

La aplicación del derecho de la competencia a los colegios profesionales

José Carlos Laguna de Paz

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Valladolid

Diario La Ley, Nº 9483, Sección Doctrina, 23 de Septiembre de 2019, **Wolters Kluwer**

L 15/2007 de 3 Jul. (Defensa de la Competencia)

- TÍTULO I. De la defensa de la competencia
 - CAPÍTULO I. De las conductas prohibidas
 - [Artículo 1. Conductas colusorias.](#)

L 2/1974 de 13 Feb. (colegios profesionales)

- Artículo 1.
 - [1.](#)

TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, S 955/2019, 1 Jul. 2019 (Rec. 4232/2018)

Los colegios profesionales se sujetan a las normas de defensa de la competencia cuando realicen una actividad económica, no cuando ejerzan potestades públicas. No obstante, el ejercicio de potestades públicas puede ser ilícito por ser contrario a la libre competencia. Este será el caso cuando infrinjan la ley, introduzcan discriminaciones no justificadas o impongan restricciones que no sean adecuadas, necesarias y proporcionadas.

La aplicación de las normas de defensa de la competencia a los colegios profesionales resulta controvertida. La complejidad resulta de la propia naturaleza jurídica de estas entidades. La Ley los configura como corporaciones sectoriales de Derecho público, a las que se encomiendan determinadas funciones públicas. No obstante, al lado de estas funciones, los colegios profesionales desarrollan otras muchas tareas, en régimen jurídico-privado, al servicio de los intereses de los profesionales que agrupan. El Derecho de la Competencia se aplica a cualquier organización que realice una actividad económica, con independencia de su naturaleza, pública o privada, de su forma jurídica y de su modo de financiación. No hay, pues, duda de que la legislación de defensa de la competencia se aplica a los colegios profesionales cuando realizan una actividad económica. En cambio, los colegios profesionales no pueden ser sancionados por prácticas anticompetitivas cuando ejerzan funciones públicas, en régimen jurídico-público (reglamentos o actos administrativos). Es por eso que, con buen criterio, la jurisprudencia más reciente anula las multas que la autoridad de la competencia había impuesto a los colegios profesionales por la aprobación de normas relativas al turno de oficio. No se trata de una actuación económica, sino del ejercicio de una potestad pública, que no puede ser sancionada como práctica anticompetitiva. No obstante, dicha actuación podría ser ilícita por lesionar las libertades económicas y distorsionar la libre competencia. Este será el caso cuando el ejercicio de las potestades públicas infrinja la ley, introduzca discriminaciones no justificadas o imponga restricciones que no sean necesarias y proporcionadas para alcanzar los fines pretendidos. A estos efectos, los interesados deberán utilizar los recursos contencioso-administrativos, que son el medio de reacción frente a la actuación de la Administración en régimen jurídico-público.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Supremo (TS) ha resuelto los **recursos contra las sanciones impuestas: por la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC), al Colegio de Abogados de Guadalajara (1) y al Consejo General de la Abogacía Española (2); y, por la autoridad vasca de defensa de la competencia, al Colegio de Abogados de Vizcaya (3)**. El título de imputación es distinto, pero en los tres casos la *ratio decidendi* es la misma, por lo que las sentencias tienen un contenido sustancialmente idéntico. (i) En el caso del Consejo, la conducta censurada es la aprobación de unas instrucciones dirigidas a los colegios de abogados, en las que se indicaban los requisitos que debían reunir los profesionales que quisieran prestar el turno de oficio. La CNMC entendió que dicho documento canalizaba una recomendación colectiva, prohibida por el [art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia \(LA LEY 7240/2007\)](#) (LDComp). (ii) En el caso de los colegios, la conducta que se reprocha es la aprobación de sus respectivos reglamentos sobre el turno de oficio, que establecían determinados requisitos para los abogados que quisieran realizar la prestación. En concreto, la regulación condicionaba el acceso al turno de oficio a que el profesional estuviera adscrito al colegio correspondiente, contara con una experiencia mínima y tuviera residencia y despacho profesional abierto en la provincia. La autoridad administrativa —estatal y autonómica— interpretaron que esta conducta también era constitutiva de una práctica anticompetitiva, prohibida por el art. 1 LDComp.

El TS mantiene las sentencias de instancia, que habían anulado la resolución de la autoridad administrativa, al considerar que **la legislación de defensa de la competencia no resulta de aplicación a actuaciones que comportan el ejercicio de funciones públicas, realizadas en régimen jurídico-público**. Las sentencias se acompañan de un *voto particular*, que —por el contrario— considera que la prestación del turno de oficio es una actividad económica, sujeta a la legislación de defensa de la competencia. En su opinión, por esta vía, podría controlarse la inclusión de condiciones excesivas, desproporcionadas o arbitrarias en la regulación de este servicio.

