



***La aplicación del Derecho de defensa de la
competencia a los colegios profesionales.***

Notas a propósito del libro “Colegios Profesionales y Competencia”*

Francisco Marcos Fernández
Área de Derecho Mercantil
Instituto de Empresa

Working Paper nº: 118
Barcelona, enero de 2003
www.indret.com

* La referencia completa es Luis CALVO SÁNCHEZ, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, Pablo MENÉNDEZ GARCÍA y Rafael PELLICER ZAMORA, *Colegios Profesionales y Competencia*, Unión Profesional-Civitas, Madrid 2002 (en adelante *Colegios Profesionales y Competencia*).

I. La aplicación del Derecho de la Competencia a las actividades de los profesionales ha sido siempre una cuestión compleja, rodeada de dificultades. No obstante, la necesidad de someter a los profesionales a la disciplina del mercado, extendiendo a ellos la aplicación de las normas antitrust constituye una vieja idea en los ordenamientos de nuestro entorno¹. La relevancia práctica de la cuestión es innegable a la vista de la importancia económica que la actividad profesional tiene en las economías modernas (generalmente subestimada en cualquier dato estadístico, que incorpora sólo su participación directa en el P.I.B. sin computar la indirecta)².

Nuestro país ha ofrecido siempre un terreno fértil a las restricciones a la libre competencia en general y entre profesionales. Hasta el punto que, en el argot económico estas prácticas reciben la denominación de *Spanish Practices*. Durante muchos años, han persistido en nuestro país prácticas restrictivas de la competencia entre los profesionales justificadas en una pretendida protección del consumidor y en la salvaguardia del interés público³.

La situación ha cambiado radicalmente en la segunda mitad de los años noventa, a raíz de la modificación de la Ley de Colegios Profesionales para someter expresamente a los profesionales a la regulación de la defensa de competencia y de competencia desleal (Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales)⁴.

A partir de la ley 7/1997 los expedientes sancionadores contra colegios profesionales se han multiplicado (el libro que comentamos los relaciona con exhaustividad⁵) y desde que este libro salió a la calle se pueden anotar algunas resoluciones más que se pronuncian sobre las prácticas restrictivas de la competencia de los colegios: resoluciones de 11 de enero de 2001 (483/00, Colegio Gestores Administrativos Galicia); de 22 de enero de 2001 (480/99 Abogados Jerez); de 9 de marzo de 2001 (485/00, Agentes Propiedad Murcia); de 3 de diciembre de 2001 (507/00, Cirugía Plástica Aragón); de 30 de noviembre de 2001 (508/00, Abogados Granada); de 11 de octubre de 2001 (504/00, Abogados Madrid); Resolución de 3 de diciembre de 2000 (507/00, Cirugía plástica Aragón), de 17 de enero de 2002 (512/01, Sociedades de arquitectos), de 21 de marzo de 2002 (r502/01, Colegios Médicos), de 1 de abril de 2002 (r472/01, Gestores Inmobiliarios/Administradores de

¹ Véase, por todos, Francesco CARNELUTI, "Concorrenza illecita professionale", *Riv. Dir. Comm.* 1911, I, 168-169.

² Véase Duc NGUYEN-HONG, *Restrictions on Trade in Professional Services*, Productivity Commission Staff Research paper, Camberra (Australia) Aug. 2000, pág. 4.

³ Véase, en general, el magnífico trabajo de Pedro FRAILE BALBÍN, *La retórica contra la competencia en España (1875-1975)*, fundación Argenteria-Visor, Madrid 1988; la referencia a los profesionales aparece en las páginas 83-91.

⁴ Véanse, Daniel VAZQUEZ ALBERT, "Ejercicio de profesiones liberales y Derecho de la Competencia", en *Diario La Ley* nº 5590, de 18 de julio de 2002 y Francisco MARCOS, «La lucha contra las restricciones a la libre competencia en el mercado de servicios profesionales», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia* 219 (mayo/junio 2002) 22-35.

