

Quinto.

Se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó la representación del Ilustre Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid, por escrito de 26 de julio de 2019, en el que se opuso a las pretensiones formuladas de contrario y solicitó a la Sala que resuelva este recurso por medio de sentencia confirmatoria de la sentencia recurrida.

Sexto.

Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 3 de diciembre de 2019, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar, continuando el día 10 de diciembre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 13 de julio de 2018, que estimó el recurso contencioso administrativo formulado por el Colegio Oficial de Gestores Administradores de Madrid contra la resolución del 17 de diciembre de 2015, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que le había impuesto una sanción de 65.655 euros de multa, con anulación de la sanción por no ser ajustada a derecho.

La resolución de 17 de diciembre de 2015 de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), declaró al Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid responsable de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en la aplicación de condiciones desiguales para el ejercicio de la actividad profesional, según se trate de colegiados individuales o de sociedades profesionales, mediante la fijación de una cuota de inscripción más elevada y discriminatoria para las sociedades profesionales y la aplicación de normativa interna no adaptada



a la legislación vigente, que obstaculizan de forma injustificada la prestación de servicios por parte de las sociedades profesionales de nueva creación, con imposición de una multa de 65.655 euros.

Por su parte, la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 13 de julio de 2018, impugnada en este recurso de casación, estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Colegio Oficial de Gestores Administradores de Madrid contra la anterior resolución, que anuló.

La sentencia impugnada comienza el análisis de las cuestiones planteadas en el recurso con una referencia a los hechos declarados probados y a las dos conductas del Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid que integraban la infracción del artículo de la LDC apreciada por la resolución de la CNMC (FD 2º):

"...De entre los hechos probados que relaciona la resolución recurrida debe destacarse, por ser determinante de la infracción imputada al Colegio, el que refiere que "La cantidad que cobra el ICOGAM por cuota de inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales fue acordada el 25 de marzo de 2010 por la Junta General Ordinaria de Colegiados, distinguiendo una cuota de 1.000€ para las nuevas sociedades y manteniendo la cantidad de 150€ para las adaptaciones de fa sociedades que ya estaban inscritas en el Registro (folio 57). Hasta ese momento, se había cargado una cuota de 150€ tanto para nuevas inscripciones de sociedades profesionales como para adaptaciones de sociedades ya inscritas (folio 58)".

Y decimos que resulta determinante por cuanto la infracción que se atribuye al ICOGAM consiste, de acuerdo con el fundamento de derecho 4.1, y en primer lugar, en la aplicación de condiciones desiguales por parte de dicho Colegio para el ejercicio de la actividad profesional según se trate de colegiados individuales o de sociedades profesionales "... a través de la fijación de una cuota de inscripción discriminatoria para las nuevas sociedades profesionales con respecto a los colegiados individuales (y también frente a las sociedades profesionales ya constituidas)....".

A ello añade que la conducta prohibida detectada se ha materializado también "... mediante la aplicación de diversas regulaciones y procedimientos no adaptados a la LCP y la LSP que obstaculizan de forma injustificada la prestación de servicios por parte de las sociedades profesionales y constituyen una infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC".

En relación con la primera de las conductas, que consiste en la exigencia de condiciones desiguales para el ejercicio de la actividad profesional según se trate de colegiados individuales o de sociedades profesionales, mediante la fijación de una cuota de inscripción discriminatoria para estas últimas, la sentencia impugnada niega que concurra el presupuesto de la identidad de los términos de comparación (FD 3º):

"No puede desconocerse que la legalidad de la decisión de sancionar se asienta, como refleja la resolución recurrida en su fundamento 4.1, sobre Antijuridicidad de la conducta , en el hecho de considerar acreditado "... que el ICOGAM ha llevado a cabo una serie de conductas prohibidas por dicho artículo 1 de la LDC , consistentes en la aplicación de condiciones desiguales por parte de dicho Colegio para el ejercicio de la actividad profesional, según se trate de colegiados individuales o de sociedades profesionales, ... a través de la fijación de una cuota de inscripción discriminatoria para las nuevas sociedades profesionales con respecto a los colegiados individuales".

Por lo tanto, si se entiende que la discriminación no se ha producido desaparecería el supuesto obstáculo de acceso a la profesión colegiada pues éste se materializó, insistimos, y según la resolución misma, "... a través de la fijación de una cuota discriminatoria para las nuevas sociedades profesionales con respecto a los colegiados individuales".

Y ésta es la conclusión a la que llegamos al analizar las diferencias entre la colegiación de las personas físicas y la de las sociedades profesionales en conexión con la cuota exigida a unas y a otras.

Es decir, entiende la Sala que la diferencia entre los 250 y los 1000 euros no revela un trato discriminatorio por cuanto las situaciones analizadas no son idénticas, y esa falta de identidad tiene un alcance suficiente para que la diferencia de cuota resulte proporcionada. "

En cuanto a la segunda de las conductas que integran la infracción del artículo 1 LDC, la sentencia impugnada razona lo siguiente (FD 4º):

"Recordemos que la descripción de la conducta que refleja la resolución recurrida -citado apartado 4.1 de su fundamentación jurídica- es la siguiente: "... el ICOGAM ha llevado a cabo una serie de conductas prohibidas



por dicho artículo 1 de la LDC , consistentes en la aplicación de condiciones desiguales por parte de dicho Colegio para el ejercicio de la actividad profesional, según se trate de colegiados individuales o de sociedades profesionales, tanto a través de la fijación de una cuota de inscripción discriminatoria para las nuevas sociedades profesionales con respecto a los colegiados individuales (y también frente a las sociedades profesionales ya constituidas) como mediante la aplicación de diversas regulaciones y procedimientos no adaptados a la LCP y la LSP que obstaculizan de forma injustificada la prestación de servicios por parte de las sociedades profesionales y constituyen una infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC ".

