

InDret

L'aplicació del Dret de defensa de la competència als col·legis professionals.

Notes a propòsit del llibre “Colegios Profesionales y Competencia”*

Francisco Marcos Fernández
Àrea de Dret Mercantil
Instituto de Empresa

Working Paper núm: 118
Barcelona, gener 2003
www.indret.com

* La referència completa és Luis CALVO SÁNCHEZ, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, Pablo MENÉNDEZ GARCÍA i Rafael PELLICER ZAMORA, *Colegios Profesionales y Competencia*, Unión Profesional-Civitas, Madrid 2002 (d'ara endavant *Colegios Profesionales y Competencia*).

I. L'aplicació del Dret de la Competència a les activitats dels professionals ha estat sempre una qüestió complexa, envoltada de dificultats. Tot i això, la necessitat de sotmetre els professionals a la disciplina del mercat, estenent-los l'aplicació de les normes antitrust és una vella idea en els ordenaments del nostre entorn¹. La rellevància pràctica de la qüestió és innegable tenint en compte la importància econòmica que l'activitat professional té en les economies modernes (generalment subestimada en qualsevol dada estadística, que només incorpora la seva participació directa en el P.I.B. sense computar-hi la indirecta)².

El nostre país ha ofert sempre un terreny fèrtil a les restriccions a la lliure competència en general i entre professionals. Fins a l'extrem que, en l'argot econòmic aquestes pràctiques reben el nom de *Spanish Practices*. Durant molts anys, s'han mantingut en el nostre país pràctiques restrictives de la competència entre els professionals justificades en una pretesa protecció del consumidor i en la salvaguarda de l'interès públic³.

La situació ha canviat radicalment en la segona meitat dels anys noranta, arran de la modificació de la Llei de Col·legis Professionals per sotmetre expressament els professionals a la regulació de defensa de competència i de competència deslleial (Llei 7/1997, de 14 d'abril, de mesures liberalitzadores en matèria de sòl i de Col·legis Professionals)⁴.

A partir de la llei 7/1997 els expedients sancionadors contra col·legis professionals s'han multiplicat (el llibre que comentem els relaciona exhaustivament⁵) i des què aquest llibre sortí al carrer poden anotar-se algunes resolucions més que es pronuncien sobre les pràctiques restrictives de la competència dels col·legis: resolucions d'11 de gener de 2001 (483/00, Col·legi Gestors Administratius Galícia); de 22 de gener de 2001 (480/99 Advocats Xerès); de 9 de març de 2001 (485/00, Agents Propietat Múrcia); de 3 de desembre de 2001 (507/00, Cirurgia Plàstica Aragó); de 30 de novembre de 2001 (508/00, Advocats Granada); d'11 d'octubre de 2001 (504/00, Advocats Madrid); Resolució de 3 de desembre de 2000 (507/00, Cirurgia plàstica Aragó), de 17 de gener de 2002 (512/01, Societats d'arquitectes), de 21 de març de 2002 (r502/01, Col·legis Mèdics), d'1 d'abril de 2002 (r472/01, Gestors Immobiliaris/Administradors de Finques), de 24 de maig de 2002 (r490/01, Propietat Immobiliària), de 27 de maig de 2002 (r516/02v, Col·legi Advocats Vigo), de 30 de maig de 2002 (521/01, Agents Propietat Immobiliària), de 26 de setembre de 2002 (528/01, Consell General de l'Advocacia) i de 10 d'octubre de 2002 (526/01, Certificats de Defunció). Abans que aquestes pàgines estiguin a la xarxa segurament aquest llistat s'haurà quedat curt.

¹ Vegeu, per tots, Francesco CARNELUTI, "Concorrenza illecita professionale", *Riv. Dir. Comm.* 1911, I, 168-169.

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

³ Vegeu, en general, el magnífic treball de Pedro FRAILE BALBÍN, *La retórica contra la competencia en España (1875-1975)*, fundació Argentaria-Visor, Madrid 1988; la referència als professionals apareix a les pàgines 83-91.

⁴ Vegeu, Daniel VAZQUEZ ALBERT, "Ejercicio de profesiones liberales y Derecho de la Competencia", a *Diario La Ley* nº 5590, de 18 de juliol de 2002 i 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 (maig/juny 2002) 22-35.