⁵ *Colegios Profesionales y Competencia*, págs. 237-317.

Fincas), de 24 de mayo de 2002 (r490/01, Propiedad Inmobiliaria), de 27 de mayo de 2002 (r516/02v. Colegio Abogados Vigo), de 30 de mayo de 2002 (521/01, Agentes Propiedad Inmobiliaria), de 26 de septiembre de 2002 (528/01, Consejo General de la Abogacía) y de 10 de octubre de 2002 (526/01, Certificados de Defunción). Antes de que estas páginas estén en la red seguramente este listado se habrá quedado corto.

Las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC) han sancionado a los colegios por la adopción de decisiones y acuerdos que son considerados restrictivos de la competencia, mas la reiteración y repetición de estas resoluciones no son sino una muestra de que la idea de que los profesionales estén sometidos a la Ley de Defensa de la Competencia dista mucho de haber definitivamente cristalizado entre los colegios profesionales.

II. El libro de Calvo Sánchez, Fernández Farreres, Menéndez García y Pellicer Zamora, *Colegios Profesionales y Competencia*, hace una estudio de la evolución de la aplicación del Derecho de la Competencia al ejercicio de las profesiones colegiadas y de la situación actual en España, examinando la influencia del Derecho Comunitario sobre la cuestión.

Las dificultades que suscita la aplicación del Derecho de la Competencia a los profesionales y a los colegios profesionales están relacionadas con diversas cuestiones, sin que todas ellas hayan sido tratadas por los autores en este libro. Si bien, el análisis que en él se realiza no pretende ser omnicompreensivo, ni interdisciplinario, es estrictamente jurídico, se ignoran las ricas aportaciones de los sociólogos al tema y se desdeñan las enriquecedoras ideas de los economistas. Aunque ello no resta mérito ni utilidad al estudio, acudir a esas otras disciplinas hubiera sido de gran ayuda para dejar sentadas algunas ideas previas y hubiese sido un gran auxilio en el estudio posterior. Los autores no analizan, por ejemplo, cuáles son las razones de fondo que explican la existencia de una profesión (la definición que se realiza en las páginas 36 y 37 resulta insuficiente) y la creación de un colegio profesional. Aunque se trata de una cuestión difícil de responder con carácter general y absoluto, se pueden apuntar algunas ideas y posibles respuestas que sitúen las coordenadas del análisis posterior. En última instancia la clave del concepto de “profesional” ha de encontrarse en otras disciplinas, no jurídicas, en la sociología y la economía⁶.

Gran parte de las dificultades que, bajo cualquier perspectiva (no sólo la de competencia en el mercado), suscitan los colegios profesionales, tienen que ver con la indefinición constitucional sobre el particular (art. 36 CE) que ha provocado el desdibujamiento de la institución colegial, de sus perfiles jurídicos y el debilitamiento de la estructura colegial. Ello ha permitido que surjan y coexistan colegios con características dispares, que no

⁶ Para el lector interesado, véanse, por citar sólo dos, Ricardo GONZÁLEZ LEANDRI, *Las Profesiones. Entre la vocación y el interés corporativo. Fundamentos para su estudio histórico*, Catriel, Madrid 1999 y Christopher CURRAN, “Regulation of the professions” en *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (ed. Peter Newman), McMillan-Stockton, Londres-Nueva York, 1998, vol. 3, 247-255, ambos con referencias a otros trabajos.

respetan el patrón tradicional⁷, proliferando "nuevas profesiones colegiadas cuyo estatuto no siempre responde a unas mismas exigencias"⁸. Esta multiplicación de nuevos colegios profesionales continúa y, por ejemplo, actualmente se encuentran en tramitación parlamentaria la Proposición de Ley de creación del Colegio de Prácticos de Puerto⁹, que además introduce el monopolio profesional a favor de los colegiados (artículo 2.2), y la Proposición de Ley de creación del Colegio de Pedagogos¹⁰.

