

CONSEJO DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA

RESOLUCIÓN S/01/2025, COLEGIO OFICIAL DE MÉDICOS DE MÁLAGA

Pleno

D. José Ignacio Castillo Manzano, presidente del Consejo (por sustitución en vacancia)

Dña. María del Rocío Martínez Torres, vocal segunda del Consejo

D. Eugenio Benítez Montero, secretario del Consejo

El Consejo de la Competencia de Andalucía (en adelante, CCA), en su sesión de fecha 30 de mayo de 2025, válidamente constituido con la composición anteriormente expresada, y siendo ponente D. José Ignacio Castillo Manzano, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 29/2022 COLEGIO OFICIAL DE MÉDICOS DE MÁLAGA, por presuntas conductas anticompetitivas contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC)

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 23 de noviembre de 2022 D. AAA, actuando en nombre y representación de la Asociación Europea de Peritos Judiciales de los Tribunales (en adelante, AEPJT), presenta en el Registro Electrónico de la Administración de la Junta de Andalucía una denuncia contra el Colegio Oficial de Médicos de Málaga (en adelante, COMM) por una presunta infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC.

La denuncia tiene como base un documento emitido por el COMM el 11 de febrero de 2021, como consecuencia de las quejas formuladas por los letrados D. BBB y D. CCC contra el doctor D. DDD, perteneciente al Colegio Oficial de Médicos de Granada, por estar «*inscrito en los listados de médicos peritos especialista en Psiquiatría, Medicina Legal y forense y Valoración del Daño Corporal*». El COMM, tras exponer sus argumentos, concluye lo siguiente:

«En definitiva, este Médico nunca debió haber sido incluido en el Listado de Médicos peritos Especialista en porque, además de no poseer el Título Oficial de dicha especialidad Psiquiatría,





Medicina Legal y Forense y en valoración del daño Corporal, no formaba parte del Listado confeccionado por el Colegio Médico, al ser el ejercicio de profesión médica de colegiación obligatoria.

Por tanto, y conforme a lo expuesto, desde este Colegio de Médicos de Málaga, interesamos a ese Juzgado Decano de Málaga que se proceda a la baja del DR. DDD de los listados de Médicos Peritos especialistas en Psiquiatría, Medicina Legal y Forense y en Valoración del Daño Corporal».

Dicho escrito fue presentado en el procedimiento ordinario 518/2021, que se tramitaba en el Juzgado de Primera Instancia N° 7 de Málaga, para recusar a D. DDD, que había sido designado como perito. La Magistrada-Juez resolvió mediante Auto de 18 de octubre de 2022 estimar la recusación, asumiendo los argumentos expuestos por el COMM. Asimismo, se dio traslado del Auto al Decanato de los Juzgados de Málaga, que procedió (expediente 3/22) a darle de baja de los listados de médicos peritos especialistas en Psiquiatría, Medicina Legal y Forense y en Valoración del Daño Corporal.

La AEPJT entiende que el documento emitido por el COMM «es de contenido incierto y no veraz, distorsionando la realidad» y que atenta «a la libre competencia intentando restringir los derechos de los demás operadores profesionales independientes, como los de pertenencia de Asociaciones Profesionales, de poder prestar sus servicios como Médicos Valoradores del Daño Corporal en régimen de la libre competencia a través de la designación como perito judicial que efectúan los diferentes órganos judiciales de Málaga».

Asimismo, considera la denunciante que el COMM tiene «una clara intención de desacreditar la cualificación profesional, no solo del Perito Forense Sr. DDD, sino también desacreditar a la de los demás profesionales como los que practican la medicina en el ámbito forense, ya sea de oficio judicialmente o extrajudicialmente a solicitud de una de las partes incurso en un proceso judicial, o los de cualquier otro profesional perteneciente a una Asociación Profesional auto-asignándose la supremacía ante los demás profesionales, aludiendo una información y normativa que no es veraz, realizando una conducta colusoria, tipificada en el artículo 1 y 2 de la LDC». La Asociación manifiesta que el COMM podría «estar en connivencia con la Asociación de Abogados de Víctimas de Responsabilidad Civil ADEVI», por tener constancia de casos de similares características, que relaciona.

A continuación, la denunciante critica el escrito del COMM, por falsear la libre competencia «por actos desleales», mostrando su desacuerdo por la interpretación que este realiza sobre la colegiación obligatoria y de la referencia a la titulación que para actuar como perito establece el artículo 340 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC):

«A este respecto y a los fines de probar lo expuesto precedentemente en cuanto a que no es necesario y mucho menos obligatorio estar colegiado para intervenir como perito judicial ni ahora ni antes, ni con las antiguas leyes ni con las nuevas y las pendientes que puedan haber de aprobación, lo haremos desde un punto de vista lógico y sobre todo a través de la abundante



jurisprudencia (“la ciencia de lo justo y de lo injusto”), existente desde antes de estas polémicas leyes y demás normativa legal sobre la necesidad o no de que el perito judicial designado por un tribunal (para emitir un informe pericial) debía o deba de estar colegiado.

Téngase en cuenta de que NO HA EXISTIDO NI EXISTE ACTUALMENTE NINGÚN PRECEPTO LEGAL QUE DIGA QUE EL PERITO JUDICIAL DEBA DE ESTAR COLEGIADO, que de una forma lógica y ajustada a derecho, como bien define y regula el artículo 340 LEC y artículo 457, 458 LECr (idoneidad del perito) el profesional para actuar como PERITO JUDICIAL NO REQUIERE ESTAR COLEGIADO, y así lo han venido entendiendo los Tribunales de España desde la antigua LEC de 1881 a la actualidad y de la antigua pero vigente Ley 2/197[4], de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, por citarle alguna que otra sentencia sin querer extendernos más allá de lo estrictamente necesario».

La AEPJT prosigue su argumentación acerca de la idoneidad regulada en el artículo 340 de la LEC y de la responsabilidad del perito judicial, considerando que los Colegios Oficiales «no tienen absolutamente nada que ver con su actuación profesional», puesto que, «siendo la actuación del Perito Judicial el desempeño de un cargo público personal y fungible (artículo 24.2 CP) es evidente que, el único encargado de garantizar la tutela judicial efectiva y/o de sancionar por una posible negligencia o mal desempeño del cargo conferido en un procedimiento judicial es el propio Juzgado y no un colegio o asociación».

La denunciante añade que el COMM «[o]mite con clara intención de distorsionar, falsear e impedir la libre competencia al omitir (restringir) que el Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero en la que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud, aparte de la de Medicina Legal y Forense (incluida en el apartado tercero del anexo del Real Decreto 127/1984, de 11 de enero) se encuentra TAMBIEN la de MEDICINA DEL TRABAJO; ambas especialidades requieren formación hospitalaria y son las dos únicas especialidades médicas OFICIAL que tienen especiales conocimiento y plenas competencias para realizar VALORACIONES DEL DAÑO CORPORAL». Por ello, extrae la siguiente conclusión:

«Con lo expuesto precedentemente y la documental aportada queda suficientemente demostrado que el Colegio Oficial de Médicos de Málaga realizó conductas colusorias (artículo 1 LDC) “FALSEANDO LA COMPETENCIA” al “recomendar” (interesar al Decano) dar de baja al perito D. DDD, de las listas de peritos del juzgado decano de Málaga, haciendo uso de su posición de dominio del mercado (artículo 2 LDC)».

