



Resolución R 6/2014 – Publicidad de los Colegios de Abogados de Ourense y Pontevedra sobre preferentes y deuda subordinada

Pleno:

D. Francisco Hernández Rodríguez, presidente
D. Fernando Cachafeiro García, vocal

En Santiago de Compostela, a 23 de julio de 2015.

El *Consello Galego da Competencia* (CGC), con la composición arriba expresada y siendo ponente D. Fernando Cachafeiro García, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente S 6/2013 incoados de oficio por la Subdirección de Investigación del CGC frente a los Colegios de Abogados de Ourense y de Pontevedra, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, de conformidad con la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia* (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 3 de marzo de 2013 el *Instituto Galego de Consumo* (IGC) envió un escrito a la Subdirección de Investigación del *Consello Galego da Competencia* en el que ponía en su conocimiento la publicación por el Ilustre Colegio Oficial de Abogados de Ourense de un comunicado en el que aconsejaba a los titulares de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas de NCG Banco, SA que obtuviesen asesoramiento legal antes de “aceptar” el canje de dichos títulos por acciones de la mencionada entidad de crédito. El IGC denuncia que:

“mediante el comunicado, el ICA Ourense induce a consultar a un abogado cuando el proceso de canje ya está determinado por la Resolución de 7 de junio de 2013 de la Comisión Rectora del FROB y, por lo tanto, la aceptación o no del mismo no tiene ninguna trascendencia”.

2. El día 17 de septiembre de 2013, la Subdirección de Investigación accedió a la web del Ilustre Colegio Oficial de Abogados de Pontevedra en la que encontró un comunicado relativo al canje de preferentes y deuda subordinada de la entidad NCG Banco en el que también se aludía al asesoramiento legal previo al canje por acciones.
3. El 28 de enero de 2014, la Subdirección de Investigación acordó incoar expediente sancionador frente al Ilustre Colegio Oficial de Abogados de Ourense y al Ilustre Colegio Oficial de Abogados de Pontevedra.
4. Durante la tramitación del expediente, la Subdirección de Investigación efectuó diversos requerimientos de información al *Instituto Galego de Consumo*, al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), a NCG Banco, al Fondo de Garantía de Depósitos (FGD), a los Colegios de Economistas de A Coruña, Lugo,



Ourense y Pontevedra; junto con diversas asociaciones de ciudadanos afectados por las participaciones preferentes y deuda subordinada.

5. En fecha de 7 de abril de 2014 la Subdirección de Investigación formuló el Pliego de Concreción de Hechos, según dispone el art. 50.3 de la LDC, en el que se recogen los antecedentes fácticos que se consideran constitutivos de una infracción del artículo 3 del mencionado texto legal.
6. El día 3 de junio de 2014 la Subdirección de Investigación acordó ampliar el Pliego de Concreción de Hechos para incorporar al expediente las páginas de los dos diarios en los que se publicó el comunicado del colegio de Ourense que dio lugar a la denuncia del *Instituto Galego de Consumo*.
7. En fecha de 1 de julio de 2014, la Subdirección de Investigación formuló Propuesta de Sanción, al amparo del art. 50 LDC, en la que considera que los colegios de abogados de Ourense y Pontevedra han incurrido en una infracción del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en la realización de una campaña publicitaria engañosa dirigida a los titulares de participaciones preferentes y deuda subordinada de NCG Banco. En concreto, la Subdirección de Investigación solicita al Pleno del CGC que:

“PRIMERO. Declare la existencia de una infracción grave, conforme al artículo 62.3.c) LDC, por el falseamiento de la libre competencia por actos desleales en los términos establecidos en el artículo 3 LDC, señale como responsable al Ilustre Colegio de Abogados de Pontevedra, e imponga a este la sanción establecida en el artículo 63.1.b) LDC, así como cualquiera otra sanción o medida que proceda conforme a lo dispuesto en la LDC.

SEGUNDO. Declare la existencia de una infracción grave, de acuerdo con el artículo 62.3.c) LDC, por el falseamiento de la libre competencia por actos desleales en los términos establecidos en el artículo 3 LDC, señale como responsable al Ilustre Colegio de Abogados de Ourense, e imponga a este la sanción establecida en el artículo 63.1.b) LDC, así como cualquier otra sanción o medida que proceda conforme a lo dispuesto en la LDC.

TERCERO. Intime a las partes para que cesen las prácticas anticompetitivas y se abstengan de cometerlas en el futuro.

CUARTO. Disponga la difusión de la resolución sancionadora, a costa de los Ilustres Colegios de Abogados de Pontevedra y Ourense, en el ámbito y por los medios que estime más convenientes para garantizar la pronta restauración de la competencia”.

8. El Pleno de *Consello Galego da Competencia* ha deliberado sobre este asunto en sus reuniones de 17 de diciembre de 2014 y de 12 de marzo de 2015.
9. Son interesados, en el presente expediente, los siguientes:
 - Ilustre Colegio de Abogados de Ourense
 - Ilustre Colegio de Abogados de Pontevedra
 - Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia



HECHOS PROBADOS

10. Conforme al Pliego de Concreción de Hechos notificado a las partes y reproducido en la Propuesta de Resolución elevada al Pleno del *Consello Galego da Competencia*, se considera acreditados y relevantes para la resolución de este expediente los hechos siguientes:

I. Las partes

11. El Ilustre Colegio de Abogados de Ourense es una corporación de Derecho público cuyo ámbito territorial se extiende a la provincia de Ourense.
12. El Ilustre Colegio de Abogados de Pontevedra es también una corporación de Derecho público cuya ámbito territorial alcanza los partidos judiciales de Pontevedra, Caldas, Cambados, Cangas, A Estrada, Lalín, Marín, Pontearreas, O Porriño, Tui y Vilagarcía.

