

LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Mercedes PEDRAZ CALVO

Magistrada. Sala de lo Contencioso Administrativo
de la Audiencia Nacional

1. INTRODUCCIÓN

La redacción de estas líneas se inició con el propósito de enlazar con dos artículos aparecidos en el *Anuario de la Competencia 1997*: el de Francisco CABRILLO titulado, «La aplicación de las normas de defensa de la competencia al ejercicio de las profesiones colegiadas», y el de Luis BERENGUER «Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia». Tal propósito se reforzó por la circunstancia de que la Audiencia Nacional dictó en 1997 y 1998 cinco sentencias relacionadas con la cuestión, algunas ya valoradas en el trabajo de Luis BERENGUER, resoluciones judiciales que suscitan problemas sobre los que parece oportuno extender la reflexión.

El profesor CABRILLO, comentando la reforma de la Ley de Colegios Profesionales operada por la Ley de 14 de abril de 1997, concluía: «En resumen, el legislador parece querer conservar ciertas características institucionales de las profesiones colegiadas; pero, al mismo tiempo, es consciente de que estas características pueden ser utilizadas para atacar principios básicos de la competencia. Hay que insistir, sin embargo, en la idea de que no son sólo los aspectos referidos a la oferta de servicios y a las remuneraciones los que introducen estas rigideces difícilmente justificables en una economía desarrollada, de las que habla la Ley en su exposición de motivos.»

En su trabajo, Luis BERENGUER dedicaba un apartado al examen del artículo 2.1 LDC y la actividad administrativa según las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, concluyendo que constata «una marcada tendencia del Tribunal de Defensa de la Competencia a ligar la cuestión relativa al sometimiento de las Administraciones Públicas al

Derecho de la competencia con el contenido del artículo 2.1» y señalando que «las cuestiones relativas a si la actividad de las Administraciones Públicas se someten o no a las normas de la competencia deben enfocarse en otro precepto diferente al que regula el amparo legal».

Antes de proseguir con la valoración de los problemas que suscita el sometimiento o no a las normas de competencia de los Colegios Profesionales, parece oportuno hacer memoria cronológicamente de las Resoluciones que ha dictado el TDC en relación con el enjuiciamiento de la conducta de aquéllos y de otras Instituciones con facultades delegadas por la Administración, o de la Administración Local. Y al tiempo, reseñar los pronunciamientos judiciales sobre las mismas cuestiones.

2. LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1992-1998)

El examen de las Resoluciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia a partir de 1992, fecha en que, en líneas generales empieza a aplicar la Ley 16/1989, pone de manifiesto que la cuestión relativa a si la actividad administrativa se somete o no a la jurisdicción del Tribunal se plantea con relativa frecuencia. Debe tenerse en cuenta el cambio que supuso en estas cuestiones la aprobación del Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, y de la Ley 7/1997, de 14 de abril.

En 1992, con fecha 20 de noviembre (expte. 313/1992, Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro), se dicta una Resolución que ha sido posteriormente recordada en muchas ocasiones por otros Acuerdos del TDC, incluso, como se verá, literalmente reproducida. La expedientada alegó que los Colegios Profesionales son Corporaciones de Derecho público que se integran dentro de la denominada «Administración Corporativa», y, en consecuencia, la conducta enjuiciada (orden de abstención a los colegiados respecto de un concurso) queda fuera de la competencia del TDC, al ser un acto de una Administración Corporativa. El TDC dice literalmente: «... ni cabe sin más aplicar a los Colegios Profesionales la calificación de Administraciones Públicas, ni sus actos son actos administrativos en sentido estricto, ni dejarían por ello de estar sometidos a la legislación de Defensa de la Competencia, ni podrían buscar amparo en lo establecido en el número primero del artículo segundo, ya que no hay norma que ampare esta orden de abstención». Continúa señalando que son Corporaciones sectoriales de base privada depositarios de potestades delegadas, lo que no transforma sus actuaciones en actos administrativos, siendo el mecanismo de delegación el que explica la atribución de potestades, y una decisión de oportunidad legal la que atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa los recursos contra sus acuerdos. Finalmente, la resolución analiza por que no es de aplicación el artículo 2.1, y declara que se trata de un acto prohibido por el artículo 1 de la Ley.

En ese mismo año 1992 (expte. 34/1992, Federación territorial vizcaína de kárate) con fecha 10 de diciembre el TDC resuelve la cuestión planteada por la denuncia de una sociedad mercantil contra la Federación Vizcaína de Kárate que le ha impedido la organización de competiciones de ese deporte en el País Vasco. El TDC define a la denunciada como «la representante en el ámbito estatal de los diversos estamentos del citado deporte en el País Vasco» y señala que inscrita en el Registro de Asociaciones y Federaciones Vascas de la Comunidad Autónoma, desarrolla su actividad al amparo de la Ley 5/1988 de Cultura Física y Deportes del País Vasco. La Consejería de Cultura del Gobierno Vasco informó que se trata de «Asociaciones privadas que ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo en exclusividad» y el TDC concluye que, puesto que la denunciada ejerce por Ley funciones públicas de carácter administrativo (entre otras la organización y autorización de las competiciones oficiales), la actuación denunciada hay que inscribirla entre aquellas que el artículo 2 de la Ley 16/1989 declara exentas.

En la Resolución dictada el 18 de octubre de 1993 (expte. A 58/1993, Ayuntamiento de Sabadell) el TDC se plantea «si es posible que el Tribunal revise y juzgue la actuación de un Ayuntamiento que decide realizar una actividad económica...» y distingue entre la decisión del Ayuntamiento de realizar una actividad económica (crear un Centro de Enseñanzas de Formación Empresarial) que considera un acto administrativo sometido a normas de Derecho público y, por tanto, no controlable por el TDC; y el ejercicio de la actividad económica no constitutiva de servicio público que «atribuye a quién la realiza —el Ayuntamiento o la persona creada al efecto— la condición de empresario plenamente sometido en su actividad dirigida al mercado a las normas que lo regulan, entre ellas la de defensa de la competencia» (el ejercicio de la actividad de enseñanzas de formación empresarial). Como consecuencia, ordena reabrir un expediente archivado por el Servicio.

En ese mismo año 1993 se dicta una Resolución, la de 30 de diciembre (expte. 333/1993 Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Cáceres) que reproduce textualmente la de 20 de noviembre de 1992 para resolver la objeción de la expedientada, según la cual su conducta no puede ser enjuiciada por el TDC al ser una Corporación de Derecho público cuyos fines se dirigen a la ordenación de la profesión de Arquitecto Técnico.

En este expediente se plantea una cuestión novedosa: el Colegio alega, como segundo motivo de oposición, que no es un agente económico. El TDC recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional en la Sentencia 20/1988, de 18 de febrero, según la cual los Colegios Profesionales son «corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros pero que también atienden finalidades de interés público en razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho público». El corolario de tal argumento es, para el TDC, que «en defensa

de los intereses privados actúan como cualquier asociación empresarial siendo, por tanto, agentes económicos equiparables a estas asociaciones» con apoyo en el Derecho comunitario, según el cual los agentes económicos son empresas a los efectos del Derecho comunitario de la competencia, y así están sometidas a este Derecho de la competencia todas las entidades que ejercen actividades de carácter económico, con independencia de su forma jurídica.