En teoría, ha de existir algo que diferencia al profesional del mero trabajador u obrero ordinario, y ello es lo que explica que los profesionales realicen actividades intelectuales para cuyo ejercicio se requiera la posesión de una titulación universitaria, que la relación con el cliente sea de carácter fiduciario y que existan unas normas deontológicas que rijan el ejercicio de las actividades profesionales. Por esta razón, la equiparación que, aparentemente, en el libro se hace entre la mera ocupación y la profesión libre¹¹ no es plausible. En el plano conceptual, tampoco es real la secuencia que los autores trazan: profesional libre, profesional regulado, profesional titulado, profesional colegiado¹². Existen supuestos de los cuatro, y un análisis de la realidad desvirtúa esa secuencia, generalmente todas las profesiones son colegiadas y tituladas.

De otra parte, es cuestionable el concepto de profesional libre o liberal como "quien disfruta de una independencia técnica y tecnológica"¹³. Es profesional liberal quien ejerce independientemente y de manera autónoma una profesión (frente a los profesionales dependientes). En consecuencia, existe una confusión con una de las notas características de la profesionalidad, en concreto, la discrecionalidad técnica¹⁴.

Es, por último, errónea la caracterización del mercado de los servicios profesionales como mercado de competencia perfecta¹⁵, ¡nada más alejado de la realidad!, para empezar porque las partes no poseen la misma información sobre las características de los servicios prestados¹⁶.

La caracterización que se realiza de los profesionales se limita a desgranar algunas de las consecuencias del *status* y de la prestación del profesional, sin ahondar en los presupuestos que motivan esa situación. Teóricamente, la titulación superior opera como garantía de

⁷ Véase Harold L. WILENSKI, "The Professionalisation of Everyone", *Amer. J. Sociology* 70 (1964) 137-158.

⁸ *Colegios Profesionales y Competencia*, pág. 74.

⁹ BOCG, Serie B, nº 214-1, de 1 de marzo de 2002.

¹⁰ BOCG, Serie B, nº 159-1, de 13 de julio de 2001.

¹¹ *Colegios Profesionales y Competencia*, págs. 30 y 34.

¹² *Colegios Profesionales y Competencia*, pág. 34.

¹³ *Colegios Profesionales y Competencia*, pág. 35.

¹⁴ Aunque luego se acoge esta idea, véase *Colegios Profesionales y Competencia*, págs. 52 y 159. En este punto resulta útil traer a colación el trabajo de Luis MORELL OCAÑA, "Deontología de los quehaceres sanitarios: Códigos de buenas prácticas y 'Lex artis'", *Noticias de la UE* 184 (mayo 2000) 95-108.

¹⁵ *Colegios Profesionales y Competencia*, pág. 148.

¹⁶ Véase Francisco CABRILLO, "La aplicación de las normas de defensa de la competencia al ejercicio de las profesiones colegiadas", en *Anuario de la Competencia 1997*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1998, 127-128.

calidad, al acreditar una formación especializada del prestatario en una determinada disciplina. El profesional se configura como poseedor de conocimientos complejos y de habilidades muy específicas que le colocan en una posición privilegiada para intentar resolver los problemas de sus clientes. De esa superioridad informativa del profesional nace la confianza que, necesariamente, el cliente (por lo general, en inferioridad de condiciones) ha de depositar en él. Generalmente, el cliente no puede evaluar la prestación del profesional, ni su necesidad, ni su calidad; está a merced del profesional, a quien se imponen unas normas adicionales establecidas por el colegio profesional en el ejercicio de sus funciones. La existencia de posibles efectos externos (externalidades) positivos y negativos en la actividad de los profesionales es otra de las circunstancias que los autores habrían encontrado útil para perfilar un concepto aceptable de profesional¹⁷. Conforme a estos planteamientos teóricos, el colegio se presenta como reducto de calidad, o al menos de unos estándares mínimos de calidad, aunque en la práctica esto no sea siempre del todo cierto¹⁸.