II. Marco normativo relevante

a) Sometimiento de los colegios profesionales a la legislación de competencia

13. Como ya tuvimos ocasión de señalar en nuestra resolución de 1 de octubre de 2013 (Expediente R 2/2013 – *Colegio Oficial de Decoradores de Galicia*), la regulación de los Colegios Profesionales ha experimentado una profunda revisión en los últimos años en nuestro país como consecuencia de la promulgación de la *Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior* (Directiva de Servicios). La Directiva fue incorporada al ordenamiento jurídico español mediante la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* (Ley Paraguas) que establece, como régimen general, la libertad de acceso a las actividades de servicios y su libre ejercicio en todo el territorio español y regula como excepcionales los supuestos en los que se permite imponer restricciones a estas actividades.
14. La adaptación de la *Ley Paraguas* a la normativa de la Administración General del Estado se hizo a través de 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* (Ley Ómnibus), que modificó 47 leyes estatales de diferentes materias. En lo que se refiere a los colegios profesionales, la mencionada disposición legal modificó la *Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales* y la *Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales*, eliminando, con carácter general, las restricciones al acceso y al ejercicio profesional.
15. La LCP configura jurídicamente a los colegios profesionales como corporaciones de derecho público y les reconoce determinados fines de carácter eminentemente público, como la ordenación de la profesión o la protección de los intereses de los usuarios de los servicios profesionales. La LCP reconoce, al mismo tiempo,



algunos fines de los colegios profesionales de carácter privado, como la defensa de los intereses de los colegiados. Por este motivo, se considera que los colegios profesionales tienen una naturaleza dual, en parte vinculada a la promoción del interés público y en parte relacionada con la promoción y defensa de los intereses de sus colegiados.

16. En la medida en que los colegios están compuestos por profesionales que compiten entre sí en el mercado ofreciendo sus servicios, resulta incuestionable que sus actuaciones están sujetas al Derecho de la competencia. En este sentido, el art. 2.1 LCP declara 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”*, y en su artículo 2.4 dispone que *“los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios observarán los límites de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”*.
17. Respecto de la regulación autonómica, la *Ley 11/2001, de 18 de septiembre, de Colegios Profesionales de Galicia* (LCPG) también ha sido objeto de adaptación a la Directiva de Servicios a través de la *Ley 1/2010, de 11 de febrero, de modificación de diversas leyes de Galicia para su adaptación a la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior*. El art. 2.2 de la LCPG dispone 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 las normas de transposición de la Directiva 2006/123/CE (...) a la legislación sobre defensa de la competencia y a la legislación sobre la competencia desleal.”*

b) La resolución de NCG Banco y las medidas adoptadas respecto de los titulares de participaciones preferentes y deuda subordinada

18. Como es conocido, las entidades Caja de Ahorros de Galicia (Caixa Galicia) y Caixa de Aforros de Vigo, Ourense e Pontevedra (Caixanova) sufrieron una profunda crisis económica que les llevó a pedir el auxilio del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) para fusionarse, primero, y para cumplir con los requisitos de capital regulatorio, después. Dicho apoyo financiero se instrumentó mediante la suscripción por parte del FROB de todas las acciones representativas del capital social de la entidad resultante de la fusión, NCG Banco, SA.
19. Con fecha 27 de noviembre de 2012, la Comisión Rectora del FROB aprobó el Plan de Resolución de NCG, refrendado por el Banco de España. La Comisión Europea aprobó el plan mediante decisión de 28 de noviembre de 2012 (State Aid n.o SA.33734 (2012/N) – *Spain Restructuring of NCG*).
20. La implementación de las medidas previstas en el Plan de NCG supuso, en una primera fase, la nacionalización del banco mediante el ejercicio de una operación acordeón. Así, la Resolución de 26 de diciembre de 2012 del FROB acordó una reducción de capital a cero de la entidad y la suscripción por el FROB del 100% de las nuevas acciones emitidas, por importe de 5.425 millones de euros. Posteriormente, se efectuó el traspaso de los activos más problemáticos a la SAREB, por Acuerdo de la Comisión Rectora del FROB de 14 de diciembre de 2012.



21. En una segunda fase de ejecución del Plan de resolución, la Comisión Rectora del FROB adoptó diversos acuerdos respecto de los títulos híbridos de capital y deuda subordinada, con el fin de culminar la recapitalización de la entidad. Así, en su resolución de fecha de 7 de junio de 2013, se adoptaron –en esencia- los dos acuerdos siguientes:
- a) imponer a NCG la obligación de realizar un aumento de capital con nuevas acciones para canjearlas por las participaciones preferentes y deuda subordinada que tenía emitidas. El canje de preferentes y deuda por acciones se efectuaría conforme al precio determinado por el FROB, respetando siempre los descuentos exigidos por la normativa europea en la materia. Dicho canje era obligatorio tanto para la entidad, como para los titulares (véase los fundamentos de derecho segundo, tercero y cuarto de la mencionada resolución).
 - b) realizar una oferta de adquisición voluntaria por parte del Fondo de Garantía de Depósitos (FGD) de las acciones emitidas por NCG Banco para hacer frente al canje de acciones. La compra-venta por parte del FGD era voluntaria (véase el fundamento jurídico de la resolución).

III. Sector económico

22. Los sectores afectados por las conductas que son objeto de análisis en este expediente sancionador son los servicios de asesoramiento legal, fiscal y contable.
23. Desde el punto de vista geográfico, el expediente atañe a la provincias de Ourense y a parte de la provincia de Pontevedra, dada la naturaleza provincial e infra provincial de las dos entidades colegiales objeto del expediente.

