

## **RESOLUCIÓN (Expte. 313/92)**

### **Pleno**

Excmos Sres:

Fernández Ordoñez, Presidente

Martín Canivell, Vocal

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Soriano García, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

En Madrid, a 20 de noviembre de 1992

Reunidos los señores que arriba se relacionan para resolver sobre el expediente 313/92 (716/91 del Servicio de Defensa de la Competencia), incoado en virtud de denuncia de don Isaac Ibáñez García contra el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro; teniendo en cuenta los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. En escrito presentado ante la Dirección General de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y Hacienda el día 4 de febrero de 1991, el presentante formula denuncia contra el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro por presuntas conductas constitutivas de infracciones a la Ley de Defensa de la competencia.
2. Con fecha 8 de febrero del mismo año se solicitaron del Colegio Oficial citado los Estatutos y Reglamento del Colegio, el Reglamento de Concursos del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España y la Orden por la que se adoptó el acuerdo de prohibir a los restantes Arquitectos de España, que no pertenezcan al Colegio Oficial Vasco-Navarro, presentarse al concurso para el proyecto de construcción de un pabellón polideportivo en el estadio de Larrabide de Pamplona, propiedad del Gobierno de Navarra.

Asimismo, la Dirección General se dirigió al remitente del escrito para que acreditase una serie de extremos (identidad, interés, cualidad procedimental con la que comparece), respondiendo el interesado, el 14 de febrero de 1991, que su escrito tiene carácter de denuncia pública y que debe proseguirse de oficio.

3. Con fecha 21 de marzo de 1991 tuvo entrada en el Ministerio de Economía y Hacienda la contestación del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro remitiendo los datos solicitados.
4. Con fecha 20 de marzo de 1991 se decide por la Dirección General de Defensa de la Competencia incoar de oficio el correspondiente expediente, nombrando Instructor y Secretario y publicándose los correspondientes anuncios en el B.O.E. y en Boletín de Información Comercial Española.
5. Se recibe contestación del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, previo requerimiento de la Administración.
6. El Pliego de Concreción de Hechos de Infracción, de dos de septiembre de 1991, señala que el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro ha incurrido en conducta prohibida del artículo primero de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, "toda vez que el Acuerdo contemplado impide la posible competencia que podría producirse si los profesionales correspondientes participaran en dicho concurso, participación que solo podría darse desde la incorporación al Colegio".
7. Con fecha 1 de octubre de 1991 tuvo entrada en la Dirección General el escrito de don Alberto Alonso Saezmiera, en su calidad de Decano-Presidente del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro en el que sustancialmente alegó: a) Que, disconformes con la Orden de convocatoria, fundamentalmente con lo relativo a los premios y a la documentación, intentó negociar con el Director de Deporte del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno Navarro sin obtener resultado positivo alguno. b) Que dio traslado al Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España quien inmediatamente lo hace extensivo a todos los Colegios de Arquitectos (tal como preceptúa el Reglamento de Concursos). c) Tras alegaciones también del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, se rectifican las bases (segundo premio dos millones, tercer premio un millón). d) De acuerdo con esa modificación, el Colegio denunciado acuerda levantar la orden de abstención. Este acuerdo es inmediatamente circulado a todos los colegiados del Colegio Vasco-Navarro y comunicado al Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España. e) Se trata en todo caso de cuestiones de carácter deontológico no incluíbles dentro de la Ley 16/1989. f) Se trata de una cuestión en todo caso no incluída en el artículo primero de la Ley. g) En todo caso, estaría incluído en el artículo 2.1 de la Ley por aplicación de los artículos 5.i) y 5.t) de la Ley de Colegios Profesionales (velar por la ética y dignidad profesional y velar por el cumplimiento de las Leyes generales y especiales y de los Estatutos y Reglamento de Régimen Interior). Ello se acentúa en aplicación de lo establecido en los Estatutos de los Colegios de

Arquitectos,por lo que se refiere a concursos.Y ello es confirmado por las Normas Deontológicas. h)En todo caso,la supuesta práctica restrictiva no tuvo lugar,puesto que se dio ya el levantamiento de la Orden de suspensión.

Solicitó además la práctica de prueba documental,consistente en la unión de los documentos que acompañaban al escrito y testifical de las personas que habían intervenido en las conversaciones.