El estudio que el libro realiza da por sentado el concepto de “profesional” como sinónimo de “profesional colegiado”. Desde esta perspectiva, todo se circunscribe a la creación y reconocimiento legal de un colegio profesional. La reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre el particular es clara: la creación ha de justificarse en el interés público¹⁹. Curiosamente, aunque el interés público parece exigir un único colegio por profesión (así se puede extraer del artículo 4.3 de la Ley de Colegios profesionales²⁰), quizá esto no sea lo más eficaz ni eficiente para controlar el ejercicio de las potestades públicas delegadas por el colegio profesional²¹.

El colegio profesional se configura como una institución que ejerce tanto funciones públicas como privadas²². El principal criterio diferenciador de unas y otras son los intereses perseguidos. Entre las funciones públicas se encuentran la de autorregulación de la ordenación profesional, el control de acceso (articulado a través de la colegiación

¹⁷ Sin embargo, los autores no han seguido este camino; para quien esté interesado, son recomendables los trabajos de José MASSAGUER FUENTES, “La regulación de los servicios profesionales (un análisis de racionalidad económica y legitimidad antitrust)”, *Iuris* 3 (dec. 1994) 85-120; Benito ARRUÑADA, “La regulación de los servicios profesionales: Una guía para las decisiones públicas en tiempos de cambio”, *IUDEM, Documento de Trabajo 2000-6* y R. C. O. MATTHEWS, “The Economics of Professional Ethics: Should the Professions be more like Business”, *Econ. J.* 101 (1991) 737-750.

¹⁸ Aunque, sin generalizar, William J. GOODE, “The Protection of the Inept”, *American Sociological Review* 32 (feb. 1967) 7, que cree que ocurre precisamente lo contrario, ni la pertenencia al colegio es sinónimo de calidad, ni existe una relación entre la calidad del proveedor y la retribución que este recibe

¹⁹ Véase Javier PÉREZ ROYO, “Colegiación Profesional e Intermediación Inmobiliaria: Un Análisis Constitucional”, *La Ley* 2-1995, 821.

²⁰ Aunque véanse §III.2 del Dictamen del Consejo de Estado 2445/1999, de 28 de octubre, relativo al Decreto 679/63 de 4 de abril, que autorizó la constitución del Colegio Nacional de Ingenieros del Instituto Católico de Artes e Industrias y artículo 3 de los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales y de su Consejo General, aprobados por Real Decreto 1332/2000, de 7 de julio.

²¹ Véase Paul DUNMORE y Haim FALK, “Economic Competition between Professional Bodies: The Case of Auditing”, *American Law and Economics Review* 3/2 (2001) 315-316.

²² *Colegios Profesionales y Competencia*, págs. 48-50.

obligatoria) y el control del ejercicio de sus actividades por los profesionales, justificadas por la superioridad informativa y de conocimiento de los propios profesionales. Otra cosa es que los colegios instrumentalicen estas funciones en la protección de los intereses particulares de sus miembros.

De otra parte, no menos relevante es la función privada que los colegios desarrollan de representación y defensa de los colegiados (art. 1.3 de la Ley de Colegios Profesionales).

III. Es cierto que, inicialmente, la exclusión de la aplicación del Derecho Mercantil a los profesionales se debió a que no eran considerados “operadores de mercado”. Sin embargo, hace ya tiempo que la propia realidad del ejercicio de su actividad, equiparada en muchos aspectos a la actividad empresarial, y las normas jurídicas reclaman expresamente su aplicación a los profesionales (el paso del modelo profesional al modelo social de nuestro derecho de la competencia había de suponer necesariamente su plena aplicación a los profesionales). Sin embargo, aquella exclusión ha tenido mucho que ver con la consideración de los colegios como corporaciones de Derecho público (y ciertamente eso es lo que los propios colegios inicialmente argumentaron cuando trató de aplicárseles la LDC). Actualmente, los profesionales deben equipararse a empresas y empresarios²³, como los colegios son equiparados a asociaciones profesionales. No es necesario recurrir a eufemismos. Otra cosa es la necesidad de modular la aplicación del Derecho de la Competencia a las actividades profesionales, en atención a la “especial situación de opacidad y de confianza personal o dependencia en la que se hallan los consumidores en este mercado”²⁴.

