

RESOLUCIÓN (Expte. 410/97, Aparejadores Mallorca)

Pleno

Excmos. Sres.
Petitbò Juan, Presidente
Berenguer Fuster, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alonso Soto, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid a 28 de octubre de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. ALONSO SOTO, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 410/97 (nº 1520/97 del Servicio de Defensa de la Competencia) iniciado por denuncia de la empresa "Representaciones, Inversiones y Administraciones Reina, S.A." contra el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Mallorca y el Consejo General de Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de España por la realización de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en negar el visado a un nuevo encargo profesional de dirección de obras hasta tanto no se deposite o avale el importe de los honorarios profesionales devengados por los anteriores arquitectos técnicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La empresa "Representaciones, Inversiones y Administraciones Reina, S.A." (en lo sucesivo Inversiones Reina) denunció al Consejo General de Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de España (en lo sucesivo Consejo General) y al Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Mallorca (en lo sucesivo Colegio de Mallorca) por la realización de la siguiente práctica restrictiva de la competencia: Condicionar el visado del encargo a un nuevo arquitecto técnico, de la dirección de obra del proyecto de construcción de 34 viviendas unifamiliares en la urbanización "Sa Taulera" de Palma de Mallorca, a la constitución de un depósito o aval bancario por importe de los honorarios profesionales de los arquitectos técnicos anteriormente encargados de las obras.

En efecto, consta en el expediente que el Colegio de Mallorca denegó el citado visado por resolución de 9.08.1995 y que, recurrida dicha resolución ante el Consejo General, éste la confirmó por Resolución de 23.02.1996.

2. Por Providencia del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 5.03.1997 se acordó la incoación de expediente sancionador.

En el curso del citado expediente, con fecha 19.06.1997, se formuló pliego de cargos al Colegio de Mallorca y al Consejo General por haber negado el visado al que anteriormente se ha hecho referencia. Dichos hechos constituían a juicio del Servicio de Defensa de la Competencia infracciones de los arts. 1.1.e) y 6.2.e) de la LDC.

3. Finalmente, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia elevó el expediente al Tribunal acompañado del correspondiente Informe-Propuesta en el que se delimita el mercado como el de la concesión de visados para la dirección de obras de edificación de viviendas en Palma de Mallorca; se califica a las prácticas realizadas por el Colegio de Mallorca y el Consejo General de acuerdo y abuso de posición dominante anticompetitivos; se indican los importantes efectos de las prácticas sobre el mercado; se propone la imposición de multas a sus autores; y se propone también que se imponga a éstos la obligación solidaria de publicar la resolución en el BOE y en un diario de ámbito nacional.
4. Recibido el expediente en el Tribunal, por Providencia de 10.09.1997 se admitió a trámite y se puso de manifiesto a los interesados para que propusieran la práctica de las pruebas necesarias para su defensa y, en su caso, solicitaran la celebración de vista.
5. Comparecieron en este trámite:

- 5.1. El Consejo General el cual consideró que, al debatirse una cuestión puramente jurídica, no resultaba necesario practicar ninguna prueba; por otra parte, estimaba que no era necesaria la vista.

- 5.2. El Colegio de Mallorca que propuso que se practicaran las siguientes pruebas: a) Requerir al Colegio la cifra de ingresos anuales por la expedición de visados, dato necesario a los efectos de cuantificar las sanciones. Y b) Solicitar del organismo oficial correspondiente una certificación del número de habitantes con residencia permanente en la isla de Mallorca, dato necesario a los efectos de determinar la cuota de mercado. Finalmente el citado Colegio no consideraba necesaria la

celebración de vista.

