



I 04/09 - INFORME RELATIVO A LA CREACIÓN DEL COLEGIO PROFESIONAL DE DIETISTAS-NUTRICIONISTAS DE ANDALUCÍA

Consejo:

Gaspar Llanes Díaz-Salazar. Presidente
Ana Isabel Moreno Muela. Vocal Primera
Juan Luis Millán Pereira. Vocal Segundo

En Sevilla, a 22 de abril de 2009.

El Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, con la composición expresada y siendo ponente Don Gaspar Llanes Díaz-Salazar, Presidente, ha emitido el siguiente informe sobre la creación del Colegio Oficial de Dietistas-Nutricionistas de Andalucía, a instancia de la Dirección General de Entidades y Cooperación con la Justicia de la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas de la Junta de Andalucía.

I. ANTECEDENTES.

Con fecha 6 de febrero de 2009 tiene entrada en el Registro General de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (en adelante, Agencia) escrito de la Directora General de Entidades y Cooperación con la Justicia de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, por el que se solicita dictamen en el que se valore la oportunidad y conveniencia de la creación del Colegio Profesional de Dietistas-Nutricionistas de Andalucía, desde el punto de vista de las funciones y competencias que le han sido conferidas a esta Agencia y dentro del marco normativo para el ejercicio de las profesiones en la Unión Europea.

El citado escrito se acompaña de copia de la documentación presentada en su momento por los promotores de la creación del mencionado Colegio Profesional. En particular, se remite la solicitud presentada por el Presidente de la Asociación de Diplomados Universitarios en Nutrición Humana y Dietética de Andalucía, para la creación del Colegio Oficial de Dietistas-Nutricionistas de Andalucía, de fecha 30 de septiembre de 2005. Dicho escrito, a su vez, se acompaña de documentos referenciados que sustentan las alegaciones realizadas en el mismo.



II. OBJETO DEL INFORME

El presente informe se efectúa con base en lo dispuesto en el artículo 3.1 d) de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía. Se solicita la realización de observaciones y recomendaciones a tener en cuenta en el expediente de elaboración del anteproyecto normativo por parte del centro directivo responsable de la tramitación. Por ello, el presente informe se centra en proporcionar unos criterios de carácter general que sirvan de apoyo para dicha valoración. Todo ello, sobre la base de la contribución de esta iniciativa a la mejora de la competencia de la economía andaluza y al bienestar de los consumidores y usuarios.

III. MARCO NORMATIVO DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES.

La Constitución Española, en su artículo 149.1.18º, reserva al Estado la competencia sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas; y en el artículo 36 prevé que la Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales. La legislación básica en esta materia dictada por el Estado, se encuentra recogida en la Ley 2/1974, de 13 de febrero de Colegios Profesionales (en adelante LCP), modificada por la Ley 74/1978, de 26 de diciembre, el Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, la Ley 7/1997 y el Real Decreto 6/2000, de 23 de junio.

La legislación vigente configura a los Colegios Profesionales, según consta en el artículo 1 de la LCP, como corporaciones de derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. A lo que añade el artículo 4 que la creación de Colegios Profesionales se hará mediante Ley.

En el ámbito autonómico, el Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, en su artículo 79.3.b) confiere a la Comunidad Autónoma de Andalucía, competencia exclusiva en materia de "*Colegios Profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 36 y 139 de la Constitución Española*".

En el ejercicio de la competencia reconocida en esta materia, se promulgó la Ley 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía (en adelante, LCPA).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la LCPA, "la creación de los Colegios Profesionales, con ámbito de actuación en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, requerirá Ley del Parlamento de Andalucía, conforme a los requisitos y procedimiento establecido en el desarrollo reglamentario de la misma".

A tal efecto, el Decreto 216/2006, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para Colegios Profesionales de Andalucía, establece en su artículo 1 que el procedimiento para la creación de los Colegios Profesionales se iniciará a solicitud de la mitad más una, como mínimo, del total de las personas que ejerzan la profesión,



domiciliadas como tales en Andalucía y que cuenten con titulación académica oficial requerida. La petición de creación de un nuevo Colegio Profesional debe ser motivada.

