

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. F.G. JACOBS

presentadas el 23 de marzo de 2000 *

Índice

I.	Introducción	I-6457
II.	Marco jurídico nacional	I-6458
	1. La Ley sobre la afiliación obligatoria a regímenes profesionales de pensiones ...	I-6459
	2. Los estatutos y el reglamento de pensiones del Fondo de pensiones de los médicos especialistas	I-6463
	3. El régimen de pensiones de los médicos especialistas	I-6465
III.	Los procedimientos principales	I-6467
IV.	Admisibilidad	I-6469
V.	Alcance de las cuestiones planteadas	I-6469
VI.	La segunda cuestión: artículos 5 y 85	I-6470
	1. El Derecho de la competencia y las profesiones liberales	I-6471
	2. Aplicabilidad <i>ratione materiae</i> del artículo 85, apartado 1	I-6476
	3. Decisión de una asociación de empresas	I-6479
	a) ¿Constituyen los médicos especialistas empresas?	I-6479
	b) ¿Actúan los médicos especialistas como consumidores o como empresas cuando establecen un régimen profesional de pensiones?	I-6481
	c) ¿Actuó la LSV como una asociación de empresas?	I-6482
	4. Restricción de la competencia	I-6484
	a) El elemento material: armonización de los costes y las prestaciones de las pensiones complementarias dentro de la profesión	I-6484
	b) El elemento institucional: constitución de una persona jurídica para vigilar el cumplimiento del régimen de pensiones y gestionarlo	I-6486
	c) El elemento político: solicitud al ministro	I-6488
	5. La relación entre los artículos 5 y 85, apartado 1	I-6488
VII.	La primera cuestión: calificación del Fondo como empresa	I-6490
VIII.	La tercera cuestión: artículos 90, apartado 1, y 86 del Tratado	I-6492
	1. Aplicabilidad de los artículos 90, apartado 1, y 86	I-6493

* Lengua original: inglés.

2. Infracción de los artículos 90, apartado 1, y 86	I- 6494
a) Las normas que otorgan al Fondo un derecho exclusivo de seguro	I- 6494
b) Las normas en materia de exención de la afiliación obligatoria	I- 6495
IX. Conclusión	I- 6496

I. Introducción

1. En los presentes asuntos, el *Kantongerecht te Nijmegen* pide al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre cuestiones relativas a la compatibilidad del sistema neerlandés de afiliación obligatoria a regímenes profesionales de pensiones con las normas sobre la competencia del Tratado CE. Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de sendas demandas presentadas por varios médicos especialistas contra requerimientos del *Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten* (Fondo de pensiones de los médicos especialistas; en lo sucesivo, «Fondo») mediante los que se les exigía el pago de las cotizaciones a su régimen de pensiones complementarias.

2. La cuestión de Derecho comunitario que se plantea es fundamentalmente la de si las normas neerlandesas en materia de afiliación obligatoria a regímenes profesionales de pensiones complementarias infringen los artículos 5 y 85 del Tratado CE (actualmente artículos 10 CE y 81 CE) o los artículos 90, apartado 1, y 86 del Tratado CE (actualmente artículos 86 CE, apartado 1, y 82 CE). Por lo que respecta a los artículos 5 y 85, se suscita la cuestión preliminar de si y, en caso afirmativo, en qué condiciones, las decisiones de asociaciones profesionales adoptadas en el marco del establecimiento de un régimen profesional de pensiones obligatorio pueden ser contrarias al artículo 85, apartado 1. Por lo que respecta a los artículos 90, apar-

tado 1, y 86, la cuestión preliminar es la de si un organismo como el Fondo de que se trata debe calificarse como empresa a efectos de las normas del Tratado relativas a la competencia.

3. Las cuestiones planteadas y el marco jurídico y procesal en el que se inscriben son básicamente los mismos que los de las tres últimas cuestiones planteadas a este Tribunal de Justicia por el *Hoge Raad* en el asunto *Van Schijndel y Van Veen*.¹ Sin embargo, en aquel asunto, el Tribunal de Justicia no tuvo que considerar las cuestiones de fondo relativas al Derecho de la competencia, a la vista de las respuestas que dio a las restantes cuestiones.

4. Los presentes asuntos también plantean cuestiones similares a las abordadas recientemente en las sentencias *Albany, Brentjens* y *Drijvende Bokken*.² El Tribunal de Justicia decidió suspender el procedimiento en los presentes asuntos hasta que dictara sentencia en dichos asuntos anteriores. Con el fin de evitar las reiteraciones, me referiré frecuentemente a las conclusiones y a las tres sentencias dictadas en tales

1 — Sentencia de 14 de diciembre de 1995 (asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, Rec. p. I-4705).

2 — Véanse mis conclusiones de 28 de enero de 1999 y las sentencias de 21 de septiembre de 1999, *Albany* (C-67/96, Rec. p. I-3751), *Brentjens* (asuntos acumulados C-115/97, C-116/97 y C-117/97, Rec. p. I-6025) y *Drijvende Bokken* (C-219/97, Rec. p. I-6121).

asuntos. Sin embargo, a la hora de establecer analogías debe tenerse presente que los citados asuntos se referían a fondos sectoriales de pensiones establecidos sobre la base de convenios colectivos entre los empresarios y los trabajadores y que proporcionaban pensiones complementarias a los empleados de un determinado sector, mientras que los presentes asuntos se refieren a un fondo de pensiones establecido por los miembros de una profesión que proporciona pensiones a los miembros de esa misma profesión.

— En segundo lugar, en la mayor parte de los casos, la pensión de base se completa mediante pensiones complementarias devengadas en relación con una actividad profesional por cuenta ajena o por cuenta propia. Estas pensiones complementarias se gestionan generalmente mediante regímenes colectivos que se aplican a un sector de la economía, a una profesión o a los trabajadores de una empresa.

II. Marco jurídico nacional

5. Recordaré que el sistema de pensiones neerlandés está basado en tres pilares.

— En primer lugar, existe una pensión legal de base, concedida por el Estado conforme a la Algemene Ouderdomswet (Ley de creación de un régimen general de pensiones de vejez; en lo sucesivo, «AOW») y a la Algemene Nabestaandenwet (Ley sobre el seguro general para los supervivientes; en lo sucesivo, «ANW»). Este primer pilar del sistema de pensiones pretende garantizar a la totalidad de la población una pensión de cuantía fija constituida por un determinado porcentaje del salario mínimo. El importe de la prestación se reduce por cada año durante el cual una persona no haya estado asegurada. La participación en dicho régimen es obligatoria.

— Por último, los dos primeros elementos de los ingresos por pensiones pueden completarse mediante la suscripción de pólizas individuales de seguros de pensiones o de vida que pueden contratarse de forma voluntaria (tercer pilar).

6. Los presentes asuntos se refieren a un fondo de pensiones incluido en el segundo de los pilares mencionados, ya que otorga pensiones complementarias a los miembros de una profesión, concretamente la de los médicos especialistas. Este fondo es, en muchos aspectos, similar al Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten (Fondo de pensiones para Fisioterapeutas) de que se trataba en el asunto Van Schijndel y Van Veen.

7. Los fondos de este tipo se rigen fundamentalmente por la Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling (Ley sobre la afiliación obligatoria a regímenes profesionales de pensiones; en

lo sucesivo, «BprW») de 29 de junio de 1972.³ Dicha Ley está en cierta medida inspirada en la *Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds* (Ley relativa a la afiliación obligatoria a un fondo sectorial de pensiones; en lo sucesivo, «BPW») de 17 de marzo de 1949, que era la Ley controvertida en los asuntos Albany, Brentjens' y Drijvende Bokken, antes citados. Las demás normas aplicables son los estatutos y reglamentos de dichos fondos.

1. *La Ley sobre la afiliación obligatoria a regímenes profesionales de pensiones*

8. Con arreglo al artículo 1, apartado 1, letra b), de la BprW, se considera *beroeps-genoot* (miembro de una profesión) a una persona física que ejerce, en un determinado sector profesional, la profesión correspondiente a dicho sector.

9. Con arreglo al artículo 2, apartado 1, de la BprW, el Minister van Sociale Zaken (ministro de Asuntos Sociales) está facultado para imponer, a petición de una o varias organizaciones profesionales que, a su juicio, sean suficientemente representativas de la rama profesional de que se trate, la afiliación obligatoria a un régimen profesional de pensiones (*beroepspensioen-regeling*), creado por miembros de la profesión, a todos los miembros o a determinadas categorías de miembros de dicha profesión. La solicitud presentada al ministro por la organización profesional debe haber sido publicada previamente y los terceros interesados pueden formular

observaciones.⁴ Antes de adoptar su decisión, el ministro puede consultar al Sociaal-Economische Raad (Consejo Económico y Social) y a la Verzekeringskamer (Cámara de Seguros).

10. Con arreglo al artículo 2, apartado 2, un régimen profesional de pensiones de este tipo puede constituirse siguiendo una de las tres modalidades que se indican a continuación:

- a) La creación de un fondo profesional de pensiones, que actuará como único órgano de gestión (*uitvoeringsorgaan*) de dicho régimen.
- b) La imposición a los profesionales afectados de la obligación de dar cumplimiento a las previsiones del régimen profesional de pensiones mediante la celebración de contratos de seguro individuales, contratos que cada partícipe deberá celebrar, según prefiera, bien con el fondo profesional de pensiones mencionado en la letra a), siempre que el régimen profesional de pensiones contemple dicha posibilidad, o bien con una compañía de seguros debidamente autorizada.
- c) El establecimiento de un régimen de pensiones en el que una parte se ajustará a la fórmula descrita en la letra a) y otra parte a la descrita en la letra b).

3 — Stbl. 400.

4 — Artículo 3 de la BprW.

11. De los autos se desprende que tanto los médicos especialistas como los médicos generalistas han optado por la modalidad c) para sus regímenes profesionales de pensiones, cuyo tamaño es relativamente grande. Los otros diez regímenes profesionales han adoptado la modalidad a).

12. Con arreglo al artículo 2, apartado 3, de la BprW, la afiliación sólo puede declararse obligatoria si se crea una persona jurídica (*rechtspersoon*) que actúe:

- a) bien como fondo de pensiones, encargado de la gestión del régimen de pensiones,
- b) bien como órgano de control, encargado de velar por que los profesionales afectados respeten la obligación de asegurarse por su propia cuenta, conforme a lo dispuesto en el artículo 2, apartado 2, letra b), de la BprW,
- c) bien, en parte, como fondo de pensiones y, en parte, como órgano de control.

13. La afiliación obligatoria implica la obligación de que todas las personas a quienes se aplica se atengan a las disposi-

ciones de los estatutos y reglamentos de la persona jurídica competente.⁵ El incumplimiento de dicha obligación da lugar a la imposición de sanciones.⁶ Los fondos profesionales de pensiones pueden emitir requerimientos de pago para el cobro de las cotizaciones impagadas.⁷

14. El ministro competente tiene la facultad de suprimir la afiliación obligatoria. Ésta queda automáticamente suprimida cuando se introducen modificaciones en la base financiera o en los estatutos y reglamentos de la persona jurídica, a menos que el ministro competente declare que no tiene objeciones que formular contra dichas modificaciones.⁸

15. Antes de que el ministro pueda declarar la obligatoriedad de la afiliación, deben cumplirse una serie de requisitos. Así, es preciso que los miembros de la profesión hayan sido informados a su debido tiempo de la intención de la organización profesional de solicitar una decisión que declare obligatoria la afiliación, que el régimen de pensiones disponga de una base financiera cuya solidez quede acreditada mediante un informe actuarial motivado y que los estatutos y reglamentos del fondo de pensiones se ajusten a las prescripciones de la BprW y garanticen suficientemente los intereses de los afiliados y de las demás personas interesadas.⁹

5 — Artículo 2, apartado 4, de la BprW.