- 5.3. La empresa denunciante que solicitó vista y la práctica de la siguiente prueba: a) Requerir una copia del expediente administrativo del Colegio de Mallorca relativo a la denegación del visado de la obra que originó la denuncia. Y b) Requerir testimonio de las actuaciones habidas en el recurso contencioso-administrativo nº 390/96 que se tramita ante la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.
6. Por Auto de 5.02.1998 el Tribunal resolvió:
- a) Rechazar la prueba propuesta por la parte denunciante por innecesaria ya que tanto el Colegio de Mallorca como el Consejo General han reconocido los hechos que se les imputan y sólo discuten el amparo legal de la facultad de denegar los visados.
 - b) En cuanto a la prueba propuesta por el Colegio de Mallorca declarar pertinente la consistente en requerir al citado Colegio los datos de los ingresos anuales por expedición de visados, porque dichos datos podrían resultar de interés para, llegado el caso, cuantificar las multas; y rechazar la relativa a la obtención de la cifra de habitantes con residencia permanente en la isla, por irrelevante.
 - c) La no celebración de vista y la finalización del procedimiento mediante el trámite de conclusiones.
7. Por Providencia de 30.04.1998 se reiteró al Colegio de Mallorca el requerimiento efectuado en el Auto sobre prueba, el cual no fue cumplimentado hasta finales del mes de mayo.
8. Finalmente, por Providencia de 18.06.1998 se procedió a la apertura de los trámites de valoración de prueba y conclusiones.
9. En sus escritos de conclusiones tanto el Colegio de Mallorca como el Consejo General insisten en que las conductas que se les imputan gozan de amparo legal en virtud de lo dispuesto en el art. 48 del Real Decreto 1471/1977 (Modificado por R.D. 4987/83) y en el Real Decreto 314/1979 e invocan en apoyo de su posición las sentencias del Tribunal Supremo de 28.09.1982 y 12.06.1990.
- La empresa Inversiones Reina, por su parte, se ratifica en lo dicho en sus anteriores escritos.
10. El Pleno del Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión del día

15.09.98.

11. Son interesados:

- Representaciones, Inversiones y Administraciones Reina, S.A.
- Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Mallorca.
- Consejo General de Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de España.

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los siguientes hechos que son admitidos por las partes:

1. La Empresa "Representaciones, Inversiones y Administraciones Reina, S.A." encargó la dirección de obra del proyecto de construcción de treinta y cuatro viviendas unifamiliares en la urbanización "Sa Taulera" de Palma de Mallorca a los aparejadores Sres. Aguilar y de la Rosa.

Dicho encargo recibió el visado del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Mallorca en enero de 1992.

2. En el mes de agosto de 1995 la citada empresa decidió sustituir a los aparejadores mencionados por un nuevo arquitecto técnico y solicitó del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Mallorca el correspondiente visado.

La Junta de Gobierno del citado Colegio por Resolución de 9.08.1995 acordó condicionar el visado a la constitución por parte de la empresa peticionaria de un depósito o aval bancario por importe de los honorarios profesionales devengados por los aparejadores anteriormente encargados de la dirección de la obra.

3. Recurrída la Resolución anterior ante el Consejo General de Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de España, éste la confirmó por Resolución de 23.02.1996.

Esta última Resolución ha sido recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

4. De conformidad con la legislación vigente es preceptiva la intervención de aparejador o arquitecto técnico en la dirección de las obras de edificación de

viviendas con independencia de las competencias atribuidas a los arquitectos (Ley 12/1986).

5. Los Estatutos del Consejo General de Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de España establecen que "cualquier documento suscrito por un colegiado para la prestación de sus servicios profesionales no se considerará válido sin el oportuno visado del Colegio correspondiente".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Tanto el Consejo General como el Colegio de Mallorca han planteado, como cuestiones previas, la falta de competencia de este Tribunal para enjuiciar las actuaciones de los Colegios Profesionales y, subsidiariamente, la obligatoriedad de suspender la tramitación del procedimiento sancionador hasta que la jurisdicción contencioso-administrativa resuelva el recurso interpuesto por la empresa denunciante contra la Resolución de la Junta de Gobierno del Consejo General de 23.02.1996.
2. En relación con la primera de las cuestiones hay que señalar que es doctrina constante de este Tribunal que la LDC es de aplicación general a todos los operadores económicos que actúan en el mercado y, por consiguiente, a los Colegios Profesionales cuando se comportan como tales, esto es, cuando no actúan en el ejercicio de potestades públicas, correspondiendo a dicho Organismo la apreciación del carácter con el que estos últimos operan (Vid. las Resoluciones de 20.11.1992, 30.12.1993, 28.07.1994, 25.06.1996, 5.06.1997 y 10.07.1998, todas ellas referidas a las profesiones de arquitecto, aparejadores y arquitectos técnicos). Esta línea doctrinal había sido ya apuntada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 30.06.1992 y ha sido confirmada recientemente por la Audiencia Nacional en su sentencia de 12.11.1997.
3. La segunda de las cuestiones planteadas debe rechazarse, en primer lugar, porque la LDC sólo contempla la suspensión de la resolución del expediente administrativo en los casos en los que por los mismos hechos se haya instruido un proceso penal (art. 55); en segundo lugar, porque la cuestión de determinar si se ha infringido la normativa en materia de defensa de la competencia corresponde exclusivamente a este Tribunal bajo el posterior control de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.
4. De conformidad con lo expuesto en los puntos anteriores, el primer tema que el Tribunal debe analizar en relación con el objeto de este expediente es si las conductas que forman parte de la acusación constituyen el resultado del

