

**T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD  
CACERES**

SENTENCIA: 00281/2017

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA, INTEGRADA POR LOS ILLTOS. SRES. MAGISTRADOS DEL MARGEN, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, HA DICTADO LA SIGUIENTE:

**SENTENCIA NUM. 281**

**PRESIDENTE:**

**DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS**

**MAGISTRADOS:**

**DOÑA ELENA MÉNDEZ CANSECO**

**DON MERCENARIO VILLALBA LAVA**

**DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU**

**DON CASIANO ROJAS POZO**

En Cáceres a VEINTINUEVE de JUNIO de dos mil diecisiete.-

Visto el recurso contencioso administrativo nº **349** de **2016**, promovido por el/la Procurador/a D/D<sup>a</sup> JORGE CAMPILLO ÁLVAREZ, en nombre y representación del recurrente **COLEGIO OFICIAL DE DENTISTAS DE EXTREMADURA**, siendo demandada **LA JUNTA DE EXTREMADURA**, representada y defendida por el LETRADO DE SU GABINETE JURÍDICO, y como parte codemandada el COLEGIO PROFESIONAL DE PROTÉSICOS DENTALES DE EXTREMADURA representado por el Procurador D. CARLOS MURILLO JIMÉNEZ; recurso que versa sobre: Resolución del Jurado de Defensa de la Competencia de 27.06.16 dictada en expediente JDCE/S/02/2014.

Cuantía 11.693.- euros.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- Por la parte actora se presentó escrito mediante el cual interesaba se tuviera por interpuesto recurso

contencioso administrativo contra el acto que ha quedado reflejado en el encabezamiento de esta sentencia.-

**SEGUNDO.**- Seguido que fue el recurso por sus trámites, se entregó el expediente administrativo a la representación de la parte actora para que formulara la demanda, lo que hizo seguidamente dentro del plazo, sentando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminando suplicando se dictara una sentencia por la que se estime el recurso, con imposición de costas a la demandada; dado traslado de la demanda a la parte demandada de la Administración para que la contestase, evacuó dicho trámite interesando se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte actora.-

**TERCERO.**- Concluido los trámites de prueba o en su caso conclusiones, las partes interesaron cada una de ellas se dictara sentencia de conformidad a lo solicitado en el suplico de sus escritos de demanda y contestación a la misma, señalándose seguidamente día para la votación y fallo del presente recurso, que se llevó a efecto en el fijado.

**CUARTO.**- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

Siendo Ponente para este trámite el Iltmo. Sr. Magistrado especialista D. **MERCENARIO VILLALBA LAVA.**

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** El Colegio Oficial de Dentistas de Extremadura presenta recurso Contencioso - Administrativo contra la resolución del Jurado de Defensa de la Competencia de 27 de junio de 2016, que resuelve el recurso de reposición presentado contra la resolución del Jurado de Defensa de la Competencia de 4 de mayo de 2016, por el que se resuelve el procedimiento sancionador 2/2014.

El citado Colegio Oficial de Dentistas de Extremadura señala que realmente las actuaciones comenzaron tras una denuncia que se presentó el 26 de abril de 2011 por parte del Colegio de Protésicos de Extremadura, que dio lugar a la información reservada 2/2011 y posteriormente al acuerdo de incoación en marzo de 2013 por parte del Servicio de Comercio de la Secretaria de Competitividad de la Consejería de Economía de un procedimiento sancionador 2/2013, de manera que considera que lleva casi 6 años sometida a las actuaciones del Servicio de Defensa de la Competencia y que tal prolongación en el tiempo, además de exceder de cualquier límite

prudencial, ha producido importantes daños económicos. Aparte destaca que el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador en el caso de autos se adoptó el 7 de noviembre de 2014, considerando que ha transcurrido con creces el plazo máximo de 12 meses de instrucción, que señala el artículo 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia, tanto cuando elevó el expediente, el 20 de enero de 2016, como incluso antes, cuando se notificó al Colegio de Dentistas la propuesta de resolución el 29 de noviembre de 2015.

Como se señala, el acuerdo de incoación se llevó a cabo el 7 de noviembre de 2014, de manera que cuando se notificó la resolución el 10 de mayo de 2016, el plazo de duración del procedimiento superó con creces el máximo legalmente establecido, lo que determina la nulidad de la resolución objeto del recurso, considerando la inidoneidad de la instructora para la instrucción del procedimiento, toda vez que tenía un interés personal para evitar la responsabilidad propia dimanante de tal circunstancia con relación al expediente caducado, incompatible con los principios de objetividad con que debe actuar la Administración pública, de manera que el Letrado que representó al Colegio de Dentistas en ambos expedientes procedió en su día presentar una denuncia contra la instructora por unas manifestaciones vertidas por ella y alusiva a los conocimientos jurídicos de aquél, de manera que la recusación no debió ser desestimatoria, destacando que la denuncia interpuesta por el Colegio de Protésicos Dentales de 2011 y que dio lugar a la información reservada 2/2011 recogía hechos acaecidos en 2008, 2009, 2010 y 2011, más en concreto la circular 2/2011 y la circular 3/2010 relativa a la inserción de la carta de derechos y deberes de los pacientes de 3 de marzo de 2011, circular de 23 de junio de 2011, entendiéndose que se hizo un cambio de calificación para considerar la infracción más grave y que determinaría que no habrían prescrito los hechos, al pasar de 2 a 4 años el plazo de prescripción, ya que en el expediente 2/2013 se califican los hechos como constitutivos de una infracción grave y estos mismos hechos en el procedimiento 2/2014 se consideran como muy graves, sin que concurra circunstancia diferente alguna.

Destaca también que, prácticamente, toda la prueba solicitada fue denegada inmotivadamente y que tenía por objeto determinar el objeto de la prescripción, señalando cuales eran los riesgos derivados de una incorrecta fabricación y las responsabilidades del dentista en un tratamiento con prótesis en caso de fracaso, resultando tan imprescindible como aconsejable desglosar en la factura del dentista los gastos de la prótesis, así como el riesgo de intrusismo que causan las comunicaciones y propagandas del Colegio Profesional de Protésicos de Extremadura, considerando

que la prótesis dental es un producto sanitario a medida, que ha de realizarse por el protésico dental siguiendo las instrucciones e indicaciones efectuadas por el dentista prescriptor, de manera que la calidad técnica y la valía artística con la que el protésico ejecuta las indicaciones del dentista repercuten directamente en el grado de corrección y los límites de perfección del trabajo del dentista, habiéndose dictado tal resolución por analogía con lo acordado por el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, en actuaciones análogas que han terminado con la sentencia de 27 de octubre de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que ha anulado la resolución sancionadora del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía de 10 de junio de 2015.