IV. Hechos

24. El 7 de junio de 2013, el FROB dictó una resolución por la que, en esencia, se adoptaron dos acuerdos respecto de los títulos híbridos de capital y deuda subordinada de NCG Banco: a) imponer a NCG Banco la obligación de realizar un aumento de capital con nuevas acciones para canjearlas por las participaciones preferentes y deuda subordinada que tenía emitidas; y b) realizar una oferta de adquisición voluntaria por parte del Fondo de Garantía de Depósitos (FGD) de las acciones emitidas por NCG Banco para hacer frente al canje de acciones.
25. El 21 de junio de 2013, la Junta de Gobierno del colegio de abogados de Pontevedra adoptó el acuerdo de publicar un comunicado dirigido a los titulares de participaciones preferentes y deuda subordinada de NCG Banco, según reconoce la propia entidad colegial en su escrito de 27 de septiembre que obra en el expediente. El comunicado fue publicado en su página web el día 26 de junio y en el diario *El Faro de Vigo* el día 27 de junio. El tenor literal del anuncio es el siguiente:



Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Pontevedra
Ilustre Colexio Provincial de Avogados de Pontevedra



Ante las contradictorias informaciones conocidas por los medios de comunicación sobre la oferta de canje de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas que está llevando a cabo la entidad NCG Banco, el Colegio Provincial de Abogados de Pontevedra, ante la trascendencia jurídica de dicha oferta, quiere informar públicamente lo siguiente:

1º.- La firma del documento de aceptación de la oferta de canje conlleva la aceptación pura, simple e irrevocable de sus propios términos, sin que el FROB admita las aceptaciones que se cursen en documentos distintos a los aprobados por éste, ni que incorporen enmiendas y/o textos añadidos distintos de las firmas del cliente.

Por tanto, esta aceptación puede conllevar que el cliente de la entidad pierda irremediabilmente la posibilidad de seguir reclamando judicialmente con éxito la diferencia entre lo percibido en el proceso de liquidez y la cantidad total comprometida con el Banco.

2º.- En consecuencia, este Colegio recomienda que antes de la aceptación y firma del documento de canje, acudan al consejo de un abogado.

26. El día 25 de julio de 2013 la Junta de Gobierno del colegio de abogados de Ourense adoptó el acuerdo de publicar un comunicado idéntico al del colegio de Pontevedra, dirigido a los titulares de participaciones preferentes y deuda subordinada de NCG Banco, tal y como reconoce la citada entidad en su escrito de fecha 30 de septiembre. El comunicado fue publicado el 27 de junio en los diarios *La Voz de Galicia* y *La Región*. El texto del anuncio es el siguiente:



Comunicado del Ilustre Colexio Provincial de Avogados de Ourense

Ante las contradictorias informaciones conocidas por los medios de comunicación sobre la oferta de canje de **PARTICIPACIONES PREFERENTES Y OBLIGACIONES SUBORDINADAS** que está llevando a cabo la entidad NCG Banco, el Colexio Provincial de Avogados de Ourense, ante la trascendencia jurídica de dicha oferta, quiere informar públicamente lo siguiente:

1º.- La firma del documento de aceptación de la oferta de canje conlleva la aceptación pura, simple e irrevocable de sus propios términos, sin que el FROB admita las aceptaciones que se cursen en documentos distintos a los aprobados por éste, ni que incorporen enmiendas y/o textos añadidos distintos de las firmas del cliente.

Por tanto, esta aceptación puede conllevar que el cliente de la entidad pierda irremediamente la posibilidad de seguir reclamando judicialmente con éxito la diferencia entre lo percibido en el proceso de liquidez y la cantidad total comprometida con el Banco.

2º.- En consecuencia, este Colegio recomienda que antes de la aceptación y firma del documento de canje, acudan **al consejo de un abogado/a**.

27. El comunicado del colegio de Ourense tuvo amplio eco entre el colectivo de afectados por las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas de NCG Banco en la provincia. La Presidenta de la Asociación de Afectados de Ourense, en su escrito de 12 de agosto de 2013, afirma que el anuncio de la entidad colegial fue ampliamente difundido en las redes sociales y les fue remitido por correo electrónico por numerosas plataformas de afectados de Galicia. Como consecuencia de lo anterior, la Plataforma de Afectados de Ourense decidió difundir entre sus miembros el comunicado del colegio de abogados de Ourense y los avisos de NCG Banco indicando que la aceptación de la canje no implicaba el cierre de la vía judicial. Al no haber *“una opinión clara sobre las consecuencias de la firma del canje”*, la Plataforma aconsejó a los miembros *“asesorarse de manera individual con varios asesores jurídicos y tomar la decisión que estimara más correcta”*.



28. Con carácter previo a la publicación de los mencionados anuncios, la entidad emisora de los títulos había emitido diversos comunicados advirtiendo a los titulares de que la aceptación del canje de las preferentes por acciones del banco no afectaba en modo alguno a su derecho a reclamar frente a NCG Banco. En concreto, obra en el expediente una carta fechada el 4 de julio de 2012 en la que el Director de la Asesoría Jurídica de NCG Banco le comunica al Presidente del *Consello da Avogacía Galega* lo siguiente:

“En relación con el proceso de canje y recuperación de liquides actualmente en curso para los titulares de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas de NCG Banco S.A., y ante las informaciones recientemente publicadas en distintos medios de comunicación por parte de alguno de los Colegios de Abogados de Galicia, querría dejar constancia de los siguientes extremos:

4º La aceptación por el cliente de la Oferta no implica renuncia por su parte al ejercicio frente a NCG Banco, SA de cuantas acciones pudiera plantear en relación con el proceso de comercialización de las obligaciones subordinadas y/o participaciones preferentes.

