

Dra. Karolina Mojzesowicz LL.M. LL.M.  
Servicio Jurídico de la Comisión Europea, Bruselas, Bélgica

4 de Julio 2007 : Regulación y Competencia

Mesa redonda "Profesiones liberales y competencia"

El presente resumen tiene por objetivo delinear los contornos de la discusión sobre las posibilidades de aplicación del derecho de la competencia en el ámbito de las profesiones liberales. El resumen constituye una base que debería permitir seguir la discusión sobre el tema de la mesa redonda en que participo.

De modo general, las profesiones liberales (también llamados servicios profesionales – "*professional services*") son ocupaciones que requieren una formación especial en artes, letras o ciencias: e.g. arquitectos, abogados, notarios, ingenieros, farmacéuticos.

El sector se caracteriza en general por un alto nivel de regulación, ya sea en forma

- 1) de autorregulación, en manos de las organizaciones profesionales, o
- 2) de normativa emanada de los poderes públicos (normas estatales).

Desde el punto de vista del derecho de competencia, esta división de formas de regulación es muy importante: los Arts. 81 y 82 del Tratado se dirigen a las "empresas" y no a los Estados Miembros. El apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE prohíbe '*todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común*'.

Por lo tanto, al plantearse la posible compatibilidad o incompatibilidad con los art. 81 y 82 del Tratado, hay que distinguir claramente entre los comportamientos de las "empresas" y las acciones de los Estados Miembros.

***Ad 1) Posibilidades de verificar la autorregulación de las organizaciones profesionales a la luz del derecho de competencia Europeo.***

La primera pregunta a la que hay que responder es: ¿son los arquitectos, abogados, notarios, ingenieros, farmacéuticos, etc., "empresas" en el sentido de los Arts. 81 y 82 del Tratado? ¿Son las regulaciones adoptadas por las organizaciones profesionales decisiones de asociaciones de empresas en el sentido del artículo 81 CE?

Según una jurisprudencia consolidada, el concepto de empresa abarca cualquier entidad que ejerza una actividad económica, independientemente de su personalidad jurídica y de su forma de financiación (Asuntos C-41/90, *Höfner y Elser*, Rec. [1991] I-1979, apartado 21, y C-309/99, *Wouters*, Rec. [2002] I-1577, apartado 46). Cualquier actividad consistente en ofrecer mercancías o servicios en un mercado concreto es una actividad económica (Asunto C-35/96, *Comisión / Italia (CNSD)*, Rec. [1998] I-3851, apartado 36).

La jurisprudencia constante indica claramente que: **a)** los miembros de las profesiones liberales, en la medida en que no son empleados, ejercen una actividad económica porque prestan servicios en el mercado a cambio de una remuneración (*Wouters*, apartado 48) **b)** Un organismo profesional actúa como asociación de empresas a efectos del artículo 81 cuando regula la conducta económica de los miembros de la profesión (*Wouters*, apartado 64), incluso cuando admite entre sus miembros a profesionales que tienen la condición de trabajadores por cuenta ajena, ya que las organizaciones profesionales suelen representar principalmente a profesionales independientes.

Significa esto que, en principio (aparte de las situaciones en las que la organización profesional tenga un estatuto de derecho público o tenga encomendadas ciertas actividades de interés) las medidas de autorregulación de las organizaciones profesionales pueden entrar en el ámbito de aplicación de los Arts. 81 y/o Art. 82 CE.

### ¿Cuándo las autorregulaciones de las organizaciones profesionales son contrarias a los Arts. 81 y/o 82 CE?

Las regulaciones restrictivas de las profesiones liberales incluyen restricciones al ejercicio de la profesión tales como requisitos de entrada y actividades reservadas, así como normas que rigen la conducta, tales como regulación de precios, restricciones de publicidad y regulación de la estructura empresarial.

La Comisión ya ha examinado y condenado las tarifas fijas de los agentes de aduanas italianos (Decisión de la Comisión 93/438/CEE de 30.6.1993 - CNSD, DO L 203, de 13.08.1993) y de los agentes españoles de la propiedad industrial (Decisión de la Comisión 95/188/CE de 30.1.1995, DO L 12 de 02.06.1995, p.37) y últimamente el baremo de honorarios recomendados establecido por el Colegio belga de arquitectos<sup>1</sup> (COMP/38.549 - Barème d'honoraires de l'Ordre des Architectes belges).

Una buena presentación de diferentes tipos de regulaciones profesionales y sus efectos sobre la competencia figura en la Comunicación de la Comisión: Informe sobre la competencia en los servicios profesionales de 9 Febrero 2004 (COM(2004) 83 final).

En el contexto de aplicación del art. 81 CE al ámbito de servicios profesionales no se debe olvidar la excepción llamada "excepción *Wouters*" y las situaciones cuando las regulaciones de las organizaciones profesionales tienen origen estatal (*state action defence*).