Es decir, vincula también, como hace respecto del importe de las cuotas, las vulneraciones de la Ley de Colegios Profesionales y de la Ley de Sociedades profesionales al trato desigual de colegiados individuales y de sociedades profesionales.

Sin embargo, lo que hace en realidad es describir posibles infracciones de la Ley de Sociedades Profesionales que podrán, en su caso, ser corregidas por el cauce que corresponda, pero sin que ello revele prácticas discriminatorias hacia los colegiados individuales cuya situación es, como hemos dicho, distinta a la de las sociedades profesionales, ni pueda constituir tampoco un término válido de comparación a efectos de apreciar un trato discriminatorio. Y menos aún en aspectos tan concretos y específicos de las sociedades como los que se ven afectados por los artículos de la Ley de Sociedades Profesionales que la CNMC cita como infringidos.

Conclusión obligada de cuanto antecede es que el recurso debe ser estimado y anulada la sanción impuesta que se sustenta en la existencia de una conducta, la aplicación de condiciones desiguales a colegiados individuales y a sociedades profesionales, que no se acredita sea constitutiva de la infracción apreciada - artículo 1 de la LDC -, de acuerdo con los razonamientos expuestos."

Segundo.

El Abogado del Estado alega en su escrito de interposición del recurso de casación que la sentencia recurrida infringe el artículo 3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, tras la reforma operada por la Ley 25/2009, de 22 de noviembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre prestación de actividades de servicios, el artículo 8 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales y el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, porque el artículo 8 de la Ley 2/2007 configura el esquema constitutivo de las sociedades profesionales sobre la base de una inscripción constitutiva en el Registro Mercantil y su sometimiento al ámbito del Colegio Profesional respectivo, a través de la inscripción obligatoria en el Registro de Sociedades Profesionales, regulando la correspondiente vinculación entre el registro mercantil y el registro corporativo sobre la base de la primacía de la inscripción en el registro mercantil de la escritura pública del contrato de sociedad profesional, pues la inscripción en el registro colegial de sociedades profesionales debe realizarse desde la comunicación que remite el registro mercantil.

Añade el Abogado del Estado que el sistema establecido por el legislador no está basado en un doble examen con una doble calificación registral y colegial, sino en la primacía y vinculación de la inscripción en el registro mercantil, por lo que la incorporación de los elementos que contiene la inscripción constitutiva en el registro mercantil debe ser automática, en el sentido de que no existe posibilidad legal de separarse de lo reflejado en la inscripción registral, sin que exista una función calificadora registral en el colegio profesional, ni procedimientos colegiales internos que disciplinen tal examen que generen una exacción o derecho que retribuya dicha labor, por lo que la exigencia de una cuota desproporcionada y no necesaria respecto de la cuota individual de la persona física, no tiene amparo en el artículo 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales y constituye una discriminación anticompetitiva, máxime si concurre el dato adicional cual es que el colegio en cuestión somete a un doble asesoramiento interno, ex ante y ex post, a la constitución de una sociedad cuya calificación hace el registro mercantil.

Tercero.

Como se ha indicado con anterioridad, la sentencia recurrida inicia el examen de la conducta objeto de sanción (FD 2) resaltando que la infracción que se atribuye al Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid consiste en la aplicación de condiciones desiguales por parte de dicho Colegio para el ejercicio de la actividad profesional, según se trate de colegiados individuales o de sociedades profesionales, y dicha aplicación de condiciones desiguales se manifiesta, en primer lugar, en la fijación de una cuota de inscripción discriminatoria



y, además, en la aplicación de regulaciones y procedimientos y no adaptados a la Ley de Colegios Profesionales y a la Ley de Sociedades Profesionales.

En efecto, así resulta con toda nitidez de la resolución administrativa sancionadora, que en su descripción de la conducta que estima contraria al artículo 1 de la Ley 15/2007, señala que el Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid (FD 4º) ha aplicado condiciones desiguales, según se trate de colegiados individuales o de sociedades profesionales, "tanto" en la fijación de cuotas "como mediante" en la aplicación de regulaciones no adaptadas a la LCY y LSP:

" [...] ha llevado a cabo una serie de conductas...consistentes en la aplicación de condiciones desiguales por parte de dicho Colegio Oficiales para el ejercicio de la actividad profesional, según se trate de colegiados individuales o de sociedades profesionales, tanto a través de la fijación de una cuota de inscripción discriminatoria para las nuevas sociedades profesionales con respecto a los colegiados individuales (y también frente a las sociedades profesionales ya constituidas), como mediante la aplicación de diversas regulaciones y procedimientos no adaptados a la LCP y la LSP que obstaculizan de forma injustificada la prestación de servicios por parte de las sociedades profesionales y constituyen una infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC ."