5º Que, en consecuencia, en opinión de Novagalicia la aceptación de la oferta de compra de acciones formulada por el FGD no impediría a aquellos que lo consideren conveniente puedan formular cuantas reclamaciones consideren oportunas frente a Novagalicia en relación con el proceso de comercialización de las obligaciones subordinadas y/o participaciones preferentes objeto de canje en cada caso”.

29. En idénticos términos se pronunciaba en aquellas fechas el organismo público que realizó la oferta de canje, el Fondo de Garantía de Depósitos, quien en una nota de prensa publicada en su web (www.fgd.es) el 10 de julio de 2013, incorporada al expediente, indicaba que:

“Conviene recordar (...) que acogerse a la liquidez ofrecida por el FGD no impide el ejercicio de acciones judiciales ni otro tipo de reclamaciones”.

30. En su escrito dirigido a la Subdirección de Investigación, de fecha 17 de julio de 2013, el Fondo de Garantía de Depósitos explica las razones por las que, en su opinión, la oferta de adquisición no puede perjudicar las acciones que puedan interponer los interesados:

“La oferta de carácter voluntario formulada por el DGD el 10 de junio de 2013 para la adquisición de acciones ordinarias de NCG Banco SA (...) ha estado sujeta a una serie de condiciones, detalladas en anuncio publicado, entre otros medios, en su página web (www.fgd.es) el 10 de junio de 2013, entre las que no figura la exigencia de renuncia a los posibles derechos o acciones que pudieran corresponder a los destinatarios de aquélla frente a la entidad con la que suscribieron las participaciones preferentes u obligaciones subordinadas, tanto si los hubieran ejercitado ya como si no”.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Objeto de la resolución

1. El presente expediente tiene por objeto analizar si la publicación por parte de los colegios de abogados de Ourense y Pontevedra de un anuncio relativo al canje de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas de NCG Banco, vulnera la prohibición de falseamiento de la competencia por actos desleales contemplada en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Segundo: Denegación de la solicitud de terminación convencional.

2. La representación del Ilustre Colegio Oficial de Abogados de Pontevedra, en su escrito de 1 de agosto de 2014, considera que la denegación por la Subdirección de Investigación de su solicitud de terminación convencional vulnera su derecho de defensa. En esencia, estima que la denegación es extemporánea; que el órgano competente para resolver sobre su propuesta de terminación convencional es el Pleno del *Consello Galego da Competencia*; y, en cuanto al fondo, que no estamos en presencia de un supuesto de agotamiento de la conducta infractora, en los términos previstos por la Comunicación sobre terminación convencional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
3. Respecto de esta cuestión, cabe señalar que la terminación convencional en el marco de un procedimiento administrativo sancionador –como es nuestro caso– debe ser acogida con la mayor de las cautelas, por cuanto la doctrina administrativista considera que –con carácter general– la misma no cabe en el marco de los procedimientos sancionadores. Así se deduce de lo dispuesto en el art. 78 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, en cuya virtud la terminación convencional no puede versar “sobre materias no susceptibles de transacción”, entre las que se incluye, como decimos, el régimen administrativo sancionador.
4. Ahora bien, una excepción a la citada regla general la encontramos en el ámbito del Derecho de la competencia, pues el art. 52 de la Ley de Defensa de la Competencia contempla la posibilidad de que los expedientes sancionadores en este ámbito concluyan por terminación convencional entre la autoridad de competencia y las entidades objeto del expediente.
5. La sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de enero de 2013, entre otras, establece los principios generales que deben guiar la terminación convencional en el ámbito del Derecho de la competencia. En lo que ahora nos interesa, la sentencia dispone respecto de la denegación de terminación convencional que: a) no existe un derecho subjetivo de las empresas a la terminación convencional, que puede ser rechazada; b) privar del margen de discrecionalidad del que deben gozar las autoridades de competencia a la hora de decidir sobre la terminación convencional diluiría la finalidad disuasoria de la potestad sancionadora; c) el órgano instructor –en nuestro caso, la Subdirección de Investigación– no puede decidir por sí mismo la terminación convencional pero sí decidir no iniciar el procedimiento o proponer la terminación convencional; d) la decisión sobre si procede o no la terminación convencional tiene carácter discrecional, por lo que si es motivada y no arbitraria, se entiende ajustada a derecho; y e) la Administración



debe valorar todas las circunstancias teniendo en cuenta que la prioridad es preservar la competencia de los mercados y, por tanto, el interés público, frente al interés particular de los que realizaron las prácticas prohibidas.

6. A nuestro modo de ver, las alegaciones del Colegio de Pontevedra desnaturalizan la institución de la terminación convencional, pareciendo dar a entender que se trata de un derecho de las partes, o de una nueva fase del procedimiento administrativo, cuando en realidad no es otra cosa que la posibilidad de una “negociación” entre la Administración y los particulares para poner fin a una controversia, la cual ha de ajustarse a las pautas marcadas por la jurisprudencia citada. En el presente expediente, la Subdirección de Investigación envió al Colegio de Pontevedra un escrito en el que, de manera motivada, explicaba los motivos por los que, a su entender, no había lugar a la terminación convencional del presente expediente sancionador. Se cumple pues la exigencia jurisprudencial de que la decisión sobre si procede o no la terminación convencional sea motivada y no arbitraria. Así pues, cabe concluir que la denegación de la terminación convencional por parte de la Dirección de Investigación no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del Ilustre Colegio Oficial de Abogados de Pontevedra.