Por otra parte, la AEPJT trae a colación el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) de 3 de julio de 2013, que indica que, en relación con el procedimiento para la designación judicial de peritos, la colegiación no es un requisitos imprescindible, puesto que, en primer lugar, el artículo 341 prevé un procedimiento cuando no exista Colegio profesional, en cuyo caso la lista de peritos estará formada necesariamente por profesionales no colegiados; en segundo término, el artículo 340 de la LEC no prevé como condición la colegiación, sino únicamente la



titulación oficial. También la CNC realiza a las Administraciones Públicas competentes una *«propuesta de modificación normativa, dirigida a suprimir las restricciones a la competencia efectiva derivadas de la aplicación de este precepto legal y otros análogos que puedan existir»*.

La AEPJT expresa igualmente que el COMM *«hace referencia a la instrucción 5/2001 del CGPJ, omitiendo que dicha instrucción fue modificada, de 19 de diciembre, por el acuerdo del 28 de octubre de 2010 del Consejo, sobre remisión anual a los órganos jurisdiccionales de las listas profesionales para su designación judicial como peritos, y el Protocolo de actuación del servicio común procesal para la asignación de peritos judiciales, de 9 de febrero de 2005»*.

En la actuación desarrollada por el COMM, la Asociación aprecia mala fe y el propósito de manipular el mercado en su propio beneficio, concretamente expresa lo siguiente:

«Lo que la AEPJT viene a DENUNCIAR es la MALA FE del Colegio Oficial de Médicos de Málaga y que supone una clara intención de querer manipular el mercado a su propio beneficio, excluyendo a demás competidores mediante el abuso de posición dominante y poder corporativista que tiene, realizando una clara COMPETENCIA DESLEAL sin el más mínimo escrúpulo por parte del Colegio Oficial de Médicos de Málaga, con un claro intento de restringir la libre competencia de una profesión como la de Peritos judiciales como auxiliares de la justicia, que está afectando a la oferta de los servicios de los demás operadores económicos, falseando o cuanto menos distorsionando el mercado de servicios de peritajes judiciales en los órganos judiciales de Málaga, ya que está vulnerando el principio de libertad de las buenas normas de comportamiento, imprescindible para actuar con eficacia competitiva en los mercados por parte de todos y cada uno de los operadores económicos existentes (Artículo 1.1, 1.2 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia).

Es evidente que la maniobra del Colegio Oficial de Médicos de Málaga es la de impedir, restringir o falsear la libre competencia mediante el contenido de su escrito, con la pretensión de que el Juzgado Decano de Málaga proceda a dar de baja al Perito DDD y a cualquier otro que no se encuentre colegiado en el Colegio Oficial de Médicos de Málaga».

La descripción de los presuntos hechos denunciados por la AEPJT va acompañada de una fundamentación jurídica, en la que se invocan los artículos 1 y 2 de la LDC, así como diversos preceptos de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante, Ley ómnibus).

De otro lado, reproduce la modificación de la Instrucción 5/2001, de 19 de diciembre, por el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 28 de octubre de 2010, cita los artículos 339 y 340 de la LEC, como reguladores de las condiciones que deben reunir los peritos, y menciona algunas resoluciones judiciales que se pronuncian sobre la idoneidad de estos.

Tras referirse nuevamente al citado Informe de la CNC de 3 de julio de 2013, la Asociación solicita la admisión de su denuncia contra el COMM *«por impedir, restringir y falsear la libre competencia (artículo 1 y 2 Ley 15/2007, de 3 de julio sobre Defensa de la Competencia)»*, la adopción de *«las*



oportunas MEDIDAS CAUTELARES, con el fin de reparar los daños y perjuicios ocasionados al Peritos D. DDD, por las medidas adoptada por el Juzgado Decano de Málaga en el Expediente 3/22 y repercusiones a los demás asociados a esta AEPJT, consistiendo dichas medidas cautelares en ordenar la revisión y suspensión de cualquier de la medida adoptada, hasta que sea dilucidada la investigación de los hechos denunciados contra el Colegio Oficial de Médicos de Málaga».

Por último, solicita que «se investigue si los abogados D. BBBy CCC, así como los que han intervenido en los procedimientos que se citan y se relacionan en el punto segundo de los hechos, pertenecen a la Asociación de Abogados de Víctimas de Responsabilidad Civil – ADEVI (<https://abogadosdevictimas.es>), ya que podrían estar actuando en connivencia con el Colegio Oficial de Médicos de Málaga, con la intención de impedir, restringir o desplazar del mercado de servicios (Valoraciones del Daño Corporal) al Perito Dr. DDD y contra otras asociaciones de peritos judiciales como la AEPJT».

Segundo.- Con fecha 2 de marzo de 2023 se trasladó la denuncia a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), remitiéndole igualmente la propuesta de asignación conforme a lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (en adelante, Ley 1/2002). Con fecha 17 de marzo de 2023, la Dirección de Competencia de la CNMC consideró a la ACREA como autoridad autonómica competente para conocer del asunto, solicitando que se declarara a la Dirección de Competencia como parte interesada en el procedimiento a que, en su caso, diera lugar.

Tercero.- Con fecha 31 de marzo de 2023 la AEPJT remite un correo electrónico a la cuenta de la ACREA competencia.acrea@juntadeandalucia.es, solicitando información sobre la situación de su denuncia. La Dirección del Departamento de Investigación de Defensa de la Competencia de Andalucía le envía un escrito de contestación el día 10 de abril de 2023, comunicándole que está analizando la denuncia presentada, a fin de determinar si existen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas que justifiquen la incoación de un procedimiento sancionador, o bien proponer al Consejo de la Competencia de Andalucía no incoarlo y archivar las actuaciones por considerar que no existen indicios de infracción, según prevé el artículo 49 de la LDC.

Cuarto.- Con fecha 17 de mayo de 2023 se emite Informe Propuesta del DI, en el que se propone la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo del expediente.



II. VALORACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Sobre el ámbito competencial

Corresponde a la ACREA el ejercicio de las competencias reconocidas en la LDC, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.3 de la Ley 1/2002.

En el presente asunto, la conducta denunciada y sus eventuales efectos se limitarían al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, no apreciándose afectación a un ámbito autonómico superior, ni al conjunto del mercado nacional, por lo que se cumplen los requisitos establecidos en el citado artículo 1.3 de la Ley 1/2002.

El artículo 49.3 de la LDC, relativo al procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas, dispone que “[e]l Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley y el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley”.

En relación con lo anterior, el artículo 8.1.a) de los Estatutos de la ACREA, aprobados por el Decreto 289/2007, de 11 de diciembre, dispone que corresponde al Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía¹ (actual CCA), a propuesta de la Dirección del DI de la ACREA, resolver los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas, de acuerdo con lo establecido en la LDC y, en concreto, acordar en su caso el archivo de las actuaciones.