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

Les resolucions del Tribunal de Defensa de la Competència (d'ara endavant TDC) han sancionat els col·legis per l'adopció de decisions i acords que són considerats restrictius de la competència, però la reiteració i repetició d'aquestes resolucions no són res més que una mostra que la idea que els professionals estiguin sotmesos a la Llei de Defensa de la Competència està molt lluny d'haver cristal·litzat definitivament entre els col·legis professionals.

II. El llibre de Calvo Sánchez, Fernández Farreres, Menéndez García i Pellicer Zamora, *Colegios Profesionales y Competencia*, estudia l'evolució de l'aplicació del Dret de la Competència a l'exercici de les professions col·legiades i de la situació actual a Espanya, examinant la influència del Dret Comunitari sobre la qüestió.

Les dificultats que suscita l'aplicació del Dret de la Competència als professionals i als col·legis professionals estan relacionades amb diverses qüestions, no totes tractades pels autors en aquest llibre. Si bé, l'anàlisi que s'hi fa no pretén ser omnicomprensiu, ni interdisciplinari, és estrictament jurídic, s'ignoren les riques aportacions dels sociòlegs al tema i es menystenen les enriquidores idees dels economistes. Tot i que això no treu mèrit ni utilitat a l'estudi, acudir a aquestes disciplines hagués estat de gran ajuda per deixar assentades algunes idees prèvies i hagués estat un gran auxili en l'estudi posterior. Els autors no analitzen, per exemple, quines són les raons de fons que expliquen l'existència d'una professió (la definició que es fa a les pàgines 36 i 37 és insuficient) i la creació d'un col·legi professional. Tot i tractar-se d'una qüestió difícil de respondre amb caràcter general i absolut, poden apuntar-se algunes idees i possibles respostes que situïn les coordenades de l'anàlisi posterior. En última instància la clau del concepte de "professional" ha de trobar-se en altres disciplines, no jurídiques, en la sociologia i l'economia⁶.

Moltes de les dificultats que, des de qualsevol perspectiva (no només la de competència en el mercat), susciten els col·legis professionals, estan relacionades amb la indefinició constitucional sobre el particular (art. 36 CE) que ha provocat el desdibuixament de la institució col·legial, dels seus perfils jurídics i el debilitament de l'estructura col·legial. Això ha permès que sorgeixin i coexisteixin col·legis amb diferents característiques, que no respecten el patró tradicional⁷, proliferant "*nuevas profesiones colegiadas cuyo estatuto no siempre responde a unas mismas exigencias*"⁸. Aquesta multiplicació de nous col·legis professionals continua i, per exemple, actualment es troben en tramitació parlamentària la Proposició de Llei de creació del Col·legi de Pràctics de Port⁹, que a més introdueix el monopoli professional a favor dels col·legiats (article 2.2), i la Proposició de Llei de creació del Col·legi de Pedagogs¹⁰.

⁶ Pel lector interessat, vegeu, per citar-ne només dos, Ricardo GONZÁLEZ LEANDRI, *Las Profesiones. Entre la vocación y el interés corporativo. Fundamentos para su estudio histórico*, Catriel, Madrid 1999 i Christopher CURRAN, "Regulation of the professions" a *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (ed. Peter Newman), McMillan-Stockton, Londres-Nueva York, 1998, vol. 3, 247-255, ambdós amb referències a altres treballs.

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

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

⁹ BOCG, Sèrie B, núm. 214-1, d'1 de març de 2002.

¹⁰ BOCG, Sèrie B, núm. 159-1, de 13 de juliol de 2001.

En teoria, hi ha d'haver alguna cosa que diferenciï al professional del simple treballador o obrer ordinari, i això és el que explica que els professionals realitzin activitats intel·lectuals per a l'exercici de les quals es requereixi la possessió d'una titulació universitària, que la relació amb el client sigui de caràcter fiduciari i que hi hagin unes normes deontològiques que regeixin l'exercici de les activitats professionals. Per aquesta raó, l'equiparació entre la simple ocupació i la professió lliure que, aparentment, es fa en el llibre¹¹, no és plausible. En el terreny conceptual, tampoc és real la seqüència que tracen els autors: professional lliure, professional regulat, professional titulat, professional col·legiat¹². Hi ha supòsits dels quatre tipus, i una anàlisi de la realitat desvirtua aquesta seqüència, generalment totes les professions són col·legiades i titulades.