De todos modos, no falta quien considera que en ese trasunto del modelo corporativo al modelo liberal de mercado se corre el riesgo de desnaturalizar la prestación de servicios profesionales, equiparándolos a “*ordinarios servicios de naturaleza económica, como típicos valores de cambio, destinados al mercado donde concurren, en su demanda, los potenciales clientes, esto es, los consumidores o usuarios de los mismos*”²⁵. A juicio de este último autor, la distinción entre profesional y empresario tiene como consecuencia dogmática la necesidad de utilizar el mercado como elemento configurador del Derecho Mercantil, o sea, el Derecho Mercantil como Derecho Privado del mercado²⁶.

En este punto debe matizarse la referencia que los autores realizan al desarrollo del mercado bajo el principio de eficiencia²⁷, ya que no es totalmente cierto que la función de la intervención del Estado en el mercado persiga lograr la máxima eficiencia. El modelo liberal que inspira la libertad y la no interferencia, no exige necesariamente la eficiencia, y tampoco hay en la LDC ni en la CE ninguna mención expresa a la eficiencia, aunque

²³ Véase Giorgio OPPO, “Antitrust e Professioni Intellettuali”, *Riv. Dir. Civ.* 45 (1999) II, 123-127

²⁴ *Colegios Profesionales y Competencia*, pág. 68. Véase también MASSAGUER, *Iuris* 3 (1994) 133.

²⁵ La cita es de José Manuel SERRANO CAÑAS, “Los profesionales liberales ante el nuevo Derecho de la Competencia”, *Derecho de los Negocios* 130-131 (julio-agosto 2001) 22

²⁶ SERRANO CAÑAS *Derecho de los Negocios* 130-131 (julio-agosto 2001) 26-29.

²⁷ *Colegios Profesionales y Competencia*, pág. 57.

ciertamente éste sea un principio que pueda considerarse implícito en algunos preceptos, pero eso es otra cuestión²⁸.

IV. A raíz del informe del TDC sobre el libre ejercicio de las profesiones de junio de 1992, se produce un cambio en el examen por el TDC de las conductas de los colegios profesionales potencialmente restrictivas de la competencia. Aun así las sanciones se demoraron unos años, hasta la modificación introducida por la Ley 7/1997²⁹.

En general, se sostiene que la disciplina corporativa refuerza los niveles éticos y deontológicos mínimos del Derecho de la Competencia, pero ello no ha impedido que la intervención de los colegios se haya tendido a enjuiciar de manera directa y absoluta por el parámetro antitrust, observando sus efectos perjudiciales para la competencia.

En el nuevo planteamiento, los colegios son considerados agentes económicos y asociaciones de empresas, sujetos a las previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia cuando actúan en defensa del interés privado de sus miembros o realizan una actividad con finalidad o trascendencia económica. Así, el ámbito exento al control del TDC es muy reducido, limitado a cuando se ejercen potestades administrativas delegadas (supervisadas, en su caso, a través de los recursos corporativos previstos y de los recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa). Consecuentemente, el control de colegiación por los colegios constituye un ejercicio de una función pública no susceptible de enjuiciamiento en clave antitrust.

Lo anterior no obsta para que, en ocasiones, resulte difícil trazar la distinción entre los dos tipos de funciones, pudiendo ocurrir que en determinados supuestos se ejerzan simultáneamente funciones públicas y privadas. En cualquier caso, los autores constatan una resistencia del TDC a llegar a las consecuencias de su propia doctrina, que le llevaría a afirmar la existencia de un ámbito exento al enjuiciamiento antitrust en lo referente a la actividad administrativa de los colegios³⁰.