En esta Resolución el TDC alcanza conclusiones que es importante resaltar: la primera, que el Colegio Profesional es agente económico y empresa cuando ejerce sus actividades de defensa de los intereses privados de sus colegiados, como cualquier otra asociación profesional o empresarial. La segunda, que ostenta una posición de dominio, porque la colegiación es obligatoria, todos los estudios de Seguridad e Higiene de las edificaciones han de estar suscritos por arquitecto técnico colegiado y solo el Colegio tiene la facultad legal de conceder el visado exigible a los estudios citados. En este expediente se discutía la exención de honorarios solicitada por un arquitecto técnico ligado por relación laboral a la constructora, y denegada, denegación que conllevaba un beneficio económico para el Colegio. El TDC declaró cometida una infracción por imponerse el cobro de unos honorarios inexistentes, señalando que el hecho de que la posición de dominio se la de una ley no exime al Colegio de su obligación de aplicar el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En 1994, y con fecha 28 de julio (expte. 339/1993, COAM) el TDC dicta una Resolución en la que nuevamente enjuicia una orden de abstención para participar en un concurso que el Colegio de Arquitectos da a sus colegiados. El planteamiento de este Acuerdo, en el que se tratan muchas cuestiones de interés, se basa en estas premisas: *a)* la Ley 16/1989 es una ley general sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los sujetos públicos y privados y ha de ser respetada por ellos en sus actuaciones; *b)* la valoración de si ha habido o no infracción de la citada Ley corresponde al TDC; *c)* asimismo, es de su competencia el analizar el caso concreto y dictaminar, en primer lugar, si la actuación constituye un acto administrativo al margen de la LDC y en segundo lugar, si existe o no una autorización legal para la conducta enjuiciada.

A continuación, el TDC reitera la doctrina de la Resolución COAVN de 20 de noviembre de 92, y añade que es competente «para proceder al análisis de si un acto de un Colegio Profesional o de cualquier otro instituto que tenga delegadas funciones públicas constituye o no un auténtico acto administrativo ajeno al tráfico mercantil y que no puede ser analizado a la luz de los preceptos de la LDC». Su conclusión es que la orden de abstención no tiene amparo legal.

Una última cuestión relevante a los efectos de esta reflexión es la alegación del Colegio expedientado de que en el caso de que las normas de competencia fuesen aplicables a los Colegios Profesionales, los actos de regulación de la profesión deberían ser examinados desde una regla

de razón. La regla, desde su punto de vista, debe interpretarse en el sentido de que resulta imposible aplicar estrictamente a las actividades profesionales los mismos criterios que a las actividades económicas. El TDC recuerda que no es posible invocar la regla de razón para tratar de argumentar que los acuerdos anticompetitivos producen otros beneficios sociales o económicos.

Este Acuerdo tiene el voto particular del vocal Sr. Bermejo, quien, en resumen, señala que «el Reglamento de Concursos se ha dictado por el Colegio en ejercicio de una función pública delegada, versa sobre el ejercicio de la profesión y, lo mismo que el acto colegial que lo aplica, pertenece al tráfico administrativo y no privado del Colegio. Basta con afirmar la naturaleza administrativa de las conductas en examen y su no inclusión en el artículo 1 para que el Servicio/Tribunal deban declararse incompetentes para enjuiciar su legalidad». El citado vocal sostiene que lo correcto es decidir la naturaleza del acto, y si es administrativo, declarar la incompetencia y señalar la vía del artículo 8 para el examen de legalidad.

El día 11 de julio del mismo año (expte. 74/1994, Cirujanos Taurinos) se dicta una Resolución en cuyo primer Fundamento Jurídico se establece esta premisa: «Aunque el Servicio ha planteado el asunto como si hubiera que discutir si procede que con arreglo a la LDC se revisen o no actos administrativos y si una denegación de doble colegiación tendría o no amparo legal, de lo que realmente se trata es de investigar cómo se realiza la prestación de asistencia médica taurina en instalaciones no permanentes y determinar la regulación aplicable». Y a analizar si la conducta enjuiciada (del Colegio de Médicos de Ávila) ha producido o no, *prima facie*, efectos restrictivos de la competencia se dedica la Resolución, hasta concluir que debe revocarse el archivo de la denuncia porque aparentemente si se ha restringido la competencia, señalando en el Fundamento Jurídico número 7 que no procede el archivo «a no ser que se considere pura y simplemente que todas las actividades de profesionales colegiados caen fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, lo cual dista mucho de la doctrina permanentemente mantenida por este Tribunal».

En el Acuerdo de 2 de noviembre de 1994 (expte. 83/1994, Publicidad Abogados) el TDC confirma el archivo decretado por el Servicio de la denuncia formulada por un Abogado contra el Consejo General de la Abogacía y subsidiariamente contra el Ministerio de Justicia e Interior por la prohibición genérica de la publicidad de información profesional establecida en el Estatuto General de la Abogacía, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 1, de la Ley 16/1989.

La Resolución de 12 de diciembre de 1994 (expte. 92/1994, ASISA) revoca el sobreseimiento, decretado por el Servicio, de las denuncias formuladas por una aseguradora contra dos Colegios de Médicos, por imponer a sus colegiados el cobro de honorarios mínimos y, por cobrar sus honorarios médicos a través del Colegio.

El Tribunal recuerda que la Ley de Colegios Profesionales tiene como uno de sus objetivos esenciales «la ordenación del ejercicio de las Profesiones», lo que, a su juicio, revela que pretende regular el «colectivo de cada Colegio Profesional y no a regular las actuaciones de terceros ajenos a la profesión; de una regulación general que no contempla excepciones específicas dirigidas a colectivos concretos dentro de cada colegio respectivo». La consecuencia que extrae el TDC es que la Ley de Colegios Profesionales no puede amparar conductas contrarias a la competencia como la aplicación de honorarios mínimos a determinados colectivos, y mucho menos a empresas concretas que no están sujetas a la jurisdicción colegial, por lo que debe investigarse el alcance de los acuerdos denunciados.

En el año 1995, en la Resolución de 28 de junio (expte. 351/1994, Asociación de Tocoginecólogos de España) el TDC señala que la Asociación «que no es un Sindicato, ni un Colegio, ha decidido realizar, sin cobertura legal, una negociación colectiva de un baremo de honorarios, incurriendo en la prohibición del artículo 1 de la LDC». Se imponen dos sanciones, por infracción del artículo 1.1.a) y del artículo 1.1.

El 3 de julio de este año (expte. 108/1995, Farmacia Santander) el TDC analiza en su Resolución si la denegación por un Colegio de Farmacéuticos de la autorización de abrir una farmacia es un acto administrativo al que no puede aplicarse la Ley de Defensa de la Competencia, partiendo de la base de que siendo su función aplicar esta Ley «a todas aquellas situaciones de restricción de competencia que hayan sido creadas por operadores económicos privados o públicos, debe proceder, en consecuencia, a analizar el carácter con el que estos últimos operadores intervienen para determinar si les resulta o no aplicable dicha legislación». La conclusión a la que llega es que la Administración ha delegado en los Colegios de Farmacéuticos la facultad de conceder las autorizaciones para el establecimiento o apertura de oficinas de farmacia, siendo el hecho denunciado un acto administrativo del Colegio que no puede ser revisado por el Tribunal.