6 — Artículo 27 de la BprW.

7 — Artículo 31 de la BprW.

8 — Artículo 2, apartados 6 y 7, de la BprW.

9 — Artículo 5 de la BprW.

16. El artículo 8, apartado 1, de la BprW precisa varias cuestiones que deben regularse en los estatutos y los reglamentos de la persona jurídica, como por ejemplo la definición de la profesión a la que se aplicará el régimen de pensiones, la gestión de la persona jurídica, los derechos y obligaciones de los partícipes y la actitud que se adoptará frente a las personas que expresen reservas de carácter moral frente a cualquier tipo de seguros.

17. En el artículo 8, apartado 2, se especifican algunas cuestiones complementarias que deben incluirse en los estatutos y reglamentos de la persona jurídica cuando actúa como fondo de pensiones encargado de la gestión del régimen de pensiones. Dichas cuestiones se refieren, por ejemplo, a la composición de los ingresos y de las inversiones del fondo.

18. El artículo 8, apartado 3, faculta al ministro para promulgar directrices (*richtlijnen*) sobre las cuestiones enumeradas en los dos primeros apartados de dicho artículo. El ministro ha establecido este tipo de directrices en relación con la actitud que debe adoptarse frente a las personas que expresen reservas de carácter moral frente a cualquier tipo de seguros. Tales personas quedarán dispensadas de la afiliación a un régimen profesional de pensiones si acreditan que no han contratado seguros de ningún tipo.

19. Los artículos 9 y 10 de la BprW establecen los procedimientos que debe seguir el fondo profesional de pensiones

para gestionar los fondos recaudados. En principio, el fondo de pensiones está obligado a transferir o reasegurar los riesgos derivados de sus obligaciones en materia de pensiones suscribiendo contratos con compañías de seguros (artículo 9). No obstante, con carácter excepcional, el fondo puede gestionar e invertir por sí mismo los capitales recaudados, asumiendo los riesgos, a condición de haber presentado a las autoridades de control un plan de gestión y un informe actuarial en el que explique el modo en que se propone gestionar el riesgo financiero y actuarial y de que la Cámara de Seguros haya dado su aprobación a dicho plan (artículo 10).

20. El balance de un fondo que haya asumido la gestión de las aportaciones recaudadas debe mostrar que dispone de activos suficientes para cubrir las obligaciones en materia de pensiones que haya contraído.¹⁰ Los fondos profesionales de pensiones están obligados a presentar a la Cámara de Seguros, periódicamente, informes que reflejen de manera fiel y en detalle su situación financiera y que muestren que respetan las disposiciones legales.¹¹ La Cámara de Seguros ejerce un control permanente sobre los diferentes fondos de pensiones complementarias en los Países Bajos.

21. Con arreglo al artículo 26 de la BprW, el ministro puede establecer excepciones a determinadas disposiciones de la BprW en casos individuales. Puede así, en particular, dispensar de la afiliación obligatoria. Esta exención puede concederse por un período

10 — Artículo 12 de la BprW.

11 — Artículos 9, apartados 2 y 3, y 10, apartados 2 a 4, de la BprW.

determinado o sometiendo la dispensa a determinados requisitos.

22. Según el Gobierno neerlandés, sólo puede concederse una exención ministerial en ciertas situaciones específicas en las que la aplicación sistemática de la BprW supondría un perjuicio desproporcionado para los intereses individuales, sin que el fondo de que se trate haya previsto soluciones alternativas adecuadas. No obstante, las solicitudes de exención ministerial no deben considerarse como recursos contra las decisiones del fondo de que se trate por las que se haya denegado la dispensa de la afiliación obligatoria.

23. Las exenciones con arreglo al artículo 26 de la BprW no pueden concederse únicamente por razones morales o de interés público. Por regla general, antes de adoptar la decisión, el ministro recaba el dictamen de la Cámara de Seguros. En la práctica, se han presentado muy pocas solicitudes de exención con arreglo al artículo 26 de la BprW y, hasta ahora, ninguna de ellas ha sido concedida. Contra la decisión del ministro puede presentarse un recurso con arreglo a las normas generales del Derecho administrativo neerlandés.

24. Según la exposición de motivos del proyecto de ley de la BprW,¹² la finalidad de esta Ley es permitir «la adaptación de los ingresos de los jubilados al incremento

del nivel general de ingresos» y «que los miembros de la profesión más jóvenes contribuyan, a través de un sistema de ajustes técnicos de las cotizaciones o de variantes de este sistema, a las cargas más elevadas que suponen las prestaciones en favor de los miembros de la profesión de mayor edad», así como «prever la concesión de derechos a pensión por los años anteriores a la entrada en vigor del régimen». Se indicaba que sólo sería posible alcanzar estos objetivos a través de un régimen común «en la medida en que, en principio, todas las personas pertenecientes al sector profesional de que se trate participen en él».

25. Por lo que respecta a la libre competencia, en el debate parlamentario¹³ el Gobierno neerlandés indicó:

«[...] la gestión de los fondos sectoriales de pensiones tiene por objetivo ofrecer el mejor régimen de pensiones posible, desde un punto de vista social, a la totalidad de los partícipes (jóvenes y viejos). En opinión del Gobierno, resulta inconcebible la posibilidad de que los fondos profesionales de pensiones actúen de otro modo. Al igual que los fondos sectoriales de pensiones, los fondos profesionales de pensiones no se constituirán como empresas mercantiles, sino como entidades con objetivos sociales que ofrecerán a sus afiliados el mejor servicio posible en sus relaciones sociales recíprocas. Las consideraciones mercantiles difícilmente pueden constituir un punto de partida válido a estos efectos.

12 — Kamerstukken II 1968/1969, 10216, n° 3, p. 9.

13 — Escrito de contestación, Bijlagen Hand. TK 1969/1970, 10216, n° 5, p. 2.

Así pues, el importe de las contribuciones de los profesionales deberá determinarse no tanto en respuesta a la pregunta de si "podrían encontrar algo mejor y más barato en el mercado", sino más bien en función del grado de solidaridad de la profesión de que se trate.»

26. El Gobierno también afirmó lo siguiente:¹⁴

«El criterio esencial en un proyecto de ley-marco como éste es precisamente atender a los intereses de los miembros de la profesión de que se trate considerados en su conjunto. Ello significa que, en principio, todos los miembros de la profesión específica de que se trate estarán obligados a afiliarse al fondo de pensiones. Si en algunos casos especiales este imperativo diera lugar a una situación que no correspondiera al interés individual de uno o varios miembros de la profesión, no quedaría en principio otro remedio que aceptarlo: en efecto, toda regla aplicable a un grupo de personas supone una restricción de la libertad individual.»

2. *Los estatutos y el reglamento de pensiones del Fondo de pensiones de los médicos especialistas*

27. La profesión de los médicos especialistas, representada por la Landelijke Specia-

listen Vereniging der Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (Asociación Nacional de Especialistas de la Real Sociedad Neerlandesa de Fomento de la Medicina; en lo sucesivo, «LSV»), creó en 1973 un régimen profesional de pensiones (*beroepspensioenregeling*) regulado por unos estatutos (*statuten*) y por un reglamento de pensiones (*pensioenreglement*).

28. Según los estatutos, el Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten se creó como persona jurídica en el sentido del artículo 2, apartado 3, letra c), de la BprW, bajo la forma de una fundación que actúa en parte como asegurador por cuenta propia y en parte como órgano de control encargado de velar por que los miembros de la profesión contraten seguros individuales.

29. La afiliación al régimen fue declarada obligatoria con arreglo al artículo 2, apartado 1, de la BprW mediante la Orden Ministerial de 18 de junio de 1973,¹⁵ adoptada a petición de la LSV. A partir del 31 de enero de 1997, la Ordre van Medische Specialisten (Colegio de Médicos Especialistas; en lo sucesivo, «OMS») sustituyó a la LSV como organización profesional representativa. Son miembros de la OMS unos 8.000 médicos especialistas, sobre un total de 15.000 médicos especialistas que trabajan por cuenta propia o ajena.

14 — Kamerstukken RH 1969/1970, 10216, nº 5, p. 3.

15 — *Staatscourant* 1973, nº 121.

30. El artículo 1, apartado 1, del reglamento de pensiones del Fondo prevé la afiliación al régimen de todo médico especialista que esté inscrito en el registro de médicos especialistas reconocidos conforme al reglamento de régimen interior de la Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (Real Sociedad Neerlandesa de Fomento de la Medicina), que resida en los Países Bajos, que ejerza en dicho Estado miembro la profesión de médico especialista y que no haya alcanzado aún la edad de 65 años.

31. El artículo 1, apartado 2, del reglamento de pensiones ofrece fundamentalmente a dos categorías de médicos especialistas la posibilidad de solicitar una dispensa de afiliación. Dichas categorías son, en primer lugar, los médicos especialistas que prevean que, durante un determinado año natural, van a ejercer su profesión exclusivamente por cuenta ajena y que, por esta razón, tengan la cobertura de otro régimen de pensiones, como, por ejemplo, un régimen regido por la BPW o un régimen de pensiones adoptado por el empresario con anterioridad al 6 de mayo de 1972 y que otorgue prestaciones al menos equivalentes a las del Fondo, y, en segundo lugar, los médicos especialistas que obtengan del ejercicio por cuenta propia de su actividad profesional unos ingresos inferiores a un determinado importe relativamente bajo.

32. En sus respuestas a las preguntas escritas formuladas por el Tribunal de Justicia, tanto el Gobierno neerlandés como el Fondo indicaron que los requisitos establecidos en dicho artículo son vinculantes para el Fondo. Por consiguiente, en principio, parece que están excluidas las exenciones por otros motivos.

33. Por lo que respecta a la relación entre las facultades respectivas del ministro, en virtud del artículo 26 de la BprW, y del Fondo, en virtud del artículo 1, apartado 2, del reglamento de pensiones, para dispensar a los médicos especialistas de la afiliación obligatoria, el Gobierno neerlandés precisó que la responsabilidad principal de la creación y la gestión del régimen de pensiones corresponde a los miembros de la profesión. El papel de las autoridades públicas consiste meramente en establecer un marco regulatorio y garantizar el funcionamiento del sistema. En consecuencia, las facultades del ministro en materia de dispensas tienen carácter subsidiario con respecto a las facultades u obligaciones del Fondo al respecto. El ministro sólo puede intervenir en aquellos casos en que las normas aplicables (estatutos, reglamento de pensiones o directrices ministeriales) no faculten al Fondo para otorgar una dispensa.

34. Con arreglo al artículo 44 del reglamento de pensiones, en ciertos casos especiales la dirección del Fondo puede establecer excepciones a lo dispuesto en dicho reglamento en favor de determinados afiliados, a condición de que la exención concedida no perjudique derechos de terceros. Según el Fondo, esa cláusula de rigidez (*hardheidsclausule*) debe aplicarse en situaciones particularmente contrarias a la equidad, como, cabe suponer, cuando a un afiliado le quedara un período de afiliación muy corto y sólo fuera a causar derechos a pensión mínimos.