Tercero: El artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia

7. El artículo 3 de la LDC establece la prohibición de actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público. Del tenor literal del precepto se deduce que incurren en dicha prohibición las conductas que cumplen los tres requisitos siguientes: a) constituyan un acto de competencia desleal; b) que falsee la libre competencia; y c) afecte al interés público. La mayoría de la doctrina considera que desde un punto de vista sustantivo estamos en presencia de dos condiciones: a) un acto de competencia desleal que b) afecta al interés público por falsear significativamente la competencia en el mercado.
8. En consecuencia, debemos analizar si la conducta acreditada constituye un acto de competencia desleal de conformidad con la Ley de Competencia Desleal y, posteriormente, si la conducta, por falsear la competencia, afecta al interés público protegido por la LDC. Con carácter previo, en el apartado siguiente examinaremos el mercado relevante, tanto desde el punto de vista del producto, como geográfico.

Cuarto: Mercado relevante

9. La delimitación del mercado relevante es una cuestión esencial en la mayoría de los expedientes *antitrust*, bien sea para establecer que una empresa detenta una posición dominante en los términos del art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), bien para determinar si una conducta colusoria es susceptible de tener efectos restrictivos de la competencia, según dispone el art. 1 LDC. Por este motivo, existe una amplia base doctrinal para la delimitación de los mercados, entre la que cabe destacar la *Comunicación de la Comisión Europea sobre el mercado relevante* que, a su vez, se fundamenta en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El citado texto basa la delimitación del mercado sobre dos pilares fundamentales: la sustituibilidad de la demanda y la sustituibilidad de la oferta.



10. En el presente expediente, existen diversos mercados de productos afectados: el mercado principal es el de prestación de servicios de asesoramiento jurídico y otros mercados conexos entre los que cabría incluir los servicios de asesoramiento fiscal y contable. En la medida en que se trata de una conducta de dos colegios profesionales con un ámbito de actuación limitado, cabe concluir que geográficamente el mercado se circunscribe a Ourense y a parte de la provincia de Pontevedra, pues es ahí donde la conducta engañosa despliega sus efectos.

Quinto: Conducta desleal

11. La prohibición de actos de engaño prevista en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal exige la concurrencia de los tres elementos siguientes: a) información falsa o que aún siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios; b) susceptible de alterar su comportamiento económico; y c) incida en alguno de los aspectos previstos en la ley, entre los que se incluyen, la existencia o naturaleza del bien o servicio, las características principales del bien o servicio.
12. En el caso que se nos presenta, la publicidad colegial contiene las dos afirmaciones falsas siguientes: a) *“antes de la aceptación y firma del documento de canje (de preferentes y deuda por acciones de NCG Banco) acudan al consejo de un abogado/a”*; y b) *“la aceptación de la oferta de canje puede conllevar que el cliente de la entidad pierda irremediamente la posibilidad de seguir reclamando judicialmente con éxito la diferencia entre lo percibido en el proceso de liquidez y la cantidad comprometida con el banco”*.
13. Respecto de la primera afirmación *“antes de la aceptación y firma del documento de canje (de preferentes y deuda por acciones de NCG Banco) acudan al consejo de un abogado/a”*, la falsedad de la información se deriva del hecho de que la aceptación es obligatoria para los titulares de preferentes y deuda subordinada. En la medida en que no hay nada que decidir, tampoco resulta necesario asesorarse previamente.
14. En su descargo, las entidades colegiales argumentan que sí era necesario asesorarse por un abogado antes de aceptar la oferta de canje. Sin embargo, los argumentos que esgrimen son válidos para justificar el asesoramiento ante la oferta de compra de acciones presentada por el FGD, que en modo alguno cuestionamos, pero no ante el canje de preferentes y deuda subordinada por acciones de NCG que, como acabamos de indicar, venía impuesto por el FROB. La publicidad colegial menciona hasta en tres ocasiones la palabra “canje” por lo que no atinamos a comprender porqué en sus alegaciones se alude a la necesidad de asesorarse antes de vender las acciones al FGD, cuestión a la que no aluden los comunicados.
15. La representación del colegio de abogados de Pontevedra sostiene que no cabe distinguir entre la operación de canje de preferentes por acciones y la de compraventa de acciones por parte del FGD, con el argumento de que ambas operaciones tienen “unidad de acto”. El principio de unidad de acto es un principio de Derecho procesal, fundamentalmente, que significa que por seguridad jurídica de los afectados, las actuaciones han de realizarse en un único acto ininterrumpidamente. Así se exige la unidad de acto respecto del acto de juicio, la escritura pública o la junta general de las sociedades de capital, entre otras



actuaciones. Ahora bien, que las citadas actuaciones tengan unidad de acto no significa nada desde un punto de vista sustantivo. Por poner un ejemplo, cabe la posibilidad de que el acuerdo adoptado respecto de un punto del orden del día de una junta general sea legítimo y, sin embargo, otro acuerdo respecto de otro punto no lo sea, sin perjuicio de la citada junta haya estado gobernada por el principio de unidad de acto. Y, en lo que atañe al presunto asunto, es perfectamente posible que una actuación sea voluntaria para los destinatarios y otra obligatoria, teniendo ambas unidad de acto.