8. Se remitieron por el Gobierno de Navarra los expedientes relativos al concurso de ideas para la redacción y dirección de las obras de construcción del pabellón.
9. El Informe Propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia califica el acuerdo dentro de lo establecido en el artículo primero y el artículo sexto por entender que también existe abuso de posición dominante,afecta principalmente a los jóvenes arquitectos y afecta a todo el territorio nacional,ya que la orden es para todos los arquitectos. Añade las dificultades que existen en el presente expediente para calibrar esta conducta.
10. Elevado el expediente al Tribunal con fecha 25 de febrero de 1992, el Pleno en su reunión del día 28 del mismo mes y año acordó su admisión a trámite.
11. Mediante Auto de fecha siete de abril el Tribunal interesó a la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno Navarro la remisión de datos relativos al expediente, oficiándose asimismo al Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España para que acompañe certificación detallada de los acuerdos de abstención adoptados en el último quinquenio. Practicada dicha prueba, se demostró que dos profesionales se habían retirado tras la orden de abstención.
12. Tras los trámites de ordenación e instrucción pertinentes, se recibe escrito del Colegio Oficial formulando alegaciones.
13. El día 29 de octubre se celebró la correspondiente vista con intervención de los letrados don Santiago Martínez Lage y don Rafael Allendesalazar Corcho en representación del Colegio Oficial encartado en este expediente.
14. Se considera interesado al Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro.

Es Ponente de la Resolución el Vocal don José Eugenio Soriano García.

## HECHOS PROBADOS

Se estima probado:

1. Que con fecha 23 de enero de 1991 se dictó Orden de abstención a la presentación de Arquitectos al concurso de un Pabellón Polideportivo en el Estadio Larrabide de Pamplona convocado por la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Navarra.
2. Que con fecha 28 de junio de 1991 se levantó dicha Orden de abstención.
3. Que, como consecuencia de la Orden de abstención, se retiraron dos profesionales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** 1). La primera de las alegaciones realizadas por la representación de los encartados en este procedimiento consiste en afirmar que la denominada "orden de abstención" es un acto administrativo y como tal no puede ser objeto de enjuiciamiento por este Tribunal de Defensa de la Competencia. Añade, en todo caso, que la orden de abstención estaría cubierta por la potestad reglamentaria, calificando de tal a la regla dictada por el Colegio bajo la denominación "Reglamento de Concursos" aprobado por el Pleno Ordinario del Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España de 5 y 6 de octubre de 1989.

La base para tales afirmaciones consiste en que los Colegios Profesionales son Corporaciones de Derecho Público que se integran dentro de la denominada "Administración Corporativa". Se trataría de un acto administrativo plúrimo, causante de estado en la vía administrativa, que estaría sometido en cuanto a su revisión jurisdiccional exclusivamente a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa. Los actos dictados así por una Administración Corporativa en ejercicio de una potestad administrativa que le resulte reconocida expresamente no estarían sujetos a la legislación de Defensa de la Competencia, no al menos como acto objeto de un expediente sancionador, ya que cabría -continúa señalando el alegante- la posibilidad de utilizar la facultad establecida en el artículo segundo número dos de la Ley 16/1989, esto es, la posibilidad de formular al Gobierno propuesta motivada para la modificación o supresión de tales situaciones.

2). Estas alegaciones no son aceptadas por este Tribunal. 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".