Como se ve, una vez más, se plantea la necesidad de **aclarar la aplicabilidad del Derecho de la Competencia a los colegios profesionales**, lo que ha resultado problemático, tanto en la Unión Europea (UE) como en el Derecho español [\(4\)](#). La razón se encuentra en la discutida naturaleza jurídica de estas corporaciones públicas (punto II). La clave está en que los colegios profesionales se sujetan a la legislación de defensa de la competencia cuando realizan una actividad económica (punto III). En este caso, se comportan como empresas, o mejor, como asociación de empresas, por lo que pueden llevar a cabo las prácticas prohibidas por la Ley (conductas colusorias y abuso de posición dominante). En cambio, cuando ejercen funciones públicas, en régimen jurídico-público (aprueban reglamentos o dictan actos administrativos), no llevan a cabo una actuación empresarial. Es por eso que acierta el TS, al concluir que no pueden ser sancionados por la realización de prácticas anticompetitivas (punto IV). Esto no significa que su actuación no deba ser conforme al mercado, con medidas necesarias y proporcionadas, que no distorsionen la competencia (punto V). El deber de la Administración de no distorsionar la libre competencia resulta de su vinculación positiva a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Ahora bien, la reacción frente a dichos actos debe producirse a través de los recursos contencioso-administrativos (punto VI).

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y TIPOS DE ACTIVIDADES QUE REALIZAN

La Constitución encomienda a la ley la regulación de los colegios profesionales, cuya estructura interna y régimen de funcionamiento deben ser democráticos ([art. 36 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#)). Los colegios profesionales se configuran como corporaciones de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines ([art. 1.1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero \(LA LEY 193/1974\)](#), de Colegios Profesionales).

En el Derecho vigente es, pues, indudable que se trata de **corporaciones públicas sectoriales y, por tanto, de auténticas Administraciones públicas** (5). No obstante, la doctrina española no ha dejado de discutir su naturaleza jurídica. La comprensión mayoritaria considera que estamos ante organizaciones de base privada, que agrupan a los profesionales para la defensa de los intereses de sus miembros, a las que el ordenamiento jurídico confiere determinadas facultades administrativas (6).

La jurisprudencia constitucional califica a los colegios profesionales como corporaciones públicas sectoriales

En este contexto, la jurisprudencia constitucional califica a los colegios profesionales como corporaciones públicas sectoriales, que defienden intereses privados, pero a las que el ordenamiento jurídico encomienda funciones públicas (7). En parecidos términos se expresa la jurisprudencia del TS, que destaca que estamos ante «un fenómeno de autoadministración, por cuya virtud tales colegios actúan como agentes descentralizados de la Administración Pública, ejerciendo facultades administrativas sobre sus propios miembros» (8). No obstante, termina reconociendo que —a la vista de la relevancia de sus funciones— «prevalece su dimensión pública sobre la privada» (9).

Así las cosas, los colegios profesionales **se sujetan al Derecho Administrativo en lo relativo al ejercicio de funciones públicas y, al Derecho privado, en el resto de su actuación** (10).

III. LA ACTUACIÓN DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES QUE COMPORTE EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS NO SE SUJETA AL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Las normas de defensa de la competencia se aplican a cualquier organización que realice una actividad económica, con independencia de su naturaleza, pública o privada, de su forma jurídica y de su modo de financiación (11). Lo relevante es su actuación como operador económico. En cambio, el *ejercicio de potestades públicas*, o las actividades económicas indisolublemente vinculadas a éstas (12), no es actividad económica empresarial, por lo que, en sí mismo, *no puede ser constitutivo de prácticas colusorias o de abuso de posición dominante, ni ser sancionado como tal*.

La cuestión es que no siempre es fácil identificar cuándo estamos ante el ejercicio de potestades públicas (13). En particular, la aplicación de las normas de defensa de la competencia a los colegios profesionales ha dado lugar a una elevada conflictividad. **La jurisprudencia europea no ha acertado a establecer una clara línea divisoria entre el ejercicio de funciones públicas y su actuación empresarial**, lo que genera una cierta inseguridad. A este respecto, la jurisprudencia considera que el dato jurídico-formal del ejercicio de potestades normativas de ordenación de la profesión no siempre comporta que lleven a cabo funciones públicas (14). En cambio, toma en cuenta los siguientes criterios: si los órganos directivos del colegio están exclusivamente integrados por los profesionales del sector o si, por el contrario, el Estado interviene en su designación o control y, en última instancia, conserva la facultad de decidir (15); si la legislación estatal les impone la consecución de objetivos de interés general y define los principios a los que deba sujetarse la normativa que emanen (16); si ejercen prerrogativas típicas del poder público (que no se definen) (17).