En la Resolución de 26 de julio de 1995 (expte. 122/1995, Cirujanos Taurinos II), el Tribunal no solo se remite a su Resolución de 20 de noviembre de 1992 (Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro) y a la de 30 de diciembre de 1993 (COAATC), sino que reproduce literalmente varios apartados de dichos Acuerdos. La conclusión es que «cuando un Colegio Oficial adopta decisiones que no están amparadas por el artículo 2.1 LDC ni por ninguna otra norma para defender los intereses corporativos de unos o de la totalidad de sus colegiados actúa como cualquier agente económico o federación de los mismos a efectos de la aplicación del Derecho de la competencia» ordenando se incoe expediente para investigar los hechos denunciados. El voto particular del vocal Sr. Bermejo se remite a su voto discrepante en la Resolución de 30 de julio de 1994 (COAM).

En 1996, y con fecha 1 de abril (expte. 145/1996, Denegación de venta ambulante) el TDC analizando la concesión de licencias municipales para la venta ambulante, señala que «las decisiones o acuerdos de las Corporaciones Locales sobre concesión o denegación de tales licencias o autorizaciones, constituyen actos administrativos sujetos a normas de Derecho público, sin que pueda considerarse que, en su ejercicio, los Ayuntamientos asumen un papel de operador económico. En consecuencia, su actividad no puede analizarse ni ser revisada por el Tribunal desde la perspectiva de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Por el contrario, tales actos, en cuanto están sujetos al Derecho administrativo pueden ser recurridos por los interesados que se consideren perjudicados, ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

El Acuerdo de 15 de abril de 1996 (expte. 126/1995 Handling Aeropuertos) analiza diversas actuaciones de AENA, que según el artículo 82.2 de la Ley 4/1990 se regirán por el ordenamiento jurídico privado en todo lo relativo a sus relaciones patrimoniales y contratación y por el Derecho público en lo que atañe al ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas. El TDC recuerda que la citada Ley establece: son actos dictados en el ejercicio de funciones públicas los que realice AENA en relación con la gestión y utilización del dominio público aeroportuario, los de recaudación de ingresos públicos y los de ordenación de los servicios aeroportuarios, y son actos sometidos al ordenamiento jurídico privado los de gestión y explotación de la actividad aeroportuario y de las actividades complementarias de esta, así como la contratación.

Sobre estas bases concluyen que los actos denunciados no son actos administrativos, que en la prestación de ese servicio actúa con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico privado y que debe continuar la investigación por parte del Servicio.

Con fecha 30 de abril de 1996 (expte. 148/1996, Tragsa) el TDC acuerda investigar la denuncia que presentó la Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas contra la Comunidad Autónoma de Aragón y la Empresa Nacional de Transformación Agraria por el Convenio suscrito para establecer como régimen para la ejecución de obras y servicios por parte de la primera en materia de carácter agrario o de mejora del medio rural la contratación con Tragsa. Desestima los argumentos dados por el Servicio para justificar el archivo: que el Convenio se enmarca en el proceso de transferencia de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas, y que la normativa de contratación de obras por las Administraciones prevé la posibilidad de la ejecución directa por la Administración implicada si tiene medios propios para ello.

En la Resolución de 25 de junio de 1996 (expte. 160/1996, Aparejadores Madrid) se examina la finalidad del visado previo, que según el TDC es «un instrumento en virtud del cual el Colegio garantiza que el encargo profesional se ajusta a la legalidad. El Tribunal Constitucional en su Sentencia de 21 de diciembre de 1989 ha declarado que el visado de los Colegios Profesionales es un control de carácter administrativo

de una relación de sujeción especial de Derecho público». Concluye el Tribunal que el visado, en el caso de los Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, no puede denegarse cuando los honorarios que un profesional asegura que se le adeudan no han sido abonados o garantizados, para lo que no es impedimento la norma (art. 48 del RD 497/1983, de 16 de febrero) que prohíbe a los aparejadores y arquitectos técnicos intervenir en un trabajo profesional hasta tanto no se le hayan abonado al anterior profesional sus honorarios.

El TDC considera que esta norma tiene un «carácter deontológico» para los colegiados y su aplicación no «puede suponer un boicot colectivo a quien contrata con un aparejador mientras mantiene un conflicto con otro profesional, pues estas conductas resultan anticompetitivas».

En la Resolución de 2 de julio de 1996 (expte. R 159/96 Contenedores de Barcelona) el Tribunal revoca el Acuerdo de archivo del expediente incoado por denuncia contra una Autoridad Portuaria con el argumento de que «no parece que todas estas sucesivas actuaciones de la Autoridad del Puerto de Barcelona puedan tener apoyo en el interés público de ordenación de la actividad portuaria ni que las mismas se llevan a cabo con cobertura legal de Derecho público. Más bien parece que se trata de acuerdos que están dentro del ámbito del Derecho privado, y que son los propios de un agente económico que actúa en el mercado y, por tanto, sujeto a la legislación que protege la libre competencia». Las «actuaciones» consistían en la concesión administrativa otorgada a una empresa para la carga y descarga de buques.

El día 17 de diciembre de ese mismo año (expte. 175/1996, Farmacias de Alicante) el TDC se pronuncia de nuevo respecto de una denuncia contra un Colegio de Farmacéuticos por denegar la apertura de una farmacia. El Tribunal recuerda su Resolución de 3 de julio de 1995, señalando que las resoluciones de los Colegios en la materias sobre las que la Ley les atribuye competencias sólo podrán ser objeto de recurso contencioso-administrativo (previo agotamiento de la vía administrativa).

En el año 1997 se dictan dos Resoluciones relacionadas con las actividades de los Colegios de Arquitectos y Aparejadores.

La primera, de fecha 5 de junio (expte. 372/1997, Arquitectos Madrid) se declara realizada por el Colegio una práctica restrictiva de la competencia prohibida en el artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989 consistente en fijar de forma directa el importe del presupuesto de una obra proyectada por un colegiado, hechos que ocurrieron en 1995.

El denunciado había alegado reiteradamente dos cuestiones: la incompetencia de los órganos de defensa de la competencia, y la no aplicación de la LDC a los Colegios Profesionales, por tratarse de tarifas de honorarios. El TDC rechaza sus argumentos por remisión a sus anteriores Resoluciones, singularmente la de 28 de julio de 1994, y recuerda que, aunque en 1995 la fijación de honorarios mínimos por los Colegios Profesionales tenía amparo legal, la situación ha cambiado por aplicación de lo dis-

puesto en la Ley 7/1997, de 14 de abril. En cuanto a la posibilidad de que una Circular del COAM caiga dentro del ámbito de aplicación del artículo 2.1 de la LDC, el Tribunal se remite a su Resolución de 20 de noviembre de 1992 para establecer que no tiene habilitación legal, concluyendo con un pronunciamiento sobre el hecho concreto denunciado: no se trata de una cuestión de fijación de honorarios profesionales, para lo que el Colegio estaría autorizado por el artículo 5.ª) de la Ley de Colegios Profesionales, sino de una determinación de presupuestos y fijación de precios.