La referencia a la aplicación de condiciones desiguales para el ejercicio de la actividad profesional, según se trate de colegiados individuales o de sociedades profesionales, vuelve a estar presente en conducta que la CNMC declaró acreditada en la parte dispositiva de la resolución sancionadora:

"[...] Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Resolución, consistente en la aplicación por parte del Ilustre Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid de condiciones desiguales para el ejercicio de la actividad profesional, según se trate de colegiados individuales o de sociedades profesionales, mediante la fijación de una cuota de inscripción más elevada y discriminatoria para las sociedades profesionales y la aplicación de normativa interna no adaptada a la legislación vigente, que obstaculizan de forma injustificada la prestación de servicios por parte de las sociedades profesionales de nueva creación."

La sentencia recurrida considera que para sancionar la desigualdad de trato como una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC, será necesario que, además de las exigencias del mencionado precepto sobre la restricción o falseamiento de la competencia, concorra como primer requisito el trato discriminatorio, sin que en este caso pueda apreciarse la discriminación, pues las situaciones analizadas no son idénticas.

La Sala comparte los anteriores razonamientos. pues la resolución administrativa sancionadora aprecia un trato discriminatorio en la inscripción en el Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid entre las personas físicas y las sociedades profesionales, sin que pueda estimarse que tales sujetos constituyan términos válidos de comparación.

Así, en lo que se refiere a la fijación de una cuota de inscripción más elevada y discriminatoria, que se cuantifica en 1000 euros para las sociedades profesionales cuando la cuota de inscripción de las personas físicas es de 250 euros, debe admitirse que no nos encontramos ante supuestos iguales, pues entre las situaciones en comparación existen diferencias que no son jurídicamente irrelevantes y que afectan al procedimiento de inscripción.

Como primera diferencia, debe tenerse en cuenta que ni siquiera acceden las personas físicas y las sociedades profesionales al mismo registro del Colegio de Gestores Administrativos de Madrid, pues de acuerdo con el artículo 8.2 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, las sociedades profesionales se inscribirán en un registro específico, el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional y, a tal efecto, la disposición transitoria segunda del citado texto legal ordena a los Colegios Profesionales la constitución de sus respectivos Registros de Sociedades Profesionales en el plazo de los nueve meses siguientes a la entrada en vigor de dicha Ley.

Además, los requisitos de la inscripción en los respectivos registros colegiales son también distintos para las personas físicas y las sociedades profesionales, y en este sentido el artículo 8.4 de la Ley de Sociedades Profesionales ordena que la inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional que corresponda contenga todos los extremos señalados en el apartado 2 del mismo precepto legal para la inscripción de la sociedad profesional en el Registro Mercantil.

Se refiere el precepto a los siguientes extremos, todos ellos característicos de la forma societaria:



- Los datos de identificación de los otorgantes de la escritura constitutiva, expresando si son o no socios profesionales, el Colegio Profesional al que pertenecen y su número de colegiado, con acreditación de sus datos identificativos y su habilitación actual para el ejercicio de la profesión.
- La denominación o razón social y domicilio de la sociedad.
- Fecha y reseña identificativa de la escritura pública de constitución, notario autorizante y duración de la sociedad si se hubiera constituido por tiempo indeterminado.
- La actividad o actividades profesionales que constituyan el objeto social.
- Identificación de los socios profesionales y no profesionales y, en relación con aquellos, número de colegiado y Colegio Profesional de pertenencia.
- Identificación de las personas que se encarguen de la administración y representación, expresando la condición de socio profesional o no de cada una de ellas.

Es obvio que todos los anteriores requisitos son exclusivos de la inscripción de las sociedades profesionales, sin que ninguno de ellos resulte, por el contrario, exigible en el procedimiento de inscripción colegial de las personas físicas, atendida su distinta naturaleza jurídica, que conlleva que sean distintos los procedimientos de incorporación de las personas físicas y las sociedades profesionales al colegio profesional, como también son distintas las posiciones jurídicas que corresponden a los colegiados personas físicas y a las personas jurídicas en la organización colegial.

No se trata, por tanto, como parece entender el Abogado del Estado en su escrito de interposición del recurso, de la mayor o menor intensidad de la labor de comprobación por el registro colegial del cumplimiento de los requisitos establecidos para la inscripción de las sociedades profesionales, sino más sencillamente, de la exigencia por una norma de rango legal de requisitos distintos para la inscripción de las sociedades profesionales, respecto de la inscripción de las personas físicas, derivada dicha diversidad de requisitos de la diferente naturaleza jurídica de unas y otras.

Las anteriores razones impiden emplear el procedimiento de incorporación al colegio de las personas físicas como término válido de comparación para afirmar un trato desigual y discriminatorio por las cuotas exigidas en el procedimiento de inscripción de las sociedades profesionales en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid.