SEGUNDO.- Sobre el mercado de referencia

De acuerdo con lo establecido en el apartado 9 de la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición del mercado de referencia a los efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03):

“El mercado de referencia en el marco del cual se examina una cuestión de competencia se determina combinando el mercado de producto y el mercado geográfico”.

¹ La Disposición adicional única del Decreto-ley 2/2020, de 9 de marzo, de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía, establece: “c) Las referencias al Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, se entenderán realizadas al Consejo de la Competencia de Andalucía”.



1. Mercado de producto

En relación con el mercado de producto de referencia, el apartado 7 de la citada Comunicación manifiesta que *“comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio, o el uso que se prevea hacer de ellos”*.

El peritaje es un informe elaborado por un experto en una determinada materia, en el que da su opinión profesional sobre unas cuestiones planteadas por la persona o entidad que se lo solicita. Por ello, puede afectar a una gran variedad de profesionales en ámbitos como la medicina, la arquitectura, la ingeniería, entre otros.

El peritaje puede constituir un medio de prueba en juicio, como pone de manifiesto el artículo 299.1 de la LEC:

«1. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son:

1.º Interrogatorio de las partes.

2.º Documentos públicos.

3.º Documentos privados.

4.º Dictamen de peritos.

5.º Reconocimiento judicial.

6.º Interrogatorio de testigos».

En este sentido, el artículo 335.1 de la LEC regula el objeto y finalidad del dictamen de peritos:

«1. Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal».

Así pues, cabe distinguir entre el dictamen pericial aportado al proceso por cada una de las partes en sus escritos de demanda o contestación, habiendo elegido libremente éstas al perito, y el emitido por un perito designado por la autoridad judicial entre los profesionales incluidos en las listas correspondientes. Además, según el artículo 339 de la LEC:

«1. Si cualquiera de las partes fuese titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, no tendrá que aportar con la demanda o la contestación el dictamen pericial, sino simplemente anunciarlo, a los efectos de que se proceda a la designación judicial de perito, conforme a lo que se establece en la Ley de asistencia jurídica gratuita.

2. El demandante o el demandado, aunque no se hallen en el caso del apartado anterior, también podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda a la designación



judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial. En tal caso, el tribunal procederá a la designación. Dicho dictamen será a costa de quien lo haya pedido, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas.

Salvo que se refiera a alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda, no se podrá solicitar, con posterioridad a la demanda o a la contestación, informe pericial elaborado por perito designado judicialmente.

La designación judicial de perito deberá realizarse en el plazo de cinco días desde la presentación de la contestación a la demanda, con independencia de quién haya solicitado dicha designación. Cuando ambas partes la hubiesen pedido inicialmente, el tribunal podrá designar, si aquéllas se muestran conformes, un único perito que emita el informe solicitado. En tal caso, el abono de los honorarios del perito corresponderá realizarlo a ambos litigantes por partes iguales, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas.

3. En el juicio ordinario, si, a consecuencia de las alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en la audiencia, las partes solicitasen, conforme previene el apartado 4 del artículo 427, la designación por el tribunal de un perito que dictamine, lo acordará éste así, siempre que considere pertinente y útil el dictamen.

Lo mismo podrá hacer el tribunal cuando se trate de juicio verbal y las partes solicitasen en la vista designación de perito, en cuyo caso se interrumpirá aquélla hasta que se realice el dictamen.

4. En los casos señalados en los dos apartados anteriores, si las partes que solicitasen la designación de un perito por el tribunal estuviesen además de acuerdo en que el dictamen sea emitido por una determinada persona o entidad, así lo acordará el tribunal. Si no hubiese acuerdo de las partes, el perito será designado por el procedimiento establecido en el artículo 341.

5. El tribunal podrá, de oficio, designar perito cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales.

6. El tribunal no designará más que un perito titular por cada cuestión o conjunto de cuestiones que hayan de ser objeto de pericia y que no requieran, por la diversidad de su materia, el parecer de expertos distintos».

En el presente caso, el mercado de producto que debe examinarse es el del peritaje en el que la designación del profesional que debe elaborar el dictamen corresponde a la autoridad judicial (en adelante, peritaje judicial). Las condiciones de los peritos y el procedimiento para su designación se encuentran regulados por los artículos 340 y 341 de la LEC:

«Artículo 340. Condiciones de los peritos.



1. Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias.

2. Podrá asimismo solicitarse dictamen de Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello.

3. En los casos del apartado anterior, la institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo, a las que se exigirá el juramento o promesa previsto en el apartado segundo del artículo 335.

Artículo 341. Procedimiento para la designación judicial de perito.

1. En el mes de enero de cada año se interesará de los distintos Colegios profesionales o, en su defecto, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos. La primera designación de cada lista se efectuará por sorteo realizado en presencia del Letrado de la Administración de Justicia, y a partir de ella se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo.

2. Cuando haya de designarse perito a persona sin título oficial, práctica o entendida en la materia, previa citación de las partes, se realizará la designación por el procedimiento establecido en el apartado anterior, usándose para ello una lista de personas que cada año se solicitará de sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas, y que deberá estar integrada por al menos cinco de aquellas personas. Si, por razón de la singularidad de la materia de dictamen, únicamente se dispusiera del nombre de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento y sólo si todas lo otorgan se designará perito a esa persona».

2. Mercado geográfico

Conforme al apartado 8 de la mencionada Comunicación, “[e]l mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas”.

En el caso del peritaje judicial, el mercado geográfico está delimitado por la demarcación territorial de los órganos judiciales, según se deduce del apartado primero de la Instrucción número 5/2001, de 19 de diciembre, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre remisión anual a los órganos



jurisdiccionales de listas de profesionales para su designación judicial como peritos, modificada por Acuerdo de 28 de octubre de 2010 (en adelante, la Instrucción)²:

«Primero. A fin de que los órganos jurisdiccionales puedan disponer de los instrumentos necesarios para el más eficaz desempeño de su potestad jurisdiccional, en el mes de enero de cada año los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia procurarán que se encuentre a disposición de los distintos órganos jurisdiccionales de su demarcación territorial la relación oficial de profesionales colegiados o asociados que puedan actuar como peritos a instancia de parte, procurando que la relación sea única para cada profesión o actividad».

Asimismo, el apartado Tercero de la Instrucción dispone:

«Tercero. De no disponerse de tales relaciones, o de ser las mismas insuficientes para las necesidades de los distintos órganos y órdenes jurisdiccionales, podrán interesarse directamente de los Consejos Generales autonómicos o de los Colegios Profesionales comprendidos en su demarcación.

Para los casos en que la prueba pericial requerida exija una titulación de colegiación obligatoria, los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y Jueces Decanos procurarán recabar los listados de todos aquellos Colegios Profesionales existentes en la demarcación vinculados a una profesión cuya titulación pudiera guardar relación directa y resultar idónea para el ejercicio del peritaje judicialmente requerido. Para los casos en que la colegiación no constituya requisito imprescindible para el ejercicio profesional o exista distintas titulaciones y/o profesiones susceptibles de realizar de forma adecuada la práctica pericial solicitada, los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y los Jueces Decanos procurarán solicitar los listados de peritos de todas las asociaciones profesionales, corporaciones, y colegios no oficiales que existan en la demarcación».