35. Según el Gobierno neerlandés, aunque el Fondo se haya constituido como una

fundación privada, sus decisiones en materia de afiliación obligatoria y de dispensa están sujetas a control jurisdiccional con arreglo al Derecho administrativo general (*Algemene wet bestuursrecht*).

cumplan 18 años, con posibilidad de prorrogarla hasta que cumplan 27 años;

d) un mecanismo de revalorización del importe de las pensiones en función del aumento general del nivel de ingresos;

3. El régimen de pensiones de los médicos especialistas

36. El régimen de pensiones de los médicos especialistas, tal como se describe de manera detallada en el reglamento de pensiones del Fondo, consta fundamentalmente de los siguientes elementos:

e) derechos a pensión retroactivos por los períodos anteriores a la creación del Fondo;

a) una pensión de jubilación para los afiliados que hayan cumplido 65 años;

f) en caso de incapacidad para el ejercicio de la profesión por causa de invalidez, la asunción del pago de las cotizaciones a fin de no interrumpir la constitución de la pensión;

b) una pensión de viudedad, que asciende en principio a un 70 % de la pensión de jubilación correspondiente a las cotizaciones abonadas durante el matrimonio, que se abonará al cónyuge del afiliado fallecido;

g) prestaciones de supervivencia complementarias (*Risicoregeling*) para el cónyuge viudo y los huérfanos de afiliados fallecidos antes de haber cumplido 65 años. Cuanto menor sea la edad del afiliado en el momento de su fallecimiento, mayor será el importe de estas prestaciones complementarias.

c) una pensión de orfandad equivalente al 14 % del importe de la pensión de jubilación (28 % para el huérfano de padre y madre), que será abonada a los hijos del afiliado fallecido hasta que

37. Los diferentes elementos del régimen de pensiones están sujetos a dos regímenes de seguro diferentes.

38. Un primer capítulo del régimen, la denominada *normpensioen* (pensión de referencia), comprende básicamente la pensión de jubilación, la pensión de viudedad y la pensión de orfandad [elementos a) a c)], *en sus importes nominales*, es decir, sin adaptación de las prestaciones al aumento general de los ingresos de acuerdo con lo dispuesto en el elemento d).

39. Puede ser útil dar un ejemplo de la forma en que se determina la *normpensioen* (de acuerdo con las normas vigentes en 1998). Cada año, el régimen de pensiones exige que cada afiliado soltero constituya un derecho a pensión nominal de 1.194,96 NLG. En el caso de que el afiliado esté casado, debe constituir además un derecho complementario de 836,47 NLG. De este modo, un médico especialista de 35 años de edad y soltero, afiliado en 1998, habrá constituido en el año 2028, durante un período de 30 años de afiliación, un derecho a pensión anual nominal —la *normpensioen*— de 35.848,80 NLG.

40. Por lo que respecta al seguro correspondiente a la *normpensioen*, los médicos especialistas han optado por la fórmula prevista en el artículo 2, apartado 2, letra b), de la BprW. Los miembros de esta profesión están obligados a constituir su *normpensioen* celebrando un contrato de seguros individual con el Fondo o con una compañía de seguros debidamente autorizada. Cada cinco años, los afiliados pueden optar por cambiar de sistema. El Fondo vigila el cumplimiento por parte de sus miembros de la obligación de asegurarse por su propia cuenta.

41. Las compañías de seguros que ofrezcan el seguro relativo a la *normpensioen* están obligadas a celebrar un acuerdo con el Fondo. Desde diversos puntos de vista, el Fondo actúa como intermediario entre los médicos especialistas y el asegurador. Así, el Fondo recauda las cotizaciones para la *normpensioen* y las transfiere a continuación al asegurador.

42. El Fondo y la compañía de seguros fijan sus primas para la *normpensioen*, respectivamente, basándose en cálculos actuariales. Las primas establecidas varían en función de la edad, el sexo y los ingresos del afiliado, los gastos administrativos del Fondo o del asegurador y el rendimiento de las inversiones efectuadas por el Fondo o el asegurador.

43. El segundo capítulo del régimen de pensiones comprende los demás elementos que se han enumerado antes [d) a g)]. Desde un punto de vista financiero, el elemento más importante es el mecanismo de revalorización, que, gracias a un coeficiente de adaptación calculado anualmente, permite modular las pensiones y los derechos a pensión en función del incremento de los ingresos. Por ejemplo, un derecho a pensión de 1.000 NLG «constituido» en 1973 tenía en 1998 un valor de 2.074,60 NLG. En el ejemplo antes citado, el derecho a pensión nominal de 35.848,80 NLG en 2028 se corresponderá en realidad con unos pagos en concepto de pensión mucho más elevados.

44. Por lo que respecta a este segundo capítulo, los médicos especialistas han optado por la fórmula prevista en el

artículo 2, apartado 2, letra a), de la BprW. El Fondo gestiona sus diversos elementos, que no pueden ser confiados a una compañía de seguros privada.

otorga prestaciones de supervivencia. Los regímenes profesionales de pensiones de los médicos generalistas y los médicos especialistas son, con mucho, los de mayor entidad en términos de capital invertido.

45. Los elementos d) a f) se financian mediante cotizaciones calculadas por métodos actuariales. Las reservas para los derechos a pensión retroactivos [elemento e)] ya están financiadas. Por tanto, las cotizaciones correspondientes a dicho elemento son actualmente nulas. El elemento g) se financia mediante una cotización anual media.

49. El 31 de diciembre de 1997, el Fondo contaba con 5.951 afiliados, 1.063 antiguos afiliados y 4.220 pensionistas. Este último grupo comprendía 1.238 beneficiarios de una pensión de viudedad, 185 beneficiarios de una pensión de orfandad y 2.797 beneficiarios de una pensión de jubilación. A finales del año 1997, el capital invertido por el Fondo ascendía a 6.600 millones de NLG.

46. El régimen no lleva a cabo una selección de riesgos mediante cuestionarios o reconocimientos médicos.

47. El Fondo es una entidad sin ánimo de lucro. Sus beneficios se atribuyen a los pensionistas y a los afiliados en forma de incremento de sus derechos a pensión.

48. Según el Fondo, en los Países Bajos han establecido otros fondos profesionales de pensiones los farmacéuticos, los médicos generalistas, los veterinarios, los fisioterapeutas, los dentistas, las comadronas, los abogados, los actuarios independientes, los corredores de bolsa, los auditores y los prácticos del puerto de Rotterdam. En estos cuatro últimos regímenes participa un número muy reducido de personas. El régimen que se aplica a los abogados tiene un alcance muy limitado y únicamente

III. Los procedimientos principales

50. Los demandantes en el procedimiento principal, el Sr. Pavlov (asunto C-180/98), el Sr. Boetie Van der Schaaf (asunto C-181/98), el Sr. Kooyman (asunto C-182/98), el Sr. Weber (asunto C-183/98) y el Sr. Slappendel (asunto C-184/98) son médicos especialistas que ejercen su profesión en un hospital de Nimega.

51. Es pacífico entre las partes que los demandantes estaban obligados a afiliarse al Fondo hasta que terminara el año 1995.

52. En cambio, los demandantes en el procedimiento principal consideran que, a partir del 1 de enero de 1996, debían ser dispensados de la afiliación al Fondo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, del reglamento de pensiones del Fondo.¹⁶ Al haber modificado su relación contractual con el citado hospital, alegan que, a partir de esa fecha, desarrollan su actividad profesional únicamente por cuenta ajena y se encuentran por tanto obligatoriamente afiliados a un régimen sectorial de pensiones gestionado por el *Bedrijfspensioenfonds voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen* (Fondo sectorial de pensiones de los sectores de sanidad y de bienestar psicológico y social). Por consiguiente, los demandantes dejaron de pagar sus cotizaciones al Fondo.

53. El Fondo niega que los demandantes ejerzan su profesión como empleados por cuenta ajena. Por tanto, emitió en su contra requerimientos de pago por las primas atrasadas.

54. Los demandantes recurrieron contra dichos requerimientos ante el *Kantongerecht*.

55. Mediante resoluciones interlocutorias de 13 de febrero de 1998, el *Kantongerecht* declaró que, habida cuenta de la naturaleza de su relación contractual con el hospital,

los demandantes no podían acogerse a la dispensa prevista en el artículo 1, apartado 2, del reglamento de pensiones del Fondo.

56. En el transcurso del procedimiento, los demandantes alegaron asimismo que la afiliación obligatoria es contraria a diversas disposiciones del Tratado CE.

57. Mediante resolución interlocutoria de 8 de mayo de 1998, el *Kantongerecht* decidió plantear al Tribunal de Justicia las tres cuestiones siguientes. En la resolución de remisión, el *Kantongerecht* señala que las cuestiones se inspiran en las cuestiones anteriormente planteadas por el *Hoge Raad der Nederlanden* en los asuntos acumulados *Van Schijndel y Van Veen*.

«1) A la luz del espíritu de la *Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling* [BprW] [...], ¿debe calificarse de empresa en el sentido de los artículos 85, 86 o 90 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea un fondo profesional de pensiones en el que, en virtud o de conformidad con la BprW, están obligados a participar todos los miembros de una profesión o una o varias categorías determinadas de los mismos con los efectos jurídicos [...] que a dicho hecho atribuye esta Ley?

¹⁶ — Véanse los puntos 31 a 33 *supra*.

- 2) En caso de respuesta afirmativa, el hecho de imponer obligatoriamente la afiliación al Fondo profesional de pensiones de los médicos especialistas [...], ¿constituye una medida adoptada por un Estado miembro que desvirtúa el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas o sólo ocurre así en determinadas circunstancias y, en este último supuesto, en cuáles?
- 3) Si procede responder negativamente a la última cuestión, ¿pueden darse otras circunstancias que hagan incompatible con lo dispuesto en el artículo 90 del Tratado la obligación de afiliación y, en caso afirmativo, cuáles?»

manifiesto que la información contenida en las resoluciones de remisión era suficiente para permitir a las partes interesadas adoptar una postura sobre las cuestiones planteadas. Además, en la documentación remitida por el órgano jurisdiccional remitente, las observaciones escritas y las respuestas dadas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia se proporcionó información adicional. Toda esta información fue recogida en el informe para la vista. Por consiguiente, los Gobiernos interesados tuvieron la oportunidad de formular sus observaciones durante la vista.

60. De dichos elementos y de los apartados 38 a 44 de la sentencia Albany se desprende que procede declarar la admisibilidad de las cuestiones planteadas.

IV. Admisibilidad

58. Según el Gobierno helénico, procede declarar la inadmisibilidad de estas cuestiones. En su opinión, el hecho de que el órgano jurisdiccional remitente no explique suficientemente el contexto fáctico y normativo impide *de facto* a los Gobiernos interesados presentar observaciones escritas sobre las cuestiones planteadas en la petición de decisión prejudicial.

59. Sin embargo, las observaciones presentadas por los Gobiernos neerlandés y francés, por la Comisión y por el propio Gobierno helénico (para el caso en que el Tribunal declarara la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial) ponen de

V. Alcance de las cuestiones planteadas

61. De acuerdo con el análisis que hizo el Tribunal de Justicia de las cuestiones casi idénticas planteadas en el asunto Albany, deben abordarse tres aspectos.