En cuanto al fondo, el Jurado de Defensa de la Competencia considera que el Colegio de Dentistas ha realizado una serie de actuaciones tendentes a difundir entre los dentistas que los pacientes no pueden elegir al protésico de su confianza, lo que constituye una decisión colectiva que restringe la libre competencia y está prohibida por el artículo 1.1. A de la Ley de Defensa de la Competencia, lo cual se deduce de la propia documentación obrante al expediente, esencialmente a través de actas del Consejo del Colegio y de las circulares informativas a los miembros del citado Colegio, considerando que el paciente no puede imponer al dentista que trabaje necesariamente con el protésico de su elección, ya que la libertad de elección de protésico por parte del paciente es relativa y no absoluta, ya que es preciso contar también con el citado dentista, considerando que partiendo de tal tesis no se explica los motivos por los que se le ha sancionado .

Cita los artículos 28.4 del Reglamento Defensa de la Competencia y 28 y 36 y 38 de la Ley de Defensa de la Competencia, con relación a los plazos, señalando que el Jurado de Defensa de la Competencia analiza exclusivamente los hechos desde el punto de vista económico de competencia, omitiendo cualquier referencia de un aspecto relevante como es la protección de la salud de los pacientes de los dentistas que quieren portar prótesis dentales fabricadas por protésicos dentales sin que el dentista se encuentre obligado a aceptar al protésico que le pretenda imponer el paciente y siendo una de las funciones de los Colegios Profesionales velar por la ética y dignidad profesional y el respeto debido a los derechos de los particulares .

Señala que la actuación se ha llevado a cabo por el Colegio Oficial de Dentistas de velar para que no se lleve a cabo un intrusismo profesional y también luchar por el deber de información y defensa de la salud de los pacientes, realizando campañas informativas dirigidas a la población y a

los propios colegiados, con relación a la desinformación existente y considerando que se trata de profesiones diferentes con ámbitos competenciales diferentes y que el protésico dental no está ni habilitado ni cualificado para actuar sobre los pacientes, no siendo el laboratorio de prótesis una instalación sanitaria, y con relación a la elección por parte del protésico en un tratamiento dental, destaca que ninguna Ley establece el derecho del paciente a elegir al protésico dental, pero incluso si así fuera, resultaría que no conceden al paciente el derecho a elegir a los colaboradores de los facultativos, siendo incompatible la libre elección del protésico dental con la naturaleza del tratamiento de la prótesis dental de manera que tampoco concurre la conducta colusoria que prevé el artículo 1.1 de la Ley 15/2007 en Defensa de la Competencia, relativa a la toma de decisiones y emisión de recomendaciones colectivas para imponer la elección de protésico dental por los dentistas, y el propio Colegio reconoció con su proceder, al retirar de su propia web la citada circular, que no contiene ninguna recomendación de imponerse por los dentistas al paciente al protésico dental, y como fruto de la buena fe y al objeto de aminorar el importe de una posible sanción en el hipotético supuesto de que el Jurado de Defensa de la Competencia determinara una responsabilidad por parte del Colegio.

Alega también la vulneración del principio non bis in idem, ya que al Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España, mediante resolución de 17 de diciembre de 2015 se impuso una sanción por los mismos hechos encontrándonos ante una estructura piramidal de base administrativa, de manera que el Consejo General deberá abonar tal sanción con cargo a sus propios presupuestos que se cubren, casi en su integridad, por las aportaciones de los referidos Colegios, entre el que se encuentra el de Extremadura.

La Administración Territorial destaca que el procedimiento 2/2013 fue declarado caducado de oficio y archivado por el propio Jurado de Defensa de la Competencia, de ahí que no pueda ser objeto del presente recurso, que la vulneración del principio non bis in idem no fue alegada en vía administrativa y en este aspecto no entra la resolución administrativa y que la superación del plazo de instrucción carece de consecuencias, teniendo en cuenta que la superación del plazo para dictar y notificar la resolución, ya fue objeto de cumplida respuesta en la resolución desestimatoria del recurso de reposición, y tratándose de una acción que fue provocada precisamente por la recusación efectuada por la actora contra la instructora del expediente sancionador, sin que pueda achacarse la falta a la instructora del procedimiento ni derivar un interés personal porque haya

ejercido también de instructora en el procedimiento anterior, lo que no se deriva ningún tipo de interés personal, tratándose de circulares que al menos se encontraban en el año 2011, de ahí que en el año 2014 no concurra prescripción, mayormente cuando una de las recomendaciones se ha mantenido en la página web hasta el 15 de julio de 2014 y respecto de la alegación del venire contra factum proprium se trata de una cuestión que se resuelve por el Jurado en atención a las circunstancias concurrentes, destacando, tal y como consta en las páginas 16 a 19 de la resolución, que no es objeto de este procedimiento conocer el proceso de elaboración de las prótesis dentales, ni debatir o conocer el sistema de responsabilidad de los dentistas, analizar los peligros de intrusismo entre profesiones colaboradoras, realizar estudios de impacto, y demás cuestiones que realmente son ajenas al fondo del asunto, de ahí que tales pruebas sean innecesarias, destacando que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que señala la recurrente se basa en una vulneración del artículo 62.1 de la ley 30/92 al apreciarse carencia del requisito de composición del Consejo de Defensa de la Competencia, sin entrar a valorar el resto de cuestiones sobre el fondo.

Considera esta Administración que la propia conducta del Colegio de Dentistas, a lo largo del expediente e incluso en esta demanda pone de manifiesto la práctica colusoria o restrictiva de la competencia por la que se le ha sancionado, cuando no reconoce el derecho que tiene el paciente a la libre elección de protésico dental, elección que considera que corresponde al dentista y no al cliente, destacando que las páginas 20 y 21 de la resolución recurrida, por su llamativa identidad, trae a colación la recomendación colectiva de prácticas colusorias, la Resolución de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia de 19 de mayo de 2014, destacando la suspensión automática que supone la apertura de un incidente de recusación, tratándose de una infracción única y continuada, lo que evita la prescripción, tratándose de un cambio de calificación que se permite a los órganos resolutorios.

El Colegio Profesional de Protésicos Dentales de Extremadura contesta a la demanda señalando, en primer lugar, que no es objeto de este proceso ni la información reservada 2/2011 ni el expediente 2/2013, que fue declarado caducado de oficio y archivado por el Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura sino que el objeto de este proceso lo constituye la resolución del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura de 27 de junio de 2016, apareciendo la concreción de los hechos en los folios 444 a 448 del expediente administrativo y los fundamentos de derecho cuarto a sexto, hechos basados en la propia conducta que ha mantenido

el Colegio recurrente, no sólo en las propias circulares que ha emitido a sus propios colegiados sino en la que pone de manifiesto a lo largo del expediente administrativo, y especialmente la carta denominada Derechos de los Pacientes y Usuarios de Salud Bucodental ,y de los Dentistas en sus relaciones profesionales, obrante al folio 62 de las actuaciones, en que se ponen de manifiesto los hechos base de la sanción y con relación al principio non bis in idem destaca que el Colegio Oficial de Dentistas de Extremadura actúa de forma autónoma e independiente del Consejo General.