D'altra banda, és qüestionable el concepte de professional lliure o liberal com "*quien disfruta de una independencia técnica y tecnológica*"¹³. És professional liberal qui exerceix independentment i de manera autònoma una professió (enfront dels professionals dependents). En conseqüència, hi ha una confusió amb una de les notes característiques de la professionalitat, en concret, la discrecionalitat tècnica¹⁴.

Per últim, és errònia la caracterització del mercat dels serveis professionals com a mercat de competència perfecta¹⁵, tot al contrari de la realitat!, per començar, perquè les parts no disposen de la mateixa informació sobre les característiques dels serveis prestats¹⁶.

La caracterització que es fa dels professionals es limita a desgranar algunes de les conseqüències de l'*status* i de la prestació del professional, sense aprofundir en els pressupòsits que motiven aquesta situació. Teòricament, la titulació superior funciona com a garantia de qualitat, en acreditar una formació especialitzada del prestatari en una determinada disciplina. El professional es configura com a posseïdor de coneixements complexos i d'habilitats molt específiques que el col·loquen en una posició privilegiada per intentar resoldre els problemes dels seus clients. D'aquesta superioritat informativa del professional neix la confiança que, necessàriament, el client (generalment, en inferioritat de condicions) hi ha de dipositar. Generalment, el client no pot avaluar la prestació del professional, ni la seva necessitat, ni la seva qualitat; està a mercè del professional, a qui s'imposen unes normes addicionals establertes pel col·legi professional en l'exercici de les seves funcions. L'existència de possibles efectes externs (externalitats) positius i negatius en l'activitat dels professionals és una altra de les circumstàncies que els autors han trobat útil per perfilar un concepte acceptable de

¹¹ *Colegios Profesionales y Competencia*, pàgs. 30 i 34.

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

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

¹⁴ Tot i que després s'acull aquesta idea, vegeu *Colegios Profesionales y Competencia*, pàgs. 52 i 159. En aquest punt és útil portar a col·lació el treball de Luis MORELL OCAÑA, "Deontología de los quehaceres sanitarios: Códigos de buenas prácticas y 'Lex artis'", *Noticias de la UE* 184 (maig 2000) 95-108.

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

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

professional¹⁷. D'acord amb aquests plantejaments teòrics, el col·legi apareix com a reducte de qualitat, o almenys d'uns estàndards mínims de qualitat, tot i que a la pràctica això no sigui sempre del tot cert¹⁸.

L'estudi que el llibre fa dona per establert el concepte de "professional" com a sinònim de "professional col·legiat". Des d'aquesta perspectiva, tot es circumscriu a la creació i reconeixement legal d'un col·legi professional. La reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre el particular és clara: la creació ha de justificar-se en l'interès públic¹⁹. Curiosament, tot i que l'interès públic sembla exigir un únic col·legi per professió (així pot extreure's de l'article 4.3 de la Llei de Col·legis professionals²⁰), potser això no sigui el més eficaç ni eficient per controlar l'exercici de les potestats públiques delegades pel col·legi professional²¹.

El col·legi professional es configura com una institució que exerceix tant funcions públiques com privades²². El principal criteri diferenciador d'unes i altres són els interessos perseguits. Entre les funcions públiques es troben la d'auto-regulació de l'ordenació professional, el control d'accés (articulat a través de la col·legiació obligatòria) i el control de l'exercici de les seves activitats pels professionals, justificades per la superioritat informativa i de coneixement dels propis professionals. Una altra cosa és que els col·legis instrumentalitzin aquestes funcions en la protecció dels interessos particulars dels seus membres.

D'altra banda, no menys rellevant és la funció privada de representació i defensa dels col·legiats que els col·legis desenvolupen (art. 1.3 de la Llei de Col·legis Professionals).