(i) Así, en el asunto **Wouters (LA LEY 2920/2002)** (18), el TJUE se enfrentó con un reglamento del Colegio de abogados holandeses que regulaba el ejercicio profesional, en el que se incluía la *prohibición de que sus miembros se asociaran con otros profesionales* (prestar servicios legales en una firma de auditoría). El Tribunal entendió que el Colegio no estaba ejerciendo una función social basada en el principio de solidaridad, ni prerrogativas típicas del poder público, sino que actuaba como órgano regulador de una profesión cuyo ejercicio constituye una actividad económica. A partir de ahí llegó a la conclusión de que el reglamento era una *medida adoptada por una asociación de empresas* (art. 101.1 TFUE (LA LEY 6/1957)), que imponía a sus miembros un determinado comportamiento en el marco de su actividad económica (19). La prohibición de que abogados y auditores pudieran actuar integrados *restringía la competencia* (20). No obstante, se acepta la posible existencia de una cierta incompatibilidad entre ambas actividades, lo que lleva

a considerar que la prohibición podía ser *necesaria* para garantizar el buen ejercicio de la abogacía y, con ello, a entender que *no se infringía el art. 101.1 TFUE* (21). (ii) En el asunto *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* (22), el Tribunal consideró contrario a la competencia el reglamento aprobado por el Colegio, en virtud del cual se reservaba parte de la formación obligatoria que debían cursar los técnicos contables e introducía condiciones discriminatorias en el resto, en perjuicio de las empresas competidoras (23). En este caso, se entendió que la restricción de la competencia no estaba justificada, ya que no era imprescindible para garantizar los objetivos pretendidos (24). (iii) Como un nuevo ejemplo, la legislación italiana atribuía al Colegio Nacional de Geólogos la competencia para garantizar el cumplimiento de la normativa por parte de los profesionales, lo que también incluía la posible adopción de medidas disciplinarias. Sin embargo, el Tribunal consideró que la fijación de *normas deontológicas*, que también comportaba la de honorarios mínimos, *no expresaba el ejercicio de una potestad pública* («no ejerce ni una función social basada en el principio de solidaridad, ni prerrogativas típicas del poder público») (25). Así las cosas, para dilucidar si se trataba de una conducta prohibida, la cuestión a verificar era si dichas normas eran necesarias para asegurar la calidad de los servicios prestados por los profesionales (26).

La *jurisprudencia española* no mantiene tampoco una línea muy precisa. (i) En algunos casos, considera que el *acuerdo del Colegio Notarial que establece un sistema de compensación de honorarios —aunque se adopte en el ejercicio de la potestad de ordenación de la profesión—* tiene efectos restrictivos de la competencia, al dificultar que los colegiados puedan competir en precios (descuentos sobre aranceles) (27). Es verdad que cuando los colegios profesionales ejercen funciones públicas, como dice el Tribunal, no quedan eximidos de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia. Ahora bien —si la actuación se instrumenta a través de un acto jurídico-público (reglamento o acto administrativo)—, no puede ser sancionada como conducta anticompetitiva (no es actividad económica), aunque sí anulada, mediante la interposición del correspondiente recurso judicial. (ii) Es por eso que, en sentencias más recientes, con buen criterio, el TS entiende que ***los servicios de asistencia jurídica gratuita que prestan los abogados incorporados al turno de oficio no pueden considerarse una práctica anticompetitiva (acuerdos prohibidos o abuso de posición dominante)***, ya que no se trata de una prestación en régimen de libre competencia, sino de lo que se califica como un servicio público prestacional (los abogados no compiten entre sí, el beneficiario no puede elegir al letrado, la remuneración es fijada y pagada por el Estado) (28).