En efecto, como señala el propio recurrente -bien que de manera ambivalente junto con la otra calificación de Administraciones Públicas- los Colegios Profesionales son Corporaciones sectoriales de base privada. Es constante en esta calificación, tanto la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como la del Tribunal Supremo. Los Colegios Profesionales tienen con toda claridad una base y un fundamento estrictamente privado, si bien se les delega un poder público a determinados efectos. A esos solos efectos sus actos son revisables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, no por ser actos administrativos, sino por constituir la jurisdicción contencioso-administrativa una jurisdicción que entiende mejor que la jurisdicción común de los temas en los que existen determinadas potestades aunque sean simplemente otorgadas o delegadas por el poder público al estar más acostumbrada a tratar con temas y cuestiones en que se ventilan potestades o manifestaciones de poder, revistan, o no, la forma de actos administrativos. Es una alternativa organizatoria- frente a la atribución del conocimiento de tales actos por la jurisdicción común- por demás perfectamente coherente con la evolución del contencioso administrativo que, en una sociedad de economía mixta, se ve obligado a resolver los problemas de delegaciones de poder en favor de privados, como ocurre en el caso de concesionarios ( así "ad exemplum" multas impuestas por el concesionario de una línea de autobuses a viajeros carentes de billetes) o a sociedades anónimas perfectamente privadas a la que se le otorgan facultades de homologación de productos industriales (nada menos, por ejemplo, que las facultades de inspección y control de calidad en centrales nucleares). En todos estos casos los actos de tales sujetos privados se ventilan, caso de ser discutidos por otros sujetos particulares, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que tenga que deducirse de ahí que tales entidades son Administraciones Públicas. Antes bien, es el mecanismo de delegación el que explica la atribución de tal poder, y es una mera acción de oportunidad legal la que decide atribuir el conocimiento de tales actos a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero de tal atribución jurisdiccional no se deduce en modo alguno que sus actos sean actos administrativos. Siguen siendo actos de sujetos

privados; su base y su fundamento es ejercitar un poder delegado que realiza un miembro de la sociedad civil, no la Administración Pública; y como tales actos de sujetos privados desde luego están plenamente sometidos a las reglas de la libre competencia fijadas en la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

De no ser así, por reducción al absurdo, bastaría buscar el amparo en cualquier acto de un sujeto con poderes delegados para burlar totalmente las reglas de la libre competencia. En cualquier sector podrán encontrarse Cámaras -nacionales o autonómicas- Colegios, concesionarios, entes habilitados, etc, para conseguir así amparar actos contrarios al mercado y a las reglas de orden público económico que este Tribunal de Defensa de la Competencia debe salvaguardar.

3). Cabe añadir que, además, la "orden de abstención" no está amparada en Reglamento ni en norma alguna por ínfima que sea. Por el contrario, su única base es un denominado "Reglamento de Concursos" que, pese a su equívoca denominación, no es en absoluto un Reglamento. Se trata simplemente de un acuerdo interno dictado por el Pleno Ordinario del Consejo Superior de Colegios de Arquitectos en el que se establecen normas que resultan totalmente contradictorias con el derecho de la libre competencia al establecer acuerdos colectivos que impiden la competencia, en este caso en todo el mercado nacional.

Por lo demás, cabe recordar que el artículo segundo de la Ley 16/1989 dice textualmente: "Las prohibiciones del artículo 1º no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley". Lo cual no es evidentemente el caso porque el denominado "Reglamento de Concursos", aprobado por el órgano interno de los arquitectos, no es en modo alguno, como ya se ha indicado, un Reglamento.

Cuando la Ley 16/1989 dice textualmente que la potestad reglamentaria puede amparar, en su caso, restricciones de la competencia, desde luego se refiere a potestad reglamentaria en sentido estricto. Esto es, a norma escrita dictada por la Administración en ejercicio de una potestad legalmente atribuida al órgano administrativo especialmente habilitado para ello. No se refiere, de ninguna de las maneras, a cualquier acuerdo adoptado por una colectividad o grupo, por importante que sea, en ejercicio de una potestad doméstica de autoorganización, que sin duda no tiene efecto frente a terceros -ya que tales colectivos y sus órganos de

representación carecen en absoluto de potestad para vincular a nadie extramuros de la organización- y cuando adoptan en el seno de su propia organización una decisión o acuerdo, ha de ser siempre con pleno respeto a la legalidad general, en nuestro caso a la Ley de Defensa de la Competencia.

4). Ciertamente todo acto realizado "interna corporis" por una organización puede producir un efecto reflejo sobre terceros, esto es, como dice la doctrina, puede provocar una situación concreta de ventaja o de sujeción a otro sujeto de derecho distinto de aquél para quien se emite la regla interna. Pero en derecho de la competencia para que esa regla corporativa -dictada internamente pero proyectada hacia afuera- pueda amparar una práctica restrictiva que tenga que ser soportada por ese tercero (Autoridad convocante del concurso) y aceptada por este Tribunal, ha de tratarse de una norma genuinamente reglamentaria. Si no es así, este Tribunal de Defensa de la Competencia puede y debe ignorar la pretendida cobertura pseudoadministrativa para entrar recto y por derecho en el fondo del asunto, enjuiciando dicho acto en el contexto del derecho de la competencia, a su vez dentro del ordenamiento jurídico en general.