62. En primer lugar, ¿se infringen los artículos 5 y 85 del Tratado cuando las autoridades públicas declaran obligatoria la afiliación a un fondo profesional de pensiones a petición de una organización

profesional representativa de los miembros de dicha profesión? (segunda cuestión)

63. En segundo lugar, ¿es un fondo profesional de pensiones como el controvertido en el presente caso una empresa a efectos de los artículos 85 y 86 del Tratado? (primera cuestión)

64. En tercer lugar, ¿se infringen los artículos 90 y 86 del Tratado cuando un Estado miembro establece un sistema de afiliación obligatoria a regímenes profesionales de pensiones como el establecido por los Países Bajos y, en el marco de dicho sistema, declara obligatoria la afiliación a un determinado régimen profesional de pensiones? (tercera cuestión)

65. Al igual que en el asunto Albany, la tercera cuestión del órgano jurisdiccional nacional podría interpretarse asimismo en el sentido de que plantea la cuestión de la compatibilidad del sistema neerlandés con el artículo 90, en relación con los artículos 52 y siguientes y 59 y siguientes del Tratado CE (actualmente artículos 43 CE y siguientes y 49 CE y siguientes, tras su modificación).

66. Sin embargo, nada indica que las partes o el órgano jurisdiccional nacional hayan abordado la aplicabilidad de las normas relativas a la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios o que el

asunto de que se trata presente un elemento directamente transfronterizo. Además, la cuestión está inspirada en la última cuestión planteada en los asuntos acumulados Van Schijndel y Van Veen.¹⁷ Entonces, el Hoge Raad desistió expresamente de plantear una cuestión relativa a las libertades fundamentales del Tratado. Por consiguiente, la cuestión debe interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a los artículos 90 y 86 del Tratado.

VI. La segunda cuestión: artículos 5 y 85

67. Las partes están de acuerdo en que, en 1973, la LSV, que en aquel momento era la organización profesional representativa de los médicos especialistas neerlandeses, estableció el *beroepspensioenregeling* (régimen profesional de pensiones) que se ha descrito. Según el Fondo, todos los miembros de la LSV eran por aquel entonces médicos especialistas que trabajaban por cuenta propia. Posteriormente, la LSV solicitó al ministro competente que declarara obligatoria la afiliación a dicho régimen. El ministro accedió a esa petición y dictó una orden ministerial por la que se declaraba obligatoria la afiliación al régimen creado por la LSV para todos los médicos especialistas establecidos en los Países Bajos.

68. El Kantongerecht alberga dudas sobre la compatibilidad de dicha orden ministerial con los artículos 5 y 85 del Tratado. La línea de razonamiento subyacente puede

¹⁷ — Citados en la nota 2 *supra*.

resumirse del siguiente modo.¹⁸ Los médicos especialistas son empresas a efectos de las normas sobre la competencia. El establecimiento del *beroepspensioenregeling* por parte de la LSV debe analizarse como una decisión de una asociación de empresas a efectos del artículo 85, apartado 1. Dicha decisión restringe la competencia entre médicos especialistas y la competencia en el mercado de seguros de pensión, afectando asimismo al comercio entre los Estados miembros. Por tanto, infringe el artículo 85, apartado 1. Al hacer obligatoria la afiliación a dicho régimen de pensiones, los Países Bajos favorecen la adopción de una decisión contraria al artículo 85, apartado 1, y/o refuerzan sus efectos. Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la orden ministerial es contraria a los artículos 5 y 85.

69. El Fondo, el Gobierno neerlandés y la Comisión alegan que no hay tal infracción de los artículos 5 y 85 del Tratado. A este respecto, formulan diversos argumentos. Se alega que el artículo 85, apartado 1, no es aplicable *ratione materiae*, que no hay ningún acuerdo entre empresas o decisión de una asociación de empresas, que no se restringe sensiblemente el juego de la competencia, que no se ve afectado el comercio entre los Estados miembros, que no puede aplicarse el artículo 5, ya que el artículo 90, apartado 1, constituye una *lex specialis*, y que, en todo caso, el sistema neerlandés está justificado por razones de interés público.

18 — Véanse también las alegaciones de Albany, Drijvende Bokken y Brentjens' resumidas en mis conclusiones en el asunto Albany, citadas en la nota 3 *supra*, puntos 73 a 76.

70. Los demandantes en el procedimiento principal no presentaron observaciones ante el Tribunal de Justicia. En sus observaciones, los Gobiernos helénico y francés no abordaron esta cuestión.

71. El presente asunto plantea, entre otras, la cuestión de la relación entre las normas sobre la competencia del Tratado y las profesiones liberales. Puesto que éste es el primer asunto referido a una profesión liberal típica, como es la de los médicos,¹⁹ y puesto que es probable que esta cuestión adquiera mayor importancia en un futuro próximo,²⁰ puede ser útil hacer algunas observaciones preliminares antes de entrar en el análisis de los artículos 5 y 85, apartado 1.

1. El Derecho de la competencia y las profesiones liberales

72. En esta sección, cuando me refiero a «las profesiones liberales» estoy hablando de los médicos, los abogados, los arquitectos y otras profesiones relacionadas.²¹

19 — El Tribunal de Justicia ya ha abordado la fijación de tarifas por parte de los agentes de aduanas italianos en la sentencia de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia (C-35/96, Rec. p. I-3851).

20 — Actualmente, hay varios casos pendientes ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia referidos a la fijación de honorarios o gastos por parte de los abogados (asunto C-35/99, Arduino) y arquitectos (asunto C-221/99, Conte), a una prohibición de asociación entre abogados y auditores (asunto C-309/99, Wouters y otros) y a las normas del código de conducta profesional adoptado por el Instituto de Agentes Autorizados ante la Oficina Europea de Patentes (asunto T-144/99, IAA/Comisión).

21 — Véase, en relación con los problemas que plantea la búsqueda de una definición precisa, el punto 83 *infra*.

73. Desde la perspectiva del Derecho de la competencia, los mercados de servicios profesionales presentan las siguientes características típicas.²²
74. En primer lugar, las profesiones liberales suelen tener el monopolio legal de la prestación de sus servicios (por ejemplo, los médicos sobre la prestación de servicios de asistencia médica, los abogados sobre la defensa ante los tribunales o los farmacéuticos sobre la venta de medicamentos).
75. En segundo lugar, muchas de estas profesiones participan en el control del acceso a la profesión. Aun cuando corresponda al Estado la decisión final sobre el acceso, los miembros de la profesión, sin embargo, establecen, por ejemplo, los períodos de formación necesarios, controlan el contenido de los estudios o ponen exámenes y actúan como examinadores. En algunos casos, se llega a permitir a las profesiones liberales determinar por sí mismas cuántos nuevos miembros pueden entrar en la profesión cada año.
76. En tercer lugar, la publicidad suele estar limitada. Normalmente, las normas aplicables son elaboradas por la profesión y aplicadas por órganos disciplinarios o por los tribunales. Van desde la prohibición total de cualquier forma de publicidad hasta prohibiciones más limitadas sobre la
- publicidad relativa al precio o la calidad de los servicios que se ofrecen.
77. En cuarto lugar, algunas profesiones establecen tarifas y honorarios obligatorios por sus servicios. Los sistemas de regulación posibles van desde la fijación de honorarios mínimos por la propia profesión a la fijación de honorarios máximos por el Estado tras consultar con la profesión afectada.
78. Por último, en muchas profesiones liberales se limita la posibilidad de ejercer la profesión en el marco de determinadas estructuras empresariales. Por ejemplo, puede impedirse a los miembros de una profesión establecer sociedades anónimas o participar en sociedades colectivas o contratos de trabajo con personas de otra profesión (por ejemplo, abogados y auditores).
79. Los detractores de estas normas sostienen que constituyen restricciones contrarias a la competencia y que, puesto que están prohibidas en otros mercados de bienes y servicios, no hay ninguna razón válida por la cual deberían estar permitidas en las profesiones liberales.
80. Sus partidarios sostienen que los mercados de servicios profesionales no pueden compararse con los mercados «normales»; que, en realidad, la competencia dentro de

22 — Véase *Competition Policy and the Professions*, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), París, 1985.

cada profesión es intensa; que las restricciones al acceso y a determinadas prácticas comerciales son necesarias para garantizar un elevado nivel de calidad, y que la teoría según la cual los miembros de las profesiones liberales están o deben estar motivados exclusivamente por consideraciones de beneficio es demasiado simplista.

81. Estos puntos de vista contrapuestos han dado lugar en muchos sistemas nacionales de Derecho de la competencia a numerosos litigios y a un intenso debate académico y político.²³ Lo mismo sucederá inevitablemente en el marco del Derecho comunitario de la competencia.²⁴

82. Los presentes asuntos resultan atípicos a este respecto, ya que se refieren a una decisión de una organización profesional relativa a las pensiones complementarias y no a una de las cinco categorías de normas a las que me he referido antes. Sin embargo, la sentencia que dicte el Tribunal de Justicia en los presentes asuntos contribuirá a definir el marco en el que se evaluará en el futuro la conducta y las normas profes-

sionales. Por consiguiente, es necesario tener presentes tres dificultades recurrentes.

83. En primer lugar, es erróneo pensar en las profesiones liberales como una categoría homogénea de agentes económicos. Cada profesión presta servicios complejos. La naturaleza de dichos servicios varía no sólo entre diferentes profesiones (por ejemplo, los arquitectos y los médicos), sino también dentro de una determinada profesión (por ejemplo, los cirujanos y los psiquiatras). Desde una perspectiva internacional, puede que profesiones aparentemente idénticas sean objeto de diferentes tipos de formación en los distintos Estados y presten servicios de características muy diferentes (como sucede con los arquitectos y los notarios). Estas diferencias quedan patentadas por las dificultades que se encuentran para adoptar una definición comúnmente aceptada de las profesiones liberales.²⁵

84. En segundo lugar, desde un punto de vista económico, los mercados de servicios profesionales se diferencian en dos aspectos importantes de los mercados de bienes y servicios normales.

85. Primero, existen los denominados efectos externos. Se trata de costes o beneficios (normalmente para la sociedad en su con-

23 — Véase *Competition Policy and the Professions*, citada en la nota 23 *supra*, pp. 20 a 31; para una exposición más reciente de la situación en Alemania, el Reino Unido y Francia, véase Michael König: *Standesrechtliche Wettbewerbsbeschränkungen im gemeinsamen Markt*, Baden-Baden, 1997.

24 — Véanse, por ejemplo, Ehlermann, C.D.: «Concurrence et professions libérales: antagonismes ou compatibilité?», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1993, p. 136; Idot, L.: «Quelques réflexions sur l'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels», *Journal des Tribunaux, Droit européen*, 1997, p. 73; Riesenkampff, A. y Lehr, S.: «Membership of Professional Associations and Article 85 of the EC Treaty», *World Competition*, 1996, p. 57, y Nyssens, H.: «Concurrence et ordres professionnels: les trompettes de Jéricho sonnent-elles?», *Revue de Droit Commercial Belge*, 1999, p. 475.