Con relación al transcurso del plazo máximo establecido para la instrucción destaca que la incoación del expediente sancionador se adoptó el 7 de noviembre de 2014 y que la instrucción terminó el 28 de diciembre de 2015 , destacando que de adverso se señala que se han excedido en el plazo de doce meses de instrucción, que señala el artículo 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia, tanto cuando se le traslada el expediente al Jurado, el 20 de enero de 2016, como cuando se notificó al Colegio de Dentistas la resolución, el 29 de diciembre de 2015, pero en el fundamento de derecho tercero del recurso de reposición, se lleva a cabo un análisis de estos hechos, no excediéndose tampoco el plazo máximo establecido para dictar y notificar la resolución, aspecto al que también se da respuesta en el fundamento de derecho tercero de la resolución desestimatoria del recurso de reposición, ya que se trata de dilaciones imputables, única y exclusivamente, a dicha entidad con una infundada recusación de la instructora, ya que tal incidente de recusación conlleva la suspensión automática, según se señala en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/92, que no precisa de acomodarse de acuerdo, ni de alzamiento de la misma, y teniendo en cuenta las fechas habían transcurrido exactamente 18 meses y 3 días desde la incoación, de manera que no se habían agotado los 4 días legalmente establecidos de suspensión para la tramitación del incidente de recusación.

La recusación de la instructora considera que es manifiestamente inidónea y con relación a la prescripción tiene cumplida respuesta en el fundamento de derecho quinto, apartado 2º, y partiendo de días a quo de 7 de noviembre de 2014 debe tenerse en cuenta la denominada Carta de Derechos de los Pacientes y Usuarios de Salud Bucodental y de los Dentistas, en sus relaciones profesionales insertada el día 3 de marzo del 2011 en la web del Colegio de Dentistas y mantenida hasta el día 15 de julio de 2014, fecha en que es retirada por el Colegio con objeto de aminorar el importe de una posible sanción, encontrándonos, como se hace constar expresamente en los folios 765 y 766, ante una infracción de tracto continuado , que debe iniciar su cómputo de prescripción desde que se haya cesado la conducta o actividad

antijurídica no desde que se presentó la denuncia en el Colegio de Protésicos y con relación a la inadmisibilidad de venire contra factum propio, se trata simplemente de un cambio de calificación que puede llevarse a cabo por el órgano administrativo en el legítimo ejercicio de sus competencias, sin que la recurrente se haya visto privada de sus derechos contenidos en el artículo 24.2 de la Constitución Española y sin haber sufrido ningún tipo de indefensión, destaca que el fundamento de derecho quinto, apartado 6º de la resolución desestimatoria del recurso de reposición da respuesta con relación a la denegación de la prueba propuesta por el Colegio de Dentistas, destacando que lo sancionado ha sido la recomendación colectiva destinada a Odontólogos que ha venido efectuando a lo largo del tiempo, a través de la que se ha pretendido anular el derecho a la libre elección de Protésico Dental por parte del paciente, tratando de mentalizar a los propios Odontólogos colegiados en su ámbito, que no tiene nada que ver con la obligación impuesta por la Ley 10/1986 de que los protésicos deben seguir las prescripciones de los dentistas en relación con las prótesis dentales, tratándose de difundir el mensaje de que sólo el dentista tiene la facultad de elegir al protésico de su confianza, coartando al paciente la información del derecho de elección del protésico, de ahí que las pruebas interesadas y no admitidas no guarden relación con el objeto y la sentencia de 27 de octubre de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, como ya ha señalado la Administración, se basa en la vulneración del artículo 62.1. E) de la Ley 30/92, al apreciarse carencia del requisito de composición del Consejo de Defensa de la Competencia, no entrando a conocer el fondo de la cuestión planteada.

Considera que en los fundamentos de hecho cuarto a sexto se fundamentan sobradamente la infracción fáctica, si bien ahora en el párrafo cuarto del hecho octavo de la demanda se nos dice que la libertad de elección del protésico por parte del paciente es relativa, no absoluta, la realidad es que las numerosas pruebas documentales acreditan que no siempre se ha mantenido esta postura, negándose al principio el derecho del paciente a elegir protésico y viendo que existe tal derecho cambia su estrategia de defensa de forma torpe y descarada, pues plantea que el dentista puede limitar o condicionar el ejercicio de ese derecho, cuando la normativa protectora de los derechos de los consumidores sanciona, como infracción grave, cualquier comportamiento que limite, dificulte u obstaculice el ejercicio de los derechos de los consumidores, lo que se pone bien de manifiesto en el documento obrante al folio 62 de las actuaciones, en la carta denominada Derechos de los Pacientes y Usuarios de Salud Bucodental y de los Dentistas en sus relaciones profesionales, que como decimos se

expuso en la web del colegio dentistas el 3 de marzo de 2011 y se retiró el 15 de julio de 2014, que claramente limita o impide el derecho del paciente a la libre elección del protésico dental, supeditando tal elección por parte del paciente al visto bueno del dentista, reconociéndose en la referida carta de derechos que tal elección se realizará en función de la confianza que se tenga en el protésico, con relación a las facturas no se reconoce al paciente la posibilidad de que se entreguen dos facturas, de tal forma que el paciente abone al dentista sus honorarios y al protésico dental los suyos, lo que implicaría un contacto paciente - protésico y una mayor conciencia por parte del paciente en sus posibilidades de elección, lo que el Colegio de Dentistas intenta limitar de todos modos, trayendo en este sentido a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010.

Destaca el Colegio Oficial que lo que pretende por vía de los hechos el citado Colegio de Dentistas es que se actúe de acuerdo con las enmiendas rechazadas de la Ley 10/2016, destacando que el dentista tiene únicamente la facultad de prescribir la prótesis que entienda más adecuada, al igual que un médico encarga al paciente adquirir el medicamento sin que sea factible adquirirlo por el médico para entregárselo al paciente, existiendo separación entre la prescripción y la dispensación, que afecta por igual a los medicamentos y al resto de productos sanitarios sujetos a prescripción, señalando en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2015 que recoge el derecho legal del paciente a elegir profesional sanitario de protésico dental que es una profesión en el ámbito asistencial, lo cual no significa que tenga facultades para realizar labores médicas, destacando que es falso que el dentista deba decidir qué protésico ha de fabricar la prótesis, que el dentista es el responsable de la prótesis ante el paciente, ya que el productor que fabrica el producto sanitario, prótesis dental, es el protésico dental, no el dentista, que la prescripción de una prótesis dental incluye elementos tridimensionales y que la prótesis dental es otro producto sanitario como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1998. Destaca también que no es cierto que el dentista participe en el proceso de fabricación de la prótesis dental sin que el protésico pueda realizarla de forma autónoma, lo que no evita que deba ajustar su funcionamiento en la boca del paciente sin ninguna molestia, o que el protésico deba entregar la prótesis al dentista mediante la puesta en el mercado y que el dentista la pone en servicio, ya que ningún intermediario quiere que los consumidores adquieran los productos directamente del fabricante, destacando que no es el dentista el que tiene que adaptar las prótesis dentales, ya que las adaptaciones o