La sentencia recurrida mantiene los mismos argumentos para analizar la segunda manifestación del trato discriminatorio apreciada por la resolución administrativa sancionadora, consistente en la aplicación de normativa interna no adaptada a la legislación vigente, que obstaculiza de forma injustificada la prestación de servicios por parte de las sociedades profesionales de nueva creación, pues estima la Sala de instancia (FD 4º) que la resolución de la CNMC "vincula también", como hace respecto del importe de las cuotas de inscripción, las vulneraciones de la Ley de Colegios Profesionales y de la Ley de Sociedades Profesionales al trato desigual de los colegiados individuales y las sociedades profesionales, y así resulta efectivamente de la descripción efectuada por la resolución de la CNMC (FD 4.1) de la conducta infractora, a que antes se ha hecho referencia, consistente en la aplicación de condiciones desiguales por el Colegio infractor para el ejercicio de la actividad profesional, según se trate de colegiados individuales o de colegios profesionales, "tanto" a través de una cuota discriminatoria, "como mediante" la aplicación de regulaciones y procedimientos no adaptados a la legislación vigente, sin que esa aplicación de condiciones desiguales, manifestada ahora en la aplicación de una normativa no adaptada, sea demostrativa de un trato discriminatorio de las sociedades profesionales, porque su situación jurídica como se ha dicho es distinta a la de los colegiados individuales, sin que pueda considerarse que esta última constituya un término válido de comparación a efectos de apreciar un trato discriminatorio.

De acuerdo con lo anterior, no puede estimarse que en este caso el Colegio Profesional sancionado haya aplicado condiciones desiguales y discriminatorias en los procedimientos de incorporación de las sociedades profesionales al Colegio, porque el trato discriminatorio se afirma con referencia a la inscripción de los colegiados individuales, que no puede considerarse un término válido de comparación.

Cuarto.

La sentencia de instancia, como antes se ha dicho, admite que la aplicación de condiciones desiguales pueda ser sancionada como infracción del artículo 1 de la LDC si, además del trato discriminatorio, concurren los demás elementos del tipo infractor que se definen en dicho precepto, es decir, que esa aplicación de condiciones



desiguales "tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional".

Pero la sentencia recurrida, con razonamientos que esta Sala comparte, concluye que en este caso no cabe apreciar un trato discriminatorio infractor del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, porque falta la acreditación del propio trato discriminatorio, que no puede afirmarse por la inexistencia de un término válido de comparación.

Como argumento adicional y en el terreno de las hipótesis, aunque admitiéramos a los exclusivos efectos dialécticos que existe un trato discriminatorio porque considerásemos idéntica la situación de las personas físicas y de las sociedades profesionales a los efectos de su incorporación al Colegio profesional, lo que ya se ha dicho que no es el caso, tampoco en tal hipótesis podría prosperar el recurso de casación del Abogado del Estado, porque seguiría faltando el requisito de la restricción o falseamiento de la competencia, ya que la sentencia impugnada declara de forma expresa la falta de acreditación de efectos restrictivos de la competencia.

La resolución sancionadora de la CNMC (FD 4.3), con cita de la sentencia de esta Sala de 6 de noviembre de 2013 (recurso 2736/2010), a la que ahora volveremos, mantiene que el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia no exige que la conducta ilícita haya producido efectos en el mercado, sino que resulta suficiente que la misma tenga capacidad o aptitud para producirlos.

Sin embargo, la sentencia de esta Sala de 6 de noviembre de 2013, citada por la resolución de la CNMC, recoge los criterios seguidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para la apreciación de si un acuerdo o una práctica son contrarios a la competencia, distinguiendo entre prácticas con un objeto contrario a la competencia y prácticas con efectos contrarios a la competencia, porque en el texto del artículo 81 CE, de similar redacción al artículo 1 LDC a los efectos que ahora interesan, el objeto y el efecto contrarios a la competencia no son condiciones cumulativas, sino alternativas, como resulta de la conjunción "o" que las separa.

Como consecuencia de la anterior distinción, el TJUE viene considerando que no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia y, a sensu contrario, cuando no pueda considerarse que los acuerdos tengan por objeto, por su propia naturaleza, restringir la competencia, entonces debe examinarse si tales acuerdos producen el efecto de restringir la competencia.

La distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia [sentencias del TJUE de 20 de noviembre de 2008 (asunto C-209/07), apartados 15 a 17 y de 4 de junio de 2009 (asunto C-8/08), apartados 28 a 30].

En todo caso, la resolución sancionadora de la CNMC no ofrece razones para considerar que la conducta examinada del Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid, atendida su naturaleza, constituya una restricción de la competencia por su objeto, y en cuanto a la prueba de los efectos restrictivos de la competencia, hemos de respetar la valoración de la prueba llevada a cabo por la sentencia recurrida, que a la vista de las actuaciones, concluye en la falta de acreditación de que la cuota aplicada a las sociedades tenga efectos restrictivos de la competencia, basando dicha conclusión, entre otras extremos, en el reconocimiento por la propia denunciante, en su escrito de desistimiento de su denuncia, de la existencia de un gran número de sociedades profesionales de gestores administrativos en el mercado, sin que le constara que los derechos de inscripción hayan supuesto una barrera, y en el análisis llevado a cabo por la Sala de instancia del continuo y considerable incremento de las inscripciones de sociedades profesionales desde 2011, que resulta de las cifras que se recogen en la sentencia impugnada, lo que le lleva a concluir que la cuota aplicada no ha supuesto en realidad una barrera de entrada, quedando dicha apreciación fáctica excluida del recurso de casación, de conformidad con el artículo 87 bis de la Ley de la Jurisdicción.

Quinto.

De conformidad con todo lo que llevamos expuesto y en contestación a la cuestión de interés casacional formulada en el auto de admisión del recurso de casación, para que la exigencia de unas cuotas de inscripción en un Colegio Profesional o la aplicación por este de una normativa contraria a la Ley de Colegios Profesionales o a la Ley de Sociedades Profesionales pueda ser considerada como una aplicación de condiciones desiguales y trato discriminatorio en los procedimientos de incorporación al colegio, se requiere la presencia de un término válido de comparación que sustente la desigualdad de trato.