25 — El Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) alemán ha declarado que es simplemente imposible dar una definición legal de las profesiones liberales («freie Berufe» en alemán): BVerfGE 10, p. 354, especialmente p. 364; véase un intento de definir las características esenciales de las profesiones liberales en *Competition Policy and the Professions*, citada en la nota 23 *supra*, pp. 9 a 13.

junto) que no se reflejan en el precio.²⁶ Los efectos externos positivos pueden deberse, por ejemplo, a los descubrimientos científicos y los negativos, a un contrato mal redactado. Es evidente que los servicios profesionales de alta calidad suelen generar efectos externos positivos y que lo contrario sucederá si los servicios son de baja calidad. Además, la demanda de servicios profesionales suele tener un carácter derivado, lo que significa que su producto (el asesoramiento de un abogado, o los planos de un arquitecto) es un bien intermedio en una cadena de producción más amplia. Por consiguiente, la calidad de dichos servicios desempeña un papel fundamental como uno de los insumos fundamentales en muchos sectores de la economía nacional. La conclusión que debe extraerse es que los profesionales liberales no sólo sirven a sus clientes, sino que también benefician a la sociedad en general, lo que significa que ésta tiene un interés adicional en que la calidad media de sus servicios sea elevada.

86. Además, está el importante problema de la denominada información asimétrica. Dicha asimetría entre el vendedor y el comprador surge cuando el comprador no puede evaluar plenamente la calidad del producto que recibe.²⁷ En el caso de las profesiones liberales, se trata de un problema especialmente agudo, debido al carácter eminentemente técnico de sus servicios. El consumidor no puede evaluar la calidad de dichos servicios antes de adquirirlos mediante un simple examen

(como podría hacer, por ejemplo, al comprar queso), sino sólo después de consumirlos. Lo que es peor, es posible que nunca llegue a saber con certeza si el profesional (por ejemplo, un médico, un arquitecto o un abogado) prestó o no un servicio de alta calidad. Esto significa que los profesionales, que determinan por sí mismos cuánta atención prestan a un determinado cliente, pueden verse tentados de reducir de forma deliberada la calidad para ahorrar tiempo y dinero o de inducir a sus clientes a seguir utilizando sus servicios sin que sea necesario. En el marco de las profesiones liberales pueden encontrarse todos los métodos habituales para superar o paliar los efectos negativos de la información asimétrica o, por decirlo de otro modo, para evitar una «competencia a la baja». Los exámenes de acceso pretenden garantizar un alto nivel de cualificaciones iniciales. Las normas de responsabilidad civil, las consecuencias de una buena o mala reputación y los sistemas de certificación constituyen otros tantos incentivos para aprovechar plenamente dichas cualificaciones. Hay quienes consideran que la publicidad es una forma de superar o paliar la asimetría, mientras que otros sostienen que la publicidad exacerba los problemas de ésta. Debe llegarse a la conclusión de que, para contrarrestar los efectos de la asimetría, es necesario cierto nivel de regulación de dichos mercados.

87. La tercera dificultad recurrente es de carácter jurídico. Tiene su origen en la relación existente entre la regulación estatal y la autorregulación profesional. En muchos sistemas, el Estado delega compe-

26 — Véase Carlton, D.W. y Peloff, J.M.: *Modern Industrial Organisation*, 2ª ed., Nueva York, 1994, p. 115.

27 — Véase *Modern Industrial Organisation*, citada en la nota 27 *supra*, p. 358.

tencias reglamentarias en los organismos profesionales. Es posible incluso que dichos organismos se rijan por el Derecho público. En los litigios en materia de competencia, suelen defenderse invocando argumentos basados en su relación con el Estado. Por ejemplo, sostendrán que el legislador esperaba o alentaba la conducta examinada o, más aún, que obligó al organismo a adoptarla (la denominada «excepción de acto del Estado»). También debe tenerse presente que, en muchos sistemas de Derecho de la competencia, las medidas estatales disfrutaban de inmunidad frente a las normas de defensa de la competencia. Por consiguiente, en los asuntos relativos a las profesiones liberales suele ser necesario determinar, con carácter preliminar, quién es el responsable de una determinada conducta o norma (el Estado o la propia profesión).

88. En mi opinión, las conclusiones que deben extraerse para los presentes asuntos²⁸ y, más en general, para el Derecho comunitario de la competencia son las siguientes.

89. Debido a la heterogeneidad de las profesiones liberales y a la especificidad de los mercados en los que operan, no puede aplicarse ninguna fórmula general. Será necesario analizar minuciosamente en cada caso si una determinada restricción de la conducta da lugar, en la práctica, en el mercado de que se trate, a una restricción

de la competencia en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado.²⁹

90. Por otra parte, deberá examinarse si (en el caso de que sea aplicable) el artículo 85, apartado 3, puede interpretarse en el sentido de que tiene en cuenta las consideraciones relativas a la calidad de los servicios profesionales y su importancia para la sociedad en su conjunto.³⁰

91. Acto seguido, será necesario aplicar de manera cuidadosa las normas relativas a las responsabilidades respectivas de los Estados miembros y de las profesiones liberales. Así, deberán abordarse una serie de aspectos decisivos, como por ejemplo si una profesión puede invocar la excepción de acto del Estado y, en caso afirmativo, en qué condiciones, y sobre la base de qué argumentos puede un Estado miembro justificar su propia intervención reguladora en el proceso competitivo dentro de las profesiones liberales.

92. Concluiré esta sección con el siguiente comentario. He sostenido que las características específicas de los mercados de servicios profesionales requieren algún tipo de regulación. Los detractores de la autorregulación profesional insisten en que el Estado, o al menos algún organismo regulador controlado por el Estado, es el que debe regular las profesiones liberales, pues

28 — En relación con la pertinencia de la primera y la tercera de las conclusiones que a continuación expongo, véanse los puntos 137 y 162 *infra*.

29 — Véanse asimismo los puntos 251 y 252 de mis conclusiones en el asunto Albany.

30 — Véanse el punto 193 y la nota 90 de mis conclusiones en el asunto Albany.

existen riesgos de abuso de las competencias reglamentarias. Sin embargo, de nuevo desde un punto de vista económico, se plantea un problema de información. La naturaleza compleja de dichos servicios y su permanente evolución como consecuencia de los rápidos cambios en los conocimientos y del desarrollo técnico dificultan la adopción por los Parlamentos y los Gobiernos de las normas detalladas y actualizadas que se necesitan. Muchas veces, resultará más adecuada la autorregulación por miembros expertos de las profesiones liberales, ya que permite reaccionar con la necesaria flexibilidad. Por consiguiente, el principal reto que debe afrontar cualquier sistema de Derecho de la competencia consiste en evitar los abusos de las competencias reglamentarias sin eliminar la autonomía reguladora de las profesiones liberales.

93. En este contexto y teniendo en cuenta las observaciones presentadas por las partes, paso ahora a analizar los artículos 85, apartado 1, y 5 del Tratado.

2. *Aplicabilidad ratione materiae del artículo 85, apartado 1*

94. Según el Fondo y el Gobierno neerlandés, la decisión de los médicos especialistas de crear un régimen profesional de pensiones y solicitar al ministro competente que declare obligatoria la afiliación a dicho régimen no está comprendida dentro del ámbito de aplicación *ratione materiae* del

artículo 85, apartado 1. En su opinión, la solución adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Albany³¹ por lo que respecta a los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores en materia de regímenes sectoriales de pensiones puede trasladarse a los presentes casos. En el apartado 64 de dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que el acuerdo de que se trataba no estaba comprendido, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado. La Comisión propone una solución similar en el caso de que el Tribunal no acepte su principal línea de razonamiento, a saber, que los médicos especialistas que acuerdan el establecimiento de un sistema de pensiones complementarias deben ser calificados de consumidores y no de empresas.³²

95. El Fondo y el Gobierno neerlandés sostienen, en primer lugar, que no existen diferencias significativas entre la normativa neerlandesa relativa a los regímenes sectoriales de pensiones y la relativa a los regímenes profesionales de pensiones. La Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad,³³ no diferencia entre las pensiones de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia. En segundo lugar, consideran que varios elementos del razonamiento seguido en la sentencia Albany pueden trasladarse directamente a los presentes asuntos: los artículos 3, letra i), y 2 del Tratado CE [actualmente artícu-

31 — Citada en la nota 3 *supra*.

32 — Véanse los puntos 114 a 121 *infra*.

33 — DO L 209, p. 46.

los 3 CE, letra j), y 2 CE, tras su modificación]³⁴ son igualmente pertinentes en el presente caso, la decisión en los presentes asuntos se adoptó también tras un proceso de negociación colectiva,³⁵ y los fines sociales de dicha decisión son idénticos a los de la sentencia Albany.³⁶

96. En primer término, considero que la sentencia Albany, tal como está redactada, se limita claramente al caso especial de los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores sobre las condiciones de trabajo y empleo.

97. Así se desprende del propio razonamiento seguido en los apartados 53 a 60 de la sentencia, que puede resumirse del siguiente modo. El Tratado y el Acuerdo sobre la política social promueven la negociación colectiva entre empresarios y trabajadores, lo que indica que, por regla general, este tipo de concertación entre agentes económicos es legal.³⁷ Por otro lado, también está claro que los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores en materia de salarios y condiciones de trabajo alcanzados en el marco de la negociación colectiva producen necesariamente determinados efectos restrictivos de la competencia.³⁸ Si el Tratado promueve la negociación colectiva, sus consecuencias necesarias, a saber, determinadas restricciones de la competencia, no pueden estar prohibidas por el artículo 85, apartado 1.³⁹

98. Así pues, esta línea de razonamiento se basa en dos características especiales de la negociación colectiva entre empresarios y trabajadores, a saber, el hecho de que sea expresamente promovida por el Derecho comunitario y el hecho de que necesariamente implique determinadas restricciones de la competencia. Por consiguiente, en los apartados 60 a 64 de la sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que, para disfrutar de inmunidad frente a las normas de defensa de la competencia, un determinado acuerdo debe no sólo perseguir una finalidad social, sino también ser de una *naturaleza* concreta, a saber, un convenio colectivo celebrado tras un proceso de negociación colectiva entre empresarios y trabajadores.

99. En segundo término, considero que la exención especial reservada a los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores no puede extenderse ni aplicarse por analogía a otros tipos de acuerdos o decisiones. Debe recordarse que el artículo 85, apartado 1, se refiere expresamente a todos los tipos de prácticas concertadas. Además, en el presente caso están ausentes los dos elementos decisivos de la sentencia Albany. La conducta y las normas adoptadas por las profesiones liberales no producen necesariamente efectos restrictivos de la competencia y no hay ninguna norma del Tratado que promueva expresamente la concertación entre los profesionales que trabajan por cuenta propia. En consecuencia, el conflicto entre dos grupos de normas del Tratado que requería en la sentencia Albany «una interpretación útil y coherente de las disposiciones del Tratado, en su conjunto» no se plantea en el presente caso.

100. En realidad, el Fondo y el Gobierno neerlandés pretenden que el Tribunal de

34 — Apartado 54 de la sentencia.

35 — Apartado 59 de la sentencia.

36 — Apartado 63 de la sentencia.

37 — Apartados 54 a 58 de la sentencia.

38 — Apartado 59 de la sentencia.

39 — Apartado 60 de la sentencia.