La segunda Resolución es de fecha 24 de julio de 1997 (expte. 393/1996, Aparejadores Cádiz) y declara nuevamente la existencia de una práctica prohibida en el artículo 1.1.a) cometida por el Colegio denunciado por convenir con un Ayuntamiento «en cuantías distintas a las previstas legalmente, las tarifas de honorarios a percibir por los aparejadores y arquitectos técnicos» de dos provincias, cuando emitan informes técnicos para la legalización de viviendas en un determinado municipio. En este supuesto, el pacto había sido a la baja, y según el propio Tribunal, del mismo «cabe suponer que ha de derivarse ventajas en el orden urbanístico para el municipio y en la mejora del hábitat para cierto número de sus vecinos, seguramente los de menor nivel de renta». Pese a las razones citadas la conducta se considera prohibida, y se señala expresamente que «lo es con independencia del carácter de corporaciones públicas de los causantes» y que «el carácter de operador económico de una entidad depende de lo que hace, no de quien lo hace».

Finalmente, debe resaltarse que el TDC resuelve que la cuestión no ha quedado «sin sentido» por la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/1996, porque la conducta se produjo con anterioridad.

La última Resolución dictada en 1997 en relación con el tema que nos ocupa lleva fecha 15 de diciembre (expte. 258/1997, Procuradores Madrid) y se suscita como consecuencia, primero de la promulgación del Real Decreto Ley 5/1996, de 7 de junio, que modificó la Ley 2/1974 de Colegios Profesionales estableciendo que cuando una profesión se organice por Colegios Territoriales bastaría la incorporación a uno de ellos —el del domicilio profesional único o principal— para ejercer en todo el territorio del Estado; y posteriormente, aprobada la Ley 7/1997, cuyo artículo 5.3 contempla una excepción al régimen general de colegiación única para ejercer en todo el territorio del Estado, cuando los Colegios estén organizados territorialmente atendiendo a la exigencia necesaria del deber de residencia.

El TDC analiza varios Acuerdos del Consejo General de los Ilustres Colegios de Procuradores de los Tribunales de España, y concluye que fueron adoptados de acuerdo con la Disposición Transitoria del Estatuto General de Procuradores (Real Decreto 1417/1983), por lo que están amparados por el artículo 2.1 de la LDC. Considera que la Disposición Transitoria del Estatuto es compatible y susceptible de ser integrada en las nuevas disposiciones de la Ley 7/1997.

Este Acuerdo tiene el voto particular del vocal Sr. Rubí, quién sostiene que la Ley 7/1997 ha sometido al régimen de libre competencia dos aspectos del ejercicio de las profesiones colegiadas: la oferta de servicios y la fijación de la remuneración. La excepción para los colegios organizados territorialmente atendiendo a la exigencia necesaria del deber de residencia debe aplicarse de conformidad con la LDC, y considera, por tanto, que la voluntad derogatoria de la Ley 7/1997 respecto de las normas anteriores contrarias a la LDC se extiende al RD 1417/1983.

En el año 1998 se decide por primera vez, en la Resolución de 2 de marzo (expte. 275/97, Universidad Santiago), la competencia del TDC para enjuiciar un acto administrativo con base en el párrafo 2 del artículo 2.1 de la LDC según la redacción aprobada por Real Decreto-ley 7/1996.

El día 4 de marzo siguiente (expte. 415/1997, Abogados Pamplona) el Tribunal examina el requerimiento de abstención formulado por un Colegio de Abogados a quienes, no siendo Letrados, realizaban publicidad ofreciendo «asesoramiento legal en materia de multas de tráfico». Concluye que no se trata de una práctica prohibida por la LDC porque el Colegio está «legitimado y quizás obligado, para inquirir la calificación profesional de quienes se dedicaban a prestar el asesoramiento legal anunciado», según lo dispuesto por el artículo 9 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado mediante Real Decreto 2090/1982, y debe velar para que se reconozca la exclusividad de su actuación.

Los días 31 de marzo (expte. 403/1997 Arquitectos Canarias), 14 de abril (expte. 374/1996, Aparejadores Valencia y Alicante) 8 de mayo (expte. 390/96, Arquitectos Asturias) 10 de julio (expte. 396/1997, Aparejadores Madrid), 28 de octubre (expte. 410/1997, Aparejadores Mallorca) y 29 de diciembre (expte. 422/1998, Arquitectos Andalucía) todas las fechas del año 1998, se dictan otras tantas Resoluciones en las que se declaran cometidas prácticas prohibidas por el artículo 1.1.a) de la LDC, cometidas por cuatro Colegios Oficiales de Arquitectos o Aparejadores, salvo en dos casos, en que las conductas se encuadran en el artículo 6.1. Las conductas consistieron, respectivamente en: I) la publicación y distribución entre sus colegiados de un cuadro de precios de referencia al que se atribuye la cualidad de precios mínimos; II) el establecimiento por el Consejo de Colegios oficiales de aparejadores y arquitectos técnicos de una Comunidad Autónoma de una tarifa de honorarios para los trabajos de control de calidad, llevada a la práctica por tres Colegios dependientes del Consejo; III) la publicación de un denominado «Cuadro de precios de referencia y determinación de honorarios», en el que se contienen distintas fórmulas o expresiones matemáticas para calcular el presupuesto correspondiente a una edificación concreta, fórmulas que incluyen un módulo establecido por el propio Colegio; IV) la negativa de visado a un encargo profesional en tanto no se deposite la fianza que garantice el pago de los honorarios discutidos con un profesional anterior; V) condicionar el visado a la constitución de depósito o aval bancario

de los honorarios de los anteriores directores de obra, y VI) acordar con un Ayuntamiento las tarifas de honorarios a percibir cuando emitan los profesionales informes técnicos.

En todos los casos (salvo en el expediente objeto del Acuerdo de 29 de diciembre que es en todo semejante al resuelto por el Tribunal el 24 de julio de 1997) los expedientados plantean al TDC que los Colegios Profesionales no están sometidos a su actuación hasta la promulgación del Real Decreto Ley 5/1996, de 7 de junio, y el Tribunal se remite a sus anteriores pronunciamientos (20 de noviembre de 1992, 30 de julio de 1993, 24 de julio de 1994, 26 de julio de 1995, 25 de junio de 1996, 5 de junio de 1997, son las referencias utilizadas).

Las Resoluciones de 10 de julio de 1998 y de 28 de octubre de 1998 tratan uno de los temas más sensibles para la actividad de los Colegios de Arquitectos y Aparejadores: el visado. El expedientado en cada caso sostiene que la conducta enjuiciada se halla dentro de la actividad administrativa de los Colegios Profesionales en su condición de entidades delegadas de la Administración que queda al margen de la LDC. El Tribunal considera que la negativa de visado es un comportamiento con trascendencia económica, y una actuación en la que el Colegio impone a terceros sus reglas internas, enjuiciando a continuación cuál es su finalidad, y las razones que las normas que lo regulan han previsto para denegarlo. La conclusión a que llega el TDC es que no existe norma alguna que autorice al Colegio a denegar el visado hasta tanto no se abonen por el cliente los honorarios «que un colegiado dice que le adeudan», interpretando en tal sentido el artículo 48 de los Estatutos Generales del Consejo General y Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, aprobado por Decreto 1471/77 y modificado por el Real Decreto 497/83: a juicio del TDC no puede interpretarse una norma de carácter deontológico dirigida a los colegiados para la defensa corporativa de los intereses económicos de los mismos, ni puede admitirse que tal conducta venga amparada por la Ley de Colegios Profesionales 2/1974.