Por su parte, el Protocolo de actuación del Servicio Común Procesal para la asignación de Peritos Judiciales, conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y de Administradores de Concurso, conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 9 de febrero de 2005, modificado por Acuerdo de 28 de octubre de 2010 (en adelante, el Protocolo), establece³:

² <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Compendio-de-Derecho-Judicial/Instrucciones/Instruccion--5-2001--de-19-de-diciembre-de-2001--del-Pleno-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial--sobre-remision-anual-a-los-organos-jurisdiccionales-de-listas-de-profesionales-para-su-designacion-judicial-como-peritos>

³ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Compendio-de-Derecho-Judicial/Otras-normas-complementarias/Protocolo-de-actuacion-del-Servicio-Comun-Procesal-para-la-asignacion-de-peritos-judiciales-conforme-a-la-Ley-1-2000--de-Enjuiciamiento-Civil-y-administradores-del-concurso-conforme-a-la-Ley-Concursal-22-2003>



«7. Cuando en el territorio de la Comunidad Autónoma exista más de una Academia, Institución Cultural o Científica o Entidad en la que se integren profesionales o expertos pertenecientes a análogos campos del saber, se recabará la lista de todas ellas, y, una vez recibidas, se pondrán a disposición de los Juzgados Decanos y Audiencias Provinciales, cuidando de facilitar a cada órgano jurisdiccional la relación de profesionales dispuestos a actuar como peritos dentro de cada respectiva demarcación territorial.

8. Para los casos en que la prueba pericial requerida exija una titulación de colegiación obligatoria, los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y Jueces Decanos procurarán recabar los listados de todos aquellos Colegios Profesionales existentes en la demarcación vinculados a una profesión cuya titulación pudiera guardar relación directa y resultar idónea para el ejercicio del peritaje judicialmente requerido.

9. Para los casos en que la colegiación no constituya requisito imprescindible para el ejercicio profesional o exista distintas titulaciones y/o profesiones susceptibles de realizar de forma adecuada la práctica pericial solicitada, los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y los Jueces Decanos procurarán solicitar los listados de peritos de todas las asociaciones profesionales, corporaciones, y colegios no oficiales que existan en la demarcación».

Por tanto, la delimitación geográfica del mercado de peritaje judicial viene ligada a la demarcación territorial de los Tribunales Superiores de Justicia o de los Juzgados Decanos correspondientes, es decir, tiene un ámbito autonómico o provincial. En el caso planteado por la denuncia, el mercado geográfico afectado por la conducta presuntamente anticompetitiva sería el de la provincia de Málaga.

TERCERO.- Aplicación de las normas de Defensa de la Competencia a los Colegios profesionales

La sujeción de los Colegios Profesionales a la normativa de Defensa de la Competencia se determina de forma expresa en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, que en el segundo párrafo del artículo 2.1 dispone:

«El ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal. Los demás aspectos del ejercicio profesional continuarán rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable».

Asimismo, el artículo 2.4 de dicha Ley establece:

«Los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios observarán los límites de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia».

Son numerosas las resoluciones dictadas en las que resulta indubitado el ámbito subjetivo de aplicación del Derecho de la Competencia a los Colegios profesionales. Entre otras muchas, pueden



citarse las Resoluciones de este Consejo de la Competencia de Andalucía, como la S/02/2020, Colegio Oficial de Abogados de Cádiz, de 25 de febrero de 2020; la S/08/2019 Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Málaga, de 25 de julio de 2019; la S/04/2019 Colegio Oficial de Arquitectos de Jaén, de 6 de febrero de 2019 y la S/09/2018 Colegio de Economistas de Huelva, de 17 de octubre de 2018.

A este respecto, el sometimiento de la Administración Pública, en general, a las normas de Defensa de la Competencia es ampliamente aceptado, y lo relevante no es el estatus jurídico del sujeto que realiza la conducta, sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente perjudicial o restrictivo de la competencia en el mercado. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 14 de junio de 2013, declara que:

«[...] ni el ejercicio de funciones públicas exime a un Colegio Profesional -ni a la Administración Pública en general- de su sometimiento a la legislación de defensa de la competencia, ni la habilitación legal con que necesariamente actúan las Administraciones Públicas o las entidades que ejerzan funciones públicas implica, por su sola existencia, la aplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Frente a tal exclusión parcial del sometimiento de la actuación de las Administraciones públicas al derecho de la competencia cuando actúan como tales administraciones públicas, hay que afirmar la plena sujeción de las mismas a dicha regulación. [...]

En efecto, en nuestro Derecho las Administraciones Públicas, no actúan por su propia autoridad, sino amparándose en la autoridad de la ley, cuando la norma les atribuye la potestad de actuar en una determinada relación, como resulta del artículo 104 CE (“... las Administraciones Públicas actúan... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho...”), y no cabe confundir este ejercicio de las potestades conferidas por la ley con una concreta autorización legal para realizar una conducta contraria a la LDC.

Así resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida en la sentencia de 27 de octubre de 2005 (recurso 8.093/2002) y en la sentencia de Pleno de la Sala 3ª de 4 de noviembre de 2008, antes citada [...].».

Por tanto, queda determinado el pleno sometimiento de los Colegios profesionales a la LDC, tanto cuando actúan como operadores privados, como cuando ejercen funciones públicas⁴, precisándose que para que las prohibiciones establecidas en los artículos 1, 2, y 3 de la LDC, les sean de aplicación,

⁴ Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2009, referida al Colegio Notarial de Madrid, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2010, que confirma una sanción del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia al Colegio Notarial de Bilbao.



el Colegio debe actuar como empresa u operador económico en el sentido de la Disposición adicional cuarta de la LDC⁵ y no como regulador, esto es, en el uso del *ius imperium* del que es titular.

Y ello es debido a la doble naturaleza que presentan los Colegios profesionales, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, son corporaciones de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, deduciéndose claramente que se insertan dentro de la Administración Corporativa y que tienen encomendadas funciones al servicio del interés público, y en tal función actúan potestades exorbitantes propias de la Administración Pública. Ahora bien, junto a tal ejercicio de potestades exorbitantes, pueden ejercer otras funciones ajenas al interés público y a las que por Ley se les encomienda. Ello resulta evidente si atendemos al contenido del artículo 8.1 de la propia Ley, que somete a la jurisdicción contencioso-administrativa aquellos actos emanados de los Colegios profesionales sujetos a Derecho Administrativo, lo que presupone la existencia de otros actos ajenos al Derecho Administrativo y por ello a las competencias exorbitantes propias de este.

CUARTO.- Procedimiento para la designación de peritos judiciales

Las listas de peritos judiciales se forman exclusivamente a iniciativa de *«los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y los Jueces Decanos»*, conforme establecen los apartados tercero de la Instrucción y segundo del Protocolo, cuando no *«hayan sido ya elaboradas por las Administraciones competentes en materia de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia»*.