Sexto.



De conformidad con los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, en cuanto a las costas del recurso de casación cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad, al no apreciarse que ninguna de ellas haya actuado con mala fe o temeridad, y sin que sea procedente la imposición de las costas de instancia a la Administración demandada, al apreciarse que el caso presentaba serias dudas de derecho.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Declarar no haber lugar al presente recurso de casación número 7571/2018, interpuesto por la Administración del Estado, contra la sentencia de 13 de julio de 2018, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 119/2016, sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat
D. Eduardo Calvo Rojas D^a, Maria Isabel Perello Domenech
D. Jose Maria del Riego Valledor D. Angel Ramon Arozamena Laso

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Fecha de sentencia: 15/12/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número: 7571/2018

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

VOTO PARTICULAR Que formula el MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT, al que se adhiere el MAGISTRADO EXCMO. SR. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, a la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2019, en el recurso de casación RCA/7571/2018.

Con el amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debemos mostrar, respetuosamente, nuestra discrepancia con el pronunciamiento de la sentencia dictada por esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2019, en cuanto consideramos que debía estimarse íntegramente el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, asumiendo la representación y defensa de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de julio de 2018, con base en la siguiente fundamentación jurídica que pasamos a exponer:

PRIMERO. *Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación: El asunto litigioso y la delimitación y concreción de la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*

En primer termino, procede poner de relieve que, tal como se expone en el Auto de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de 12 de abril de 2019 la cuestión sobre la que esta Sala debía pronunciarse con el objeto de la formación de jurisprudencia, era determinar si la falta de adaptación de los procedimientos de incorporación a colegios profesionales a lo establecido en la Ley de Sociedades Profesionales en relación con la Ley de Colegios Profesionales, tras su modificación por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de



modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre prestación de servicios, puede considerarse como una barrera de entrada anticompetitiva a los efectos de lo previsto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

Se trata, por tanto, de clarificar el alcance de las conductas anticompetitivas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con la actuación de un Colegio Profesional que, según se refiere en la resolución sancionadora de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, obstaculiza el ejercicio de la actividad profesional que se pretende prestar a través de una sociedad profesional constituida al amparo de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, mediante la imposición de una obligación consistente en el pago de una cuota de inscripción de mil euros, que se exige para la formalización de la inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio que se considera elevada, en cuanto no se corresponde con los gastos asociados a dicho límite y discriminatoria.

La respuesta que diéramos a esta cuestión de interés casacional comportaba examinar si, tal como propugna el Abogado del Estado, debe revocarse la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de julio de 2018, por cuanto cabía apreciar que la resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 17 de diciembre de 2015 era conforme a Derecho.

Procede subrayar que la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia impugnada ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional consideró que la regulación interna del Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid, relativa a la regulación de los requisitos exigidos a las sociedades profesionales que pretenden su incorporación al referido Colegio profesional obstaculizaba de forma injustificada la prestación de servicios por parte de las sociedades profesionales de nueva creación, era contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en la medida que imponían condiciones desiguales para el ejercicio de la profesión que se revelaban contrarias a lo dispuesto en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (tras su reforma por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre), y a la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, que resultaban discriminatorias respecto de los requisitos requeridos a los colegiados individuales.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia entendió que la falta de adecuación de dicha normativa a la legislación regulatoria de los Colegios Profesionales, debía ser considerada constitutiva de una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues comportaba que perdurase injustificadamente un supuesto de conducta anticompetitiva, y como consecuencia de esta valoración de los hechos impuso al Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid una sanción de multa de 65.655 euros.

Por el contrario, el Tribunal de instancia resolvió anular la sanción impuesta, al considerar que no concurría el presupuesto de trato discriminatorio al que la Comisión vincula el obstáculo injustificado al acceso a la profesión colegiada, en la medida que no se puede establecer un término válido de comparación entre la situación de los colegiados individuales y la de las sociedades profesionales, lo que determina que aprecie que no se ha acreditado la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO. *Sobre la aplicabilidad del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia a las conductas imputadas al Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid.*

Expuestos sintéticamente los términos de la controversia jurídica planteada ante este Tribunal Supremo, cabe precisar que el enjuiciamiento casacional de la sentencia impugnada debe partir de la premisa de que la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se adopta en el marco de un expediente sancionador, que se incoa a raíz de la denuncia formulada por una supuesta infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.

En los hechos probados en la resolución sancionadora se recoge que se imputa al Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid que exija el pago de la cantidad de 1000 euros, en concepto de "cuota de inscripción" de la sociedad limitada profesional constituida en el Registro interno de Sociedades Profesionales, cuyo desembolso era imprescindible para poder prestar la actividad profesional.

Está en juego, por tanto, determinar la aplicabilidad, en este supuesto, del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que, bajo el epígrafe "Conductas colusorias", en su apartado uno, dispone:



"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."

En la medida que las conductas sancionadas guardan relación con las limitaciones establecidas al ejercicio de actividades profesionales colegiadas, cabe tener en cuenta que la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, tras la reforma operada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, consagra el principio de sometimiento del ejercicio de las profesiones colegiadas a la normativa de competencia.