Asimismo, según lo previsto en el artículo 43 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la iniciación del correspondiente procedimiento de elaboración de la norma ha de estar suficientemente motivada por la Consejería competente. La justificación de la norma implica que debe explicitarse claramente cuales son los objetivos perseguidos, de forma que el interés público quede acreditado. En su caso, si se considera que no reúne los requisitos para la creación del Colegio o no se dan las razones de oportunidad y conveniencia en relación con el interés público que la justifique, se adoptará una resolución denegatoria.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA A LA REGULACIÓN DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

A. La necesidad de revisar el marco regulador de los Colegios Profesionales.

Primero hay que hacer mención a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, conocida como Directiva de Servicios. El objetivo de esta Directiva es alcanzar un auténtico mercado único de servicios en la Unión Europea a través de la eliminación de las barreras legales y administrativas que actualmente limitan el desarrollo de actividades de servicios entre Estados miembros. Dicha norma comporta la obligatoriedad de revisar la totalidad de las normas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico para dar cumplimiento a los principios rectores contenidos en la misma, con la consiguiente modificación y supresión de cuantas normas resulten incompatibles con los mismos. En su articulado se establece que las restricciones de acceso o de ejercicio a la libre prestación de los servicios sólo puede aceptarse cuando reúnan tres condiciones: no discriminación, necesidad y proporcionalidad. La normativa reguladora de los Colegios Profesionales debería adaptarse a esta Directiva.

En segundo lugar a la Directiva de 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, que consolida en un único texto las quince Directivas adoptadas durante los últimos 40 años, y cuya pretensión es crear un marco jurídico único y coherente, fundado en una mayor liberalización de la prestación de los servicios -instando a la elaboración un listado de profesiones reguladas (profesiones tituladas)-, una mayor automaticidad en el reconocimiento de las cualificaciones y una mayor flexibilidad en el procedimiento de actualización de la Directiva. Recientemente, ha sido aprobado el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorpora esta Directiva al ordenamiento jurídico español.

Tercero, es muy importante tener presente el proceso para la creación de un Espacio Europeo de Educación Superior, que concluirá a finales del año 2010. En España se han iniciado diversas reformas legales, entre las que se puede resaltar la desaparición del “catálogo de titulaciones” y el otorgamiento de plena autonomía a las Universidades para

el diseño de los títulos universitarios de forma que respondan mejor a las demandas sociales. Ello podría originar que las nuevas titulaciones que se creen puedan encontrarse con mercados muy acotados por titulaciones asociadas a Colegios preexistentes o bien buscar su propia reserva de actividad. En consecuencia, existe un riesgo importante para la competencia derivado de la creación de nuevos Colegios Profesionales específicos con mercados cada vez más acotados y restrictivos. La consideración de este proceso obligaría a revisar en profundidad todo el sistema de Colegiación Profesional existente en la actualidad. En este sentido, sólo en casos excepcionales el interés general puede justificar que una profesión sólo pueda ser ejercida con una titulación concreta y no que este hecho se produzca de forma generalizada como ocurre en la actualidad.

Y, cuarto, destacar el Informe de la OCDE, publicado en febrero de 2009, sobre “Reformas del mercado de productos en España entre 1998 y 2008” que plantea la necesidad de realizar reformas estructurales en el ámbito de la regulación de los Colegios Profesionales para alinear la reglamentación española con las mejores prácticas de la OCDE (o la UE). Dice expresamente el informe que *“Es difícil el acceso al ejercicio de las profesiones liberales... unos requisitos de acceso menos rígidos mejorarían las perspectivas de empleo para los numerosos diplomados del sector terciario que se han incorporado en los últimos años al mercado de trabajo”*.

B. Valoración del interés general y del beneficio de los consumidores y usuarios en los Colegios Profesionales

Más allá de los fines legítimos de los profesionales que toman la iniciativa de creación de un Colegio Profesional para defender sus propios intereses, existe un fin primordial que hay que velar: la contribución que puede suponer la existencia de un Colegio Profesional y las restricciones que puede conllevar, a modo de balance, a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos en relación con el ejercicio de la profesión y el libre derecho de asociación.

Así, se señala por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 194/1998 (RTC 1998/194), de 1 de octubre: *“En todo caso, la calificación de una profesión como colegiada, con la consiguiente incorporación obligatoria, requiere desde el punto de vista constitucional, la existencia de intereses generales que puedan verse afectados o, dicho de otro modo, la necesaria consecución de fines públicos constitucionalmente relevantes. La legitimidad de esa decisión dependerá de que el Colegio desempeñe efectivamente funciones de tutela de interés de quienes van a ser los destinatarios de los servicios prestados por los profesionales que lo integran, así como de la relación que exista entre la concreta actividad profesional con determinados derechos, valores y bienes constitucionalmente protegidos”*.