III. És cert que, inicialment, l'exclusió de l'aplicació del Dret Mercantil als professionals es degué al fet que no eren considerats "operadors de mercat". Tot i això, ja fa temps que la pròpia realitat

¹⁷ No obstant, els autors no han seguit aquest camí; per qui hi estigui interessat, són recomanables els treballs 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* i R. C. O. MATTHEWS, "The Economics of Professional Ethics: Should the Professions be more like Business", *Econ. J.* 101 (1991) 737-750.

¹⁸ Tot i que, sense generalitzar, William J. GOODE, "The Protection of the Inept", *American Sociological Review* 32 (feb. 1967) 7, que creu que passa precisament el contrari, ni la pertinença al col·legi és sinònim de qualitat, ni hi ha una relació entre la qualitat del proveïdor i la retribució que aquest rep.

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

²⁰ No obstant, vegeu §III.2 del Dictamen del Consell d'Estat 2445/1999, de 28 d'octubre, relatiu al Decret 679/63 de 4 d'abril, que autoritzà la constitució del Col·legi Nacional d'Enginyers de l'Institut Catòlic d'Arts i Indústries i article 3 dels Estatuts Generals dels Col·legis Oficials d'Enginyers Industrials i del seu Consell General, aprovats per Reial Decret 1332/2000, de 7 de juliol.

²¹ Vegeu Paul DUNMORE i 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*, pàgs. 48-50.

de l'exercici de la seva activitat, equiparada en molts aspectes a l'activitat empresarial, i les normes jurídiques reclamen expressament la seva aplicació als professionals (el pas del model professional al model social del nostre dret de la competència havia de suposar necessàriament la seva plena aplicació als professionals). Tot i això, aquesta exclusió ha estat molt relacionada amb la consideració dels col·legis com a corporacions de Dret públic (i certament això és el que els propis col·legis inicialment argumentaren quan es tractà d'aplicar-los la LDC). Actualment, els professionals han d'equiparar-se a empreses i empresaris²³, de la mateixa manera que els col·legis són equiparats a associacions professionals. No cal recórrer a eufemismes. Una altra cosa és la necessitat de modular l'aplicació del Dret de la Competència a les activitats professionals, degut a l'“especial situación de opacidad y de confianza personal o dependencia en la que se hallan los consumidores en este mercado”²⁴.

De totes maneres, no falta qui considera que en aquest pas del model corporatiu al model liberal de mercat es corre el risc de desnaturalitzar la prestació de serveis professionals, equiparant-los 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. Segons el parer d'aquest últim autor, la distinció entre professional i empresari té com a conseqüència dogmàtica la necessitat d'utilitzar el mercat com a element configurador del Dret Mercantil, és a dir, el Dret Mercantil com a Dret Privat del mercat²⁶.

En aquest punt ha de matisar-se la referència que els autors realitzen al desenvolupament del mercat sota el principi d'eficiència²⁷, ja que no és totalment cert que la funció de la intervenció de l'Estat en el mercat sigui la d'assolir la màxima eficiència. El model liberal que inspira la llibertat i la no interferència, no exigeix necessàriament l'eficiència, i tampoc hi ha en la LDC ni en la CE cap referència expressa a l'eficiència, tot i que certament aquest sigui un principi que pugui considerar-se implícit en alguns preceptes, però això és una altra qüestió²⁸.

IV. Arran l'informe del TDC sobre el lliure exercici de les professions de juny de 1992, es produeix un canvi en l'examen per part del TDC de les conductes dels col·legis professionals potencialment restrictives de la competència. Tot i això les sancions es demoraren uns anys, fins a la modificació introduïda per la Llei 7/1997²⁹.

En general, es manté que la disciplina corporativa reforça els nivells ètics i deontològics mínims

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

²⁴ *Colegios Profesionales y Competencia*, pàg. 68. Vegeu també MASSAGUER, *Iuris* 3 (1994) 133.

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

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

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

²⁸ Vegeu Jesús ALFARO, “Imperialismo económico y dogmática jurídica”, *RDM* 233 (1999) 958-965.

²⁹ Vegeu Mercedes PEDRAZ CALVO, “Los colegios profesionales y la Ley de Defensa de la Competencia”, a *Anuario de la Competencia 1998*, Fundación ICO-Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1999, pàgs. 137-158.

del Dret de la Competència, però això no ha suposat un obstacle a la tendència a jutjar la intervenció dels col·legis de manera directa i absoluta pel paràmetre antitrust, observant els seus efectes perjudicials per la competència.