Hay que recordar que el art. segundo de la Ley 16/1989, en su número dos, se refiere a normas, no a actos. Un simple acto administrativo no puede pretender que se le dé el tratamiento de norma y que su remoción exija poner en marcha la potestad de elevar mociones por este Tribunal.

Esta tesis se ve reforzada por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1992 (Sala Tercera. Sección 4ª), dictada precisamente a propósito de un acto de un Colegio de Arquitectos, falta de cobertura legal, y por medio del cual pretendía amparar la exigencia de provisión de fondos sobre los honorarios a pagar por la realización de una determinada obra.

Dice así el Alto Tribunal:

"La ordenación del ejercicio de una profesión liberal como la de arquitecto no puede afectar a los derechos e intereses de los terceros que concierten unos servicios con los colegiados por voluntad de su órgano de representación-art.1.3 Ley 2/1974, de 13 de febrero- sino sólo en aquellas relaciones que en función del interés público se disponga por una norma legal; de lo que se infiere que la protección de los intereses profesionales de los colegiados no legitima la imposición de unas normas de comportamiento de los contratantes con los arquitectos que no estén previstas en la Ley".

Esto, llevado a este asunto, implica que la convocatoria hecha por un tercero de un concurso de Arquitectura y el efecto final de dicho concurso- nada menos que la construcción de un pabellón polideportivo- no puede quedar en absoluto en manos de una organización corporativa, salvo que tuviera ese efecto que tener que ser aceptado por estar protegido por una norma. El efecto reflejo de la norma corporativa interna es aquí muy claro: impedir la construcción de un pabellón deportivo si no se pasa por debajo de las horcas caudinas de la orden de abstención, amparada en un ropaje supuestamente administrativo, que este Tribunal no admite.

5). El acto que da ejecución a la orden de abstención no está amparado en Reglamento administrativo alguno. No es, propiamente hablando, un acto administrativo. Y aún si lo fuese, este Tribunal en aplicación de lo establecido en el art. 1º en conexión con el art. 2.1 de su propia Ley, no estaría obligado a aceptar que amparara conductas contrarias a la propia legislación de la libre competencia. Si las conductas supuestamente amparadas por actos administrativos no pudiesen ser sancionadas por este Tribunal de Defensa de la Competencia por cuanto su revisión correspondería exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, resultaría que tampoco podría este Tribunal perseguir conductas privadas amparadas en contratos privados porque su enjuiciamiento correspondería en exclusiva a la jurisdicción ordinaria. Lo cual constituye un despropósito jurídico tan estupendo que no merece la pena ser debatido. Lo que este Tribunal de Defensa de la Competencia persigue -de conformidad con su Ley y para mantener el buen orden público económico- cuando se trate de actos autoconsuntivos que por sí mismos provoquen el efecto anticompetitivo, son sus efectos anticoncurrenciales, que en ese tipo de actos se produce por su mera existencia, tanto si son actos públicos como actos de particulares.

Para este Tribunal de Defensa de la Competencia, pues, las órdenes de abstención no amparadas legal o reglamentariamente constituyen una decisión que impide la competencia "per se", incluso en el caso en que no sean seguidas ni produzcan el efecto anticompetitivo buscado.

Por todo ello, este Tribunal rechaza totalmente esta alegación. La denominada Orden de Abstención es en sí misma un ejemplo de utilización nociva de las potestades domésticas de ordenación del ejercicio de la profesión, no amparada ni legal ni reglamentariamente y desde luego contraria frontalmente al art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

**Segundo.** 1). Alegó en segundo lugar el recurrente en la vista pública que hay que rechazar la aplicación del art. 6 de la Ley 16/1989 al caso de autos y que le causa sorpresa esa calificación del Servicio ya que en el Pliego de Concreción de Hechos de Infracción formulado por el Servicio en el presente expediente únicamente se hizo mención de una presunta infracción al art. 1 de la Ley.