Justicia establezca una exención de las normas de defensa de la competencia basándose únicamente en la finalidad social de un acuerdo. Así lo confirman sus observaciones escritas, en las que argumentan del siguiente modo. La decisión de la LSV persigue un objetivo social, ya que pretende garantizar pensiones complementarias no sólo a los miembros de la profesión, sino también a sus cónyuges e hijos. Además, las pensiones complementarias son una cuestión de gran trascendencia social, tal como ha reconocido el legislador comunitario mediante la adopción de la Directiva relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad, antes citada.⁴⁰ Por último, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que los Estados miembros mantienen la competencia para organizar sus sistemas de Seguridad Social.⁴¹

101. Por lo que respecta a los dos primeros argumentos, ya he señalado que, en el Derecho comunitario de la competencia, no existe ninguna excepción generalizada en favor del ámbito social.⁴² A diferencia de muchos sistemas nacionales de Derecho de la competencia, las normas comunitarias se aplican prácticamente a todos los sectores de la economía. Ello se debe a que, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia, los sectores excluidos del ámbito de aplicación de las normas sobre la competencia deben aparecer expresamente mencionados en el Tratado.⁴³ La inmunidad frente a las

normas de defensa de la competencia de que gozan los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores aceptada en la sentencia Albany no es incompatible con dicha jurisprudencia, ya que no se basa meramente en el objeto de dichos acuerdos, sino principalmente en el marco en el que se celebran.⁴⁴ Además, el hecho de que la Comunidad aplique una determinada política, como sucede en el ámbito de las pensiones complementarias, no sustrae dicho ámbito de la economía de las normas sobre la competencia.⁴⁵ Por consiguiente, el Tribunal de Justicia ha aplicado reiteradamente las normas sobre la competencia en el ámbito social. El mejor ejemplo de ello lo constituyen precisamente las sentencias Albany, Brentjens' y Drijvende Bokken, en las que el Tribunal de Justicia calificó los fondos sectoriales de pensiones controvertidos como empresas a efectos del artículo 86 y examinó la compatibilidad de las normas controvertidas con los artículos 90 y 86 del Tratado.

102. Por lo que respecta al tercer argumento, la competencia de los Estados miembros para legislar en un determinado ámbito no puede afectar a la obligación de esos mismos Estados⁴⁶ (y menos aún a la obligación de los agentes privados) de respetar las prohibiciones del Tratado.

103. En consecuencia, concluyo que el artículo 85, apartado 1, se aplica *ratione materiae*.

40 — Citada en la nota 34 *supra*.

41 — Sentencia de 7 de febrero de 1984, Duphar y otros (238/82, Rec. p. 523), apartado 16.

42 — Véanse los puntos 123 a 130 de mis conclusiones en el asunto Albany, citadas en la nota 3 *supra*.

43 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 30 de abril de 1986, Asjes y otros (asuntos acumulados 209/84 a 213/84, Rec. p. 1425), apartado 40.

44 — Para más detalles, véanse los puntos 183 a 185 de mis conclusiones en el asunto Albany.

45 — Para más detalles y referencias, véase el punto 126 de mis conclusiones en el asunto Albany.

46 — Sentencia de 28 de abril de 1998, Decker (C-120/95, Rec. p. I-1831).

3. *Decisión de una asociación de empresas*

104. El Fondo, el Gobierno neerlandés y la Comisión sostienen que la decisión de la LSV de establecer el régimen profesional de pensiones controvertido y solicitar al ministro competente que declarara obligatoria la afiliación no puede caracterizarse como una «decisión de una asociación de empresas» a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado. A este respecto, se plantean tres cuestiones bien diferentes.

a) ¿Constituyen los médicos especialistas empresas?

105. La primera cuestión es la de si los médicos especialistas deben calificarse como empresas a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado cuando prestan servicios médicos a cambio de una retribución.

106. Merece la pena señalar que ninguna de las partes ha sostenido que los médicos especialistas que trabajan por cuenta propia estén excluidos, como tales, del ámbito de aplicación *ratione personae* de las normas sobre la competencia. Sin embargo, el Fondo sostiene que los médicos especialistas que trabajan por cuenta ajena no pueden calificarse como empresas.

107. Con arreglo a la definición general, «el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación». ⁴⁷ Puesto que, de acuerdo con este planteamiento funcional, el estatuto jurídico carece de pertinencia, también las personas físicas pueden ser consideradas como empresas. ⁴⁸ La idea subyacente es que no debe obtenerse ninguna ventaja de la forma jurídica bajo la cual se ejerce una actividad económica. Una actividad económica consiste en ofrecer bienes y servicios en un determinado mercado. ⁴⁹ La actividad de que se trate debe poder ejercerse, al menos en principio, con ánimo de lucro. ⁵⁰

108. Aplicando dichos principios a las profesiones liberales, en la sentencia Comisión/Italia ⁵¹ el Tribunal de Justicia calificó a los agentes de aduanas italianos como empresas.

109. En aquel asunto, Italia había sostenido que la ocupación de agente de adua-

47 — Sentencia de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979), apartado 21.

48 — Véanse la sentencia de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, citada en la nota 20 *supra*, apartados 36 a 38 (cuyo análisis desarrollaré en los puntos 108 a 110 *infra*), y las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en el asunto en el que recayó la sentencia de 12 de julio de 1984, Hydrotherm (170/83, Rec. p. 2999), Sección B, punto 1; véanse asimismo la Decisión 76/743/CEE de la Comisión, de 26 de julio de 1976, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CEE (IV/28.996 — Reuter/BASF) (DO L 254, p. 40) (inventor), y la Decisión 78/516/CEE de la Comisión, de 26 de mayo de 1978, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CEE (asunto IV/29.559 — RAI/Unitel) (DO L 157, p. 39) (cantante de ópera).

49 — Sentencia de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia (118/85, Rec. p. 2599), apartado 7.

50 — Véanse, por ejemplo, las conclusiones del Abogado General Sr. Tesoro en el asunto en el que recayó la sentencia de 19 de enero de 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Rec. p. I-43), punto 9.

51 — Sentencia de 18 de junio de 1998, citada en la nota 20 *supra*.

nas era una profesión liberal como la de los abogados, los topógrafos o los intérpretes; sin embargo, los agentes de aduanas no podían considerarse empresas, debido a la naturaleza de los servicios que prestaban y a que el ejercicio de su profesión requería una autorización e implicaba el cumplimiento de determinados requisitos.

110. El Tribunal de Justicia declaró que la actividad de los agentes de aduanas tenía carácter económico, ya que ofrecían, mediante retribución, servicios consistentes en efectuar las formalidades aduaneras (incluidos servicios complementarios propios del ámbito monetario, comercial y fiscal) y puesto que asumían los riesgos financieros derivados del ejercicio de su profesión. El hecho de que la actividad de que se trataba fuera intelectual, precisara autorización y pudiera realizarse sin necesidad de una estructura organizativa no permitía excluirla del ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado.

111. Esta línea de razonamiento puede trasladarse directamente a los presentes asuntos. Los médicos especialistas que trabajan por cuenta propia prestan servicios como agentes económicos independientes en el mercado de servicios médicos especializados. Por esos servicios, exigen y reciben una retribución de sus pacientes. Asumen los riesgos financieros derivados de dicha actividad. La complejidad y el carácter técnico de sus servicios y el hecho de que el ejercicio de la profesión esté

regulado no puede influir en su calificación a efectos de las normas sobre la competencia.

112. La calificación de los médicos especialistas que trabajan por cuenta ajena resulta más difícil. En principio, los trabajadores que ofrecen su trabajo a cambio de una retribución están excluidos del ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1.⁵² Sin embargo, los profesionales que trabajan por cuenta ajena no son «trabajadores» típicos. Algunas veces, su «retribución» está directamente vinculada con las pérdidas y beneficios de su empresario y no trabajan realmente «bajo la dirección» de dicho empresario. Por consiguiente, constituyen una de las categorías fronterizas a las que me referí en mis conclusiones en el asunto Albany.⁵³ Sin embargo, en los presentes casos no es necesario adoptar una postura definitiva sobre esta cuestión, ya que, en el momento de adoptarse la decisión que estamos examinando, todos los miembros de la LSV eran médicos especialistas que trabajaban por cuenta propia.

113. De ello se desprende que los médicos especialistas que trabajan por cuenta propia, como los miembros de la LSV en la época de que se trata en los presentes asuntos, deben calificarse como empresas a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

52 — Véanse mis conclusiones en el asunto Albany, citadas en la nota 3 *supra*, punto 209 a 217; véase, más recientemente, la sentencia de 16 de septiembre de 1999, Becu y otros (C-22/98, Rec. p. I-5665), apartados 24 a 26.

53 — Punto 217.

b) ¿Actúan los médicos especialistas como consumidores o como empresas cuando establecen un régimen profesional de pensiones?

médicos compran equipos médicos o los abogados alquilan oficinas, realizan actividades vinculadas a su actividad profesional. En tales casos, deben aplicarse las normas sobre la competencia.

114. La Comisión reconoce que los médicos especialistas que trabajan por cuenta propia ejercen una actividad económica cuando prestan servicios médicos a cambio de una retribución. Sin embargo, alega que, en los presentes casos, los médicos especialistas no actuaban como empresas, sino como consumidores finales. La Comisión equipara su decisión colectiva de establecer un régimen de pensiones complementarias con una decisión de inversión en los mercados financieros o de compra de una residencia secundaria. Según afirma, las actividades de consumo final están excluidas del ámbito de aplicación de las normas sobre la competencia.

116. Así pues, en los presentes casos la cuestión radica en cómo calificar las aportaciones de un profesional a un régimen de pensiones del segundo pilar en el contexto neerlandés.

117. La Comisión razona del siguiente modo. Cuando un empresario paga a un sistema de pensiones cotizaciones por sus empleados (está perfectamente aceptado que tales cotizaciones deben considerarse parte de la retribución), dicho pago forma parte de la actividad económica principal del empresario.⁵⁴ Por lo que respecta a los profesionales que trabajan por cuenta propia, el empresario y el empleado son una misma persona, por lo que no existe retribución. Por consiguiente, la constitución de una pensión complementaria para el propio profesional no es una actividad comparable, por ejemplo, a la compra de nuevos equipos médicos, sino una actividad de consumo personal.

115. En mi opinión, cuando se califica como empresas a personas físicas, es correcto distinguir entre actividades relacionadas con su actividad económica y actividades relacionadas con su actividad privada. A diferencia de las personas jurídicas, que no tienen una «vida privada», las personas físicas pueden actuar en su condición de empresas o en su condición de consumidores finales. Puesto que los artículos 85 y 86 del Tratado se aplican únicamente a las «empresas», las personas físicas que actúen en cuanto tales no están sujetas a las normas sobre la competencia. De ello se desprende que los profesionales que acuerden organizar unas vacaciones en las Bahamas o comprar entradas para la ópera no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado. Por otro lado, cuando los

118. No acaba de convencerme este razonamiento. En mi opinión, hay que distinguir entre los ingresos profesionales que se mantienen y se reinvierten en el ámbito de

⁵⁴ — Véase también el punto 229 de mis conclusiones en el asunto Albany.

la «empresa» del profesional y los ingresos que se retiran definitivamente de dicho ámbito para invertirse en la esfera personal.

Por consiguiente, las cotizaciones a dichos regímenes deben considerarse como ingresos que permanecen dentro de la esfera profesional.