En el nou plantejament, els col·legis són considerats agents econòmics i associacions d'empreses, subjectes a les previsions de la Llei de Defensa de la Competència quan actuen en defensa de l'interès privat dels seus membres o realitzen una activitat amb finalitat o transcendència econòmica. Així, l'àmbit exempt del control del TDC és molt reduït, limitat a quan s'exerceixen potestats administratives delegades (supervisades, si escau, a través dels recursos corporatius previstos i dels recursos davant la jurisdicció contenciosa-administrativa). Conseqüentment, el control de col·legiació per part dels col·legis és l'exercici d'una funció pública no susceptible de ser jutjada en clau antitrust.

Això no impedeix que, en alguns casos, sigui difícil traçar la distinció entre els dos tipus de funcions, i és possible que en determinats supòsits s'exerceixin simultàniament funcions públiques i privades. En qualsevol cas, els autors constaten una resistència del TDC a arribar a les conseqüències de la seva pròpia doctrina, que li portaria a afirmar l'existència d'un àmbit exempt a l'enjudiciament antitrust pel que fa a l'activitat administrativa dels col·legis³⁰.

D'altra banda, l'article 2.1 de la LDC obria la porta a la normativa col·legial restrictiva de la competència, en establir una excepció a l'aplicació de la llei a les conductes emparades en lleis i disposicions reglamentàries. Per això, es suscitaron dubtes sobre l'eventual aplicació de l'article 2.1 de la LDC, i la possible exempció de l'enjudiciament com a conductes restrictives de la competència, de les conductes i activitats realitzades d'acord amb normes reglamentàries que regulessin l'exercici professional. El més acceptable és excloure només de l'aplicació de la LDC a les conductes previstes en els reglaments que siguin directament executius de normes legals, o en els propis Estatuts Generals dels Col·legis, però no a aquelles derivades de decisions o normes merament col·legials³¹.

Com a conseqüència de l'Informe del TDC, es succeeixen diversos projectes de reforma, que conclouen en les modificacions legislatives previstes en el Reial Decret Llei 5/1996 i en la Llei 7/1997, en virtut de la qual es plasma expressament la subjecció dels Col·legis professionals a les regles de la competència. Simultàniament, s'intentà perfilar l'exempció prevista en l'article 2.1³², excloent la seva possible aplicació a decisions adoptades en exercici de potestats administratives i limitant-la a normes legals i reglamentàries complementàries. La Llei 52/1999, de 28 de desembre culmina el procés reductor de l'àmbit d'aplicació d'aquesta exempció, eliminant

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

³¹ *Colegios Profesionales y Competencia*, pàgs. 106-117. Vegeu, també, MASSAGUER, *Iuris* 3 (1994) 111-119. En aquests supòsits, eventualment, el Servei de Defensa de la Competència i el Tribunal han utilitzat la via de l'article 6 per perseguir aquelles conductes o decisions restrictives de la competència dels col·legis quan no hi havia possibilitat d'evitar l'exempció del 2.1 (*Colegios Profesionales y Competencia*, pàgs. 118-120).

³² Vegeu 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, pàgs. 166-169.

l'exempció de les normes reglamentàries, i limitant la seva virtualitat a les normes legals.

Les modificacions legislatives conclouen amb el Reial Decret Llei 6/2000, de 23 de juny, de mesures urgents d'intensificació de la competència en el mercat de béns i serveis, que suprimeix l'article 3.3 de la Llei de Col·legis Professionals i dóna una nova redacció a l'article 3.2, possibilitant, definitivament, la col·legiació única dels professionals, que no s'havia aconseguit – per l'astúcia dels col·legis- amb la reforma de 1997³³.

V. El llibre fa un estudi detallat de l'aplicació del Dret comunitari de la competència als col·legis professionals. L'impuls i la inspiració comunitàries són claus dels canvis en el Dret espanyol.