En similar sentido (aplicación de la LDC a todos los operadores económicos) se pronuncia el TDC el 28 de julio de 1998 (expte. 405/1997, Expertos Inmobiliarios 2) al enjuiciar una denuncia presentada por la Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios contra el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Aragón y Soria por la publicación de anuncios relativos a su exclusividad en la mediación inmobiliaria.

En la Resolución de 23 de junio de 1998 (expte. r 278/1997, Microordenadores) se examina la actuación de la Dirección General del Patrimonio del Estado por una denunciada infracción de los artículo 1 y 6 de la LDC, cometida en la convocatoria de un concurso para la adquisición de ordenadores. La denuncia fue archivada por el Servicio, y el archivo confirmado por el Tribunal, con el voto particular del Ponente, Luis BERENGUER. En este voto particular se analiza la cuestión de si las normas de la competencia deben o no aplicarse a las Administraciones Públicas

no sólo cuando actúan como oferentes de bienes y servicios, sino cuando lo hacen como demandantes, recordando que el propio TDC admitió lo segundo en el Acuerdo de 30 de abril de 1996, expte. Tragsa. Tras exponer unas interesantes consideraciones sobre la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a la luz de la LDC, concluye que debió plantearse una cuestión prejudicial al TJCE, acerca de si las normas de los artículos 183.g) y 184 de la LCAP infringen o no el contenido de una Directiva.

En el Acuerdo de 30 de julio de 1998 (expte. r 316/1998, Expendedurías de Tabacos de Barcelona) el Tribunal archiva la denuncia formulada contra Tabacalera por denegar autorizaciones a determinadas expendedorías para ser punto de recogida de correspondencia y paquetería porque «la posibilidad de comercializar productos o servicios en las expendedorías del Monopolio está sujeto a autorización de la Delegación del Gobierno, subordinada a que no perjudique la imagen del mismo (art. 13.1 del Real Decreto 2738/1986). La impugnación de los actos otorgando o denegando tales autorizaciones debe realizarse en vía administrativa, y en su caso, contencioso-administrativa».

Al tiempo, ordena continúe la investigación respecto de una carta circular de 15 de octubre de 1996 relacionada con los contratos concertados con empresas de mensajería.

La última Resolución del año 1998 a reseñar en este contexto es la de 16 de noviembre (expte. 296/1998, Aeropuertos Españoles) en la que se reiteran algunas de las consideraciones expuestas en el Acuerdo de 15 de abril de 1996 sobre la condición de ente público de AENA y su sometimiento al Derecho administrativo en el desarrollo de sus funciones públicas, y al ordenamiento jurídico privado en lo relativo a sus relaciones patrimoniales y contratación.

En los primeros meses de 1999 se han dictado dos Resoluciones de interés a los efectos de esta reflexión. En la de 11 de enero (expte. 423/1998, ASISA), una aseguradora médica denuncia a dos Colegios de Médicos por haber establecido honorarios mínimos y el cobro de los mismos obligatoriamente por medio del Colegio.

El primero de los denunciados alega que actuó en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley de Colegios Profesionales: el Tribunal considera que la «tardía» aplicación de la normativa no era sino una medida de presión para que la aseguradora aceptara los honorarios mínimos, medida que se encuadra en el marco de un «boicot».

El segundo Colegio denunciado acreditó que se había dictado Sentencia por un Tribunal Contencioso-administrativo exonerándole por las actuaciones denunciadas, y el TDC considera que «es un asunto sobre el que no debe pronunciarse por tratarse de cosa juzgada».

Con fecha 4 de marzo de 1999 (expte. r 335/1998, Colegios Notariales) el TDC enjuicia una recomendación del Consejo General del Notariado

relativa al mecanismo compensatorio de honorarios. Esta Resolución contiene una interesante precisión sobre la previsión del artículo 2.1 LDC: «la interpretación de los supuestos de amparo legal ha de ser estricta, e incluso restrictiva, pues solamente han de considerarse incluidos en la figura aquellas conductas que respondan a una voluntad explícita del legislador». Al tiempo, se aborda «la cuestión relativa a la naturaleza de los acuerdos colegiales denunciados y si se trata de actividad administrativa de los colegios o bien de actividad susceptible de ser sometida a las normas de la competencia» para dar una respuesta que puede resumirse como sigue: los Colegios Profesionales tienen una doble naturaleza, Administración Pública y gremio de profesionales, pese a lo cual el Tribunal ha venido aplicando las normas concurrenciales a «los acuerdos de los colegios profesionales de contenido económico». La Ley de 14 de junio de 1997 supone una consolidación de su doctrina, a juicio del TDC, y en consecuencia no cabe discusión sobre esta aplicación a estos acuerdos «con trascendencia económica».

3. LAS SENTENCIAS DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Frente a este importante número de Resoluciones del TDC, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado hasta la fecha únicamente cinco sentencias revisando la actuación de aquel Tribunal, dos en 1997 y tres en 1998.

La Sentencia de 12 de noviembre de 1997 resuelve el recurso formulado por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro contra el Acuerdo de 20 de noviembre de 1992 en sentido desestimatorio, analizando la naturaleza jurídica del Reglamento interno de los Colegios Oficiales de Arquitectos para los concursos de Arquitectura aprobado por el Pleno del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos y concluyendo que «no se puede calificar jurídicamente de Reglamento, en sentido estricto, que es el concepto empleado en el inciso final del artículo 2.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia».

La Sentencia de 11 de diciembre de 1997, desestima el recurso interpuesto por el Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Ávila contra el Acuerdo de 12 de junio de 1994 por el que el TDC ordena interesar al Servicio la investigación de los hechos denunciados, así como, en su caso, la incoación del correspondiente expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia. La Sala se limita expresamente a enjuiciar la procedencia de la continuación de la investigación, sin entrar a valorar otras cuestiones planteadas por las partes.

La Sentencia de 16 de mayo de 1998 examina el mismo asunto, una vez que el TDC en el Acuerdo de 26 de julio de 1995 ordena la incoación de expediente sancionador, al haber ordenado nuevamente el Servicio el archivo de las actuaciones. La Sala estima el recurso, remitiéndose

expresamente a los argumentos expuestos en la Sentencia de 23 de febrero del mismo año, por lo que procede recordar la motivación de la misma.

En esta Sentencia (la de 23 de febrero) se enjuicia el recurso del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid y del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España contra la Resolución del TDC de 28 de julio de 1994. En el Fundamento Jurídico cuarto, literalmente se señala: «los Colegios Profesionales se insertan dentro de la Administración Corporativa, tienen por ello encomendadas funciones al servicio del interés público, y en tal función actúan potestades exorbitantes propias de la Administración Pública. Ahora bien, junto a tal ejercicio de potestades exorbitantes, pueden ejercer otras funciones ajenas al interés público y a las que por Ley se les encomienda... Los Colegios Oficiales actúan como Administración Pública y como entes privados; en el primer caso, se les reconocen las potestades propias de tal Administración; en el segundo, actúa como mero particular y en condiciones de igualdad con los restantes sujetos de Derecho».