reparaciones deben de hacerse de la prótesis y no de la boca, que es competencia exclusiva del protésico dental, sin que el dentista sea el que encarga la prótesis, ya que simplemente se encarga de prescribirla, y según el Real Decreto 1591/2009 de 16 de octubre por el que se regulan los productos sanitarios, el protésico pone en el mercado la prótesis mediante su entrega el dentista y el dentista procede a su puesta en servicio, una vez adaptada en la boca del paciente a quién va destinada, tratándose de una argucia que es falsa y que simplemente da lugar a un incremento de precios, señalando que es igualmente falso que el protésico dental no es una profesión sanitaria con funciones asistenciales, intentando confundir entre la elección de profesional sanitario que ha de hacer o vender lo prescrito con la elección del producto prescrito, resumiendo, que desde el mismo momento en el que se reconoce el derecho del paciente a elegir profesional sanitario, protésico dental, cosa que no se discute por la recurrente, resulta ilícito el impedir, limitar, obstaculizar o dificultar a los pacientes el ejercicio de tal derecho, siendo éste un derecho irrenunciable, ostentando dentro de su conjuntos de derechos, el paciente la posibilidad de elegir protésico, paralelo al derecho, el protésico a ser elegido por el paciente, que es lo que le permite concurrir en el mercado sin infringir las normas.

Por último considera que desde el mismo momento en que el Colegio Oficial de Dentistas de Extremadura emite una circular a todos los colegiados para decirles que los pacientes no pueden contratar al protésico que ellos elijan, los dentistas de Extremadura alinearán su comportamiento para que tales contrataciones no se produzcan, dejando así a unos protésicos en situación de desventaja frente a otros, situación no permitida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y que la recurrente ni cuestiona.

**SEGUNDO:** La primera cuestión que hemos de abordar es la relativa a la caducidad.

El recurrente señala que normativamente se encuentra establecido que el plazo de instrucción no ha de sobrepasar los 12 meses y la totalidad del procedimiento, incluida la adopción y notificación de la resolución, de 18 meses. Los demandados sostienen que el transcurso de 12 meses es irrelevante y que no se excede el plazo de 18 meses para la resolución, teniendo en cuenta que el plazo en el que se sustancia la recusación da lugar a una suspensión de los plazos que, sin embargo, el recurrente entiende que es necesario que exista una resolución expresa de suspensión y de alzamiento de los plazos correspondientes.

Ambas partes son conformes en que el procedimiento se inició el 7 de noviembre de 2014 y que la resolución se notificó el 10 de mayo de 2016. Nótese que todo ello va referido al procedimiento 2/2014, toda vez que el anterior 2/2013 fue archivado por caducidad. Se señala también por las partes que el expediente se elevó desde la instrucción el 20 de enero de 2016 y que se notificó la propuesta de resolución al Colegio de Dentistas el 29 de diciembre de 2015.

Para dar una respuesta adecuada a los efectos que produce el exceso de 12 meses de instrucción debe tenerse en cuenta lo que se establece en la reciente sentencia del Tribunal Supremo 4465/2015 de 27 de octubre recaída en el recurso 1667/2013 en la que se señala que en este caso, la superación del plazo de instrucción de doce meses previsto en el artículo 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia no afecta a la caducidad del procedimiento, ya que el mismo artículo citado del Reglamento establece que solo la superación del plazo total de 18 meses determina la caducidad del procedimiento. Señala la citada sentencia de la que es ponente el Sr. Espín en el F. JDO. TERCERO: "Sobre el motivo tercero, referido a la caducidad y a responsabilidad de la empresa matriz.

El tercer motivo abarca dos infracciones netamente diferenciadas, lo que podría llevar a su inadmisión debido a su errónea formulación, por la infracción del artículo 92.1 de la Ley de la Jurisdicción, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia de esta Sala, que requiere formular en motivos separados las infracciones de los preceptos legales y la jurisprudencia que se refieran a cada alegación, al objeto de asegurar una mayor claridad y garantizar el correlativo derecho del resto de las partes a poder comprender y responder con seguridad a las cuestiones planteadas. Sin embargo, en aras de una más plena tutela judicial puede admitirse que los dos apartados 1 y 2 del motivo constituyen en realidad motivos o submotivos separados en los que se plantean cuestiones diferentes.

En el apartado 1 se alega la infracción del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, al no haberse declarado la caducidad del procedimiento por haberse sobrepasado el plazo máximo de instrucción fijado por el Reglamento de Defensa de la Competencia ( Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero), en su artículo 28.4, que establece lo siguiente:

"Artículo 28. *Incoación del expediente.*

[...]

4. El plazo de instrucción del expediente será de doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación. El transcurso del plazo máximo de dieciocho meses desde la fecha del acuerdo

de incoación del procedimiento sancionador sin que se hubiera resuelto el procedimiento determinará la caducidad del mismo de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 38 de la Ley 15/2007, de 3 de julio ."

El motivo está erróneamente formulado, puesto que lo que se aduce en realidad es la infracción del citado precepto, no tanto del principio invocado que hace referencia a la inviabilidad de exceptuar una regla general en un supuesto concreto comprendido en ella; aquí, en cambio, lo que se alega es simplemente que se ha infringido por inaplicación dicho precepto, no que se haya hecho una excepción o que se haya dictado una norma singular *ad hoc* frente a la previsión general contenida en el mismo.

En cualquier caso, tiene razón la Sala de instancia en su respuesta a la alegación de caducidad en los siguientes términos:

"QUINTO: Entiende el recurrente que el procedimiento estaba caducado por dos razones: 1) caducidad por cierre tardío de la fase de instrucción al haberse superado el plazo de 12 meses y 2) caducidad por ausencia de resolución al finalizar el plazo máximo de 18 meses previsto en la LDC a contar desde el acuerdo de incoación hasta la notificación de la resolución.

Para resolver esta alegación son relevantes los siguientes hechos:

El 16 de septiembre de 2009 se dictó el acuerdo de incoación y el 21 de septiembre de 2010 la Dirección de Investigación procedió al cierre de la fase de instrucción (un total de 12 meses y 5 días).

El 18 de febrero de 2011 (quedando 26 días para la finalización del plazo máximo para resolver) el Consejo acordó la modificación de la calificación jurídica de los hechos concediendo un plazo de 15 días para alegaciones suspendiendo el plazo máximo de procedimiento. El plazo quedó suspendido hasta el 16 de marzo de 2011 conforme al acuerdo del Consejo de 21 de marzo de 2011.