En este sentido la Comisión Europea, en su Comunicación COM 2004, de 9 de febrero, sobre competencia en los servicios profesionales y, más recientemente, con la publicación de la Resolución del Parlamento Europeo sobre el seguimiento del Informe sobre la competencia en los servicios profesionales (2006/2137), plantea la necesidad de ser muy rigurosos en la creación y regulación de los Colegios Profesionales, sobre todo a la hora de otorgar derechos exclusivos y crear barreras injustificadas en el ejercicio

profesional que pueden perjudicar la consecución del interés general de los consumidores y usuarios e incluso para los propios profesionales. Por estos motivos, propone que la oportunidad y conveniencia de la creación de un Colegio Profesional deba ser valorada teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

- Por la existencia de importantes “asimetrías de información” entre clientes y prestadores de servicios profesionales, en la medida que los profesionales deban poseer un elevado nivel de conocimientos técnicos que los consumidores no puedan apreciar correctamente por sí mismo y no puedan justificarse por la propia existencia del título profesional.
- El hecho de que pueda considerarse que determinados servicios profesionales aportan “bienes públicos” que son valiosos para la sociedad en general y que han de protegerse como tales.
- Cuando la prestación de los servicios profesionales pueda estar asociada a “externalidades”, es decir que estos servicios pueden repercutir sobre el bienestar de terceros y no sólo del que adquiere estos servicios y que requieran de una especial protección jurídica.

C. Efectos distorsionadores de la competencia en la regulación de los Colegios Profesionales.

La creación de un Colegio Profesional puede suponer restricciones significativas a la competencia. Dichas restricciones vienen derivadas de otorgarle derechos exclusivos a los profesionales colegiados, tales como: la colegiación obligatoria; la ligazón del Colegio a una única profesión, acotando reservas de actividad; la obligatoriedad de visados que supongan un coste adicional de los proyectos; los límites a la publicidad, entre otros.

Por estos motivos, conforme a los principios de proporcionalidad y mínima distorsión posible de derechos fundamentales constitucionales, en el caso de que suponga restricciones a la competencia, es necesario incluir una motivación que constate que los objetivos sociales perseguidos requieren la adopción de la norma y que no pueden lograrse sin distorsionar el mercado y, en este caso, la libertad de asociación. Para ello, el contenido de la norma debe ser proporcional a la finalidad, lo que significa que no debe ir más allá de lo que es absolutamente necesario para salvaguardar el objetivo de interés público que la justifica, de forma que las distorsiones producidas sean las mínimas posibles.

A este respecto, también debe tenerse también en cuenta los principios de buena regulación establecidos por la OCDE en esta materia, en su Informe de 2000 *“Competition in Professional Services”*, entre los cuales destacan los siguientes:

- En su caso, la creación y normativa de desarrollo de los servicios profesionales debe estar enfocada, principalmente, a proteger a los consumidores y usuarios.
- No se deben otorgar derechos exclusivos a los profesionales cuando existan otros mecanismos menos restrictivos que puedan solucionar los problemas que se



detecten.

- Si no existiera otra alternativa mejor al otorgamiento de derechos exclusivos, los requisitos de entrada no deberían ser desproporcionados con relación a los que se requiere para asegurar la prestación del servicio considerado.
- Las restricciones a la competencia entre miembros de una misma profesión deben ser eliminadas, tales como precios orientativos, publicidad limitada, obligatoriedad de visados, entre otros.
- No debe darse la jurisdicción exclusiva a los Colegios Profesionales sobre requisitos de entrada, reconocimiento mutuo o derechos exclusivos de la profesión.

En este contexto, resulta de especial interés el reciente análisis efectuado por la Comisión Nacional de la Competencia sobre el sector de los Servicios Profesionales y Colegios Profesionales, que se plasma en su Informe de septiembre de 2008. En el mismo se analizan e identifican los efectos más negativos o restrictivos que, desde el punto de vista de la competencia, pueden provocar las profesiones colegiadas, y que pasamos a resumir en los dos puntos siguientes:

a) “*Barreras de acceso*” que pueden ser de dos tipos:

- Exigencias de “*colegiación obligatoria*” que limitan el libre ejercicio de la profesión sólo a los profesionales colegiados.
- Establecimiento de la “*obligatoriedad de una titulación concreta*” para ejercer una determinada profesión colegiada.