Davant l'aplicació sense pal·liatius de la prohibició de pràctiques restrictives i acords col·lusoris als professionals, s'observa lògicament l'escassa rellevància de la prohibició d'abús de posició de domini, ja que les institucions comunitàries no consideren que existeixi posició de domini col·lectiva per actes dels òrgans representatius dels professionals³⁴.

L'aplicació del Dret comunitari de la competència als professionals es fonamenta en un concepte ampli d'empresa, que permet incloure-hi els professionals i aquells subjectes que tradicionalment no són considerats empresaris mercantils. Els col·legis i les organitzacions professionals passen a ser “associacions d'empreses”, en la mesura que són subjectes que realitzen actes que poden provocar restriccions que la llei intenta reprimir³⁵. Així, les decisions de fixació d'honoraris orientatius o obligatoris per un col·legi es veuen com a decisions prohibides adoptades per una associació d'empreses.

Un cop enquadrats els professionals i les organitzacions professionals en el concepte d'empresa, ha d'atendre's als efectes objectius dels acords i pràctiques jutjades (independentment de la seva intenció). És necessari, també, que l'acord o la conducta imputada afecti el comerç entre els Estats membres, cosa que redueix enormement les possibilitats de ser jutjats, ja que els mercats de serveis professionals són predominantment nacionals. En tot cas, l'interès general ha d'operar com a clàusula de modulació de l'aplicació de les normes antitrust, de difícil concreció a la pràctica, podent-se tolerar algunes pràctiques restrictives quan siguin objectivament necessàries i adequades, proporcionals i no discriminatòries.

Després d'un inoportú *excursus* sobre el sistema comunitari de control de la competència i propostes de reforma³⁶, s'analitzen els principals casos en què les institucions comunitàries han

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

³⁴ *Colegios Profesionales y Competencia*, pàg. 149. Recentment, vegeu també José Carlos ENGRA i Edurne NAVARRO VARONA, “Derecho de la Competencia y Colegios Profesionales”, REDE 3 (jul.-sept. 2002) 529.

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

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

tingut ocasió de pronunciar-se sobre les restriccions a la competència en el mercat dels serveis professionals (principalment en matèria de fixació de preus i de limitacions a la publicitat). Menys problemes planteja l'exercici professional en grup, en el qual els autors al·ludeixen a la Directiva 98/5/CE sobre dret d'establiment dels advocats, demostrant-se encertat el seu plantejament (d'acord a l'article 11.3 de la Directiva) sobre la legitimitat de la prohibició de les associacions multidisciplinàries d'acord amb la sentència del Tribunal de Primera Instància de 19 de febrer de 2002 (C-309/99) en el cas Wouters³⁷.

A Espanya, el TDC ha tingut ocasió recentment de pronunciar-se sobre un cas semblant, amb la mateixa solució (tot i que amb vot particular discrepant) al jutjar en la seva Resolució de 17 de gener de 2002 (512/01) la normativa del Consell Superior dels Col·legis d'Arquitectes d'Espanya segons la qual els Col·legis d'Arquitectes únicament visarien els projectes presentats per una societat d'arquitectes quan hi participessin arquitectes col·legiats, en unes proporcions del capital social i de participació en els òrgans de govern no inferiors al cinquanta per cent³⁸.

VI. El llibre conclou afirmant la consolidació de la submissió dels professionals i dels col·legis al dret de la competència en aquells aspectes d'ordenació de l'exercici professional amb repercussió econòmica.

Aquest resultat és fruit d'una important modificació legislativa i de la feina del TDC, que els autors critiquen per la seva heterodòxia. És cert que la qualitat tècnica d'algunes de les seves resolucions deixa molt que desitjar, però l'exemple escollit és poc afortunat (Res. 455/99, Advocacia espanyola)³⁹. En efecte, a diferència de com fan els autors, no ha d'atribuir-se un significat especial a la manca d'esment de la Llei General de Publicitat en l'article 2.1 de la Llei de Col·legis Professionals (després de la reforma realitzada per la Llei 7/1997). N'hi ha prou amb llegir els articles 1 i 2 de la Llei 34/1988, d'11 de novembre, General de Publicitat, per adonar-se'n⁴⁰. És més, com passa freqüentment, les restriccions publicitàries no només poden ser jutjades sota el prisma del règim jurídic de la publicitat, sinó també per la via del dret de defensa de la competència, que és la que el TDC utilitzà en la seva resolució (i després en la resolució de 5 d'octubre de 2000, 471/99, Odontòlegs Còrdova).

