

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Recurso nº 257/2013

SENTENCIA Nº 447/2016

Ilmos. Sres.:

**Presidente
DON ALBERTO ANDRÉS PEREIRA**

**Magistrados
DON JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS
DON FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS
DOÑA ANA RUBIRA MORENO
DON EDUARDO PARICIO RALLO**

En la Ciudad de Barcelona, a dieciséis de junio de dos mil dieciséis

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) ha pronunciado la siguiente **SENTENCIA** en el recurso contencioso-administrativo nº 257/2013, interpuesto por **GUIONISTES ASSOCIATS DE CATALUNYA**, representado por la Procuradora D^a Monserrat Pallás García y dirigido por la Letrada D^a Mercedes Vallverdú Vallés, contra **AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETÈNCIA**, representada y dirigida por el Sr. Abogado de la Generalitat.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Francisco José Sospedra Navas, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora, en escrito presentado en la Secretaría de esta Sala, se interpuso el presente recurso contra la resolución de 28 de junio de 2013 del Tribunal Català de Defensa de la Competència de la Autoritat Catalana de la Competència, por la que se impuso a la entidad Guionistes Associats de Catalunya una multa de 50.000 euros, como responsable de dos infracciones del artículo 1.1 de la LDC, consistentes en elaboración y difusión de honorarios orientativos desde 2000 a 2011, recomendación colectiva de contratos de guiones y difusión de modelos tipo de contrato desde 2007 hasta 2012.

SEGUNDO.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos, en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

TERCERO.- Continuado el proceso por los trámites que aparecen en autos, se señaló día y hora para la votación y fallo, diligencia que tuvo lugar en la fecha fijada.

CUARTO.- En la sustanciación de este pleito se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como se ha expuesto en los antecedentes, se impugna mediante el presente recurso la resolución de 28 de junio de 2013 del Tribunal Català de Defensa de la Competència de la Autoritat Catalana de la Competència, por la que se impuso a la entidad Guionistes Associats de Catalunya una multa de 50.000 euros, como responsable de sendas infracción del artículo 1.1 de la LDC, consistentes en elaboración y difusión de honorarios orientativos desde 2000 a 2011, recomendación colectiva de contratos de guiones y difusión de modelos tipo de contrato desde 2007 hasta 2012.

En la demanda, en esencia, la vulneración de los principios rectores del procedimiento administrativo sancionador, concretamente del principio de legalidad, irretroactividad de las normas sancionadoras, presunción de inocencia, culpabilidad y del principio de proporcionalidad, la vulneración de la normativa comunitaria sobre competencia y la infracción del derecho de asociación.

SEGUNDO.- Para el análisis de la controversia debemos partir de los hechos que se estiman constitutivos de infracción en la resolución sancionadora que se dividen en dos bloques: a) la difusión por la asociación actora de una recomendación colectiva de precios desde el año 2000 y hasta el año 2011 que supondría una restricción en

la competencia del mercado de guionistas; y b) la difusión de un guía sobre contratos y de modelos de contrato tipo que establecían un conjunto de condiciones comerciales que vulnera asimismo la normativa sobre competencia.

Por tanto, los hechos alcanzan un período temporal donde se ha producido la sucesión normativa en materia de defensa de la competencia, puesto que inicialmente estaba vigente la Ley 16/1989, de 17 de julio, que fue sucedida por la Ley 15/2007, de 3 de julio.

El artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , 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 en 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) (...)." En parecidos términos se expresa el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Por tanto, ambas normas prohibían las prácticas restrictivas de la competencia, si bien, al alcanzar los hechos los periodos sucesivos de vigencia, debe aplicarse la norma más favorable, que no es otra que la Ley de 1989, partiendo del presupuesto de que la conducta sea constitutiva de infracción, lo cual ha de analizarse en primer término a la vista de las alegaciones de las partes.