El 21 de marzo de 2011 (quedando 24 días para resolver) el Consejo acordó suspender nuevamente el cómputo del plazo hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea a la información que le había sido previamente remitida o hasta que transcurriera el plazo previsto en el artículo 114.4 del Reglamento (CE ) 1/2003.

Por acuerdo de 4 de abril de 2011, el Consejo ordenó la práctica de una serie de pruebas y actuaciones complementarias y acordó *"mantener la suspensión del plazo máximo para resolver*

*el expediente durante el tiempo en que se sustancia la práctica de las pruebas y actuaciones complementarias" .*

El 16 de mayo de 2011 el Consejo dictó acuerdo sobre valoración de prueba por medio del cual informó expresamente a las partes de la incorporación del resultado de las pruebas practicadas al expediente (folio 13.978) y concedió a los interesados un plazo de diez días para valorar las mismas. Mediante acuerdo de 6 de junio de 2011 el Consejo alzó la suspensión acordada el 4 de abril de 2011, reanudándose, con efectos desde el 4 de junio de 2011, el cómputo del plazo para resolver el expediente administrativo.

a) En cuanto a la caducidad por cierre tardío de la fase de instrucción al haberse superado el plazo de 12 meses. No se cuestiona que se ha superado ese plazo y que la instrucción duró 12 meses y cinco días.

El artículo 36.1 de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 (en adelante LDC 2007) establece que *"El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente"*

El artículo 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante RDC 2008) establece que *"El plazo de instrucción del expediente será de doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación. El transcurso del plazo máximo de dieciocho meses desde la fecha del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador sin que se hubiera resuelto el procedimiento determinará la caducidad del mismo de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 38 de la Ley 15/2007, de 3 de julio " .*

El artículo 38.1 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que *"el transcurso del plazo máximo de dieciocho meses establecido en el apartado primero del artículo 36 para resolver el procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas determinará la caducidad del procedimiento"*.

Conforme a estas normas una vez transcurrido el plazo máximo de 18 meses para resolver el procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas sin que haya recaído resolución alguna determinará la caducidad del procedimiento sancionador. **El hecho de que la fase de instrucción haya superado en este caso el plazo de instrucción del expediente establecido en el artículo 28.4 del Reglamento**

de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (12 meses) no afecta a la caducidad del procedimiento ya que el mismo artículo del citado reglamento a continuación establece que sólo la superación del plazo total de 18 meses determina la caducidad del procedimiento y ello en concordancia con lo establecido en el artículo 38.1 de la Ley 15/2007 que establece la consecuencia de la caducidad sólo para el supuesto en que se supere el plazo máximo de 18 meses desde la incoación del expediente hasta la notificación de la resolución que ponga fin al expediente sancionador. La Dirección de Investigación por tanto ha vulnerado una norma reglamentaria, pero esa infracción del plazo de duración de la instrucción no tiene la consecuencia que pretende el recurrente consistente en la caducidad del procedimiento al no estar prevista en la LDC. [...]" (razonamiento jurídico quinto)

En efecto, el citado artículo 28 no asocia la caducidad a la infracción de dicho plazo, a diferencia de lo que se prevé para la del plazo global para dictar y notificar la resolución, por lo que la superación del mismo carece de consecuencias".

A continuación hemos de abordar la cuestión referente al exceso del plazo de 18 meses alegado y que el Colegio de Protésicos señala que no se excede, ya que el plazo para resolver la recusación es de 4 días y que el procedimiento ha durado 18 meses y 3 días, es decir un día menos del plazo previsto para resolver es decir que si se computan los 18 meses más 4 días en las que se produce la suspensión automática del procedimiento.

Sobre el particular esta Sala de Extremadura, al resolver los autos 216/2016 ha señalado en el f. Jdco tercero que:...."El artículo 77 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que "Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, salvo la recusación". El precepto establece con claridad que la recusación suspende la tramitación del procedimiento administrativo, precepto legal que debe cumplirse en sus propios términos. En este caso, fue el inculpado el que promovió el incidente de recusación, de modo que el exceso en la resolución del procedimiento es imputable a su actuación. La tramitación del incidente de recusación necesita del traslado del escrito de recusación al recusado, la realización de alegaciones por parte de éste y finalmente la resolución del incidente. La Ley 30/1992, de 26

de noviembre, no establece expresamente el plazo del que dispone la Administración para tramitar y resolver el incidente, sin que, en el presente supuesto de hecho, se aprecie una demora que conduzca al reinicio del cómputo del plazo para resolver. La Administración actuó con la diligencia debida en la tramitación del incidente de recusación, sin que se aprecie una dilación excesiva en su tramitación ante la necesidad de dar traslado del escrito de recusación, incorporar las alegaciones del recusado al expediente, examinar la cuestión planteada y dictar la Resolución que desestima la recusación. Todo ello sin olvidar que, en este caso, el interesado además de recusar el Instructor del expediente presentó escrito con la misma fecha recusando a un Inspector de Educación, lo que complicaba la resolución de la recusación del Instructor y podía inducir a confusión, siendo dada respuesta en la misma fecha por la Secretaría General de Educación.

La parte demandante expone que el incidente de recusación solamente puede dar lugar a la suspensión durante un plazo de tres días en aplicación del artículo 29.4 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al que podría sumarse un plazo de diez días si se necesita de la práctica de informes o comprobaciones. La parte actora invoca la doctrina jurisprudencial de dos sentencias de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de fechas 28-2-2014, rec. 125/2013, y 22-1-2013, rec. 96/2012, que realizan una interpretación de los artículos 77, 29.4 y 83.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Estas dos sentencias recogen que para el cómputo de tres días para resolver del que dispone el superior competente, conforme al artículo 29.3 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cabe efectuar una primera interpretación, según la cual los tres días que fija el precepto comprenderían e incluirían la práctica del trámite de informe o comprobación; o bien cabe otra más amplia y que se considera ajustada a las razonables posibilidades de la actuación administrativa, según la cual tras el informe del recusado, la autoridad llamada a decidir la recusación contaría con el plazo máximo de diez días, según lo previsto con carácter general en el artículo 83.2 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para tener a su disposición los informes y las comprobaciones que considere necesarios o convenientes para decidir, tras lo cual la resolución se adoptaría dentro de los tres días siguientes; siendo estos tiempos los que como máximo la Administración podría descontar del plazo para tramitar y resolver el procedimiento.

Esta doctrina jurisprudencial no es aplicable al presente supuesto de hecho al no tratarse de sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo que son las sentencias que

fijan doctrina en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Frente a esta doctrina, que reiteramos no es aplicable en este orden jurisdiccional, no podemos desconocer la claridad del artículo 77 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, precepto según el cual el planteamiento de la recusación es causa de suspensión del procedimiento, siendo lo cierto que la recusación se instruye a instancia del interesado y debe mantenerse la suspensión hasta que la Autoridad competente resuelve, siendo claramente ajeno a la actividad administrativa un plazo de tres días que daría lugar a la imposibilidad de tramitar el incidente en plazo. Es la propia parte actora la que promueve el incidente, por lo que el retraso que supuso la tramitación de dicho incidente no puede beneficiarle.