ejercicio de funciones públicas por parte del Colegio de Mallorca y del Consejo General, tal y como han alegado éstos, o, por el contrario, se deben encuadrar entre las actividades de naturaleza económica que pueden desarrollar dichas corporaciones.

En este sentido, la negativa por parte del Colegio de Mallorca a otorgar el visado al encargo de la dirección de obra hasta que la empresa que ha contratado a un nuevo profesional no pague o afiance los honorarios profesionales devengados por los aparejadores anteriores, no parece que pueda considerarse una actividad administrativa emanada de la potestad pública que el Estado delega a los Colegios para ordenar la profesión, sino más bien una actuación corporativa en defensa del cobro de los honorarios de los colegiados que tiene una obvia trascendencia económica y distorsiona la competencia porque, de un lado, dificulta la libre contratación de profesionales por parte de las empresas o los particulares y, de otro, trata de imponer las reglas de la corporación a persona no afiliadas a la misma sobre las cuales no puede ejercer ni facultades regulatorias ni disciplinarias.

5. El Servicio de Defensa de la Competencia ha considerado que la negativa del otorgamiento de visado en los términos que se han expuesto constituye una infracción de los artículos 1 y 6 de la LDC.

Los hechos determinantes de dicha conducta están suficientemente acreditados y además han sido reconocidos por los propios encausados. El Colegio de Mallorca negó el visado al cambio de profesional en la dirección de la obra, y mientras la empresa denunciante no cumplió las condiciones impuestas por el citado Colegio, se impidió al nuevo profesional hacerse cargo de la obra, ésta quedó paralizada y con todo ello se causó un indudable quebranto a la empresa promotora. Así pues, dicha Corporación adoptó una decisión colectiva que restringía la competencia.

Por otra parte, la Resolución del citado Colegio fue confirmada por el Consejo General.

6. El Colegio de Mallorca ha alegado que su actuación gozaba de amparo legal y que, en consecuencia, según lo dispuesto en el art. 2.1. de la LDC, no resulta perseguible por las Autoridades de Defensa de la Competencia.

Para hacer frente a esta alegación hay que pasar primero revista a la normativa que rige la profesión de aparejador y arquitecto técnico.

El art. 5 de la Ley de Colegios Profesionales de 1974, vigente en el momento en que ocurrieron los hechos, establece como competencia de los Colegios

visar los trabajos profesionales de los colegiados cuando así se establezca expresamente en los Estatutos Generales.

El art. 32.12 del Decreto 1471/1977 (modificado por R.D. 497/1983), que aprueba los Estatutos Generales del Consejo General de Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos establece la exigencia del visado y su finalidad que consiste en controlar la titulación y colegiación del profesional cuyos servicios se contratatan, así como comprobar el contenido formal del contrato de arrendamiento de servicios o del trabajo realizado y los requisitos referentes a las competencias de los aparejadores o arquitectos técnicos.

Por su parte el art. 48 de los citados Estatutos establece que ningún aparejador o arquitecto técnico podrá intervenir en trabajos profesionales para los que anteriormente haya sido designado otro colegiado sin obtener la correspondiente autorización del Colegio, la cual se otorgará previa liquidación y pago o depósito de los honorarios devengados por el colegiado anteriormente designado.