TERCERO.- Como se indicaba en la Sentencia de esta Sala y Sección de fecha 14 de febrero de 2014, la conducta prohibida en el art. 1.1 LDC puede ser realizada por cualquier agente económico, independientemente de su forma jurídica, incluso por asociaciones o agrupaciones, y puede consistir en una recomendación colectiva tendente a limitar la competencia con la libre formación de los precios, al unificar comportamientos, eliminando la incertidumbre, admitiendo no solo la comisión dolosa sino también la culposa. Aunque las actuaciones realizadas no tengan por objeto restringir la competencia, pueden ser constitutivas de infracción y por tanto ser sancionadas, si tienen por efecto restringir la libre competencia. Para que un acuerdo o recomendación sea restrictivo por sus efectos, debe afectar a la competencia real o potencial en una medida tal que pueda preverse que tendrá efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los productos y servicios en el mercado de referencia con un grado razonable de probabilidad (STS de 28 de junio de 2008).

La parte actora defiende que los criterios de honorarios difundidos eran meramente orientativos, de carácter potestativo e informativo, al igual que los modelos de contrato difundidos.

Al respecto, y para determinar si una conducta se puede tipificar como recomendación colectiva a efectos de la prohibición establecida en el artículo 1 de la LDC debe atenderse al contenido de la recomendación, a quién la realiza y a quién se dirige. En el presente caso, la asociación actora elaboró y difundió de forma reiterada unas tablas de honorarios dirigidas a los asociados, que contenían precios recomendados desglosados detalladamente; del mismo modo, se elaboraron unos

contratos tipo con unas determinadas condiciones contractuales determinadas. Tales recomendaciones fueron difundidas adicionalmente en la página web.

Esta actuación continuada aparece como una recomendación de precios y condiciones comerciales dirigidas a los asociados, sin que sea necesario que el precio recomendado actúe como mínimo para que constituya una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC, pues por el detalle con que se fijan los precios en las recomendaciones, con diferentes apartados que van aumentando progresivamente de 27 productos a 56, proporcionan unas pautas de comportamiento en el mercado de los asociados, aptas cuando menos para reducir la autonomía con la que, en un sistema competitivo, todo operador económico debe fijar su política comercial. Desde esta perspectiva, tanto por el contenido como por la difusión, aparece que se trata de una recomendación colectiva destinada a actuar como punto de partida común en la negociación de precios y condiciones contractuales generales por parte de los asociados.

Por su parte, el artículo 1.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, dispone: "Los órganos de defensa de la competencia podrán decidir no iniciar o sobreseer los procedimientos previstos en esta Ley respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia." En este caso, atendido especialmente el amplio periodo temporal en que se desarrollan las conductas analizadas aparecen excluidas del concepto de menor importancia, al constituir una recomendación de precios por la prestación de un servicio a terceros restrictiva de la competencia. Cuestión aparte es que el mercado sobre el cual se proyecta (empresarios) y la escasa representatividad puedan tenerse en cuenta al valorar el alcance de la infracción como elemento para el cálculo de la sanción, lo cual habrá de analizarse en sede de proporcionalidad.

En este sentido, el Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de noviembre de 2013, rechaza la infracción del artículo 25 de la CE y 129 de la LPAC, por no haber tomado en consideración la exención prevista para las conductas de menor importancia, con la indicación de que de los hechos que se declaran probados, constitutivos de la infracción del artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, no se desprende que puedan caracterizarse como conductas que no son capaces de afectar de manera significativa a la competencia en atención a la gravedad y duración del comportamiento infractor, estimando que ello justifica la imposición de sanción por violación del derecho de la competencia, criterio aplicable en el caso de autos, habida cuenta que las recomendaciones colectivas de la Asociación recurrente se iniciaron en el año 2000 y se mantuvieron hasta el año 2011.

CUARTO.- La actora niega el presupuesto de la culpabilidad, refiriendo que no ha habido en la asociación recurrente intención de restringir o limitar la libre competencia, por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la LDC, no procede la imposición de sanción alguna.

Las afinidades entre el derecho y el proceso penal y el derecho y el procedimiento sancionador, puestas de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia, exigen a culpabilidad, contradicción, congruencia, etc. (artículo 25.1 de El Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de diciembre de 2013 ya ha tenido la oportunidad de precisar

que la reiteración de la conducta infractora y su mantenimiento durante un dilatado periodo temporal son factores que abonan, al menos, la existencia de negligencia.

En el caso de autos, dado que, como ya se ha indicado, la conducta de la aquí recurrente se inicia el año 2000 y se mantiene hasta el año 2011, no ofrece duda su culpabilidad.