IV. EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS POR LOS COLEGIOS PROFESIONALES PUEDE SER ILÍCITO POR CONTRAVENIR LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El ejercicio de potestades públicas por parte de los colegios profesionales no puede ser constitutivo de prácticas colusorias o de abuso de posición dominante, pero ***puede ser ilícito por ser contrario a la libre competencia***. En un sistema de libertades, los poderes públicos deben alcanzar sus fines con la menor distorsión posible de la competencia y el mercado. Además, el [art. 4.2 LDComp \(LA LEY 7240/2007\)](#) dispone que: «Las prohibiciones del presente capítulo [actuaciones colusorias y abuso de posición dominante] se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin (...) amparo legal». No será fácil la anulación de una norma con la mera invocación de la libre competencia, dado el margen de discrecionalidad que suele acompañar al ejercicio de la potestad reglamentaria. En este sentido, el TS razona que la legislación de defensa de la competencia no permite declarar la ilegalidad de una norma (reglamento que no impone a las empresas distribuidoras de gas el deber de facilitar a las empresas instaladoras las fechas de revisión de las instalaciones), sólo por el hecho de que no se considere la regulación más favorable para promover la concurrencia en el mercado (29). No obstante, ***los poderes públicos están positivamente vinculados a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, lo que les obliga a alcanzar sus fines con medidas no discriminatorias, necesarias y proporcionadas, que distorsionen el mercado en la menor medida posible. De ahí que las libertades económicas y, por tanto, la defensa de la competencia, sean un indeludible parámetro de control de la actuación administrativ a.***

Los actos administrativos se benefician de la presunción legal de validez que sólo puede ser destruida mediante su impugnación ante los órganos judiciales

En todo caso, las actuaciones que revistan la forma de **disposición o acto administrativo deberán ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa** (art. 5.4 de la Ley 3/2013 (LA LEY 8683/2013)) [\(30\)](#). No hay que olvidar que los actos administrativos se benefician de la presunción legal de validez (art. 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LA LEY 15010/2015)), que sólo puede ser destruida mediante su impugnación ante los órganos judiciales. La excepción al régimen jurídico general de control de la Administración pública requeriría que la ley, expresa y específicamente, habilite a la autoridad de defensa de la competencia para sancionar directamente el carácter anticompetitivo de reglamentos o actos administrativos. Además, en ese caso, por sí misma, la sanción no anularía la norma o acto en cuestión [\(31\)](#). Así parece reconocerlo también el TS, que razona que «habrá supuestos en que, por estar dirigida la apreciación de una posible vulneración del derecho de la competencia contra un acto administrativo formalmente adoptado, o contra una disposición de carácter general, la vía a seguir (...) será la de la impugnación del acto o disposición ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (...)» [\(32\)](#).

V. CONCLUSIONES

Primera. Los colegios profesionales se sujetan a las normas de defensa de la competencia cuando realizan una actividad económica, no cuando ejercen potestades públicas, en régimen jurídico-público. La aprobación de un reglamento que regule la prestación del turno de oficio por parte del colegio de abogados no puede ser considerada una práctica anticompetitiva (colusión o abuso de posición dominante), ni sancionada como tal.

Segunda. La Administración está vinculada a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. De ahí que el ejercicio de potestades públicas pueda ser ilícito por distorsionar la libre competencia. Este será el caso cuando la actuación pública infrinja la ley, lesione las libertades económicas, favorezca injustificadamente a unos operadores respecto de otros o introduzca restricciones que no sean adecuadas, necesarias y proporcionadas para alcanzar los fines pretendidos.

Tercera. Los recursos contencioso-administrativos constituyen el mecanismo de reacción frente a las actuaciones públicas que vulneren el ordenamiento jurídico. Los interesados podrán, pues, impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa un reglamento aprobado por el colegio profesional de abogados que introduzca restricciones no amparadas en la ley o que restrinjan indebidamente la libre competencia.

[STS de 1 de julio de 2019, ES:TS:2019:2475 \(LA LEY 95794/2019\).](#)

[Ver Texto](#)

[STS de 15 de julio de 2019, ES:TS:2019:2334 \(LA LEY 95793/2019\).](#)

[Ver Texto](#)

[STS de 8 de julio de 2019, ES:TS:2019:2483 \(LA LEY 101583/2019\).](#)

[Ver Texto](#)

Laguna de Paz, J. C., «Ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia», *Revista de Administración Pública*, 208 (2019), 17-49.

[Ver Texto](#)

Martínez López-Muñiz, J. L., *Introducción al Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986.

[Ver Texto](#)

García de Enterría, E., Fernández Rodríguez, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 2017, 431-439.

[Ver Texto](#)

STC 20/1988, de 18.2 (LA LEY 100875-NS/0000), FJ 4º.

[Ver Texto](#)

STS de 7 de marzo de 2011, ES:TS:2011:1056 (LA LEY 4527/2011), FJ 4º.

[Ver Texto](#)

STS de 7 de marzo de 2011, ES:TS:2011:1056 (LA LEY 4527/2011), FJ 4º.