La Sala considera que lo esencial no es determinar la naturaleza jurídica de los Colegios y el Consejo Superior de Colegios actores, sino determinar qué competencias actúan. Se expone que «debe establecerse si la conducta sancionada se siguió en ejercicio del imperio propio de la Administración, o bien las facultades actuadas quedaban fuera del Derecho público, y ello, porque en el primer caso nos encontraríamos ante una habilitación legal que justificaría la conducta, aun siendo ésta subsumible en el tipo infractor. Podemos afirmar en un primer momento, que la Administración pública, actuando como tal, no se encuentra sometida al principio de libre competencia —y ello dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de Derecho público que ocupa— pero otra cosa es, cuando actúa sometida a Derecho privado, como sujeto de Derecho privado y al margen de la habilitación legal de potestades». La conclusión es que si el Colegio actúa en el ejercicio de funciones propias de su ámbito administrativo, opera el artículo 2 de la LDC por la habilitación legal de esas potestades, si bien éstas exclusivamente en el ámbito público de actuación de intereses generales que normas con suficiente rango les atribuyen.

La Sala concluye que en el supuesto concreto, la orden de abstención a los colegiados para que no participen en un concurso, el Colegio ha pretendido imponer una concreta forma de selección del profesional que vaya a dirigir una construcción, y esta actuación no está dentro de la esfera competencial administrativa de las actoras. La conducta se encuentra dentro de las tipificadas por el artículo 1.1 de la LDC y no está cubierta por el artículo 2, porque el Reglamento interno no es un Reglamento en el sentido previsto por la LDC (no tiene «aptitud ni vocación de generalidad en la complementación y desarrollo de la Ley»).

La sentencia confirma el Acuerdo del TDC excepto en lo relativo a la imposición de una sanción de multa.

En aplicación de la misma doctrina, la Sentencia de 16 de mayo llega a una conclusión diferente: analizando las competencias de los Colegios Profesionales con base en lo dispuesto en la Ley 2/1974, se comprueba que el artículo 5, apartado *i*), se refiere a la función de «ordenar en el ámbito de su competencia la actividad de sus colegiados» y, por otro lado, el artículo 3.2 establece que «será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas la incorporación al colegio en cuyo ámbito territorial se pretenda ejercer la profesión». La conclusión que se extrae es que «la función del reconocimiento de la colegiación (o la denegación de la misma) es una función claramente pública de aquellas que realizan los colegios en el ejercicio de las facultades que le son propias y cuya revisión se encuentra sometida a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa» y, por tanto, el acto de denegación de la doble colegiación «no puede estar vinculado a las prescripciones de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que carece de sentido la continuación del procedimiento».

Finalmente, la Sentencia de 2 de abril de 1998 examina el recurso interpuesto por la Asociación de Tocoginecólogos contra el Acuerdo de 28 de junio de 1995, y confirma íntegramente el mismo reiterando que la recurrente es un *tertius genus* que carece de cobertura legal para realizar la negociación colectiva del baremo de honorarios, incurriendo en la prohibición del artículo 1 de la LDC.

4. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

El origen del variable tratamiento de la cuestión del sometimiento de los Colegios Profesionales al Derecho de la competencia está en las dificultades que la doctrina y la jurisprudencia encuentran para determinar su naturaleza jurídica.

El propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 89/1989, de 11 de mayo, recuerda que «el artículo 36 de la CE no se refiere a la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales, manteniéndose por ello viva —y explicable— la preocupación de la doctrina en torno a aquélla. Puede afirmarse, sin embargo, que la inmensa mayoría se pronuncia en favor de una concepción mixta o bifronte que, partiendo de una base asociativa, nacida de la misma actividad profesional titulada (a ésta se refieren casi todos los Colegios Profesionales) consideran los Colegios como corporaciones que cumplen a la vez fines públicos y privados, pero integrados siempre en la categoría o concepto de Corporación».

Hilario HERNÁNDEZ MARQUÉS en su reciente trabajo «Colegios Profesionales, facultades disciplinarias y principio de legalidad» reconduce a tres orientaciones fundamentales la posición de la doctrina más autorizada: 1) la de quienes consideran a los Colegios Profesionales como supuestos de la llamada Administración Institucional, integrados, pues,

en la organización administrativa; 2) aquella que los conceptúa como Corporaciones sectoriales de base privada, con dos notas definitorias: su origen y su esencia son privados, pero tienen delegadas funciones públicas, y 3) el sector de la doctrina que les atribuye una naturaleza pública derivada de la esencia de su ser, el ejercicio de funciones públicas no por delegación, sino como propias en virtud de una atribución legal en régimen de descentralización.

El Tribunal Supremo, si bien no en sentencias relativas a recursos contra Acuerdos del TDC, se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales, con bastante claridad en sentencias recientes, debiendo destacarse la de 25 de febrero de 1998 (RA 1794) en la que señala: «a) La jurisprudencia constitucional ha venido a reconocer, en Sentencias de 5 de agosto 1983, 20 febrero 1984 y 15 julio 1987 que la nota relevante de las Corporaciones de Derecho público como Colegios Profesionales, consiste en señalar que son auténticas Corporaciones sectoriales de base privada, esto es, Corporaciones públicas por su composición y organización que, sin embargo, realizan una actividad que, en parte, es privada aunque tengan atribuidas por ley o delegadas funciones públicas y es, en los aspectos concretos en que actúan en funciones administrativas atribuidas por ley o delegadas, donde puede calificarse la intervención de tales Corporaciones de base privada como sujetas a Derecho administrativo a los efectos de su régimen jurídico y de su control jurisdiccional. b) También ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así en Sentencia de 3 noviembre 1988) la que ha reconocido que las Corporaciones públicas son asociaciones sectoriales de base privada a las que el Estado confía la realización de fines públicos.»

5. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

Tras esta definición se mantiene la incógnita: separar y diferenciar en cada Acuerdo de un Colegio Profesional el carácter administrativo del acto o su carácter de actos sometidos al Derecho privado.

La cuestión se plantea en otros ámbitos de la actividad colegial, y merece la pena reseñar las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, y por la Audiencia Nacional en relación con el Derecho tributario, resolviendo precisamente estas dudas con un sistema semejante al que utiliza hasta la fecha el TDC para determinar la incriminación o no incriminación de las conductas de los Colegios Profesionales.

Los Colegios Oficiales de Arquitectos y Farmacéuticos especialmente, pero también los de Abogados, han planteado numerosos recursos contencioso-administrativos, contra Actas de la Inspección de la Agencia Estatal de Administración Tributaria por el Impuesto sobre el Valor Añadido. En ellos se suscita si determinadas actividades que llevan a cabo están o no sujetas al precitado Impuesto, y en caso de estar sujetas, si

se hallan o no exentas. Expresado de otra manera: si bien el Tribunal Supremo no se ha pronunciado expresamente enjuiciando Resoluciones del TDC sobre esta materia, sí lo ha hecho, resolviendo recursos contencioso-administrativos contra las actuaciones de los Colegios Profesionales, o formulados por estos contra actos de la Administración, señalando en cada caso la naturaleza jurídica de las objeto de impugnación.