119. Cuando un profesional utiliza una parte de sus ingresos para celebrar de forma voluntaria un contrato de seguro de vida del tercer pilar con una compañía de seguros, dichos ingresos han sido retirados de la esfera profesional y se reinvierten en la esfera personal. Así lo confirma el hecho de que la misma inversión podría realizarse con ingresos personales procedentes, por ejemplo, de un viñedo perteneciente a la familia del profesional. Por consiguiente, esta inversión es comparable a la compra de una pintura valiosa o de una residencia secundaria.

121. Por consiguiente, concluyo que los médicos especialistas que acuerdan establecer un sistema profesional de pensiones actúan como empresas a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

c) ¿Actuó la LSV como una asociación de empresas?

120. En cambio, las aportaciones a planes de pensiones del primer pilar o del segundo pilar están directamente relacionadas con la actividad empresarial del profesional. No es una coincidencia que los regímenes de que se trata se denominen regímenes *profesionales* de pensiones (*beroepspensioenregeling*): la afiliación a dichos regímenes empieza y termina de forma simultánea al ejercicio de la profesión. Todos los miembros de una profesión están afiliados al mismo régimen del segundo pilar, mientras que los que no lo son no pueden afiliarse a él, y las pensiones constituidas y, por consiguiente, las primas que deben pagarse varían en función de los ingresos profesionales del afiliado. En último término, los regímenes profesionales de pensiones ofrecen un mecanismo para redistribuir los ingresos *profesionales* (en contraposición con los ingresos personales) a lo largo de un período de tiempo más largo.

122. Según el Gobierno neerlandés, una asociación profesional como la LSV no puede calificarse como una empresa, ya que no ejerce una actividad económica.

123. Sin embargo, la cuestión planteada en los presentes asuntos no es la de si la asociación vulneró las normas sobre la competencia actuando por su propia cuenta, sino si lo hicieron los médicos especialistas actuando a través de su asociación.⁵⁵ Así pues, la cuestión no es la de si la organización profesional actuó como una empresa, sino la de si cada miembro de la asociación lo hizo.

⁵⁵ — Acerca de dicha distinción, véanse los puntos 218 a 227 de mis conclusiones en el asunto Albany.

124. El Fondo alega, en primer lugar, que no puede hablarse de una asociación de empresas cuando varios miembros de la profesión trabajan por cuenta ajena. En segundo lugar, alega que calificar de asociación de empresas a la LSV sería discriminatorio, ya que otras organizaciones profesionales, como el Nederlandse Orde van Advocaten (Colegio de Abogados Neerlandés), se rigen por un estatuto de Derecho público y disponen de competencias reglamentarias. En tercer lugar, la misión principal de las organizaciones representativas de los médicos especialistas consiste en defender los ingresos de sus miembros en las negociaciones con las autoridades neerlandesas sobre las tarifas y honorarios que cobran por sus servicios. Según afirma, dicha misión se extiende a las pensiones complementarias, que forman parte de los ingresos de jubilación. En opinión del Fondo, la defensa de los intereses económicos de los médicos especialistas está «obviamente» excluida del ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado.

125. Por lo que respecta al primer argumento, no es necesario determinar si una organización profesional con miembros que trabajan por cuenta propia y miembros que trabajan por cuenta ajena es una asociación de empresas, ya que, en la época de que se trata en los presentes asuntos, la LSV estaba integrada exclusivamente por miembros que trabajaban por cuenta propia.

126. El segundo argumento del Fondo está mal planteado, ya que presupone que los organismos profesionales que se rigen por un estatuto de Derecho público y tienen facultades reglamentarias están excluidos

del ámbito de aplicación de las normas sobre la competencia. Esta opinión es incompatible con una jurisprudencia reiterada. El marco jurídico en el que se adopta una decisión de una asociación y la calificación jurídica que este marco recibe en el ordenamiento jurídico nacional no inciden en la aplicabilidad del artículo 85 del Tratado.⁵⁶

127. Tampoco el tercer argumento del Fondo tiene fundamento. El Tribunal de Justicia ha reconocido que las decisiones de un comité o un organismo que dispone de facultades reglamentarias en un determinado sector pueden no estar comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1. Sin embargo, esto sólo sucede cuando la mayoría de sus miembros son representantes de las autoridades públicas y cuando dicho comité u organismo debe respetar, en sus propuestas, determinados criterios de interés público.⁵⁷ En los presentes casos, al igual que en el asunto relativo a los agentes de aduanas,⁵⁸ ningún elemento indica que las autoridades públicas tuvieran posibilidad alguna de influir en el proceso de decisión de la LSV y el propio Fondo afirma que la LSV actúa únicamente en defensa de los intereses económicos de la profesión.

128. De ello se desprende que la decisión de la LSV examinada debe considerarse una decisión de una asociación de empresas.

56 — Sentencias de 30 de enero de 1985, Clair (123/83, Rec. p. 391), apartado 17, y de 18 de junio de 1998, citada en la nota 20 *supra*, apartado 40.

57 — Sentencia de 5 de octubre de 1995, Centro Servizi Spedipporto (C-96/94, Rec. p. I-2883), apartados 22 a 25.

58 — Sentencia de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, citada en la nota 20 *supra*, apartados 39 a 44.

4. Restricción de la competencia

129. La cuestión que se plantea es si la decisión de la LSV de establecer el régimen profesional de pensiones que se ha descrito y solicitar al ministro que adoptara una orden ministerial declarando obligatoria la afiliación a dicho régimen tiene por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

130. En la vista, el Fondo alegó que, por las razones expuestas en mis conclusiones en el asunto Albany,⁵⁹ no había tal restricción de la competencia. El Gobierno neerlandés y la Comisión no presentaron ninguna observación a este respecto.

131. En mi opinión, el razonamiento que sigo en mis conclusiones en el asunto Albany puede efectivamente trasladarse en gran medida a los presentes asuntos.

132. La decisión de la LSV puede analizarse como una decisión integrada por tres elementos que, por razones de conveniencia, denominaré, respectivamente, el elemento material, el elemento institucional y el elemento político.

133. A lo largo del análisis que sigue sobre si esos tres elementos restringen o no la competencia, será fundamental tener presente que debe partirse de la base de que, antes de la intervención del ministro, la afiliación al régimen de pensiones examinado era meramente voluntaria.

a) El elemento material: armonización de los costes y las prestaciones de las pensiones complementarias dentro de la profesión

134. El primer elemento de la decisión de la LSV que debe examinarse se refiere a las disposiciones materiales del sistema de pensiones que he descrito antes de manera pormenorizada.⁶⁰ En virtud de dichas disposiciones, cada partícipe en el régimen ha de efectuar cotizaciones al régimen de pensiones de una determinada cuantía, que depende de su edad, su sexo y sus ingresos. A cambio, obtiene los correspondientes derechos a pensión. Por lo que respecta al segundo capítulo de dicho régimen, gestionado únicamente por el Fondo,⁶¹ los costes y prestaciones finales del sistema de seguro son necesariamente idénticos para todos los partícipes. Sin embargo, estos elementos no están armonizados por lo que respecta a la *normpensioen*.⁶² En ese caso, los costes y prestaciones finales dependen del asegurador elegido por el partícipe (el Fondo o un asegurador comercial).

59 — Puntos 245 a 294 de las conclusiones, citadas en la nota 3 *supra*.

60 — Véanse los puntos 36 a 45 *supra*.

61 — Véanse los puntos 43 a 45 *supra*.

62 — Véanse los puntos 38 a 42 *supra*.

135. De ello se desprende que la decisión de que se trata armoniza parcialmente (por lo que respecta al segundo capítulo de la pensión) los costes de una pensión complementaria del segundo pilar para los médicos especialistas.

136. A primera vista, dicha armonización restringe la competencia por lo que respecta a un elemento de coste en el mercado de los servicios de médicos especialistas. Los miembros de la profesión no compiten entre sí para obtener un seguro más barato en relación con esa parte de sus ingresos de pensiones.

137. Sin embargo, he sostenido antes que los mercados de servicios profesionales son diferentes de los mercados normales.⁶³ Además, la compleja decisión que estamos examinando no puede analizarse, obviamente, según los mismos principios que un simple acuerdo horizontal de fijación de precios. A este respecto, en mis conclusiones en el asunto Albany sostuve que el amplio ámbito de aplicación de las normas comunitarias sobre la competencia (en comparación con algunos sistemas nacionales) hace que sea necesario tener en cuenta las características económicas específicas de un determinado sector o categoría de acuerdos a la hora de evaluar si se restringe o no la competencia.⁶⁴ Por esta razón, en los asuntos relativos a sectores especiales de la economía o categorías especiales de acuerdos, el Tribunal de Justicia no se ha contentado con la simple identificación de las restricciones de la

conducta de los operadores individuales y ha realizado una evaluación global de los efectos sobre la competencia del correspondiente acuerdo.⁶⁵ En consecuencia, en los presentes casos es necesario proceder a un análisis realista (que incluya argumentos económicos) de los efectos restrictivos de la decisión que estamos examinando.

138. De dicho análisis se desprende que la teórica restricción de la competencia que acaba de describirse tiene, en realidad, efectos insignificantes en el mercado de servicios de los médicos especialistas y, por consiguiente, no es «apreciable» en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.⁶⁶

139. Ello se debe, en primer lugar, a que sólo se armoniza un elemento de los costes, no un elemento del precio. Obviamente, la competencia se ve menos afectada cuando todos los profesionales tienen que pagar, pongamos por caso, las mismas tarifas telefónicas que cuando cobran unos honorarios idénticos.

140. En segundo lugar, en comparación con otros elementos de coste, los costes del régimen de pensiones son en realidad de escasa entidad. Debe tenerse presente que las cotizaciones al sistema de pensiones que

65 — Para las referencias, véanse las notas 115 y 116 de mis conclusiones en el asunto Albany.

66 — Véase la sentencia de 9 de julio de 1969, *Völk* (5/69, Rec. p. 295); para un razonamiento similar al adoptado en el presente asunto, véase la Decisión 86/507/CEE de la Comisión, de 30 de septiembre de 1986, relativa a un procedimiento derivado del artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.362 — *Irish Banks' Standing Committee*) (DO L 295, p. 28), punto 16.

63 — Véanse los puntos 82 a 86 y 89 *supra*.

64 — Véanse los puntos 250 a 252 de mis conclusiones en el asunto Albany.

deben pagarse no pueden asimilarse a los costes del seguro de pensión. Para evaluar los costes reales, deben tenerse en cuenta asimismo los derechos a pensión obtenidos a cambio de las cotizaciones. En el caso de un régimen sin ánimo de lucro, como es el régimen de los médicos especialistas, los costes reales están constituidos únicamente por los costes de gestión del fondo y por las inversiones no rentables de las cotizaciones recaudadas.

141. En tercer lugar, el elemento de coste de que se trata está muy alejado del mercado de servicios.⁶⁷ La retribución final por los servicios de los médicos especialistas estará influida por muchos elementos de coste más inmediatos y de mayor entidad. Por ejemplo, la competencia se vería más afectada si todos los médicos de una determinada especialidad compraran la misma máquina de alto coste.