En el artículo 2.1 de la citada Ley se dispone que "el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantizan el ejercicio de las profesiones colegiadas de conformidad con lo dispuesto en las leyes" y que "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. Los demás aspectos del ejercicio profesional continuarán rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable".

En el artículo 3.2 del citado texto legal, en relación con la incorporación de los profesionales al Colegio correspondiente, y la obligación de formalizar la inscripción en el respectivo Colegio profesional, prescribe que dicha cuota "no podrá superar en ningún caso los costes asociados a la tramitación de la inscripción".

También forma parte del contexto normativo en que se inserta el ejercicio de la potestad sancionadora de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la Ley 2/2007, de 25 de marzo, de sociedades profesionales, que permite el ejercicio de la profesión colegiada a través de la constitución de sociedades profesionales.

En el artículo 8 del citado texto legal se regula el régimen de inscripción de las sociedades profesionales, en los siguientes términos:

"1. La escritura pública de constitución deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad profesional su personalidad jurídica.

2. En la inscripción se harán constar las menciones exigidas, en su caso, por la normativa vigente para la inscripción de la forma societaria de que se trate, las contenidas en el artículo 7.2 y, al menos, los siguientes extremos:

- a) Denominación o razón social y domicilio de la sociedad.
- b) Fecha y reseña identificativa de la escritura pública de constitución y notario autorizante; y duración de la sociedad si se hubiera constituido por tiempo determinado.
- c) La actividad o actividades profesionales que constituyan el objeto social.
- d) Identificación de los socios profesionales y no profesionales y, en relación con aquéllos, número de colegiado y Colegio Profesional de pertenencia.
- e) Identificación de las personas que se encarguen de la administración y representación, expresando la condición de socio profesional o no de cada una de ellas.

3. Cualquier cambio de socios y administradores, así como cualquier modificación del contrato social, deberán constar en escritura pública y serán igualmente objeto de inscripción en el Registro Mercantil.



4. La sociedad se inscribirá igualmente en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional que corresponda a su domicilio, a los efectos de su incorporación al mismo y de que éste pueda ejercer sobre aquélla las competencias que le otorga el ordenamiento jurídico sobre los profesionales colegiados.

La inscripción contendrá los extremos señalados en el apartado 2 de este artículo. Cualquier cambio de socios y administradores y cualquier modificación del contrato social serán igualmente objeto de inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales.

El Registrador Mercantil comunicará de oficio al Registro de Sociedades Profesionales la práctica de las inscripciones, con el fin de que conste al Colegio la existencia de dicha sociedad y de que se proceda a recoger dichos extremos en el citado Registro Profesional.

5. La publicidad del contenido de la hoja abierta a cada sociedad profesional en el Registro Mercantil y en el Registro de Sociedades Profesionales se realizará a través de un portal en Internet bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia.

El acceso al portal de Internet será público, gratuito y permanente.

Se faculta al Ministerio de Justicia para establecer el régimen de organización, gestión y funcionamiento del portal.

En idénticos términos, las Comunidades Autónomas podrán establecer un portal en Internet en su ámbito territorial.

A estos efectos, los Colegios Profesionales remitirán periódicamente al Ministerio de Justicia y a la Comunidad Autónoma respectiva las inscripciones practicadas en sus correspondientes Registros de Sociedades Profesionales.

6. En el supuesto regulado en el artículo 3, la sociedad profesional se inscribirá en los Registros de Sociedades Profesionales de los Colegios de cada una de las profesiones que constituyan su objeto, quedando sometida a las competencias de aquél que corresponda según la actividad que desempeñe en cada caso."

Pasando al examen de fondo de la controversia casacional, podemos afirmar que un análisis de las normas regulatorias del procedimiento de inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid, así como un examen riguroso de las reglas de funcionamiento del mismo, desde la perspectiva de determinar si son compatibles con la prescripción contenidas en la Ley de Colegios Profesionales y en la Ley de sociedades profesiones permitirán deducir que contraviene la normativa legal reguladora de las actividades de servicios que tiene como finalidad garantizar la libre prestación de servicios y, al mismo tiempo, suprimir las barreras y reducir las trabas que restringen injustificadamente el acceso a dichas actividades, por cuanto se contemplan una serie de trámites formales que cabe considerar injustificados, ya que devalúan el carácter constitutivo de la inscripción de la sociedad profesionales en el Registro Mercantil, al exigirse injustificadamente el abono de una cantidad en concepto de cuota de inscripción colegial que se revela excesiva y desproporcionada respecto de los costes asociados a la tramitación de la inscripción.

Pero también apreciamos que dicha normativa colegial reguladora del procedimiento de inscripción de las sociedades profesionales al Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid es contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues la aplicación de dichas reglas procedimentales supone retardar indebidamente la inscripción de las sociedades profesionales en el citado Colegio profesional (la duración del plazo medio de inscripción es de 4 meses) lo que ocasiona un perjuicio de los gestores colegiados que pretenden ejercer la profesión a través de la constitución de una sociedad profesional, así como comporta el deber de soportar un coste para el ejercicio de la actividad profesional que consideramos innecesario por ser redundante.