[Ver Texto](#)

STS de 7 de marzo de 2011, ES:TS:2011:1056 (LA LEY 4527/2011), FJ 4º.

[Ver Texto](#)

Asunto C-41/90, *Höfner y Elser*, EU:C:1991:161, marg. 21; asuntos C-159/91 y C-160/91, *Poucet y Pistre*, EU:C:1993:63, marg. 17; asunto C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance* EU:C:1995:392, marg. 14; asunto C-67/96 (LA LEY 126014/1999), *Albany*, EU:C:1999:430, marg. 77; asuntos C-115/97 a C-117/97 (LA LEY 126013/1999), *Brentjens'*, EU:C:1999:434, marg. 77; asunto C-219/97 (LA LEY 126015/1999), *Drijvende Bokken*, EU:C:1999:437, marg. 67; asuntos C-180/98 a C-184/98 (LA LEY 161787/2000), *Pavlov*, EU:C:2000:428, marg. 74.

[Ver Texto](#)

Asunto C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati v. Comisión*, EU:C:2009:191, marg. 72 y ss.; asunto C-138/11, *Compass-Datenbank*, EU:C:2012:449, marg. 35.

[Ver Texto](#)

Asunto C-138/11 (LA LEY 94304/2012), *Compass-Datenbank*, EU:C:2012:449, marg. 51; asunto C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*, EU:C:1994:7, marg. 30; asunto C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati v. Comisión*, EU:C:2009:191, marg. 76; asunto C-343/95 (LA LEY 12493/1997), *Diego Cali & Figli*, EU:C:1997:160, marg. 22-24.

[Ver Texto](#)

[Asunto C-309/99 \(LA LEY 2920/2002\)](#), *Wouters*, EU:C:2002:98, margs. 58, 60 y 62; asunto C-1/12 (LA LEY 6855/2013), *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, EU:C:2013:127, marg. 49.

[Ver Texto](#)

Asunto C-1/12 (LA LEY 6855/2013), *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, EU:C:2013:127, margs. 47 y 54.

[Ver Texto](#)

Asunto C-1/12 (LA LEY 6855/2013), *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, EU:C:2013:127, margs. 49, 50, 54.

[Ver Texto](#)

[Asunto C-309/99 \(LA LEY 2920/2002\)](#), *Wouters*, EU:C:2002:98, margs. 58 y 62.

[Ver Texto](#)

[Asunto C-309/99 \(LA LEY 2920/2002\)](#), *Wouters*, EU:C:2002:98.

[Ver Texto](#)

[Asunto C-309/99, \(LA LEY 2920/2002\)](#) *Wouters*, EU:C:2002:98, margs, 64.

[Ver Texto](#)

[Asunto C-309/99 \(LA LEY 2920/2002\)](#), *Wouters*, EU:C:2002:98, margs. 86 y ss.

[Ver Texto](#)

[Asunto C-309/99 \(LA LEY 2920/2002\)](#), *Wouters*, EU:C:2002:98, margs. 97 y ss.

[Ver Texto](#)

Asunto C-1/12 (LA LEY 6855/2013), *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, EU:C:2013:127.

[Ver Texto](#)

Asunto C-1/12 (LA LEY 6855/2013), *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, EU:C:2013:127, margs. 57 y 62.

[Ver Texto](#)

Asunto C-1/12 (LA LEY 6855/2013), *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, EU:C:2013:127, margs. 104-107.

[Ver Texto](#)

Asunto C-136/12 (LA LEY 99241/2013), *Consiglio nazionale dei geologi y Autorità garante della concorrenza e del mercato*, EU:C:2013:489, marg. 44.

[Ver Texto](#)

Asunto C-136/12 (LA LEY 99241/2013), *Consiglio nazionale dei geologi y Autorità garante della concorrenza e del mercato*, EU:C:2013:489, marg. 57.

[Ver Texto](#)

STS de 29 de julio de 2015, ES:TS:2015:3641 (LA LEY 103033/2015), FJ 3º.

[Ver Texto](#)

[STS de 1 de julio de 2019, ES:TS:2019:2475 \(LA LEY 95794/2019\)](#), FJ 3º.

[Ver Texto](#)

STS 1684/2017, ES:TS:2017:1684 (LA LEY 34927/2017), FJ 4º.

[Ver Texto](#)

Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LA LEY 8683/2013).

[Ver Texto](#)

Baño León, J. M., *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la Competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, 93.

[Ver Texto](#)

STS de 18 de julio, ES:TS:2016:3525 (LA LEY 85787/2016), FJ 4º.