Las listas no son unitarias, sino que se conforman para dos supuestos distintos:

- *«Para los casos en que la prueba pericial requerida exija una titulación de colegiación obligatoria».*
- *«Para los casos en que la colegiación no constituya requisito imprescindible para el ejercicio profesional o exista distintas titulaciones y/o profesiones susceptibles de realizar de forma adecuada la práctica pericial solicitada».*

En el primero de los supuestos, las autoridades judiciales citadas *«procurarán recabar los listados de todos aquellos Colegios Profesionales existentes en la demarcación vinculados a una profesión cuya titulación pudiera guardar relación directa y resultar idónea para el ejercicio del peritaje judicialmente requerido»*.

⁵ Disposición adicional cuarta, apartado 1, de la LDC: *«A efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación»*.



En el segundo de los supuestos, dichas autoridades *«procurarán solicitar los listados de peritos de todas las asociaciones profesionales, corporaciones, y colegios no oficiales que existan en la demarcación»*.

El párrafo 4 del apartado segundo del Protocolo establece los términos en los que las autoridades judiciales solicitarán de los Colegios profesionales la remisión de las listas correspondientes:

«4. En las comunicaciones que los Presidentes remitan a estos efectos, procurarán interesar que las listas se envíen preferentemente en soporte informático, actualizado, como mínimo con periodicidad anual, y que comprenda la lista de los colegiados dispuestos a actuar como peritos, con indicación de las sedes judiciales en las que estos podrían intervenir, en función de su domicilio profesional o de otras circunstancias que resulten de la organización del servicio de actuaciones periciales por la corporación profesional. En ellas se facilitarán todas las circunstancias personales y profesionales necesarias y en particular los datos que puedan asegurar la comunicación con dichos profesionales, tales como domicilio profesional, dirección postal, teléfonos, fax, correo electrónico u otros de que disponga la corporación profesional.

Las listas contendrán asimismo un baremo orientativo de los honorarios profesionales de las distintas pericias que permita a las partes prever de forma aproximada su coste».

De forma complementaria, el párrafo 5 del mismo apartado dispone que, *«[e]n los casos en que sea oportuno»*, se interesará de las Asociaciones y demás entidades a que se refiere el artículo 341 de la LEC que *«la lista de profesionales dispuestos a actuar como peritos se desglose por subespecialidades, con el fin de favorecer un sorteo restringido, si fuera conveniente según la naturaleza del dictamen solicitado»*.

En ambos supuestos, el párrafo 6 del apartado segundo del Protocolo dispone que *«[l]as listas facilitadas se pondrán a disposición de los Juzgados y Tribunales para que puedan adoptar las decisiones jurisdiccionales que estimen pertinentes»*. Es el Servicio Común Procesal de Asignación de Peritos el encargado de gestionar dichas listas y de dar respuesta a las peticiones de los órganos judiciales, como prevé el apartado quinto del Protocolo:

«1. El Juzgado, Sala o Sección que precise un perito de los previstos en el artículo 341 de la Ley de Enjuiciamiento Civil podrá contactar mediante oficio emitido por correo ordinario, fax, correo electrónico, o cualquier medio análogo de que disponga, o acudir personalmente al Servicio Común Procesal de Asignación de Peritos a través de la persona que señale el Secretario Judicial, para obtener la asignación instantánea del perito que por turno corresponda, con indicación de su identidad y datos personales y profesionales, expresando los extremos necesarios para la exacta especificación del objeto de la pericia y para la correcta comprensión de la dimensión cualitativa y cuantitativa de la misma».

Aun siendo el procedimiento descrito el actualmente vigente para la designación de peritos judiciales según la normativa transcrita, no significa que sea el idóneo para promover una competencia efectiva en este mercado. Así lo ha puesto de manifiesto la CNC en su Informe de 3 de julio de 2013, en el que



describe las limitaciones a la competencia que la regulación actual genera, formulando las siguientes recomendaciones:

«En primer lugar, se recomienda que los listados de peritos estén abiertos a los profesionales que deseen prestar sus servicios sin restricciones geográficas, es decir, que las demarcaciones, como elemento de organización de los Colegios profesionales o de las asociaciones, por un lado, y de los órganos judiciales, por otro, no supongan una restricción a la competencia. Todo profesional capacitado y dispuesto a ejercer como perito debería poder ser admitido en todas las demarcaciones.

En segundo término, se recomienda que la solicitud de los órganos judiciales a efectos del artículo 341 LEC de listas de peritos no se restrinja innecesariamente a los Colegios profesionales, sino que se amplíe también a las asociaciones o entidades de profesionales suficientemente cualificados para realizar la pericia de que se trate, incluso a profesionales no asociados que reúnan la titulación necesaria, sin que por ello resulte menoscabada la eficacia administrativa de una manera que justifique la exclusión de las referidas entidades no corporativas. [...]

En consecuencia, la CNC considera conveniente una redacción del artículo 341 de la LEC más favorable a la competencia, que no permita establecer reservas de actividad injustificadas en aquellos casos en que profesionales colegiados y no colegiados, que reúnan las competencias técnicas necesarias, puedan realizar la labor pericial, suprimiendo toda referencia a las profesiones colegiadas que pueda ser interpretada como las únicas idóneas para prestar estos servicios. Para ello se propone una redacción del artículo 341 basada en los siguientes principios: (i) que las listas sean elaboradas por los órganos judiciales correspondientes; (ii) que las mismas incluyan a todo profesional que solicitando voluntariamente su inclusión esté pertinentemente cualificado y titulado, con el único límite que establezca en su caso la normativa correspondiente de reconocimiento de capacitación, para ejercer la concreta actividad objeto de la lista, e independientemente de su relación con las organizaciones colegiales, y (iii) que la selección inicial de un perito se realice aleatoriamente. [...]

Por último, cabe precisar que el mecanismo de designación de peritos judiciales del artículo 341 LEC se ha desarrollado por parte del Consejo General Poder Judicial (CGPJ) mediante dos textos: la Instrucción 5/2001, de 19 de diciembre, del Consejo, sobre remisión anual a los órganos jurisdiccionales de las listas profesionales para su designación judicial como peritos, y el Protocolo de actuación del servicio común procesal para la asignación de peritos judiciales, de 9 de febrero de 2005.

La CNC considera que el CGPJ ha mejorado, desde el punto de vista de la competencia, las Instrucciones y el Protocolo respecto a la situación anterior, mediante la aprobación del Acuerdo del CGPJ de 28 de octubre de 2010. En la actualidad distingue los casos en que la pericia exija una titulación de colegiación obligatoria de los casos en que ésta no resulte imprescindible.



Como se indicaba en el Informe de Colegios en relación con dicho acuerdo, “el único requisito establecido por el Tribunal Supremo para formar parte de una lista de peritos es contar con la titulación requerida, y no estar colegiado”.

La modificación de los referidos textos será necesaria en caso de revisión del texto del artículo 341 LEC, como se propone desde la CNC. En todo caso, sería recomendable que el CGPJ eliminara de los textos citados otras limitaciones a la competencia. Por ejemplo, las limitaciones geográficas, al primar unas demarcaciones frente a otras (apartado Sexto.7 del Protocolo), o bien la aportación de baremos de honorarios orientativos (apartado Segundo.4 del Protocolo); ya que en ambos casos se trata de supuestos de difícil encaje en la vigente LCP».