Un grupo importante de éstos recursos ha sido planteado por diversos Colegios de Arquitectos en relación con el sometimiento a tributación de las cantidades satisfechas por los colegiados como consecuencia del visado de proyectos. La actividad litigiosa es el «visado» que el Colegio realiza de los proyectos, y se alegó por los recurrentes que la expedición de visado es una actividad de control, de entre las funciones «públicas», y, por tanto, no está sujeta al IVA, según lo dispuesto en la Sexta Directiva en relación con la Ley del Impuesto y el artículo 5 de la Ley de Colegios Profesionales. Las sentencias concluyen que tal actividad está sujeta porque se realiza en favor de terceros, clientes de los colegiados con carácter retribuido, ajena a la cuota periódica que el colegiado satisface al Colegio por su pertenencia al mismo. Por estas mismas razones, se deniega el reconocimiento de la exención: la Ley del IVA declara exentas las cantidades que cobra de sus colegiados por cuotas periódicas de afiliación, y la cuota de incorporación por tratarse de «cotizaciones fijadas en los estatutos»; por el contrario, el servicio de visado de proyectos es independiente del pago de la cuota periódica.

En la Sentencia de 19 de febrero de 1998 (RA 1400) el Tribunal Supremo define la naturaleza jurídica del visado en los siguientes términos: declara en primer lugar que «existe un único y genérico visado, el estatutario o corporativo, al que se ha adherido, como uno de sus aspectos, la vigilancia de la legalidad urbanística» y que constituye «un control de la actividad de los colegiados, en pro de los intereses gremiales y generales, y que conforma, en consecuencia, una función pública de modo que los actos producto de esa potestad de visado son actos colegiales sujetos al Derecho administrativo que resuelven, definitivamente, un procedimiento corporativo, susceptible, en definitiva, de recurso contencioso-administrativo». Continuando con el examen de su naturaleza concluye la Sala que el visado es una «contraprestación económica o ingreso público de naturaleza no tributaria... con la precisión o inteligencia, sin embargo, de que dicha contraprestación, ingreso o recurso no puede afectar en ningún caso, al tercero que encargó al Arquitecto Técnico o al Aparejador la obra, el certificado o el informe, sino, sólo y exclusivamente, al colegiado contratado o comisionado, pues, de todo el ordenamiento expuesto y examinado, se infiere que la relación jurídico-colegial que permite el cobro de los «derechos» (o de la llamada Tasa) de visado aquí cuestionados es estrictamente corporativa...».

En igual sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1997 (RA 9233) reitera que el visado de trabajos profesionales y legalización de firmas de los colegiados son prestaciones realizadas para ter-

ceros o mediante contraprestación distinta de las cotizaciones fijadas en los Estatutos.

La conexión comparativa entre estas conclusiones del Tribunal Supremo y las que ha alcanzado el TDC en sus resoluciones cuando la denegación del visado ha sido denunciada pone de manifiesto que para este último: «El visado constituye un acto de control. El trámite del visado no es un servicio que los Colegios profesionales prestan a sus colegiados o a los clientes de éstos concurriendo libremente en el mercado dentro de un esquema de Derecho privado, sino un control de carácter administrativo dentro de una relación de sujeción especial de Derecho público (STC 219/1989, de 21 de diciembre). Tiene carácter obligatorio para los colegiados» (ATDC 30 de diciembre de 1993).

En idéntico sentido se pronunció en la Resolución de 25 de junio de 1996, concluyendo en ambos casos que denegar el visado para asegurar el cobro de honorarios es una conducta anticompetitiva.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1998 citada, establece que el visado no puede afectar nunca al tercero que encargó la obra, el certificado o el informe, sino «sólo y exclusivamente al colegiado contratado o comisionado, pues de todo el ordenamiento expuesto y examinado se infiere que la relación jurídico-colegial que permite el cobro de los “derechos” (o de la llamada Tasa) de visado aquí cuestionados es estrictamente corporativa y tiene, como sujeto prestador del servicio y perceptor de su precio, al Colegio y, como sujeto pagador del mismo, al colegiado, quedando excluido, por tanto, de forma directa, de tal obligación, el tercero comitente (ajeno a la mencionada relación corporativa y colegial)».

En la Sentencia de 30 de junio de 1992 (RA 6097) el Alto Tribunal ya indicaba que, si bien los Colegios tienen la facultad de defender los derechos e intereses profesionales de sus colegiados «esa potestad de ordenación que comprende la de regular los contratos no puede afectar a los derechos de los terceros que no estén limitados por una norma legal, y sí sólo a los colegiados en el ámbito de sus derechos y obligaciones que dimanen de la sujeción especial que los vincula con los Colegios».

Según esta doctrina jurisprudencial, el carácter de «acto administrativo» (de los actos de los Colegios Profesionales) queda reducido a la relación Administración (el Colegio) administrado (el colegiado), y la posible «exención» legal o reglamentaria no ampararía ninguna extralimitación.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1992 (RA 1453), al tratar la competencia normativa del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España en materias relativas a la deontología profesional, se subraya que en cumplimiento de sus fines los Colegios Profesionales tienen la finalidad de ordenar el ejercicio de las profesiones; podrán regular las cuestiones que guarden relación con «la ética y dignidad profesional» y «el respeto debido a los derechos de los par-

ticulares», con un límite efectivo, no incurrir en infracción de la Ley ni del resto del ordenamiento jurídico.

En general, el Tribunal Supremo ha confirmado las actuaciones disciplinarias de los Colegios Profesionales en materias como la prohibición de la publicidad, y las exigencias de la colegiación, y ha revocado sus actuaciones en otras como la denegación de altas o la fijación o el cobro de los honorarios profesionales.

6. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha examinado alguno de estos problemas desde el punto de vista de la aplicación del artículo 85 del Tratado CEE.

En la Sentencia de 30 de enero de 1985 (A. 123/83, *BNIC/Clair*) se examinaba un supuesto en que la legislación francesa contemplaba la posibilidad de concluir acuerdos en el seno de una organización interprofesional agrícola. El Tribunal resuelve que el marco jurídico en el que se lleva a cabo la conclusión de tales acuerdos, y la calificación jurídica que le otorguen los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales no tienen incidencia en la aplicabilidad de las normas comunitarias sobre la libre competencia. Por tanto, un acuerdo interprofesional concluido por dos grupos de operadores económicos debe considerarse como un acuerdo entre empresas o como una asociación de empresas en el sentido del artículo 85, incluso si estos acuerdos o asociación se adoptan en el seno de un organismo que, según la jurisprudencia nacional, es de Derecho público.

La Sentencia de 23 de abril de 1991 (A. C-41/90, *Höfner y Elser*) establece que una oficina pública de empleo que ejerce actividades de colocación puede calificarse de empresa a efectos de aplicación de las normas comunitarias sobre la competencia, dado que, en el contexto del Derecho de la competencia, esta calificación se aplica con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación a cualquier entidad que ejerza una actividad económica.