Finalmente, el art. 2 norma 04 del Real Decreto 314/1979, sobre honorarios, prevé que el encargo hecho por el cliente al aparejador deberá ser notificado por éste al Colegio, para su visado, el cual no será concedido cuando concorra alguna de las siguientes causas: atente contra la ética y dignidad profesional, carezca de la calidad exigible, no respete los derechos de los particulares o no se ajuste a las tarifas aprobadas en dicha norma.

7. Del análisis de la normativa anterior se desprenden las siguientes conclusiones:
 - a) El visado está legalmente establecido para atender al control de algunas cuestiones (titulación y colegiación, contenido formal del contrato de arrendamiento de servicios y competencias de los aparejadores y arquitectos técnicos. Vid. más extensamente el art. 36.12 del D. 1471/1977) que nada tienen que ver con las planteadas en este expediente (no haber pagado o avalado los honorarios de los anteriores profesionales encargados de la dirección de la obra).
 - b) La negativa de su concesión está tasada, no incluyéndose entre las causas que la justifican la falta de pago o afianzamiento de los honorarios profesionales devengados (Vid. art. 2, norma 04 del R.D. 314/1979).
 - c) Si bien el aparejador o arquitecto técnico está obligado a obtener la autorización del Colegio cuando reemplaza a otro profesional,

quedando dicha autorización condicionada a la liquidación, pago o depósito de los honorarios devengados por el otro colegiado (art. 48 del D. 1471/1977), sin embargo el incumplimiento de dicho deber no se sanciona con la negativa del visado, sino con una sanción disciplinaria (art. 94 e del citado D. 1471/1977).

Así pues, ni las actuaciones del Colegio de Mallorca ni del Consejo General que se enjuician en este expediente están amparadas por normas legales o reglamentarias.

8. Para poder estimar si los encausados en este expediente han incurrido en una conducta de abuso de posición dominante es preciso determinar previamente cuál es el mercado relevante en el que dicha conducta despliega sus efectos.

En este caso el mercado relevante desde el punto de vista de los servicios que se prestan es, en principio, el de la dirección de obras que la ley atribuye en exclusiva a los aparejadores y arquitectos técnicos. Dentro de este mercado se puede delimitar otro más estricto constituido por el otorgamiento de visados por parte de los Colegios para la prestación de dichos servicios.

Desde el punto de vista geográfico, el mercado relevante está constituido por las Islas Baleares por ser el territorio sobre el que se extiende la jurisdicción del Colegio de Mallorca.

En dicho mercado el Colegio de Mallorca tiene una absoluta posición de dominio.

9. Desde esa posición, el Colegio de Mallorca ha incurrido en un comportamiento abusivo al condicionar el otorgamiento del visado de la nueva hoja de encargo profesional al hecho de que se pagaran, depositaran o afianzaran los honorarios devengados por los anteriores profesionales, porque ha usado el mecanismo del visado y las normas estatutarias como instrumentos de coacción para lograr la protección del interés particular de unos colegiados, desvirtuando con ello el sentido y la finalidad del mismo.

El Colegio no ha actuado en este caso en defensa de intereses públicos, sino corporativamente en defensa de los intereses privados de sus miembros, tratando incluso de someter a sus normas a terceros ajenos a la institución como son las empresas promotoras y constructoras. En este sentido, el Colegio de Mallorca, al tratar de hacer prevalecer la garantía del cobro de los honorarios por encima de otras cuestiones de interés general en defensa de las cuales se establece el visado, ha abusado de su posición de dominio en el mercado.

Finalmente, hay que señalar con respecto a esta infracción, que el abuso, por su propia naturaleza, no puede tener nunca amparo legal.

10. Al convalidar el Consejo General la Resolución del Colegio de Mallorca sin atender a las anteriores consideraciones se convierte también en responsable de los hechos objeto del presente expediente.
11. Como ya se ha indicado anteriormente, la acusación considera que los comportamientos descritos constituyen tanto una decisión colectiva de los órganos colegiales prohibida por el art. 1 de la LDC, como un abuso de su posición de dominio en el mercado, prohibido por el art. 6 de la LDC.