QUINTO.- Participación de los Colegios profesionales en el procedimiento de designación de peritos judiciales

Los Colegios profesionales carecen de facultades para promover la constitución de las listas de peritos judiciales, función que aparece reservada en exclusiva a los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y a los Jueces Decanos en sus respectivas demarcaciones territoriales.

Tampoco los Colegios profesionales tienen atribuida la tarea de valorar la idoneidad de quienes puedan emitir un dictamen pericial, concerniendo igualmente esta función a las autoridades judiciales. Así, en los casos en que éstas entiendan que «*la prueba pericial requerida exija una titulación de colegiación obligatoria*», solicitarán de los Colegios profesionales las correspondientes listas de colegiados dispuestos a actuar como peritos, mientras que en los supuestos en que «*la colegiación no constituya requisito imprescindible para el ejercicio profesional o exista distintas titulaciones y/o profesiones susceptibles de realizar de forma adecuada la práctica pericial solicitada*», recabarán de las Asociaciones y otras entidades a que se refiere el artículo 341 de la LEC «*la lista de profesionales dispuestos a actuar como peritos*».

Por tanto, los Colegios profesionales se limitan a cumplir con su deber de colaboración con las instancias judiciales, reduciéndose su labor a facilitar las listas solicitadas, en ejecución de lo previsto en el artículo 5.h) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales:

«Corresponde a los Colegios Profesionales el ejercicio de las siguientes funciones, en su ámbito territorial: [...]

h) Facilitar a los Tribunales, conforme a las leyes, la relación de colegiados que pudieran ser requeridos para intervenir como peritos en los asuntos judiciales, o designarlos por sí mismos, según proceda».

En definitiva, la decisión acerca de si en una determinada materia solo pueden emitir dictámenes periciales profesionales colegiados o si, por el contrario, también pueden emitirlos otros profesionales que no requieran de colegiación, corresponde exclusivamente a las autoridades judiciales.



SEXTO.- Imputación de conductas colusorias

Una vez caracterizado el mercado de peritaje judicial en Málaga, con la exposición de su marco normativo y de las funciones que tienen atribuidas al respecto las autoridades judiciales y los Colegios profesionales, es preciso analizar si concurre en este caso alguna de las infracciones imputadas por la AEPJT al COMM.

En primer lugar, la denunciante considera que el COMM ha incurrido en la conducta colusoria prohibida por el artículo 1 de la LDC, que concretamente sería:

«1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional [...]».

La presunta infracción habría consistido en «"recomendar" (interesar al Decano) dar de baja al perito D. DDD, de las listas de peritos del juzgado decano de Málaga».

La recomendación colectiva fue objeto de definición por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC)⁶:

«Las decisiones o recomendaciones colectivas con fines o efectos contrarios a la competencia constituyen formas de prácticas colusorias prohibidas por el artículo 1 LDC equiparables a los acuerdos horizontales entre competidores, que son las manifestaciones más graves de la prohibición. Se trata de acuerdos adoptados por instituciones formadas por operadores económicos, de carácter vinculante (decisiones) o únicamente orientativo (recomendaciones), consideradas como si fueran acuerdos entre los asociados, ficción utilizada por la Ley para evitar que los socios, en este caso los colegiados, puedan eludir sus responsabilidades colusorias por el procedimiento de trasladar la responsabilidad de la autoría formal al ente colectivo».

El motivo esencial de la antijuridicidad de esta conducta es la limitación de la independencia de comportamiento, la libertad de emprender y la autonomía contractual de los operadores económicos. En este sentido, el TDC manifiesta⁷ que *«[c]uando desde asociaciones, agrupaciones o colectivos diversos se transmiten pautas de homogeneización de comportamientos, y no digamos precios y condiciones comerciales, se está vulnerando gravemente ese principio de independencia de comportamiento que resulta imprescindible para actuar con eficacia competitiva en los mercados por parte de todos y cada uno de los operadores económicos. Transmitiendo señales corporativas se intenta, y de hecho se consigue siempre, en mayor o menor medida, coartar de alguna forma la libertad personal de comportamiento económico de los agentes individuales restringiendo en definitiva los derechos exclusivos de libre disposición sobre lo propio en que consiste la propiedad».*

⁶ Resolución de 7 de abril de 2000 (Expte. 472/99, COLEGIO FARMACÉUTICOS VALENCIA).

⁷ Resolución de 19 de enero de 2000 (Expte. 453/99, EXPERTOS INMOBILIARIOS 3)



En este caso no cabe apreciar que la supuesta recomendación del COMM pretenda homogeneizar el comportamiento de sus colegiados, en la medida en que estaría dirigida al Juzgado Decano de Málaga.

No obstante, una recomendación colectiva también puede tener carácter colusorio cuando pretenda orientar el comportamiento de los agentes económicos con una potencial o efectiva distorsión del mercado. Conviene recordar al respecto que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional⁸ afirma que las conductas tipificadas en el artículo 1 de la LDC están prohibidas «[s]i [...] cumplen una al menos de las siguientes condiciones: a) tener el objeto, aunque no lo consiga; b) producir el efecto, aunque no haya propósito, o c) haber podido producir el efecto incluso sin perseguirlo».

Por ello, la recomendación colectiva también tiene carácter anticompetitivo cuando pretende orientar la conducta de los demandantes de un servicio mediante la difusión de informaciones que excluyan a empresas o profesionales de la posibilidad de prestarlo, creando una reserva de actividad. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de la Competencia de Andalucía⁹:

«La conducta citada y descrita en los Hechos Probados en el presente expediente revelan la existencia de una decisión adoptada por el COAAT Málaga que podría ser restrictiva de la competencia, en cuanto pretende mantener una posición común al entender como únicos técnicos competentes a los arquitectos y arquitectos técnicos para la realización de las funciones de la coordinación de seguridad y salud durante la ejecución de las obras de edificaciones de viviendas, y en realizar diferentes actuaciones a tal efecto. Así, se insta a los promotores inmobiliarios para que no contraten a los ingenieros técnicos industriales designados como coordinadores de seguridad y salud y los sustituyan por los arquitectos técnicos o arquitectos como únicos profesionales que pueden desarrollar dicha función; dicha recomendación colegial se emplea a su vez como medida de fuerza para conseguir que desde diferentes órganos de la Administración Pública (Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Málaga, Delegación Territorial de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de Málaga o a la Gerencia municipal de urbanismo del Ayuntamiento de Málaga) se adopten medidas para controlar o sancionar, en el caso de que el coordinador de seguridad y salud de las obras no sea un arquitecto técnico o arquitecto; o finalmente, mediante la decisión de recurrir a otros colegios profesionales para que dejen sin efecto los visados de trabajos relacionados con la seguridad y salud que hayan sido suscritos por otros técnicos.

En resumen, se trataría de una recomendación realizada con la finalidad de garantizar una reserva de actividad a favor de sus colegiados en detrimento de otros profesionales.