Por otra parte, el artículo 2.1 de la LDC abría la puerta a la normativa colegial restrictiva de la competencia, al establecer una excepción a la aplicación de la ley a las conductas amparadas en leyes y disposiciones reglamentarias. Por ello, se suscitaban dudas sobre la eventual aplicación del artículo 2.1 de la LDC, y la posible exención del enjuiciamiento como conductas restrictivas de la competencia, de las conductas y actividades realizadas de acuerdo con normas reglamentarias que regulasen el ejercicio profesional. Lo más aceptable es excluir sólo de la aplicación de la LDC a las conductas previstas en los reglamentos que sean directamente ejecutivos de normas legales, o en los propios Estatutos

²⁸ Véase Jesús ALFARO, "Imperialismo económico y dogmática jurídica", RDM 233 (1999) 958-965.

²⁹ Véase Mercedes PEDRAZ CALVO, "Los colegios profesionales y la Ley de Defensa de la Competencia", en *Anuario de la Competencia 1998*, Fundación ICO-Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1999, págs. 137-158.

³⁰ *Colegios Profesionales y Competencia*, pág. 100.

Generales de los Colegios, pero no a aquéllas derivadas de decisiones o normas meramente colegiales³¹.

Como consecuencia del Informe del TDC, se suceden varios proyectos de reforma, que concluyen en las modificaciones legislativas previstas en el Real Decreto Ley 5/1996 y en la Ley 7/1997, por cuya virtud se plasma expresamente la sujeción de los Colegios profesionales a las reglas de la competencia. Simultáneamente, se intentó perfilar la exención prevista en el artículo 2.1³², excluyendo su posible aplicación a decisiones adoptadas en ejercicio de potestades administrativas y limitándola a normas legales y reglamentarias complementarias. La Ley 52/1999, de 28 de diciembre culmina el proceso reductor del ámbito de aplicación de esa exención, eliminando la exención de las normas reglamentarias, y limitando su virtualidad a las normas legales.

Las modificaciones legislativas concluyen con el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en el mercado de bienes y servicios, que suprime el artículo 3.3 de la Ley de Colegios Profesionales y da una nueva redacción al artículo 3.2, posibilitando, definitivamente, la colegiación única de los profesionales, que no se había conseguido –por la astucia de los colegios– con la reforma de 1997³³.

V. El libro realiza un estudio detallado de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia a los colegios profesionales. El impulso y la inspiración comunitarias son claves de los cambios en el Derecho español.

Frente a la aplicación sin paliativos de la prohibición de prácticas restrictivas y acuerdos colusorios a los profesionales, se observa lógicamente la escasa relevancia de la prohibición de abuso de posición de dominio, ya que las instituciones comunitarias no consideran que exista posición de dominio colectiva por actos de los órganos representativos de los profesionales³⁴.

La aplicación del Derecho comunitario de la competencia a los profesionales se funda en un concepto amplio de empresa, que permite incluir en el mismo a los profesionales y a

³¹ *Colegios Profesionales y Competencia*, págs. 106-117. Véase, también, MASSAGUER, *Iuris* 3 (1994) 111-119. En tales supuestos, eventualmente, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal han utilizado el cauce del artículo 6 para perseguir aquéllas conductas o decisiones restrictivas de la competencia de los colegios cuando no había posibilidad de evitar la exención del 2.1 (*Colegios Profesionales y Competencia*, págs. 118-120).

³² Véase Luis BERENGUER FUSTER, “Comentarios al Artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia”, *Anuario de la Competencia 1997*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1998, págs. 166-169

³³ *Colegios Profesionales y Competencia*, págs. 145-146. Sobre este particular véase también Jose M^a Souvirón Morenilla, “Medidas sobre el ejercicio de profesiones colegiadas”, en *Liberalizaciones 2000* (coord. Gaspar Ariño), Comares, Granada 2000, 195-198.