De la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sec. 2ª, S 3-2-2014, rec. 121/2011, aunque no se ocupa de un supuesto idéntico al que es objeto del presente juicio contencioso-administrativo, se deduce precisamente que después de la formalización de la recusación debe interrumpirse el procedimiento administrativo.

La sentencia del TSJ de Castilla y León (Burgos) de fecha 20-7-2012, nº 365/2012, rec. 428/2010, recoge lo siguiente: "QUINTO.- Opone la actora dos argumentos adicionales, que son, por un lado, que la duración del incidente de recusación no debe de descontarse del plazo general de los 12 meses y, por otro lado, que la tramitación del mismo ha durado más del plazo legalmente previsto. Frente a ello, no obstante, hay que tener presente que según el artículo 77 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre (de aplicación supletoria, según la Disposición Final Única del Reglamento) la recusación suspende la tramitación del procedimiento, por lo que es evidente que la duración del mismo debe de descontarse del plazo general, puesto que hay un motivo legal que impide que el expediente se tramite. Con ello, y al hilo de las argumentaciones que se contienen en la demanda, hay que concluir, junto con el Sr. Abogado del Estado, que el incidente del que hablamos no es equiparable a lo que es la tramitación ordinaria del procedimiento (alegaciones o prueba), que no producen el efecto suspensivo de la recusación, y a la que específicamente va dirigida el mandato de los 12 meses en la norma de aplicación. Por otro lado, que la actora, al recusar al instructor, ejerza un derecho que la ley de procedimiento le otorga, no significa que la duración del trámite al que el mismo dé lugar no se considere a los efectos del cómputo de los 12 meses, puesto que son cosas distintas. Dicho de otra manera que se ejerza un derecho no significa que los más de 20 días que se emplearon en la resolución de la recusación se

computen como de tramitación ordinaria porque ni lo es, ni la Ley así lo ha querido hacer. En segundo lugar, el plazo de los cuatro días a que se refiere el artículo 29.4 de la Ley 30/1992 se aplica a la resolución del incidente, pero no a su tramitación, y según hemos destacado, negada por el instructor la concurrencia de la causa de recusación, la Directora resuelve el incidente al día siguiente. El artículo 29.4 de la Ley de Procedimiento es claro en este sentido como lo es, igualmente, el artículo 27.3 del Real Decreto 796/2005 que aprueba el Reglamento General. Es verdad que la recusación se promueve por escrito de 10 de junio y que el instructor al que la misma se refiere contesta el 1 de julio, pero ello no supone la infracción que alega la actora en el sentido de superar los plazos legalmente previstos. El artículo 27.3 del Reglamento General dice que en el caso de la recusación se dará audiencia al recusado con la mayor brevedad posible y, una vez oído, se resolverá en el plazo de tres días. Ya hemos indicado que el plazo de los tres días, que es para resolver ha sido respetado, y ahora hay que añadir que la ley no establece un plazo para dar audiencia al recusado, ya que habla de "con la mayor brevedad posible". En el presente caso, teniendo en cuenta que el escrito de recusación tuvo que ser remitido a la Dirección General y ésta remitirlo al interesado, mediante fax de fecha 22 de junio, a falta de mayores argumentaciones en la demanda y de mayores datos, no consideramos que se haya empleado más tiempo del necesario cuando el instructor responde mediante escrito, oponiéndose a la recusación, en fecha 1 de julio".

La sentencia del TSJ Galicia de fecha 2-7-2015, nº 462/2015, rec. 4696/2013, señala lo siguiente: "Sin embargo no tiene en cuenta ciertos datos que resultan de la prueba practicada y del examen del expediente: el 24 de enero de 2013 se dicta el acuerdo de suspensión del procedimiento durante la tramitación de la recusación. Se reanuda la tramitación el 4 de diciembre de 2013. En concreto figura en el expediente el escrito en que se pone de manifiesto la recusación del instructor, el 24 de enero de 2013, y se dice que se remite para informe al Director General de Innovación y Gestión de la Salud Pública conforme a lo establecido en el artículo 29 de la Ley 30/1992, procediendo además a paralizar las actuaciones en tanto no se produzca el correspondiente pronunciamiento en relación con la recusación planteada. Siendo la iniciación el 11 de diciembre de 2012, los 9 meses, contados de fecha a fecha, finalizaban el 11 de septiembre de 2013. Pero ha de sumarse el tiempo que dura la tramitación de la recusación, entre el 24 de enero de 2013 y la reanudación el 4 de febrero de 2013, folio 876, una vez rechazada la causa alegada, por lo que entre el 24 de enero y el 4 de febrero transcurrieron 11 días, que añadidos a

los 9 meses, en lugar del 11 de septiembre de 2013 ha de prolongarse el tiempo de tramitación hasta el 22 de septiembre de 2013. En este sentido -con relación a la recusación-, como se dice, entre otras, en la sentencia del TSJ de Madrid de 25 de octubre de 2010, el tenor literal del art. 77 de la Ley 30/92 no deja margen para una construcción interpretativa que se aparte de su contundente literalidad: las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, salvo la recusación”.

En idéntico sentido, las sentencias del TSJ Castilla y León (Burgos) de fechas 16-3-2012, nº 143/2012, rec. 426/2010, y 27-2-2012, nº 109/2012, rec. 427/2010.

B) Solicitud de retraso en la toma de la declaración. 7 días.

El inculpado estaba citado para prestar declaración el día 10-11-2014. Así lo declara el propio interesado en el escrito presentado en el expediente disciplinario en el que señala que habiendo comunicado el Instructor la citación para el día 10, solicita el retraso de dicha comparecencia. El Instructor accede a lo pedido y fija la declaración para el día 17-11-2014 (folios 419 y 420).

Estos dos períodos de 17 y 7 días (24 días) deben tenerse en cuenta para valorar el plazo para resolver al tratarse de un incidente y una solicitud de retraso promovidas por el interesado, por lo que no se ha producido la caducidad del procedimiento visto que la Administración tramitó el procedimiento en el plazo de doce meses y 15 días”.

De lo expuesto se deduce que la postura del Colegio de Protésicos es ponderada con relación a esta cuestión, y que tal y como el precepto señala la suspensión es automática. De lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 30/92 y la apelación directa a que el incidente de recusación suspenderá la tramitación del procedimiento debe deducirse que tal suspensión es automática de acuerdo con el tenor literal de la norma, lo que nos conduce a desestimar la caducidad alegada, ya que si en el cómputo más restrictivo, a 18 meses y 3 días se le restan 4 días han transcurrido menos de 18 meses.