2). Este Tribunal de Defensa de la Competencia, mediante su Auto de 31 de marzo de 1992 señaló:

"El Tribunal entiende que la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, no reconoce una acusación particular que corra paralela a la pública que ejerce el Servicio y que pueda fijar un objeto del procedimiento distinto o a tener en cuenta junto al que delimita el Pliego de Concreción de Hechos. Es únicamente este acto el que define la acusación y las personas imputadas. Si el Servicio no recoge en el Pliego parte de los hechos denunciados, el denunciante podrá recurrir este sobreseimiento parcial ante el Tribunal (art. 37.4) dentro de los diez días (art.47)"

Es claro que, desde esta perspectiva de la atribución de hechos por el Servicio y su puesta de manifiesto al interesado, resulta ser el Pliego de Concreción de Hechos de Infracción el momento procesal determinante de la imputación por el Servicio, bien entendido que ello no obsta en absoluto para que, en su caso, pueda el Tribunal mantener asimismo la imputación, incluso frente a postura distinta del Servicio, de conformidad con el art. 43 de la Ley 16/1989 y disposiciones concordantes y que desde luego la calificación jurídica de tales hechos corresponda realizarla en el Informe correspondiente, tradicionalmente conocido como Informe propuesta, hoy recogido en el art. 37 de la Ley 16/1989.

3). Así aplicado a este caso, no es atendible esta argumentación del recurrente, ya que, en términos de estricto ejercicio del derecho de la defensa, hay que decir que quedaría perfectamente salvaguardado puesto que tiene perfecta oportunidad de alegar y proponer pruebas ante este Tribunal (art.40.1 de la Ley) y desde luego manifestar cuanto a su derecho convenga en el ulterior momento de la vista o de las conclusiones.

El Auto invocado por el recurrente lo único que dice es que no cabe añadir hechos nuevos una vez confeccionado el Pliego de Concreción de Hechos. Pero realizada tal imputación, con ese material fáctico, puede realizarse la calificación procedente por el Servicio en el momento procesal estipulado en el art.37.3

4). En todo caso, en este supuesto, no se ha procedido a delimitar el mercado ni se han aportado datos suficientes que hagan que este Tribunal pueda entender que se ha producido un supuesto de abuso de posición dominante

**Tercero.** Ciertamente, tras la práctica de la prueba, parece que la orden de abstención no tuvo relevantes efectos sobre la competencia, lo cual sería un elemento clave a la hora de graduar las sanciones.

De otro lado, es esta la primera vez que se rechaza por contraria a la libre competencia una práctica, como las órdenes de abstención impartidas por los Colegios de Arquitectos, que tradicionalmente venían haciéndose con total naturalidad.

En la medida en que la implantación del derecho de la libre competencia implica ruptura de situaciones consolidadas e incluso incorporadas a viejas tradiciones sociales, corporativas y empresariales, conviene ejercitar prudentemente las potestades sancionadoras, bastando en este caso con la pura condena que sirve a su vez de admonición a estos operadores a fin de que cesen totalmente en este tipo de prácticas anticompetitivas.

Por ello procede no imponer sanciones habida cuenta del limitado efecto que tuvo esta Orden de abstención y de que es la primera vez que se examina este tipo de conductas desde la perspectiva del derecho de la libre competencia, que estaban muy arraigadas en el sector colegial de arquitectos, advirtiendo a estos operadores que en adelante no podrán volver a emitir "órdenes de abstención" so pena de incurrir en grave infracción de la legislación protectora de la libre competencia.

**VISTOS** los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, este Tribunal de Defensa de la Competencia

### **HA RESUELTO**

<sup>10</sup> Declarar que en el presente expediente ha quedado acreditada la realización de un acto prohibido por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en su artículo primero, consistente en dictar el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro una Orden de abstención a la presentación de los Arquitectos al concurso de ideas para la construcción de un pabellón polideportivo en el Estadio Larrabide de Pamplona convocado por la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Navarra.

2º Intimar al Colegio de Arquitectos Vasco- Navarro para que no vuelva a emitir ninguna "orden de abstención" a la presentación de los arquitectos a cualesquiera concursos de arquitectura o urbanismo se convoquen.

Notifíquese a los interesados y comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia, instruyéndose a aquéllos que contra esta Resolución podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente a su notificación.