### Excepción *Wouters*:

Según la sentencia *Wouters* no todos los acuerdos entre empresas o todas las decisiones de una asociación de empresas que parecen, a priori, restringir la competencia infringen necesariamente art. 81 apartado 1 del Tratado. El Tribunal aclaró "*que no todo acuerdo entre empresas ni toda decisión de una asociación de empresas que restrinjan la libertad de acción de las partes o de una de ellas están comprendidos necesariamente en la prohibición del artículo 81, apartado 1, del Tratado.*" (apartado 97). Más concretamente en este asunto el Tribunal consideró que no existía infracción alguna del art. 81 apartado 1 CE (significa que no había una "restricción") ya que la regulación profesional (prohibición de colaboración integrada entre abogados y auditores), a pesar de los potenciales efectos **restrictivos** de la

<sup>1</sup> La decisión está disponible en: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/38549/en.pdf>

competencia que eran **inherentes a la misma**, era **necesaria para el buen ejercicio de la profesión** tal y como está organizada en el Estado miembro de que se trata.

Para llegar a esta conclusión el Tribunal verificó:

- En primer lugar, el contexto global en el que la decisión de la asociación de empresas fue tomada o en el que producía sus efectos. Más en particular, sus objetivos, relacionados en el caso con la necesidad de establecer normas de organización, capacitación, deontología, control y responsabilidad, que proporcionen la necesaria garantía de honorabilidad y competencia a los usuarios finales de los servicios jurídicos y a la buena administración de justicia,
- En segundo lugar, si los consiguientes efectos restrictivos de la competencia eran inherentes a la consecución de objetivos y si son por lo tanto necesarios para garantizar el buen ejercicio de la profesión tal y como está organizada en el Estado miembro de que se trata (criterio de proporcionalidad).

### State action defence

Las empresas quedan exentas de todas las consecuencias que se derivan de la infracción de los artículos 81 CE y 82 CE cuando el Estado les obliga, en virtud de medidas del poder público, a realizar una conducta contraria a la competencia (C-198/01 *CIF*, apartados 53-54), siempre y cuando no dispongan de ningún margen para el comportamiento autónomo. Esto se refiere solamente al período anterior a la decisión (por ejemplo por parte de una autoridad nacional de defensa de la competencia) de excluir la aplicación de la medida pública por ser contraria al Tratado.

Cuando el Estado obliga a las empresas a realizar una conducta contraria a la competencia, si las empresas conservan una capacidad, al menos parcial, de restringir la competencia de forma autónoma - por ejemplo, cuando disfrutan de un margen discrecional para la aplicación de la legislación nacional -, tanto las empresas como el Estado pueden ser responsables.

Efectivamente, la propia legislación del Estado que obliga a los operadores económicos a realizar una conducta anticompetitiva puede infringir el Tratado CE, más concretamente la letra g) del apartado 1 del artículo 3, el apartado 2 del artículo 10 y los artículos 81/82.

### ***Ad 2) Posibilidades de enjuiciar el comportamiento de las autoridades públicas de un Estado Miembro a la luz de los arts. 81 y/o 82 del Tratado***

El Tribunal ha aclarado que, a pesar de que los artículos 81 CE y 82 CE se refieren únicamente al comportamiento de las empresas y no a medidas legislativas o reglamentarias de los Estados miembros, no es menos cierto que dichos artículos, interpretados en relación con el artículo 10 CE, que establece un deber de cooperación leal para la consecución de los fines del Tratado, obligan a los Estados miembros a no **adoptar ni mantener en vigor medidas**, ni siquiera legales o reglamentarias, que puedan anular el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas<sup>2</sup>. El Tribunal de Justicia ha declarado que se infringen los artículos 10 CE y 81 CE cuando un Estado miembro **impone o favorece**

<sup>2</sup> Las sentencias de 16 de noviembre de 1977, *GB-Inno-BM*, 13/77, Rec. p. 2115, apartado 31; de 21 de septiembre de 1988, *Van Eycke*, 267/86, Rec. p. 4769, apartado 16; de 17 de noviembre de 1993, *Reiff*, C-185/91, Rec. p. I-5801, apartado 14; de 9 de junio de 1994, *Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*, C-153/93, Rec. p. I-2517, apartado 14; de 5 de octubre de 1995, *Centro Servizi Spediporto*, C-96/94, Rec. p. I-2883, apartado 20, y de 19 de febrero de 2002, *Arduino*, C-35/99, Rec. p. I-1529, apartado 34.

prácticas colusorias contrarias al artículo 81 CE, o bien **refuerza los efectos** de tales prácticas colusorias, o bien **retira el carácter estatal a su propia normativa**, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica<sup>3</sup>.