En el asunto C-185/91 (*Reiff*) se dictó la Sentencia de 17 de noviembre de 1993 según la cual «aunque considerado en sí mismo, el artículo 85 del Tratado se refiere únicamente a la conducta de las empresas y no a las medidas legales o reglamentarias adoptadas por los Estados miembros, no obstante, es jurisprudencia reiterada que el artículo 85 del Tratado, considerado en relación con el artículo 5, obliga a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, ni siquiera legislativas o reglamentarias, que puedan anular el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas. Tal es el caso cuando un Estado miembro impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 85 o refuerza los efectos de tales prácticas, o bien despoja a su propia normativa del carácter estatal, delegando en operadores privados la respon-

sabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica». En consecuencia, «el hecho de que la autoridad pública proceda al nombramiento de personas propuestas por las organizaciones profesionales directamente interesadas, como miembros de un organismo encargado de fijar los precios, no excluye la existencia de una práctica colusoria en el sentido del artículo 85 del Tratado, puesto que estas personas han negociado y celebrado un acuerdo sobre precios en calidad de representantes de las organizaciones que las han propuesto».

En el Asunto C-244/94 (*Fédération Française des Sociétés d'Assurance y otros*) se dicta la Sentencia el día 16 de noviembre de 1995 resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés para que el Tribunal dilucide si una Entidad pública encargada de la gestión de un régimen complementario voluntario de Seguridad Social está sujeta a las normas del Tratado en materia de competencia. La respuesta es que una Entidad con fines no lucrativos como la litigiosa, que funciona con sujeción a normas dictadas en ejercicio de la potestad reglamentaria, es una empresa a los efectos de los artículos 85 y siguientes del Tratado CEE.

En la Sentencia de 11 de diciembre de 1997 (A. C-55/96, *Job Centre*) el Tribunal resuelve que «una oficina pública de empleo puede ser calificada de empresa a los efectos de la aplicación de las normas comunitarias sobre la competencia, dado que en el contexto del Derecho de competencia, esta calificación se aplica a cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación».

Por último, el 18 de junio de 1998, en el asunto C-35/96 (*Comisión/República Italiana*) el Tribunal dicta sentencia en un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión.

En esta Sentencia, el TJCE reitera conceptos ya recogidos en otras Resoluciones anteriores que concretan su doctrina en la materia: 1) el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y su modo de financiación; 2) a estos efectos, constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado; 3) el estatuto de Derecho público de un organismo nacional no impide la aplicación del artículo 85 del Tratado, ni incide en su aplicabilidad el marco jurídico en el que se celebran los acuerdos entre empresas, ni la calificación jurídica que este marco recibe en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales.

Al tiempo, el Tribunal avanza un paso más en la valoración de la cuestión que nos interesa, al analizar la composición, actividad, y finalidades del Consejo Nacional de Agentes de Aduanas (CNSA en la sentencia): *a*) sus miembros representan a unos profesionales, y la ley nacional no impide que actúen en interés exclusivo de la profesión; *b*) sólo pueden ser miembros los profesionales inscritos en los Registros, sin par-

ticipación ni intervención de la Administración; c) su función es determinar las tarifas de honorarios, y la ley nacional no exige que se tenga en cuenta el interés público, d) los miembros del CNSD no son expertos independientes.

Con estas premisas el TJCE llega a la conclusión de que la tarifa uniforme y obligatoria para todos los agentes de aduanas que adoptó el CNSD restringe la competencia en el sentido del artículo 85 del Tratado CEE. La tarifa litigiosa tiene estas características: fija los precios de los servicios profesionales, fija los máximos y los mínimos, contiene una graduación escalonada atendiendo a diversos criterios, y es imperativa. La afectación de los intercambios comunitarios proviene del efecto de consolidación de compartimentaciones de carácter nacional que obstaculizan «la interpenetración económica perseguida por el Tratado».

La infracción se imputa al Estado porque «si bien es cierto que, considerado en sí mismo el artículo 85 del Tratado se refiere únicamente a la conducta de las empresas y no a medidas legislativas o reglamentarias adoptadas por los Estados miembros, también es cierto que este artículo analizado en relación con el artículo 5 del Tratado, obliga a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, ni siquiera legislativas o reglamentarias, que puedan eliminar el efecto útil de las normas sobre competencia aplicables a las empresas».

7. CONCLUSIONES

De todo lo que se ha venido exponiendo resulta que tanto el TDC como los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cierto modo habían adelantado en sus resoluciones algunas de las medidas liberalizadoras en materia de Colegios Profesionales que introdujeron el Real Decreto-ley 5/1996, de 14 de abril, y la Ley 7/1997, de 14 de abril. Siguiendo la sistemática de Luis CALVO SÁNCHEZ, el contenido y significado de esta reforma tiene tres líneas maestras: 1) la sujeción del ejercicio de las profesiones colegiadas al Derecho de la competencia, 2) la colegiación única para el ejercicio profesional en todo el territorio nacional, con la excepción relativa a los Colegios organizados territorialmente atendiendo a la exigencia del deber de residencia para la prestación de los servicios, y 3) la supresión del carácter obligatorio del cobro de honorarios profesionales por mediación del Colegio.

Al tiempo, la reforma de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como antes la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no incluye a los Colegios Profesionales en el concepto de «Administración Pública». La Ley 29/1998, de 13 de julio, establece en su artículo 2, letra c), que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con «los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público,

adoptados en el ejercicio de funciones públicas». Los comentaristas, y en concreto José Manuel SALA ARQUER, han señalado que la utilización del término «funciones públicas» entronca con la noción de competencias administrativas en sentido material y con la terminología utilizada por la legislación sectorial (la Ley de Colegios Profesionales y la Ley de las Cámaras Oficiales de Comercio).

La jurisprudencia comunitaria, por su parte, ha reiterado que los Estados miembros no pueden adoptar o mantener en vigor medidas, ni siquiera legislativas o reglamentarias, que puedan eliminar el efecto útil de las normas sobre competencia aplicables a las empresas, al tiempo que considera empresa a cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad, y que constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado.

Retomando el tema en el punto que se abordó al principio de estas líneas, puede concluirse que, en lo que a los Colegios Profesionales respecta tanto el TDC como la jurisdicción contencioso-administrativa, al señalar el ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia han efectuado una interpretación integradora respecto de las exigencias generales de esta norma legal.

En consecuencia, se ha entendido (antes y después de la reforma introducida por la Ley 7/1997) que la LDC es de aplicación a los Colegios Profesionales, que los mismos están sujetos a sus previsiones, y se ha determinado si la conducta o el acto están o no exentos por remisión a su autorización por una Ley o un Reglamento. Expresado de otra manera: se ha examinado caso por caso la naturaleza de la actuación, limitando el carácter de «administrativa» a la relación Colegio-colegiado, que por aplicación de la previsión del artículo 2.1 de la LDC queda fuera de la competencia del TDC cuando el acto tiene amparo legal o reglamentario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas.
- CALVO SÁNCHEZ, L., *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Civitas.
- HERNÁNDEZ MARQUÉS, H., «Colegios Profesionales, facultades disciplinarias y principio de legalidad», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. II, 3.ª época, febrero 1999.
- SALA ARQUER, J. M., «Comentario al artículo 2.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, núm. 100.
- CABRILLO, F., «La aplicación de las normas de defensa de la competencia al ejercicio de las profesiones colegiadas», en *Anuario de la Competencia 1997*, Marcial Pons-Fundación ICO.
- BERENGUER FUSTER, L., «Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia», en *Anuario de la Competencia 1997*, Marcial Pons-Fundación ICO.