Al marge d'aquest exemple, pot coincidir-se amb els autors en què la doctrina del TDC sobre col·legis professionals sigui tècnicament defectuosa, sobretot per la confusió en el terreny tècnico-jurídic i funcional. Sens dubte seria més lògic i eficaç admetre l'enjudiciament, que no

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

³⁸ Vegeu Daniel VAZQUEZ ALBERT, “¿Sociedades profesionales controladas por no profesionales?”, a *Diario La Ley* núm. 5517, de 5 d'abril de 2002.

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

⁴⁰ En relació a aquest, vegeu Jesús OLAVARIA IGLESIA i Javier VICIANO PASTOR, “Profesiones Liberales y Derecho de la Competencia: Crónica de la situación”, *Derecho Privado y Constitución* 11 (1997) 300 i el nostre comentari a la Resolució 455/99 del TDC publicat a *Comunicaciones IDEI* 21 (2000) 122-123.

revisió, de totes les conductes i activitats dels col·legis amb rellevància antitrust independentment de la naturalesa de l'acte⁴¹.

D'altra banda, sembla correcte establir uns límits correctors a una aplicació maximalista de les normes de defensa de la competència en funció dels interessos dignes de tutela, que poden legitimar decisions dels col·legis amb transcendència econòmica (o sense ella) restrictives de la competència. Aquesta tasca haurà de ser necessàriament casuística i haurà d'utilitzar l'interès general com a paràmetre de les limitacions (superant la bipartició entre funcions públiques i privades), que ponderi els béns jurídics implicats i la proporcionalitat de les mesures: qualitat del servei, protecció dels consumidors i deontologia professional.

Amb aquesta finalitat, els autors proposen utilitzar el mecanisme de les autoritzacions singulars dels articles 3 i 4 de la LDC per tenir en compte l'interès general en l'enjudiciament de les decisions i conductes dels col·legis professionals que siguin potencialment restrictives de la competència, i això és el que està passant a la pràctica⁴².

En general, ha de coincidir-se amb els autors sobre la necessitat d'aconseguir un equilibri adequat i raonable entre les necessitats d'interès general vinculades a l'exercici de les professions i les específicament vinculades al dret de defensa de la competència, però també ha de subratllar-se la dificultat de l'anàlisi proposada, cas per cas, segons els efectes de les pràctiques, que ocasionalment seran difícils de mesurar, segons el context i les circumstàncies, i en funció de la intervenció de l'Estat, sense que les conclusions siguin en molts casos generalitzables a les diferents professions⁴³.

En qualsevol cas, potser per la inèrcia històrica (recordi's que parlem de *Spanish practices*), és evident que encara subsisteixen molts excessos col·legials que restringeixen la lliure competència en la pràctica professional, i que no tenen cap justificació possible en l'interès general. Això explica que sigui un dels temes sobre el qual el TDC ha dictat més resolucions en els últims cinc anys. Només quan aquestes pràctiques restrictives s'eliminin serà possible aguditzar l'anàlisi per explicar els supòsits veritablement problemàtics en els quals hi ha un interès general que inspira les normes professionals i que pot portar a tolerar certes restriccions a la lliure competència en el mercat dels serveis professionals.

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

⁴² Vegeu resolucions A 310/01, de 31 d'octubre de 2002 i A 298/01 de 9 de setembre de 2002, tot i que en ambdós supòsits el TDC considera que les normes que es pretén que siguin objecte d'autorització singular no són conductes restrictives de la competència.

⁴³ Vegeu, per exemple, John E. LOPATKA, "Antitrust and Professional Rules: A Framework for Analysis", *San Diego Law Review* 28 (1991) 382-384 i, més proper i atractiu, tot i que potser menys realista quant a les seves propostes, Bernardo BORTOLOTTI, "La competizione regolata nel mercato dei servizi professionali", a *Le professioni intellettuali tra liberalizzazione e nuova regolazione* (a cura di Stefano Zamagni), Egea, Milano 1999, 97-117.