16. Idéntica falsedad apreciamos en la segunda afirmación contenida en los comunicados: *“la aceptación de la oferta de canje puede conllevar que el cliente de la entidad pierda irremediamente la posibilidad de seguir reclamando judicialmente con éxito la diferencia entre lo percibido en el proceso de liquidez y la cantidad comprometida con el banco”*. La oferta de canje se ajusta a los términos de la Ley de restructuración bancaria y es de obligado cumplimiento para los tenedores de los títulos. Resulta por ello falso que su aceptación, en cuanto que es un imperativo legal, pueda suponer la pérdida de ningún derecho y, mucho menos, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los destinatarios de la publicidad.
17. Las entidades colegiales argumentan, por el contrario, que en las fechas que se publicaron los anuncios, existían dudas acerca de si la aceptación del canje podía suponer la pérdida del derecho a reclamar judicialmente. Sin embargo, a la hora de justificar esta opinión, las partes aluden nuevamente a las dudas que pudieran tener sobre las consecuencias de vender las acciones canjeadas al FGD, que es una cuestión distinta a la anterior, sobre la que se pronuncian los comunicados. En efecto, el canje, en cuanto supone una obligación legal, no puede *per se* suponer la pérdida del derecho a reclamar la tutela judicial si el interesado no está conforme con el valor asignado por el FROB a los títulos canjeados. Los esfuerzos de las partes por camuflar esta realidad aludiendo a las dudas que se podían plantear acerca de la decisión de vender las acciones al Fondo de Garantía de Depósitos, nada tienen que ver con esta cuestión y deben ser desestimadas.
18. En definitiva, es falso que la aceptación de la oferta de canje de las preferentes y deuda subordinada de NCG Banco por acciones de la entidad pudiera suponer la pérdida irremediable del derecho a reclamar judicialmente la valoración efectuada.
19. Cabe plantearse, siquiera como hipótesis, si es verdad que –como también afirman las entidades colegiales– la aceptación de la oferta de compra formulada por el Fondo de Garantía de Depósitos, podía suponer la pérdida del derecho a solicitar la tutela judicial. Los colegios de Ourense y Pontevedra reconocen que la jurisprudencia ha confirmado unánimemente la posibilidad de reclamar a quienes decidieron vender sus acciones al FGD. Pero afirman que en el momento de publicación del comunicado dicha cuestión no estaba clara, obviando el comunicado emitido por el FROB en aquellas fechas en el que comunicaba a los destinatarios de la oferta de compra que en modo alguno dicha oferta condicionaba su derecho a reclamar judicialmente (véase, en este sentido, el comunicado publicado por el FROB en su página web, al que ya hemos hecho referencia).
20. La representación del colegio de abogados de Pontevedra argumenta que las dudas provenían de la gran desconfianza hacía los bancos por parte de los



clientes perjudicados por las preferentes en la fecha en que publicó el comunicado. De estas palabras parece desprenderse que esa desconfianza se extendió al mencionado colegio profesional el cual no sólo desconfiaba de lo que afirmaba el banco emisor de los títulos (véase la carta enviada por NCG Banco al consejo gallego de la abogacía) sino también de la entidad pública encargada de la gestión de los bancos nacionalizados (véase el comunicado del FROB ya comentado). Ambas entidades en aquellas fechas afirmaron categóricamente que no se perdía el derecho a reclamar judicialmente por vender las acciones al FGD.

21. Por otro lado, el Colegio de Pontevedra sostiene sus pretendidas dudas con apoyo en una sentencia de un juzgado de Barcelona en el que una de las entidades rescatadas (Cataluyna Banc, SA) invocó el canje y la aceptación de la oferta de compra por el FGD como argumento para oponerse a una demanda de anulación de un contrato de adquisición de participaciones preferentes. A nuestro modo de ver, del hecho de que una parte haya alegado una cuestión en un juicio, no convierte dicha cuestión en dudosa desde el punto de vista jurídico, toda vez que dicha pretensión fue desestimada por el juez y son numerosísimas las sentencias que permiten acudir a la vía judicial a quienes han vendido sus participaciones al FGD.
22. La información falsa facilitada por los colegios de abogados de Ourense y Pontevedra es susceptible de *alterar el comportamiento económico* de los destinatarios pues les incita a contratar los servicios. En efecto, antes de la aceptación del canje, se recomienda expresamente que se acuda al consejo de un abogado/a. De manera que se cumple también el segundo de los presupuestos contemplados en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal.
23. Finalmente, la publicidad colegial incide en varios aspectos que contemplan el artículo 5 LCD. Así, los comunicados inciden en la existencia o naturaleza misma del servicio profesional a prestar (letra a) del art. 5 LCD), cuando se hace pasar por asesoramiento en la toma de decisiones lo que no es sino el cumplimiento de una obligación legal por parte del titular de preferentes u obligaciones subordinadas. Igualmente, la publicidad falsa se refiere a los derechos legales del consumidor o los riesgos que éste puede correr (letra h) del art. 5 LCD) pues se hace creer que la aceptación del canje puede tener consecuencias “irremediables” cuando de ninguna manera la aceptación del canje de preferentes y subordinadas por acciones de NCGA puede suponer la pérdida de reclamar ante los tribunales el valor otorgado por el FROB. Es más, tal posibilidad no se pierde tampoco, si se acepta la oferta de compra del FGD, cuestión a la que no aluden los comunicados.
24. En virtud de todo lo anterior, la publicación del comunicado por parte de los colegios de Ourense y Pontevedra puede ser considerada un acto de engaño en los términos previstos en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal.

Sexto: Afección del interés público por falsear significativamente la competencia

25. El artículo 3 de la LDC exige, así mismo, que como consecuencia de la conducta desleal, se produzca un falseamiento de la libre competencia que, además afecte al interés público. Según la doctrina reiterada de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia lo relevante a estos efectos es si las conductas analizadas, actos incardinados en las conductas sancionadas por la Ley de



Competencia desleal, tienen un potencial de distorsión de la competencia que implique una afectación del interés público tutelado (por todas Resolución de 11 de junio de 2012, Expte S/0304/10 ENDESA).