³⁴ *Colegios Profesionales y Competencia*, pág. 149. Recientemente, véase también José Carlos ENGRA y Edurne NAVARRO VARONA, “Derecho de la Competencia y Colegios Profesionales”, *REDE* 3 (jul.-sept. 2002) 529.

sujetos que tradicionalmente no son considerados empresarios mercantiles. Los colegios y las organizaciones profesionales pasan a ser “asociaciones de empresas”, en tanto en cuanto son sujetos que realizan actos que puedan provocar restricciones que la ley trata de reprimir³⁵. De este modo, las decisiones de fijación de honorarios orientativos u obligatorios por un colegio se ven como decisiones prohibidas adoptadas por una asociación de empresas.

Una vez encuadrados los profesionales y las organizaciones profesionales en el concepto de empresa, debe atenderse a los efectos objetivos de los acuerdos y prácticas enjuiciadas (independientemente de su intención). Es necesario también que el acuerdo o la conducta imputada afecte al comercio entre los Estados miembros, lo cual reduce enormemente las posibilidades de enjuiciamiento, ya que los mercados de servicios profesionales son predominantemente nacionales. En todo caso, el interés general ha de operar como cláusula de modulación de la aplicación de las normas antitrust, de difícil concreción en la práctica, pudiendo tolerarse ciertas prácticas restrictivas cuando sean objetivamente necesarias y adecuadas, proporcionales y no discriminatorias.

Tras un inoportuno *excursus* sobre el sistema comunitario de control de la competencia y propuestas de reforma³⁶, se analizan los principales casos en los que las instituciones comunitarias han tenido ocasión de pronunciarse sobre las restricciones a la competencia en el mercado de los servicios profesionales (principalmente en materia de fijación de precios y de limitaciones a la publicidad). Menos problemas plantea el ejercicio profesional en grupo, en el que los autores aluden a la Directiva 98/5/CE sobre derecho de establecimiento de los abogados, demostrándose acertado su planteamiento (conforme al artículo 11.3 de la Directiva) sobre la legitimidad de la prohibición de las asociaciones multidisciplinarias a la luz de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de febrero de 2002 (C-309/99) en el asunto Wouters³⁷.

En España, el TDC ha tenido ocasión recientemente de pronunciarse sobre un caso parecido, con igual solución (aunque con voto particular discrepante) al enjuiciar en su Resolución de 17 de enero de 2002 (512/01) la normativa del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España según la cual los Colegios de Arquitectos únicamente visarían los proyectos presentados por una sociedad de arquitectos cuando participasen en ella arquitectos colegiados, en unas proporciones del capital social y de participación en los órganos de gobierno no inferiores al cincuenta por ciento³⁸.

³⁵ *Colegios Profesionales y Competencia*, pág. 153.

³⁶ *Colegios Profesionales y Competencia*, pág. 171-176.

³⁷ Sobre la cual, véase Francisco MARCOS, «La última palabra sobre las sociedades profesionales entre abogados y auditores?», en *Revista jurídica española La Ley* 3-2002, D-89, 1726-1733.

³⁸ Véase Daniel VAZQUEZ ALBERT, “¿Sociedades profesionales controladas por no profesionales?”, en *Diario La Ley* nº 5517, de 5 de abril de 2002.

VI. El libro concluye afirmando la consolidación del sometimiento de los profesionales y de los colegios al derecho de la competencia en aquellos aspectos de ordenación del ejercicio profesional con repercusión económica.

Ese resultado es fruto de una importante modificación legislativa y de la labor del TDC, que los autores critican por su heterodoxia. Es cierto que la calidad técnica de algunas de sus resoluciones deja bastante que desear, pero el ejemplo elegido es poco afortunado (Res. 455/99, Abogacía española)³⁹. En efecto, a diferencia de cómo hacen los autores, no debe atribuirse un significado especial a la falta de mención de la Ley General de Publicidad en el artículo 2.1 de la Ley de Colegios Profesionales (tras la reforma operada por la Ley 7/1997). Basta leer los artículos 1 y 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, para darse cuenta⁴⁰. Es más, como frecuentemente ocurre, las restricciones publicitarias pueden ser enjuiciadas no sólo bajo el prisma del régimen jurídico de la publicidad, sino también por la vía del derecho de defensa de la competencia, que es la que el TDC utilizó en su resolución (y luego en la resolución de 5 de octubre de 2000, 471/99, Odontólogos Córdoba).