Por ello, cuestionamos la decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional concerniente a exonerar de responsabilidad al Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid, al estimar que no ha infringido el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por cuanto -a nuestro juicio- su pronunciamiento se fundamenta en un error de apreciación en la valoración de las conductas infractoras sancionadas por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

A estos efectos, debemos consignar los hechos probados fijados en la resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 17 de diciembre de 2015, por cuanto observamos que el Tribunal de instancia incurre en error al identificar en el fundamento de derecho primero de la sentencia impugnada como hechos probados, lo que son "antecedentes de hechos" de la resolución sancionadora.



Así mismo, apreciamos que la sentencia de la Audiencia Nacional impugnada en este recurso de casación incurre en imprecisión al analizar sólo algunos de los hechos probados, omitiendo hechos que consideramos relevantes para enjuiciar la juridicidad de la sanción impuesta.

Concretamente, constatamos que se recoge en la resolución sancionadora, como hecho probado, que la Sociedad profesional Gestora (LG) SLP, cuyo objeto social era el ejercicio profesional de abogados y gestores administrativo, una vez inscrita en el Registro Mercantil y notificada por dicho organismo a los Colegios Profesionales afectados dicha inscripción, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de sociedades profesionales, fue inscrita en el Colegio de Abogados de Madrid sin coste alguno. El Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid le exigió para realizar dicha inscripción una cuota de mil euros por tratarse de una sociedad profesional de nueva creación (con anterioridad a los Acuerdos del Colegio cuestionado se le exigía tanto a los colegiados individuales como a los que actúan a través de régimen societario una cuota de 150 euros).

relevante:

"Teniendo en cuenta la información que obra en el expediente, tanto procedente de la denuncia efectuada por Dña. Serafina como de las contestaciones del ICOGAM a los requerimientos de información que se le formularon, la DC considera acreditados los hechos expuestos en los párrafos (68) a (77) del PCH, y que son, en líneas generales, los que se analizan a continuación.

En el mes de mayo de 2013, Dña. Serafina constituyó, previa inscripción en el Registro Mercantil, la sociedad profesional "Gestoría [LG] SLP", cuyo objeto social era el ejercicio profesional de abogados y gestores administrativos (folio 12).

El Registro Mercantil, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8 de la LSP, envió anotación a los Colegios Profesionales correspondientes (folio 2).

El día 20 de mayo de 2013 el Il. Colegio de Abogados de Madrid procedió al registro de la nueva sociedad sin coste alguno, remitiendo un documento de registro (folios 5-6).

El ICOGAM por su parte comunicó a la denunciante, vía correo electrónico de fecha 22 de mayo de 2013, la necesidad de pagar la cantidad de 1.000€ en concepto de "Cuota de inscripción de su Sociedad Limitada Profesional" (folio 7).

El 23 de mayo de 2013, la denunciante dirige una carta al Presidente del ICOGAM en la que expone los hechos acaecidos y manifiesta que la cantidad exigida para la inscripción de su sociedad profesional le parece desproporcionada. Asimismo, al respecto señala: "Entiendo que se ha tenido en cuenta lo dispuesto por la Ley Ómnibus que dio nueva redacción al artículo 3 de la Ley de Colegio Profesionales y que en su apartado 2 establece: "La cuota de inscripción o colegiación no podrá superar en ningún caso los costes asociados a la tramitación de la inscripción"" y solicita que se someta su caso a la consideración de la Junta de Gobierno del ICOGAM por entender este tema de su competencia.

En esta carta explica, además, que si bien la sociedad profesional es de nueva creación, no así su ejercicio profesional en forma societaria, añadiendo que "la propiedad de locales destinados al arrendamiento hacían inviable la conversión en mi sociedad de siempre en profesional por el alto coste fiscal y de movimiento patrimonial que ello suponía" (folios 8- 9).

El 5 de junio de 2013 el ICOGAM comunicó por escrito a la denunciante que la Junta de Gobierno del ICOGAM, en su sesión plenaria de 31 de mayo de 2013, había acordado, por unanimidad, desestimar su solicitud de exención de pago de la sociedad por tratarse de una nueva sociedad (folio 10).

La denunciante pagó la tasa y recibió una factura en concepto de "Cuota Incop. Reg. Sociedades", número 7.426/VE, de 11 de junio de 2013 (folio 11).

El 11 de Julio de 2013, la denunciante presentó ante el Consejo General de Colegios de Gestores Administrativos de Madrid un recurso en el que relata los hechos descritos anteriormente y solicita la devolución de los 1.000€ pagados en concepto de cuota de inscripción en el registro de sociedades en relación con los cuales afirma que "si no se paga previamente el importe solicitado de mil euros no se inscribe la sociedad" (folios 12-14).

El ICOGAM ha justificado la cuantía de la cuota de inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales por la complejidad de la tramitación, comprobación de documentación, asesoría, seguimiento de la sociedad profesional y posteriores verificaciones, así como la liquidación de la sociedad profesional, lo que requiere la asignación de más recursos del Colegio a este tipo de trámites (folio 54 y 57).



La LSP entró en vigor en junio de 2007 y las Normas de Funcionamiento del Registro de Sociedades Profesionales fueron aprobadas por la Junta de Gobierno del ICOGAM el 25 de octubre de 2007 y modificadas por la misma en su sesión plenaria de 5 de marzo de 2010.