26. A nuestro modo ver, en el presente expediente ha de valorarse si las entidades colegiales están distorsionando los mercados afectados, impidiendo la entrada de competidores que no tienen la condición de abogados, mediante actos de engaño.
27. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que la publicidad engañosa de las colegios de abogados de Ourense y Pontevedra es susceptible de afectar directamente la capacidad de elección y la toma de decisiones de los titulares de participaciones preferentes y deuda subordinada de NCG Banco respecto de los servicios asesoramiento legal, contable y fiscal. El comunicado del colegio de Ourense tuvo amplio eco entre el colectivo de afectados por las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas de NCG Banco en la provincia. La Presidenta de la Asociación de Afectados de Ourense, en su escrito de 12 de agosto de 2013 que obra en el expediente, indica que la Plataforma decidió difundir entre sus miembros el comunicado del colegio de abogados de Ourense, en el sentido ya comentado, y los avisos de NCG Banco indicando todo lo contrario, es decir, que la aceptación de la canje no implicaba el cierre de la vía judicial. Al no haber *“una opinión clara sobre las consecuencias de la firma del canje”*, la Plataforma aconsejó a los miembros *“asesorarse de manera individual con varios asesores jurídicos y tomar la decisión que estimara más correcta”*. En definitiva, el contenido de la publicidad era susceptible de incidir en la toma de decisiones de los afectados, como en efecto sucedió en el caso de los miembros de la Plataforma de afectados de Ourense.
28. En segundo término, la conducta de las entidades colegiales puede reportarles de forma inmediata a los abogados una ventaja competitiva sobre los que no reúnen dicha condición. La publicidad colegial hace creer a los *preferentistas* que la aceptación del canje de sus títulos por acciones puede tener consecuencias legales *“irremediables”* cuando, en realidad, el canje, obligado por el FROB, lo que plantea es un problema *a posteriori*, es decir, si vender o no vender al FGD las acciones de NCG Banco resultantes de la operación. Sobre esta segunda cuestión, los interesados deberán analizar cuestiones no sólo jurídicas, sino también fiscales, económicas y financieras (véase, al respecto, el exhaustivo análisis de las consecuencias contables y fiscales que se recogen en la Propuesta de resolución de la Subdirección de Investigación, párrafos 140 a 156).
29. Por lo tanto, los comunicados convierten en un problema jurídico, sobre el que los abogados tienen monopolio, una cuestión que trasciende de lo jurídico, de manera que se está induciendo a pensar a la clientela que tiene que contratar a un profesional de la abogacía para resolver un problema que también puede ser resuelto por profesionales de otras disciplinas, como asesores fiscales, expertos en contabilidad, economistas, etc. En estos términos, cabe concluir que la publicidad engañosa permite a los abogados obtener una ventaja competitiva sobre otros profesionales liberales.
30. A mayor abundamiento, cabe tener en cuenta que, una vez que atraen a la clientela mediante afirmaciones engañosas respecto del canje de los títulos por acciones, lo habitual es que retengan a dicho cliente para el resto de decisiones relacionadas con las preferentes y la deuda subordinada de NCG Banco, entre las



que se incluye la aceptación o no de la oferta de compra planteada por el Fondo de Garantía de Depósitos.

31. En tercer lugar, el impacto de la conducta engañosa sobre la competencia y el perjuicio del interés público se deriva de la afectación a un número muy elevado de consumidores. Según la cifras que ha facilitado la entidad emisora de las participaciones preferentes y deuda subordinada, en la provincia de Ourense hay 11.203 titulares de dichos títulos, mientras que en la de Pontevedra el número asciende a 25.126. Por lo tanto, estamos en presencia de una conducta práctica engañosa que afecta a miles de ahorradores –pequeños y medianos en su gran mayoría- que se vieron afectados por el fracaso de estos instrumentos híbridos de capital.
32. En cuarto lugar, conviene tener también presente que los medios empleados por los colegios aseguraron la plena difusión de la publicidad engañosa. Como señala la Subdirección de Investigación: *“Los medios empleados por ICAO e ICAP aseguraron la difusión de los comunicados. La prensa local asegura una diseminación en las zonas de residencia de los afectados. La página web de los colegios y las ediciones digitales de los periódicos garantizan un conocimiento erga omnes y, lo que resulta más importante, la multidifusión vía redes sociales, correo electrónico y búsqueda en Internet. La Plataforma de Ourense reconoce que tuvo conocimiento del comunicado emitido por el ICAO a través de la prensa local, pero que fue difundido por las redes sociales y correo electrónico. Esta misma Plataforma aconsejó acudir a sus miembros el asesoramiento de un abogado después de recibir el comunicado (Dcto 12). Otras plataformas trataron el tema en su Asamblea (la de Compostela, Dcto 11) o no los comunicaron a sus miembros (Vigo-Val Miñor, Dcto 13). Un tercer factor calificado de difusión son los propios abogados, en cuanto miembros de la asociación de empresas que los colegios profesionales constituyen a los efectos del presente expediente (párrafo 173)”*.
33. Finalmente, para evaluar la naturaleza anticompetitiva, la publicidad engañosa de los colegios de abogados de Ourense y Pontevedra debe situarse en su contexto económico y social. En este sentido, a nadie se le escapa que la emisión de participaciones preferentes y deuda subordinada por las antiguas cajas de ahorro gallegas es un fenómeno que ha alcanzado un enorme impacto social hasta el punto de que se creado una palabra –los *preferentistas*- para aludir al colectivo de personas perjudicados por la repentina pérdida de valor de estos productos financieros. Se crearon plataformas ciudadanas, con continuas movilizaciones que han tenido amplísimo eco en los medios de comunicación.
34. En definitiva, el engaño efectuado por los colegios de Ourense y Pontevedra falsea la libre competencia por cuanto afecta a la capacidad de competir de otros operadores y alteran el funcionamiento de los mercados, limitando dicha capacidad y afectando al interés público.