Estas barreras de entrada tienen como efecto principal la creación de reservas de actividad a los profesionales colegiados, ya que produce una vinculación de los Colegios con las titulaciones. Es decir, mercados y actividades profesionales son reservados a aquellos profesionales que cumplan los requisitos de acceso y quedan totalmente cerrados al resto que no podrán competir en esos mercados. Tanto la colegiación obligatoria como las reservas de actividad deben examinarse con sumo cuidado. En todo caso, las reservas de actividad sólo se pueden realizar cuando se regula por ley una determinada profesión.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este asunto, entre otras, en las Sentencias números 123/1987 (RTC 1987/123), 20/1988, de 18 de febrero (RTC 1988/20), 89/1989, de 11 de mayo (RTC 1989/89), 131/1989 y 194/1998 (RTC 1998/194). En esta última Sentencia de 1 de octubre de 1998, donde se recoge toda la doctrina mantenida en las anteriores, señala que “*los Colegios Profesionales constituyen una típica especie de corporación reconocida por el Estado, dirigida no sólo a la consecución de fines estrictamente privados, lo que podría conseguirse con la simple asociación- artículo 22 Constitución Española, sino esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión –que constituye un servicio al común- se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio que, por otra parte, ya ha garantizado en principio el Estado con la expedición del título habilitante*” y que “*la Constitución exige que sea el legislador quien deba determinar qué profesiones quedan fuera del*

principio general de libertad, valorando cuáles de esas profesiones requieren, por atender a los fines mencionados, la incorporación a un Colegio Profesional, así como en su caso, la importancia que al respecto haya de otorgar a la exigencia de una previa titulación para el ejercicio profesional". Asimismo, considera que: "El legislador, al hacer uso de la habilitación que le confiere el artículo 36 de la Constitución Española deberá hacerlo de forma tal que restrinja lo menos posible y de modo justificado, tanto el derecho de asociación proclamado en el artículo 22 de la Constitución Española como el de libre elección profesional y de oficio y que, al decidir, en cada caso concreto, la creación de un Colegio Profesional, haya de tener en cuenta que, al afectar la existencia de éste a los derechos fundamentales mencionados, sólo será constitucionalmente lícita cuando estén justificadas por la necesidad de servir un interés público".

En este sentido, sólo en casos excepcionales y mediante amparo legal se pueden establecer reservas de actividad a una profesión de modo que sólo pueda ser ejercida con una titulación académica concreta. Por lo tanto, es cuando se regule por Ley una determinada profesión titulada cuando realmente se crean reservas de actividad conforme a lo establecido en el art 53.1 de la Constitución Española y el art. 4 de la Ley 6/2007, de Defensa de la Competencia. Asimismo, conforme a la STC 154/2005 es el legislador estatal quien detenta la competencia exclusiva para regular las profesiones y condicionarlas a la posesión de un título académico concreto.

Por otra parte, cabe destacar que no todas las profesiones reguladas tienen Colegio profesional, ni todos los Colegios Profesionales tienen profesiones reguladas. Sólo en los casos en que exista una profesión regulada por Ley un Colegio Profesional puede establecer reservas de actividad frente a otros titulados y con los límites que dicha regulación imponga. Sin dicho amparo legal, las actuaciones que realice un Colegio Profesional para defender una hipotética reserva de actividad frente a otros titulados serían conductas prohibidas por las normas de competencia.

- b) *"Barreras al ejercicio"*, es decir las contenidas en los reglamentos y normas que afectan al ejercicio de las profesiones. Estas son aquellas que suelen ser reguladas por los propios Colegios y obligan a determinadas actuaciones a seguir en el ejercicio de una actividad profesional, tales como:
- *"Honorarios orientativos"*, que deben ser eliminados por ser conductas conscientemente paralelas y contrarias a la normativa española y europea de competencia.
 - *"Limitaciones a la publicidad"* más allá de las propias establecidas en la Ley General de Publicidad 34/1988.
 - Existencia de *"visados obligatorios"* que no beneficien al consumidor o usuario y no conlleven ningún tipo de garantía adicional y responsabilidad de quien realiza el visado. Estos visados suelen suponer un trámite administrativo más y un encarecimiento de precios de los servicios no justificados.
 - *"Cuotas de ingreso elevadas"* para obstaculizar la entrada de nuevos profesionales.



- “Códigos deontológicos” con aspectos excesivos relativos a lo que se entiende por competencia desleal más allá de la propia normativa de competencia desleal de general aplicación.
- Las barreras también pueden producirse a través de la “*actividad disciplinaria*” colegial ejercida por los propios representantes de los colegiados y dependientes de procesos electorales y no por tribunales independientes, en su caso.

Por último, en este apartado, cabe recordar el sometimiento del ejercicio de la actividad profesional desarrollada a través de los Colegios Profesionales a las normas de competencia que se contempla en los artículos 2.1 y 4 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero y 3.2 de la Ley 10/2003, de 6 de noviembre, en los se establece que el ejercicio de tales profesiones ha de realizarse en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la legislación sobre Defensa de la Competencia y sobre Competencia Desleal. Asimismo, los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios Profesionales con trascendencia económica observarán los límites del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (actual Ley 15/2007, de 3 de julio).