Al margen de ese ejemplo, puede coincidir con los autores en que la doctrina del TDC sobre colegios profesionales sea técnicamente defectuosa, sobre todo por la confusión plano técnico-jurídico y funcional. No cabe duda que sería más lógico y eficaz admitirse el enjuiciamiento, aunque no revisión, de todas las conductas y actividades de los colegios con relevancia antitrust independientemente de la naturaleza del acto⁴¹.

De otro lado, parece correcto establecer unos límites correctores a una aplicación maximalista de las normas de defensa de la competencia en función de los intereses dignos de tutela, que pueden legitimar decisiones de los colegios con trascendencia económica (o sin ella) restrictivas de la competencia. Esta labor habrá de ser necesariamente casuística y habrá de emplear el interés general como parámetro de las limitaciones (superando la bipartición entre funciones públicas y privadas), que pondere los bienes jurídicos implicados y la proporcionalidad de las medidas: calidad del servicio, protección de consumidores y deontología profesional.

Con esa finalidad, los autores proponen emplear el mecanismo de las autorizaciones singulares de los artículos 3 y 4 de la LDC para dar entrada al interés general en el enjuiciamiento de las decisiones y conductas de los colegios profesionales que fueran potencialmente restrictivas de la competencia, y así está ocurriendo en la práctica⁴².

³⁹ *Colegios Profesionales y Competencia*, pág. 220.

⁴⁰ Al respecto, véanse Jesús OLAVARIA IGLESIA y Javier VICIANO PASTOR, "Profesiones Liberales y Derecho de la Competencia: Crónica de la situación", *Derecho Privado y Constitución* 11 (1997) 300 y nuestro comentario a la Resolución 455/99 del TDC publicado en *Comunicaciones IDEI* 21 (2000) 122-123.

⁴¹ *Colegios Profesionales y Competencia*, págs. 226-227.

⁴² Véanse resoluciones A 310/01, de 31 de octubre de 2002 y A 298/01 de 9 de septiembre de 2002, aunque en ambos supuestos el TDC considera que las normas que se pretende sean objeto de autorización singular no constituyen conductas restrictivas de la competencia

En general, debe coincidir con los autores acerca de la necesidad de alcanzar un equilibrio adecuado y razonable entre las necesidades de interés general vinculadas al ejercicio de las profesiones y las específicamente vinculadas al derecho de defensa de la competencia, pero también ha de subrayarse la dificultad del análisis propuesto, caso a caso, según los efectos de las prácticas, que ocasionalmente serán difíciles de medir, según el contexto y las circunstancias, y en función de la intervención del Estado, sin que las conclusiones sean en muchos casos generalizables a las distintas profesiones⁴³.

En cualquier caso, quizá por la inercia histórica (recuérdese que hablamos de *Spanish practices*), parece claro que todavía subsisten muchos excesos colegiales que restringen la libre competencia en la práctica profesional, y que carecen de justificación posible en el interés general. Ello explica que sea uno de los temas en los que más resoluciones ha dictado el TDC en los últimos cinco años. Sólo cuando esas prácticas restrictivas se eliminen será posible agudizar el análisis para dar cuenta de los supuestos verdaderamente problemáticos en los que existe un interés general que inspira las normas profesionales y que puede llevar a tolerar ciertas restricciones a la libre competencia en el mercado de los servicios profesionales.

⁴³ Véase, por ejemplo, John E. LOPATKA, "Antitrust and Professional Rules: A Framework for Analysis", *San Diego Law Review* 28 (1991) 382-384 y, más próximo y atractivo, aunque quizá menos realista en sus propuestas, Bernardo BORTOLOTTI, "La competizione regolata nel mercato dei servizi professionali", en *Le professioni intellettuali tra liberalizzazione e nuova regolazione* (a cura di Stefano Zamagni), Egea, Milano 1999, 97-117.