Séptimo: Duración de la infracción

35. Las entidades colegiales publicaron sendos anuncios con el fin de influir en las decisiones de los titulares de participaciones preferentes y deuda subordinada de NCG Bancos en los días inmediatamente anteriores a la fecha estipulada para que se produjese el canje de los mencionados títulos por acciones. Consiguientemente, la conducta produjo efectos en el breve período de tiempo



que va desde la publicación de los anuncios a la expiración del plazo estipulado para el canje.

Octavo: Responsabilidad

En consonancia con los principios generales que rigen el Derecho administrativo sancionador, el art. 63.1.b LDC exige que las empresas sean autores, de forma negligente o deliberada, de las conductas previstas en la LDC. Sobre el particular, la sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2004, relativa al Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera, dispone que *“como decíamos en nuestra sentencia de 2 de febrero de 2004, antes citada, en el presente caso la claridad de la norma reguladora de la prestación de servicios profesionales en el territorio nacional, es clara y terminante, regula directamente los requisitos de tal ejercicio, y establece un régimen concreto para el mismo, por ello la diligencia exigible del Colegio, engloba la aplicación del nuevo régimen que por sus términos no requería de un desarrollo normativo ulterior para su aplicación ni reviste una especial complejidad en su interpretación. Concurrió pues, al menos, negligencia en la conducta, que atendiendo a la cuantía de la sanción impuesta fue considerada en la graduación de la misma”*.

En el presente asunto, la normativa sectorial vigente es clara en el sentido de que el canje de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas por acciones de las entidades rescatadas es obligatoria. De manera inequívoca se pronunciaron también, en diversas ocasiones, tanto la entidad emisora de los títulos (NCG Banco) como el Fondo de Garantía de Depósitos (*vid. supra* los apartados 4, 5 y 6 de la presente resolución). Por último, la misma claridad se puede predicar del art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, en cuya virtud los operadores económicos no pueden realizar conductas de competencia desleal (en este caso, mediante una campaña publicitaria engañosa) susceptibles de falsear la competencia en los mercados (aquí en los servicios de asesoramiento jurídico, fiscal y contable). Consiguientemente, debemos entender que los colegios de abogados de Pontevedra y Ourense no han actuado con la diligencia que le es exigible al incumplir no la legislación sectorial que le resulta aplicable, sino también las reglas generales que rigen el principio constitucional de libertad de empresa.

Noveno: Sanción

36. La conducta anticompetitiva acreditada en este expediente constituye un falseamiento de la competencia por actos desleales prohibido por el art. 3 de la LDC, que el art. 62.3 de la misma Ley califica como una infracción grave.
37. El art. 64 LDC establece una serie de criterios que se deben tener en cuenta para la determinación de la sanción, entre los que se incluyen aspectos tales como la dimensión del mercado afectado, el alcance de la infracción o la duración de la misma.
38. En relación con el criterio de la dimensión y características de los mercados afectados por la infracción, definidos en el presente expediente como los mercados autonómicos de prestación de servicios de asesoramiento jurídico, fiscal y contable, éstos se caracterizan por la presencia de un elevado número de operadores de pequeño y mediano tamaño, lo que dificulta su cuantificación.



39. Respecto del alcance de la infracción, la propia Subdirección de Investigación reconoce la dificultad de cuantificar las consecuencias efectivas que los anuncios engañosos tuvieron sobre los titulares de participaciones preferentes y deuda subordinada de NCG Banco, más allá del impacto que las mismas tuvieron en las asociaciones de afectados las cuales decidieron recomendar a sus miembros acudir a un abogado a instancias de la campaña publicitaria desleal.
40. Por último, la duración de la infracción ha sido breve pues la misma únicamente desplegó sus efectos en las días inmediatamente anteriores al canje de los títulos de NCG Banco.
41. Con estos antecedentes, consideramos que el *Consello Galego da Competencia* debe declarar la existencia de una conducta prohibida e intimar a los colegios de abogados de Ourense y Pontevedra para que no vuelvan a incurrir en la misma, sin que proceda –en este caso- imponer sanción alguna.
42. Sin perjuicio de que hayamos resuelto no imponer una sanción, el Pleno del *Consello Galego da Competencia* considera que procede hacer uso del art. 53.2 c) LCD que le faculta para ordenar la remoción de los efectos de las conductas restrictivas de la competencia. En este caso, teniendo en cuenta que la práctica acreditada se realizó a través de los medios de comunicación social, procede imponer a los colegios de abogados de Ourense y Pontevedra la obligación de difundir la presente resolución, junto con la nota de prensa que se divulga en la página web del CGC, entre sus colegiados y en las respectivas páginas web de los colegios de Pontevedra y Ourense al objeto de remover los efectos restrictivos que la infracción puede haber causado.

En consecuencia, el Consello Galego da Competencia con la composición recogida al principio, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar acreditada la existencia de una infracción del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en la difusión de una campaña publicitaria engañosa con el objeto de restringir la competencia en los mercados de asesoramiento legal, fiscal y contable en las provincias de Pontevedra y Ourense.

SEGUNDO: Declarar responsables de dicha infracción al Ilustre Colegio Oficial de Abogados de Pontevedra y al Ilustre Colegio Oficial de Abogados de Ourense.

TERCERO: Intimar a los mencionados colegios profesionales para que en lo sucesivo se abstengan de cometer prácticas como las sancionadas.

CUARTO: Imponer a los mencionados colegios profesionales la obligación de remitir a todos sus colegiados una comunicación en la que se recoja el contenido de esta resolución, junto con el de la nota de prensa que se divulga a través de la web del CGC, y a que se incluya el texto de ambas en sus respectivas páginas webs de forma visible durante un año.



QUINTO: Instar a la Subdirección de investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Subdirección de Investigación del *Consello Galego da Competencia* y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.