QUINTO.- Entrando en la graduación de la sanción, ya hemos indicado que debe aplicarse la Ley de 1989, por ser más favorable, cuyo art. 10 establece que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta la modalidad y alcance de la restricción de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota de mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; la duración de la restricción de la competencia y la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

Del examen de la resolución sancionadora se constata que no se han ponderado debidamente todas las circunstancias del art. 10, puesto que la resolución fija el “quantum” en consideración a la reiteración, a la representatividad de la asociación actora y al volumen de negocios de los guionistas en el año 2004, cifrado en 18.490 euros.

Por tanto, se ha prescindido de elementos de ponderación que resultan acreditados de lo actuado cual alega la actora. Así, en primer lugar, es esencial determinar la afectación del mercado y el efecto potencial de la restricción, y aquí ha de tenerse en cuenta que los asociados actúan en un mercado donde contratan con empresarios o profesionales, y no con consumidores, por lo que su poder de negociación es limitado, y con ello se reduce la potencialidad lesiva de la conducta infractora, lo que ha de tomarse en cuenta necesariamente a la hora de ponderar el alcance de la infracción. Ello ha quedado corroborado con la prueba practicada en este proceso y no resulta ponderado en la resolución sancionadora.

Del mismo modo, al realizar la graduación de la sanción se aprecian algunas consideraciones que no se ajustan a los criterios expresados en el art. 10 ó que carecen del debido soporte probatorio. Así, en primer lugar, en cuanto a la representatividad de la asociación, debe partirse de que es una asociación con un escaso número de asociados, alrededor de 129 y 155 en los cinco años anteriores, con un ámbito territorial limitado y que actúan asimismo en un sector determinado. Desde esta perspectiva, no resulta lógico considerar que los criterios emitidos para los asociados de Cataluña puedan convertirse en referente a nivel estatal cuando es notorio que existen otras asociaciones de carácter estatal y autonómico que agrupan a guionistas y que carecen en principio de cualquier tipo de dependencia o subordinación con la asociación actora, por lo que en modo alguno puede considerarse que los criterios y condiciones dirigidas a los propios asociados puedan tener trascendencia más allá del ámbito de la asociación actora, ni mucho menos que tengan potencialidad uniformadora de todo el mercado de guionistas, como se apunta en la resolución sancionadora. Por otra parte, hay que considerar que las recomendaciones ni tan siquiera se dirigen a todos los asociados, pues existe una parte de ellos que trabajan por cuenta ajena de forma dependiente, de manera que

las recomendaciones colectivas se proyectan sustancialmente hacia los profesionales autónomos que trabajan por cuenta propia. Por último, no existe una estimación actualizada del volumen de negocios del sector ni de los asociados a la entidad actora, tomándose como referencia un informe del año 2004 que fijaba el ingreso medio anual por guionista en 18.490 euros, pero que resulta meramente estimativo sin que se acrediten datos de otros años anteriores ni posteriores.

Las anteriores consideraciones determinan la estimación del recurso en cuanto a la existencia de desproporción en la sanción impuesta, debiendo modificarse su cuantía tomando en cuenta los criterios expuestos, en especial los referidos a la dimensión del mercado afectado y cuota, de escasa entidad, y la menor potencialidad lesiva de la conducta que contrapesan la gravedad y continuidad de la infracción, y que han de servir para moderar el importe final de la sanción de multa y en atención a los mismos procede la modificación su cuantía que ha de ser reducida y fijada en 5.000 euros.

Procede, pues, estimar parcialmente el recurso para fijar el importe de la sanción de multa en 5.000 euros.

QUINTO.- No procede hacer imposición de costas, conforme a lo prevenido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por Guionistes Associats de Catalunya contra la resolución dictada el 28 de junio de 2013 por el Tribunal Català de Defensa de la Competència de l'Autoritat Catalana de la Competència, para fijar el importe de la sanción de multa impuesta en cinco mil (5.000) euros.

SEGUNDO. No efectuar pronunciamiento impositivo de las costas procesales devengadas en la sustanciación del presente recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

Contra esta sentencia no cabe recurso ordinario.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.