**TERCERO:** A continuación hemos de abordar la cuestión relativa a la recusación efectuada por la recurrente en vía administrativa contra la instructora del procedimiento, no considerando la Sala que por haber instruido un expediente caducado no pueda el mismo funcionario instruir uno nuevo y sin que de ello se derive además el interés personal o propio alegado como causa de recusación. A ello ha de unirse, tal y como señala el propio Colegio de Protésicos, que en el nuevo

procedimiento 2/2014 existen nuevas pruebas documentales que venían a conformar la realidad de las prácticas denunciadas anteriormente en el expediente 2/2013 pero que en este sentido contiene documentos nuevos y más en concreto la carta denominada derechos de los pacientes y usuarios de salud bucodental y de los dentistas en sus relaciones profesionales que se ha aportado posteriormente, lo cual nos lleva a desestimar el la causa expuesta de nulidad, relativa a la recusación del instructor del procedimiento.

Respecto de la prescripción alegada entendemos que si el procedimiento se inició el el 7 de noviembre de 2014, y la citada documental presentada por la parte fue insertada el 3 de marzo de 2011 y no se descolgó de la página web hasta el 15 de julio de 2014, en ninguno de los casos concurre el plazo de prescripción al encontrarnos con una infracción de tracto continuado, toda vez que la lesión que se produce en la practica sancionada no sólo se produjo en el momento en el que se colgó tal anuncio en la página web del Colegio sino que si en ese momento se hubiera descolgado no hubiera seguido produciendo efectos o informando erróneamente indebidamente a colegiados nuevos, por ejemplo, que se incorporaran a la profesión, de ahí que entendamos que, claramente, nos encontremos con una infracción de tracto continuado, de ahí que de ninguna de las maneras concorra prescripción, de manera que en el peor de los casos, siendo el periodo de prescripción de 4 años como señala el recurrente y habiéndose colgado tal carta de derechos de los pacientes y usuarios en el 2011 no habría transcurrido tal plazo en el año 2014 y, mayormente como decimos, siendo una infracción continuada.

Tampoco consideramos que se haya infringido el principio de venire contra factum proprium y ello no sólo por la propia definición del concepto al que se refiere, ya que lícitamente se puede cambiar la tipificación que originariamente se consideraba adecuada, mayormente, cuando aparecen elementos fácticos probatorios nuevos, sin que en ningún caso se haya producido indefensión, ya que entendemos que el Jurado tiene libertad de juicio en la valoración de los hechos que pueden ser diversos y de mayor entidad que la que existe en la propuesta de resolución, teniendo en cuenta que no se alega indefensión por la parte, y que además sí ha tenido la parte la posibilidad de formular alegaciones con relación a los hechos , que es lo esencial, y también de la calificación jurídica y la sanción imputada y por la que ha sido sancionada. De otro lado, y esto es determinante, que la parte en la demanda también puede alegar tantos cuantos elementos de juicio tenga por conveniente, y a los efectos de eficacia y eficiencia de las actuaciones procesales señalar que carece de sentido retrotraer actuaciones o decretar nulidad cuando tales defectos se pueden subsanar con

posterioridad, tal y como sucede en el caso que nos ocupa en que la parte puede alegar con relación a la realización de los hechos y su calificación jurídica con plenitud, de manera que no se produce ningún tipo de indefensión de carácter sustantivo o material, careciendo de sentido retrotraer actuaciones. Debe tenerse en cuenta que la parte señala el principio de venir el contra factum proprium no con relación al mismo expediente sino a dos expedientes distintos en los que, como decimos, además existen unas pruebas nuevas como puede ser la duración con que apareció tal carta en la página web del Colegio y por lo tanto no sólo es que en un nuevo procedimiento se puede llevar a cabo una nueva calificación de los hechos sino que, además, en el nuevo procedimiento existen unos medios de prueba que también acreditan, por ejemplo, la duración en que tal página web se encontró inserta en el en el en la página oficial del Colegio, siendo relevante, en cualquier caso, la adecuada calificación que será la cuestión que abordaremos más adelante.

**CUARTO:** Hemos de abordar la cuestión de fondo que nos ocupa que cual es la determinación de los hechos antijurídicos que se imputan y su calificación jurídica.

Los hechos se extraen de la propia página web del Colegio Oficial, que además viene ratificado por un acuerdo corporativo y que consiste, de acuerdo con lo que aparece en los folios 72 y 444 del expediente administrativo, en el derecho del dentista, cuando trabaja por cuenta propia, a elegir, en función de la confianza, al protésico o laboratorio de prótesis con los que establecerá contratos de arrendamiento de obra, así como los higienistas y personal auxiliar que considere conveniente contratar, señalando que podrá rechazar la posibilidad de atender y tratar a un paciente siempre que no se den las circunstancias de emergencia o urgencia vital si el paciente no accede a someterse al tratamiento necesario, exigir procedimientos que el dentista considera inadecuados o intentará imponer la elección de marcas o fabricantes de productos sanitarios o determinados profesionales sanitarios o auxiliares.

Se reprocha al Colegio de Dentistas la recomendación colectiva destinada también a odontólogos, que ha venido efectuando lo largo del tiempo, intentando con ello anular el derecho a la libre elección del protésico dental por parte del paciente. Se trata de una manera concreta y específica de la difusión del mensaje de que sólo el dentista tiene la facultad de elegir al protésico de su confianza, hurtando al consumidor la información del derecho de elección del protésico, considerando la demandada que el artículo 2.2 de la Ley General de Consumidores y Usuarios establece que son derechos

básicos de los consumidores y usuarios, la información correcta sobre los diferentes productos o servicios, y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute. En este sentido se trae a colación la resolución de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia de 19 de mayo de 2014 que señala que la Ley 10/90 86 no prevé ninguna conducta susceptible de quedar exenta de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, ya que dicha norma se limita a afirmar que los protésicos dentales deberán seguir las indicaciones y prescripciones señalada por los dentistas a la hora de elaborar, fabricar y reparar las prótesis dentales, lo que no presupone que para llevar a cabo dichas tareas, sea el odontólogo el que debe elegir al protésico correspondiente, negando libertad de elección al paciente .

A juicio de la Sala, los hechos vienen a ser admitidos por la parte recurrente, que argumenta desde el punto de vista jurídico, que el paciente no puede imponer al dentista que trabaje necesariamente con el protésico de su elección, y si el paciente no puede imponer al dentista el protésico que el paciente quiera, resulta obvio que la libertad de elección de protésico por parte del paciente es relativa y no absoluta, y en este sentido, una libre elección es una elección no condicionada y no una elección sometida a la aceptación o no de otra persona.

De acuerdo con lo recogido en los folios 62, 72, 444 y 98 del expediente administrativo se pone de manifiesto la veracidad de los hechos imputados.