⁸ Sentencia de 2 de noviembre de 1998

⁹ Resolución S/08/2019, de 25 de julio (Expte. ES-02/2018 COLEGIO OFICIAL DE APAREJADORES Y ARQUITECTOS TÉCNICOS DE MÁLAGA)



Estas decisiones o recomendaciones colectivas constituyen conductas con aptitud suficiente para generar reservas de actividad injustificadas y no amparadas por la Ley a favor de los Arquitectos Técnicos, pretendiendo el COAAT Málaga con ello obtener para el colectivo profesional que representa la competencia exclusiva con los agentes inmobiliarios que requieran de técnico competente par a la coordinación de la seguridad y salud de la construcción de obras de edificaciones, con la exclusión del resto de profesionales competentes y habilitados, y por ende, intentando cerrar el acceso al mercado de la prestación de servicios de coordinación de la seguridad y salud durante la ejecución de las obras de edificación».

Ahora bien, aun cuando la recomendación colectiva prohibida por el artículo 1 de la LDC llegue a revestir diversas formas, no puede ampliarse tanto en su interpretación que conduzca a obviar los elementos esenciales que la conforman. El primero de sus componentes es la capacidad de influencia; el otro, la pluralidad de sus destinatarios.

La recomendación se caracteriza por la previsible influencia que quien la emite puede ejercer sobre sus destinatarios, limitando la autonomía de sus decisiones o la libertad de sus comportamientos. La influencia, como posibilidad de determinar la voluntad o la actuación de terceros, puede basarse en una relación de poder, autoridad o confianza. Ante la ausencia de esta relación, puede concluirse que no hay capacidad de influencia y, por ello, tampoco la existencia de una recomendación.

En el caso de los Colegios profesionales es indudable la influencia que pueden ejercer sobre los colegiados y sobre los usuarios del servicio que constituye el objeto de su actividad. La autoridad que mantienen sobre los primeros y la confianza que generan en los segundos avalan sus pronunciamientos en torno a una determinada cuestión.

Sin embargo, la influencia de los Colegios profesionales sobre Jueces y Magistrados es nula, en la medida en que la independencia de éstos es un principio esencial de su actuación, como dispone el artículo 117.1 de la Constitución española:

«1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley».

Del mismo modo, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, pone de manifiesto la obligación de todos, poderes públicos y particulares, de respetar la independencia judicial:

«[...] El primero de ellos es la independencia, que constituye la característica esencial del Poder Judicial en cuanto tal. Sus exigencias se desenvuelven a través de mandatos concretos que delimitan con el rigor preciso su exacto contenido. Así, se precisa que la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional se extiende frente a todos, incluso frente a los propios órganos jurisdiccionales, lo que implica la imposibilidad de que ni los propios Jueces o Tribunales corrijan, a no ser con ocasión del recurso que legalmente proceda, la actuación de



sus inferiores, quedando igualmente excluida la posibilidad de circulares o instrucciones con carácter general y relativas a la aplicación o interpretación de la ley.

De la forma en que la Ley Orgánica regula la independencia del Poder Judicial se puede afirmar que posee una característica: su plenitud. Plenitud que se deriva de la obligación que se impone a los poderes públicos y a los particulares de respetar la independencia del Poder Judicial y de la absoluta sustracción del estatuto jurídico de Jueces y Magistrados a toda posible interferencia que parta de los otros poderes del Estado, de tal suerte que a la clásica garantía – constitucionalmente reconocida– de inamovilidad se añade una regulación, en virtud de la cual se excluye toda competencia del poder ejecutivo sobre la aplicación del estatuto orgánico de aquéllos [...].».

En consecuencia, no puede entenderse, como pretende la entidad denunciante, que cuando el COMM remite un escrito al Juzgado Decano de Málaga, en el que interesa una baja de las listas de peritos judiciales, esté realizando una recomendación. En este caso el COMM solicita el auxilio judicial para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, ejerciendo el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24.1 de la Constitución española:

«1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

En este sentido, ha de advertirse que, si cualquier solicitud dirigida por el COMM a Juzgados y Tribunales en esta materia tuviera la calificación de conducta anticompetitiva, se concluiría por negarle el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

El segundo de los elementos que define la recomendación colectiva es la pluralidad de sus destinatarios y, según indica la propia denuncia, el COMM únicamente ha dirigido su petición al Juzgado Decano de Málaga. Por ello, la ausencia de este requisito de pluralidad conduce a la imposibilidad de apreciar la naturaleza colectiva de la presunta recomendación.

En definitiva, el hecho de que el COMM haya realizado una solicitud de baja de las listas de peritos judiciales al Juzgado Decano de Málaga no debe considerarse como indicio de una conducta colusoria, con independencia de que tal pretensión pueda entenderse o no conforme a Derecho.

SÉPTIMO.- Imputación de abuso de posición dominante

La AEPJT manifiesta que el COMM ha actuado «"FALSEANDO LA COMPETENCIA"» con su conducta, «*haciendo uso de su posición de dominio del mercado (artículo 2 LDC)*».

El artículo 2.1 de la LDC prohíbe el abuso de posición dominante:

«1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional».



Por tanto, para que una empresa incurra en abuso es preciso que tenga una posición de dominio en un mercado de referencia. Aunque la LDC no contiene una definición de posición de dominio, las autoridades de competencia han seguido de forma unánime la línea trazada por el TDC¹⁰:

«Este Tribunal ha venido reiteradamente señalando que la posición de dominio de un operador económico en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que un operador tenga esa aptitud dependerá de que se beneficie de una serie de circunstancias que cabe resumir en poder e independencia en el mercado, en grado suficiente como para poder adoptar sus comportamientos sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los usuarios y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otras características del bien o servicio. El Tribunal de Justicia Europeo (TJE), en la conocida Sentencia United Brands, de 14 de febrero de 1978, ya había dicho que la posición de dominio hace referencia a una situación de potencia económica que da a quien la ostenta la posibilidad de comportamientos independientes en una medida apreciable respecto de sus competidores, de sus clientes y, finalmente, de los consumidores. Esta doctrina del TJE, mantenida luego en la Sentencia Hoffman-La Roche, de 13 de febrero de 1979, fue más tarde incorporada por la Comisión Europea en su Comunicación de 9 de diciembre de 1997 (97/C 372/03), en cuyo punto 10 define la posición dominante como aquella que permite al que la disfruta comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores».

Tal y como ya se ha expuesto anteriormente al analizar el procedimiento para la designación de peritos judiciales, la función de conformar las listas de peritos judiciales, dando de alta o de baja en la misma, está reservada exclusivamente a las autoridades judiciales, concretamente a «los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y los Jueces Decanos». Según se ha expresado igualmente, los Colegios profesionales carecen de facultades al respecto, limitando su actuación a facilitar las correspondientes relaciones de colegiados a instancia de aquellas autoridades.

Desde esta perspectiva, los Colegios profesionales no tienen en el mercado de peritaje judicial ni el poder ni la independencia de comportamiento que caracteriza esencialmente a la posición de dominio. De ahí que tampoco pueda considerarse que el COMM mantenga tal posición en el mercado geográfico de Málaga.