Sin embargo, dadas las características del caso hay que concluir que estamos ante un concurso aparente de leyes que habrá de resolverse considerando que los elementos del abuso prevalecen sobre los colusorios de forma que, ante la imposibilidad de sancionar la misma conducta con arreglo a dos distintas infracciones, habrá que aplicar exclusivamente el artículo 6 de la LDC.

12. El art. 10 de la LDC faculta al Tribunal para imponer multas a los agentes económicos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en el art. 6 de la LDC.

Para determinar la cuantía de la sanción se establecen en el citado precepto, de un lado, el límite máximo de la capacidad sancionadora del Tribunal que, por lo que respecta a los operadores económicos que no tienen cifra de negocios, se cifra en 150 millones de pesetas; y, de otro, los criterios a tener en cuenta para graduar la correspondiente sanción.

Teniendo en cuenta dichos criterios, en especial la modalidad y alcance de la práctica infractora que se ha acreditado en este expediente (abuso de posición dominante al negar el visado al encargo profesional presentado por un colegiado argumentando que no se había liquidado o garantizado los honorarios del contratado anteriormente), el hecho de que el abuso de posición de dominio es particularmente grave cuando se produce desde una posición que ha sido establecida por una disposición legal porque en este caso supone una restricción de la competencia de la que no pueden evadirse quienes la soportan y, finalmente, los efectos que ha producido la citada conducta, se estima adecuado imponer al Colegio de Mallorca una multa de un millón de pesetas.

Dadas las circunstancias concurrentes en este caso, el Tribunal suscribe la

propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia de no multar al Consejo General.

13. El art. 29.2 de la LDC establece que el Tribunal podrá imponer multas de hasta un millón de pesetas a las personas físicas y jurídicas, que deliberadamente o por negligencia, no le suministren datos o información o lo hagan de manera incompleta o inexacta.

En este caso, el Colegio de Mallorca se ha mostrado reacio a lo largo de toda la tramitación del expediente, tanto ante el Servicio como ante el Tribunal, a facilitar los datos que le eran requeridos, habiendo tenido finalmente el Tribunal que advertir al citado Colegio y a su Decano que podrían resultar merecedores de una sanción por incumplimiento del deber de suministro de datos.

A la vista de estos hechos, el Tribunal considera que debe imponer al Colegio de Mallorca una multa de 200.000 pesetas por la reiterada obstaculización de la labor instructora y su negativa a facilitar los datos que se le solicitaban.

Para determinar la cuantía de la multa se ha tenido en cuenta que finalmente los datos fueron remitidos al Tribunal el 20 de mayo de 1998.

14. El Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 46.5 LDC, ordena la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en uno de los diarios de mayor circulación de las Islas Baleares a costa del Colegio de Mallorca y en otro de los de mayor circulación en el territorio nacional a costa del Consejo General. Asimismo, conforme a lo establecido en el art. 46.2 LDC, considera oportuno ordenar al Colegio de Mallorca que dé traslado de esta Resolución a todos sus colegiados.

VISTOS los preceptos citados y los demás de aplicación, este Tribunal

HA RESUELTO

- Primero.** Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el apartado 6.1 de la Ley 16/1989, consistente en condicionar el otorgamiento del visado de la hoja encargo profesional a que se paguen, depositen o avalen los honorarios devengados por un profesional anterior.

Se consideran autores de dicha práctica restrictiva de la competencia

al Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Mallorca y al Consejo General de los Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de España.

- Segundo.** Intimar a los autores de la práctica declarada prohibida para que, en lo sucesivo, se abstengan de adoptar comportamientos similares al anterior.
- Tercero.** Imponer al Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Mallorca una multa de un millón de pesetas por la práctica declarada prohibida y otra de 200.000 pesetas por incumplimiento del deber de suministro de datos.
- Cuarto.** Ordenar al Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Mallorca que remita esta Resolución a todos sus colegiados en el plazo de un mes a contar de su notificación.
- Quinto.** Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en uno de los diarios de mayor circulación de las Islas Baleares a costa del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Mallorca y en otro de los de mayor circulación en el territorio nacional a costa del Consejo General de los Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de España.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber a éstos que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar de su notificación.