V. CONCLUSIONES

Este Consejo considera que, en función de lo expuesto y del análisis de la documentación aportada en la solicitud de informe, las justificaciones contenidas para la creación de este Colegio Oficial de Dietistas-Nutricionistas de Andalucía adolecen de suficiente motivación en dos aspectos esenciales de la propuesta:

a) Acreditación de la existencia del motivo del interés general o de utilidad pública para sustentar la creación del nuevo Colegio Profesional. Este Consejo considera favorablemente la inclusión de una “Memoria justificativa sobre la conveniencia de la creación del Colegio Oficial de Dietistas-Nutricionistas de Andalucía desde el punto de vista del interés público”, aunque observa que dicha Memoria acredita de forma imprecisa y vaga la utilidad pública y el posible beneficio que se deriva para los consumidores y usuarios de la creación del Colegio Profesional. En particular debe quedar expresamente acreditado el beneficio que se deriva para los consumidores y usuarios por la existencia de asimetrías de información, bienes públicos o externalidades. Habría que mencionar expresamente si entre los fines principales de dicho Colegio estará su compromiso público prioritario con la promoción de la salud mediante la alimentación, de lo cual se podrían derivar importantes externalidades positivas para la sociedad. Asimismo, habría que analizar si pueden existir asimetrías de información entre clientes y prestadores de servicio que justifiquen la creación del colegio por ser este un bien público protegido constitucionalmente como es la salud. Estos aspectos deberían analizarse con mayor profundidad y ser incorporados y resaltados en la exposición de motivos del anteproyecto de ley, más allá de los propios intereses de los profesionales.

b) Justificación rigurosa de la colegiación obligatoria por razones de interés público y de protección de los consumidores que incorpora la propuesta de anteproyecto de ley en su art 4.



La adscripción obligatoria a un Colegio sólo podría entenderse justificada para aquellos profesionales que, para acceder a realizar una determinada actividad, por trascendentales razones de interés público y de protección de los consumidores, debieran someter su actividad necesariamente a la disciplina propia de la colegiación obligatoria.

Este Consejo considera que como regla general la colegiación debe ser voluntaria. No se considera justificada la propuesta de colegiación obligatoria dado que en ningún momento se realiza un análisis de la necesidad y proporcionalidad de esta restricción a la competencia para el cumplimiento de los fines del Colegio. No puede justificarse dicha colegiación obligatoria desde la perspectiva de los intereses de los profesionales para los que se puede acudir a asociaciones voluntarias. Tampoco en los motivos de interés general que fundamentan la propia titulación específica o la necesidad que el legislador ha apreciado para establecer una profesión regulada. En todo caso, no se puede obligar a profesionales que sean funcionarios o personal laboral de la administración a estar colegiados para ejercer su actividad, pues es la administración la que puede asumir directamente la tutela de los fines públicos concurrentes en el ejercicio de la profesión (STC 76/2003).

Todo lo anteriormente expuesto ha de entenderse, teniendo en cuenta la fase incipiente en la que se encuentra el presente expediente, y sin perjuicio de que, en su caso, en el momento procedimental correspondiente a la elaboración del anteproyecto normativo de creación de este nuevo Colegio Profesional y demás normas de desarrollo, se dé efectivo cumplimiento a las reglas y normas que se dispongan en la nueva Ley de Servicios Profesionales que está siendo objeto de tramitación a la fecha del presente informe.

Por último, es conveniente advertir que, en su caso, en el proceso de elaboración del anteproyecto, así como en del resto de normas que la desarrollen, en particular los Estatutos por los que se rija el mismo y demás normas reglamentarias de funcionamiento interior, resultaría de aplicación el artículo 3.1 i) de la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, en cuya virtud corresponde al Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía: *“informar los anteproyectos de ley y proyectos de reglamentos de la Junta de Andalucía que incidan en la libre competencia, con el objetivo de proteger los intereses generales, especialmente de las personas consumidoras y usuarias y para favorecer el desarrollo socioeconómico de Andalucía”*. Conforme a lo anterior, resulta preciso que en el procedimiento de elaboración de la norma se realice el “Test de Evaluación de la Competencia” y en el caso de que resultaran restricciones significativas a la competencia, se tendrá que justificar en una “Memoria de Evaluación de la Competencia” que los beneficios para los intereses generales de imponer las restricciones sobre la competencia superan a los costes que conlleva.