Esta jurisprudencia acaba de ser confirmada en la sentencia de 5 diciembre 2006 en los asuntos acumulados C-94/04 y C-202/04 *Cipolla y Macrino* (véanse sus apartados 46 y 47).

En la ya mencionada "Comunicación de la Comisión: Informe sobre la competencia en los servicios profesionales", en el apartado 87 la Comisión deducía de la mencionada jurisprudencia lo siguiente:

"(...) *la Comisión considera que los siguientes supuestos pueden impugnarse con arreglo a la letra g) del apartado 1 del artículo 3, al apartado 2 del artículo 10 y a los artículos 81 y 82 CE:*

- *autorizaciones automáticas, incluidas las convalidaciones simples y autorizaciones tácitas concedidas por los Estados miembros a los acuerdos o decisiones cuando los procedimientos legales vigentes no contemplan la existencia de controles y equilibrios o la realización de consultas por la autoridad;*
- *prácticas en base a las cuales las autoridades de un Estado miembro sólo pueden rechazar o ratificar las propuestas de los colegios profesionales sin tener la posibilidad de modificar su contenido o de sustituir estas propuestas por sus propias decisiones;"*

La sentencia *Cipolla y Macrino* no aporta ningún cambio con respecto a la sentencia *Arduino* y parece que estas conclusiones de la Comisión en el apartado 87 que acaba de citarse siguen siendo válidas.

Al contrario, el Tribunal parece haber rechazado una sugerencia de la Comisión presentada en las observaciones escritas en el caso C-202/04 (en la línea del apartado 88 de la Comunicación de la Comisión del 9 Febrero 2004). La Comisión sugirió generalizar un test de proporcionalidad para comprobar hasta qué punto una normativa profesional anticompetitiva contribuye verdaderamente al interés general y puede justificarse objetivamente. En sus observaciones al Tribunal en el caso mencionado la Comisión sugirió hacer una apertura limitada en comparación con la sentencia *Arduino*<sup>4</sup>. La Comisión abogó por plantear la ilegalidad de la acción del Estado bajo los Arts. 10 y 81 CE cuando una restricción severa de la competencia (tal como una fijación de precios), se impone por los poderes públicos sobre la base de un proyecto aprobado por el Estado pero elaborado por una asociación profesional, y el Estado no es capaz de demostrar que esta restricción sirve objetivos públicos claramente definidos de interés y que, a la vez, respeta el principio de proporcionalidad. La sentencia *Cipolla y Macrino* no hace ninguna observación respecto esta sugerencia.

<sup>3</sup> Las sentencias, antes citadas, *Van Eycke*, apartado 16; *Reiff*, apartado 14; *Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*, apartado 14; *Centro Servizi Spediporto*, apartado 21, y *Arduino*, apartado 35,

<sup>4</sup> La sentencia *Arduino* sugiere que las medidas estatales por las que se delegan poderes reguladores en operadores privados podrían impugnarse de conformidad con la letra g) del apartado 1 del artículo 3, el apartado 2 del artículo 10 y el artículo 81 a no ser que los poderes públicos tengan la última palabra y ejerzan el control efectivo de la aplicación. En el caso *Arduino*, la participación de la organización profesional en la determinación de honorarios se limitaba a proponer un proyecto de tarifa que podía ser modificada por el ministro, competente. El Tribunal decidió, que en tales circunstancias, no cabe considerar que el Estado haya delegado en operadores privados la responsabilidad de adoptar decisiones de intervención en materia económica, lo que tendría la consecuencia de privar de su carácter estatal a la normativa controvertida en el procedimiento principal y tampoco puede acusársele ni de imponer o favorecer prácticas colusorias contrarias al artículo 85 del Tratado ni de reforzar sus efectos (apartado 43 de la sentencia).

**Casos importantes:**

C-309/99, *Wouters*, Rec. 2002, I-1577

C-198/01 *CIF*, Rec. 2004, II-02717

C-35/99, *Arduino*, Rec. 2002, p. I-1529

C-94/04 y C-202/04 *Cipolla y Macrino*

**Comunicaciones:**

Comunicación de la Comisión: Informe sobre la competencia en los servicios profesionales de 9 Febrero 2004 (COM(2004) 83 final)<sup>5</sup>

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y social Europeo y al Comité de las Regiones : Servicios profesionales – Prosecución de la reforma, Seguimiento del Informe sobre la competencia en los servicios profesionales, COM(2004) 83 de 9 de febrero de 2004 (SEC(2005) 1064)<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> El informe está disponible en: [http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional\\_services/overview\\_en.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional_services/overview_en.html)

<sup>6</sup> El informe está disponible en: [http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional\\_services/overview\\_en.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional_services/overview_en.html)