Por tanto, de las consideraciones expuestas solo cabe extraer la conclusión de que no se aprecian indicios de abuso de posición dominante por parte del COMM.

¹⁰ Resolución de 27 de julio de 2000 (Expte. 465/99, PROPIEDAD INTELECTUAL AUDIOVISUAL)



OCTAVO.- Imputación de falseamiento de la libre competencia por actos desleales

Adicionalmente, la AEPJT entiende que el COMM viene «realizando una clara COMPETENCIA DESLEAL» con la finalidad de *«restringir la libre competencia de una profesión como la de los Peritos judiciales como auxiliares de la justicia, que está afectando a la oferta de los servicios de los demás operadores económicos, falseando o cuanto menos distorsionando el mercado de servicios de peritajes judiciales en los órganos judiciales de Málaga, ya que está vulnerando el principio de libertad de las buenas normas de comportamiento, imprescindible para actuar con eficacia competitiva en los mercados por parte de todos y cada uno de los operadores económicos existentes (Artículo 1.1, 1.2 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia)»*.

Aunque la denunciante se refiere a los artículos 1 y 2 de la LDC, esta imputación solo puede incardinarse en el artículo 3 de la LDC, que dispone:

«La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público».

La estructura de este precepto exige, de un lado, la constatación de “actos de competencia desleal”, y, de otro, una determinada consecuencia producida por los mismos: el falseamiento de la libre competencia con la afectación del interés público.

La apreciación de la conducta desleal remite a los diversos supuestos tipificados en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD). Sin embargo, la denunciante no explicita en cuál de los supuestos previstos por la LCD enmarca la actuación del COMM: actos de engaño, actos de confusión, omisiones engañosas, entre otros. En la medida en que la denuncia se refiere a que *«está vulnerando el principio de libertad de las buenas normas de comportamiento»*, podría incluirse hipotéticamente en el artículo 15 de la LCD:

«1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.

2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial [...]».

No obstante, la aplicación de los artículos 340 y 341 de la LEC, al igual que la puesta en práctica de la Instrucción y del Protocolo, en tanto que normas que regulan la actividad concurrencial en el mercado de peritaje judicial, no corresponde a los Colegios profesionales, sino a las autoridades judiciales. Por ello, no se aprecian indicios de violación de tales normas por parte del COMM que pudieran servir de base para imputar una conducta desleal de este tipo.

Tampoco puede deducirse, siquiera de forma indiciaria, que una baja en las listas de peritos judiciales haya tenido un impacto sobre el funcionamiento de este mercado en Málaga y sobre el interés público, en la medida en que no existe constancia de que el Juzgado Decano haya encontrado



dificultad alguna para proporcionar a los Juzgados de la provincia los peritos judiciales que éstos han requerido en la tramitación de los procesos correspondientes.

En definitiva, no se aprecian en este caso indicios de infracción del artículo 3 de la LDC.

NOVENO.- Solicitud de medidas cautelares

La AEPJT solicita la adopción de medidas cautelares *«con el fin de reparar los daños y perjuicios ocasionados al Perito D. DDD»*, consistentes en *«ordenar la revisión y suspensión de cualquier medida adoptada, hasta que sea dilucidada la investigación de los hechos denunciados contra el Colegio Oficial de Médicos de Málaga»*.

El artículo 54.1 de la LDC establece:

«1. Una vez incoado el expediente, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Competencia, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte».

La finalidad de las medidas cautelares en el marco de un procedimiento sancionador no es reparar los daños y perjuicios ocasionados por una conducta presuntamente anticompetitiva, pues para ello la LDC regula en el Título VI la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia.

El fin de las medidas cautelares es *«asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte»*. De ahí que tengan un carácter instrumental del procedimiento sancionador, debiendo estar directamente relacionadas con la resolución que ponga fin al mismo. Por ello, el artículo 54.1 de la LDC liga inexorablemente su adopción a la incoación del procedimiento sancionador: *«Una vez incoado el expediente [...]»*.

Con estas premisas, cuando no se aprecian indicios de infracción de la LDC, no procede la incoación de un procedimiento sancionador y, en consecuencia, tampoco la adopción de medidas cautelares.

DÉCIMO.- Solicitud de investigación de entidades y personas no denunciadas

La AEPJT solicita igualmente que *«se investigue si los abogados D. BBBy CCC, así como los que han intervenido en los procedimientos que se citan y se relacionan en el punto segundo de los hechos, pertenecen a la Asociación de Abogados de Víctimas de Responsabilidad Civil – ADEVI (<https://abogadosdevictimas.es>), ya que podrían estar actuando en connivencia con el Colegio Oficial de Médicos de Málaga, con la intención de impedir, restringir o desplazar del mercado de servicios (Valoraciones del Daño Corporal) al Perito Dr. DDD y contra otras asociaciones de peritos judiciales como la AEPJT»*.



Conviene tener en cuenta a este respecto que las facultades de investigación que la LDC atribuye a las autoridades de competencia no pueden estar al servicio de meras sospechas o conjeturas del denunciante, ni ejercerse de forma arbitraria, sino que deben tener una base mínima: «*la noticia de la posible existencia de una infracción*». Por ello, el artículo 25.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, establece:

«2. La denuncia dirigida a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia deberá contener, como mínimo, la siguiente información pudiendo el denunciante aportar los datos e información adicionales recogidos en el anexo I del presente Reglamento: [...]

c) Hechos de los que se deriva la existencia de una infracción y pruebas, en su caso, de los mismos, así como definición y estructura del mercado relevante.»

En el presente caso la AEPJT no denuncia ni a los letrados ni a la entidad sobre los que solicita una investigación, ni tampoco describe unos hechos protagonizados por los mismos de los que pueda inferirse siquiera «*la noticia de la posible existencia de una infracción*». Así pues, únicamente cabe considerar la improcedencia de la solicitud de investigación realizada por la denunciante.

En mérito a lo que antecede, vista la propuesta realizada por el Director del DI en relación con el presente asunto y de acuerdo con lo previsto en los artículos 49.3 de la LDC, 16 de la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, 27.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, de 22 de febrero de 2008 y 8.1 apartado a) de los Estatutos de la ACREA, aprobados por Decreto 289/2007, de 11 de diciembre, este Consejo

RESUELVE

ÚNICO.- Declarar que no ha resultado acreditada la existencia de infracción de ninguna de las conductas prohibidas por la LDC y, en consecuencia, ordenar el archivo de las actuaciones desarrolladas a raíz de la denuncia presentada por D. AAA, en nombre y representación de la Asociación Europea de Peritos Judiciales de los Tribunales contra el Colegio Oficial de Médicos de Málaga, por considerar que los hechos denunciados no presentan indicios racionales de infracción del artículo 1, 2 y 3 de la LDC, así como que no procede la adopción de las medidas cautelares solicitadas ni la investigación de la actuación de los letrados y la entidad citados.



Comuníquese esta Resolución al Departamento de Investigación de la ACREA y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, pudiendo interponerse el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de su notificación.