La cantidad que cobra el ICOGAM por cuota de inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales fue acordada el 25 de marzo de 2010 por la Junta General Ordinaria de Colegiados, distinguiendo una cuota de 1.000€ para las nuevas sociedades y manteniendo la cantidad de 150€ para las adaptaciones de fa sociedades que ya estaban inscritas en el Registro (folio 57). Hasta ese momento, se había cargado una cuota de 150€ tanto para nuevas inscripciones de sociedades profesionales como para adaptaciones de sociedades ya inscritas (folio 58).".

Asimismo, procede dejar constancia del apartado primero de la parte dispositiva de la mencionada resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia donde se concretan de forma precisa las conductas infractoras que son sancionadas:

"Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Resolución, consistente en la aplicación por parte del Ilustre Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid de condiciones desiguales para el ejercicio de la actividad profesional, según se trate de colegiados individuales o de sociedades profesionales, mediante la fijación de una cuota de inscripción más elevada y discriminatoria para las sociedades profesionales y la aplicación de normativa interna no adaptada a la legislación vigente, que obstaculizan de forma injustificada la prestación de servicios por parte de las sociedades profesionales de nueva creación."

Por ello, consideramos que la sentencia impugnada incurre en error de Derecho, puesto que la declaración de nulidad de la sanción impuesta se basa en el argumento de que no se ha acreditado que se hayan producido prácticas discriminatorias que perjudiquen a las sociedades profesionales respecto a los colegiados individuales, en relación con las condiciones exigidas para la incorporación al Colegio profesional y poder ejercer la actividad profesional de gestor administrativo, por cuanto únicamente tiene en cuenta, para valorar la concurrencia del tipo infractor del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, la distinta situación en que se encuentran dichos profesionales, y no toma en consideración la verdadera naturaleza y alcance de las conductas anticompetitivas que se consideran cometidas por el Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid.

Entendemos que, en este supuesto, la aplicación del test de igualdad y no discriminación, que se infiere del principio de igualdad garantizado en el artículo 14 de la Constitución, no resultaba apropiado para determinar si la conducta del Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid constituía una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues la conducta imputada al Colegio profesional lo es, con carácter sustancial, por obstaculizar el ejercicio de la actividad profesional de gestor administrativo cuando es desarrollada por sociedades profesionales mediante la imposición de condiciones de incorporación al Colegio Profesional, lo que constituye una barrera de entrada a la libre prestación de servicios.

Cabe poner de manifiesto que se trata de profesiones colegiadas, en las que es necesario la incorporación al Colegio Profesional para ejercer la actividad, de modo que la actuación colegial tiene un efecto disuasorio respecto del ejercicio de la actividad de gestor administrativo mediante la constitución de sociedades profesionales la exigencia de una cuota para inscribirse en el Colegio profesional que se revela desproporcionada en relación con la cuota requerida a un colegiado individual por la realización del mismo trámite registral, que no está en consonancia con la finalidad de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

Por ello, no compartimos el razonamiento que se formula en la sentencia del Tribunal Supremo de la que discrepamos, de que falta el requisito de la restricción o falseamiento de la competencia, puesto que la imposición de requisitos u obligaciones para acceder a una profesión colegiada que se revelen innecesarios o injustificados constituye una barrera de entrada incardinable en las conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En último término, cabe precisar que, conforme a la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para apreciar la concurrencia de prácticas discriminatorias prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, es determinante verificar si las diferencias en la fijación de precios de productos o servicios (criterio que resulta aplicable a las cuotas colegiales por derechos de inscripción), tienen como objeto restringir, falsear o distorsionar la competencia o limitar el acceso a un mercado de servicios profesionales (en este supuesto, el referido al sector de la abogacía y gestión administrativa).



Y debe, asimismo, ponerse de relieve que lo que tiene especial relevancia en este caso, es que los requisitos de colegiación son establecidos por un Colegio profesional que ocupa una posición monopolista en la regulación y ordenación de los servicios profesionales que prestan su colegiados, que, con su actuación, discrimina a las sociedades profesionales de nueva creación respecto de las sociedades profesionales ya constituidas-

TERCERO. *Sobre las pretensiones formuladas por el Abogado del Estado en el escrito de interposición del recurso de casación en orden a la formación de jurisprudencia.*

Conforme a los razonamientos jurídicos anteriormente expuestos, consideramos que esta Sala debió responder a la cuestión planteada en el recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declarando que:

La inacción de un Colegio Profesional en revisar el procedimiento de incorporación al Colegio para su adaptación a los principios de libre prestación de servicios y libre competencia que rigen en este ámbito, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (tras su modificación por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), y en la Ley 222/007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, constituye una conducta anticompetitiva prohibida por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia cuando la aplicación de dicha normativa interna, entre otros posibles efectos, que a los profesionales que pretenden incorporarse al Colegio para desarrollar su actividad profesional mediante la constitución de sociedades profesionales amparadas por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, se le exija cuotas de inscripción más elevadas, de forma injustificada y cuanto éstas sean discriminatorias, en relación a las requeridas a aquellos profesionales que pretenden ejercer la profesión de forma individualizada.

Por ello, consideramos que debió declararse haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, asumiendo la representación y defensa de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, revocando la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de julio de 2018. Y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, asumiendo la posición de Tribunal de instancia, procedía desestimar el recurso contencioso-administrativo formulado por la representación procesal del Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid contra la resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 17 de diciembre de 2015.

Madrid, a 19 de diciembre de 2019

D.Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Jose María del Riego Valledor, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.