La cuestión que hemos de abordar a continuación es la relativa a su antijuricidad y en este sentido hemos de tener en cuenta lo que se establece en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010 recaída en el recurso 6397/2008, Ponente Sr. Lecumberri, que resumidamente señala que la Sala de instancia para anular el precepto impugnado no infringe el artículo 2.2 y 2.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, ya que, correctamente sigue la doctrina sustentada en SSTs, que de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, reconoce a los protésicos dentales como profesión independiente que pueden facturar directamente a los usuarios o a los pacientes las prótesis que elaboren conforme a las indicaciones y prescripciones de los médicos odontólogos o estomatólogos. De ahí, al incluirse en la factura expedida por el odontólogo colegiado en Madrid o clínica odontológica autorizada por la Comunidad de Madrid, el importe de alguna o algunas de las prótesis contempladas en el artículo 1 de la Orden impugnada se cercenan y limitan las competencias que en esta materia tienen los protésicos dentales, considerados por la mencionada Ley 10/1986, como "profesión sanitaria", disponiendo su F. JDCO: SEGUNDO que: "La Sala de instancia,

con la apoyatura jurídica de nuestra sentencia de doce de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, recaída en el recurso de casación 785/1994, sostiene en el fundamento jurídico tercero, in fine, de su sentencia que:

" La regulación del artículo 5 punto 1 letra d) de la Orden impugnada infringe el artículo 4.1 de la Ley del medicamento y legislación concordante en la medida que impone obligatoriamente, como requisito único para pagar las subvenciones a los ciudadanos, al odontólogo o clínicas dentales como las entidades que deben facturar y que se admita por la administración sus facturas correspondientes a los gastos de fabricación del producto sanitario lo cual además vulnera el principio de igualdad ante la Ley y el reconocimiento del Protésico dental como profesional sanitario con plena capacidad y responsabilidad y dotado de la autonomía empresarial para que se reconozcan sus facturas.

Además, tenemos que la regulación del artículo 5 punto 1 letra d) de la Orden impugnada infringe la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En concreto los artículos 2.2 y 2.3 sientan como principios básicos que toda actuación en el ámbito de la sanidad, requiere con carácter general el previo consentimiento de los pacientes o usuarios y que el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada entre las opciones clínicas disponibles. El artículo 3 del mismo cuerpo legal regula el concepto de "libre elección", como la facultad del paciente o usuario de optar, libre y voluntariamente entre dos o más alternativas asistenciales entre varios facultativos o entre centros asistenciales, en los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competente en cada caso. En el presente supuesto la Orden impugnada al establecer a priori la necesidad de la factura de la clínica para proceder al pago de las subvenciones, y que dentro de la misma figuren los costes de fabricación de las prótesis está conllevando a que sean las propias clínicas o los odontólogos los que contraten la fabricación y remitan las prescripciones directamente **y se evita el consentimiento informado y la posibilidad de que un paciente determinado pueda elegir un protésico dental que no tenga vinculaciones económicas con el odontólogo que realiza la labor clínica.** A tales efectos resulta esclarecedora la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de Febrero de 1990 en la que en un supuesto de incompatibilidad sanitaria como es el presente supuesto declara que "en cuanto a que la receta sea enviada directamente por el médico al farmacéutico, creemos que no sería posible si atendemos a los artículos 108.2b) hr. 7.2a) y 4.1 de la Ley del medicamento, pues

*implicaría una asociación ilícita, concurrencia de unos mismos intereses o inteligencia ... Lo anterior significaría dejar al enfermo sin la posibilidad de elegir la farmacia, incurriendo por ello en una infracción grave".*

La resolución sancionadora de 4 de mayo de 2016 declara que tales hechos constituyen la existencia de prácticas prohibidas, por infracción del artículo primero de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, consistente en tomar decisiones y hacer recomendaciones colectivas para imponer la elección del protésico dental por los dentistas de forma restrictiva de la competencia, constituyendo una infracción tipificada como muy grave en el artículo 62.4 de la citada ley e imponiendo una sanción de 11.693 € que es el 5% de lo que se considera el volumen de ventas.

La Administración recurrente lo que considera realmente es que no existe antijuridicidad, ya que no es antijurídica la conducta sancionada, puesto que el paciente no puede imponer al dentista que trabaje necesariamente con el protésico de su elección, de ahí que resulte obvio que no sean contrarios a derecho los hechos imputados.

No le está permitido a la Sala realizar dictámenes jurídicos sobre cuestiones sino que su obligación es resolver el objeto del recurso, cual es si la conducta de referencia es constitutiva o no de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, y todo ello dentro de los límites del debate,

A juicio de la Sala, sí que existe por parte del paciente el derecho a una libre elección del protésico dental y esta recomendación del Colegio de dentistas a sus asociados, realmente, impone la elección por el dentista del protésico dental, ya de forma directa o indirecta, y tal conducta no deja de ser antijurídica por lo que manifiesta el recurrente de que en tal caso no existirá una libertad del paciente porque el dentista también tiene derecho a elegir el protésico dental de su confianza, toda vez que ambos aspectos no son incompatibles y lo relevante en el caso que nos ocupa es determinar, si el consumidor tiene derecho a elegir al protésico dental, que de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo que hemos citado es cierto que existe, sin perjuicio de que posteriormente se concilien los intereses y voluntades que concurren, y sin que ahora debamos ir más allá en ninguno de los aspectos suscitados por las partes.

De lo expuesto se deduce que, efectivamente, tal carta de derechos de los pacientes y usuarios establecidos por el Colegio de Dentistas vulnera la libertad de elección del paciente y la debida competencia, lo cual nos conduce a la desestimación del recurso interpuesto, sin que tampoco se

estime el principio de non bis in idem esgrimido, toda vez que las actuaciones que nos ocupan se han producido en el Colegio Oficial de Cáceres, que tiene personalidad propia, autonomía e identidad diferente de lo que es el Consejo General, que puede ser responsable de los hechos correspondientes, y lo expuesto determina, también, que deban de desestimarse todas las razones relativas a la admisión o inadmisión de la prueba, toda vez que no eran relevantes para el objeto del proceso que nos ocupa, como hemos expuesto

**QUINTO:** Que materia de costas rige el artículo 139 de la Ley 29/98 que las impone siguiendo un criterio objetivo de vencimiento.

### **FALLO**

Que en atención a lo expuesto debemos de desestimar y desestimamos el recurso planteado por el Colegio Oficial de Dentistas de Extremadura contra la resolución de 27 de junio de 2016 del Jurado Defensa de la Competencia de Extremadura recaído en el expediente 2/2014 a que se refieren los presentes autos y en su virtud la debemos de ratificar y ratificamos por ser conforme a Derecho, y todo ello con expresa condena en costas para la recurrente.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. El recurso de casación se preparará ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura en el plazo de treinta días contados desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia.

El escrito de preparación deberá reunir los requisitos previstos en los artículos 88 y 89 LJCA y en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez adquirida firmeza, remítase testimonio de la misma, junto con el expediente administrativo, al órgano que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo acordado en el procedimiento.

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



**DILIGENCIA.**- En la misma fecha fue publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó. Doy fe.