142. En cuarto lugar, los médicos especialistas ofrecen (como casi todos los profesionales) servicios personalizados no homogéneos. Ello significa que los servicios de cada médico tienen diferentes cualidades y propiedades. Además, los médicos especialistas pueden tener gran influencia en la calidad de sus servicios (por ejemplo, dedicando más tiempo a cada caso). En consecuencia, aun cuando los costes de sus servicios fueran rígidos, normalmente la competencia seguiría siendo intensa desde el punto de vista de la calidad.

143. En consecuencia, concluyo que el elemento material de la decisión no restringe la competencia en una medida apreciable.

b) El elemento institucional: constitución de una persona jurídica para vigilar el cumplimiento del régimen de pensiones y gestionarlo

144. En segundo lugar, la LSV decidió constituir una persona jurídica (el Fondo) que actuara en parte como asegurador por cuenta propia y en parte como órgano de control encargado de velar por que los médicos especialistas partícipes contraten seguros referidos a la *normpensioen*. Las actividades de seguro comprenden el seguro de la *normpensioen* y el seguro del segundo capítulo del régimen. Por lo que respecta al primero, los partícipes pueden elegir entre el Fondo y un asegurador privado; por lo que respecta al segundo, el Fondo es el único asegurador.

145. La constitución del Fondo debe analizarse como una forma institucionalizada de cooperación horizontal voluntaria entre médicos especialistas que trabajan por cuenta propia.⁶⁸

146. Al igual que la cooperación entre empresas en materia contable o de asesoría fiscal, la constitución de un fondo común permite a los médicos especialistas partici-

67 — En relación con la importancia de este argumento, véase, por ejemplo la Comunicación de la Comisión sobre el tratamiento de las empresas en participación de carácter cooperativo en virtud del artículo 85 del Tratado CEE (DO 1993, C 43, p. 2), punto III, apartado 2, letra d).

68 — Véanse los puntos 258 y 259 de mis conclusiones en el asunto Albany.

pantes distribuir los riesgos asegurados y obtener economías de escala por lo que respecta a la gestión de las cotizaciones al sistema de pensiones y los mecanismos de pago y custodia.

una restricción subsidiaria justificada que tiene por objeto asegurar la fidelidad de los afiliados y una cierta estabilidad en la afiliación al Fondo y a los aseguradores.⁷¹

147. Por otro lado, la cooperación en materia de gestión de las pensiones se refiere a un ámbito que no está directamente relacionado con los servicios que prestan los médicos especialistas, ya que se produce en un ámbito tan alejado del mercado de dichos servicios como el de la contabilidad conjunta.

148. En consecuencia, los efectos favorables para la competencia de dicha cooperación institucionalizada en materia de gestión son mucho mayores que cualquier posible efecto (teórico) contrario a la competencia. La constitución del Fondo, al igual que el establecimiento de una asociación cooperativa agrícola, mejora la eficiencia. Como tal, no está sujeta al artículo 85, apartado 1.⁶⁹

150. Por lo que respecta a los efectos de exclusión de las compañías de seguros que tiene un fondo profesional de pensiones voluntario, el principio de la libertad de contratación permite a los médicos especialistas confiar la gestión de sus pensiones a un régimen controlado por los representantes de la profesión en lugar de celebrar contratos (colectivos) de seguro con un asegurador comercial.⁷² En cualquier caso, las compañías de seguros tienen la posibilidad de competir con el Fondo para asegurar la *normpensioen*. Lo único que causa problemas a las compañías de seguros es el hecho de que todos los médicos especialistas estén afiliados al régimen, lo que significa que ni siquiera aquellos profesionales que preferirían contratar un seguro con un asegurador privado pueden hacerlo. Sin embargo, éste es un efecto causado por la orden ministerial que se analizará más adelante.

149. Las restricciones para que los miembros abandonen el régimen son la consecuencia de la orden ministerial por la que se declara obligatoria la afiliación, que se analizará más adelante. La norma con arreglo a la cual los afiliados sólo pueden cambiar de asegurador en relación con la *normpensioen* una vez cada cinco años⁷⁰ es

151. De ello se desprende que las disposiciones institucionales como tales no restringen la competencia.

69 — Para más detalles, véanse los puntos 262 a 270 de mis conclusiones en el asunto Albany.

70 — Véase el punto 40 *supra*.

71 — Véanse la sentencia de 12 de diciembre de 1995, Oude Luttikhuis y otros (C-399/93, Rec. p. I-4515), apartados 13 y 14, así como los puntos 271 a 275 de mis conclusiones en el asunto Albany.

72 — Para más detalles, véanse los puntos 276 a 286 de mis conclusiones en el asunto Albany.

c) El elemento político: solicitud al ministro

5. *La relación entre los artículos 5 y 85, apartado 1*

152. En tercer lugar, la LSV decidió solicitar al ministro competente que declarara obligatoria la afiliación al régimen para todos los médicos especialistas establecidos en los Países Bajos.

156. La cuestión que se plantea es si las autoridades neerlandesas infringieron los artículos 5 y 85, apartado 1, del Tratado cuando, a petición de la LSV, declararon obligatoria la afiliación al régimen de pensiones para todos los médicos especialistas establecidos en los Países Bajos.

153. Aquí se aplica un razonamiento idéntico al que seguí en relación con la misma cuestión en mis conclusiones en el asunto Albany.⁷³ De ello se desprende que la solicitud al ministro, como tal, no restringe la competencia.

157. El artículo 5, párrafo segundo, del Tratado, en el que se establece que los Estados miembros deben abstenerse de adoptar todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del Tratado, obliga a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, ni siquiera legislativas o reglamentarias, que puedan privar de efecto útil a las normas sobre la competencia aplicables a las empresas. Por consiguiente, está prohibido que un Estado miembro imponga o favorezca la adopción de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas contrarios al artículo 85 o que refuerce sus efectos.

154. En consecuencia, ninguno de los elementos de la decisión de la LSV restringe la competencia en una medida apreciable. Por consiguiente, no es necesario analizar los efectos de la decisión en los intercambios entre los Estados miembros.

155. En consecuencia, concluyo que la decisión de la LSV de establecer el régimen profesional de pensiones controvertido y solicitar al ministro competente que declarara obligatoria la afiliación a dicho régimen no infringe el artículo 85, apartado 1, del Tratado.

158. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,⁷⁴ una medida estatal de este tipo es ilegal únicamente si existe alguna relación con un comportamiento de empresas.

73 — Puntos 287 a 294.

74 — Véase, por ejemplo, el fallo de la sentencia de 17 de noviembre de 1993, Meng (C-2/91, Rec. p. I-5751).

159. En los presentes casos, la decisión del ministro de declarar obligatoria la afiliación al Fondo obligaba a los médicos especialistas que no deseaban afiliarse a la LSV ni adoptar previsiones en materia de pensiones complementarias a afiliarse al régimen de pensiones controvertido. Por consiguiente, la orden ministerial de que se trata reforzó los efectos de la decisión de la LSV de establecer el régimen de pensiones.⁷⁵

160. Sin embargo, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hasta la fecha,⁷⁶ la orden ministerial no es contraria a los artículos 5 y 85 del Tratado, puesto que la propia decisión de la LSV no restringió la competencia en una medida apreciable y, por consiguiente, era compatible con el artículo 85, apartado 1.

161. Debo confesar que dicha jurisprudencia, que establece un vínculo automático entre la legalidad de un acto privado y la de una medida adoptada por un Estado miembro, no me parece demasiado satisfactoria en casos como el presente: la decisión de la LSV no está sujeta al artículo 85, apartado 1, por el hecho de que cualquier posible efecto restrictivo es el resultado de la posterior intervención del Estado; a su vez, dicha intervención del Estado no está sujeta al artículo 5 porque la decisión de la LSV, como tal, no es suficientemente restrictiva. Por consiguiente, ni la concertación entre médicos especialistas ni la medida estatal de que se trata pueden ser cuestionadas a la luz de las

normas comunitarias sobre la competencia, a pesar de que el ministro no podría haber restringido la competencia sin una previa concertación entre agentes económicos.

162. He sostenido antes que, en el marco de cualquier sistema de Derecho de la competencia, las normas que definen las responsabilidades respectivas del Estado y de las profesiones liberales tienen una importancia crucial si el sistema quiere conseguir un equilibrio adecuado entre la prevención de las prácticas contrarias a la competencia y el mantenimiento de la autonomía reglamentaria de las profesiones liberales.⁷⁷

163. Así pues, en casos como el que aquí nos ocupa sería más satisfactorio aceptar la existencia de una infracción *prima facie* justificada por razones de interés público. En mi opinión, las medidas adoptadas por los Estados miembros cumplen lo dispuesto en el artículo 5, párrafo segundo, si, a pesar de reforzar los efectos restrictivos de un acuerdo entre empresas, se adoptan con objeto de alcanzar un objetivo legítimo y claramente definido de interés público y si los Estados miembros supervisan activamente dicho acuerdo. En algunos casos, puede aplicarse también el artículo 90, apartado 2. En los presentes casos, son pocas las dudas que puede haber acerca de que la orden ministerial que declaró obligatoria la afiliación estaba justificada por razones sociales.

164. Una solución similar debería aplicarse asimismo si el Tribunal de Justicia decidiera

75 — Sentencia de 3 de diciembre de 1987, Aubert (136/86, Rec. p. 4789), apartados 22 a 24.

76 — Sentencia de 18 de junio de 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Rec. p. I-3949), apartado 51.

77 — Véanse los puntos 87 y 91 *supra*.

que la decisión de la LSV restringió la competencia en una medida apreciable, afectó al comercio entre los Estados miembros y, por consiguiente, infringió el artículo 85, apartado 1. De acuerdo con la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia, parece que la orden ministerial examinada tendría que ser automáticamente declarada contraria a los artículos 5 y 85.⁷⁸ Sin embargo, aun en el caso de que la concertación entre agentes privados (por ejemplo, en materia social o medioambiental), analizada de manera aislada, restrinja la competencia a efectos del artículo 85, apartado 1, el Estado puede tener razones legítimas para reforzar y oficializar por razones de interés público los efectos de dicha concertación.

165. En consecuencia, en mi opinión, la conclusión a la que debe llegarse en los presentes casos, tomando o no como base la jurisprudencia existente e independientemente de que la decisión de la LSV restringiera o no la competencia en una medida apreciable, es que no hubo infracción de los artículos 5 y 85.

VII. La primera cuestión: calificación del Fondo como empresa

166. La cuestión que se plantea es si un fondo profesional de pensiones como el Fondo es una «empresa» a efectos de las normas sobre la competencia del Tratado. Por consiguiente, debe determinarse si las

actividades del Fondo tienen carácter económico o no.

167. En la vista, el Fondo y la Comisión sostuvieron que el Fondo era una empresa. El Gobierno neerlandés expresó sus dudas acerca de si el razonamiento seguido en la sentencia Albany podía trasladarse a los presentes asuntos. En la sentencia Albany, el Tribunal de Justicia declaró que los fondos sectoriales de pensiones neerlandeses eran empresas. Los Gobiernos francés y helénico sostienen que las actividades del Fondo no tienen carácter económico.

168. El Fondo cumple tres funciones diferentes en el marco del régimen de pensiones de los médicos especialistas.

169. En primer lugar, por lo que respecta a la *normpensioen*, es un proveedor potencial de servicios de seguro de pensión a los afiliados al régimen que han optado por asegurar la *normpensioen* con el Fondo.⁷⁹

170. En segundo lugar, también por lo que respecta a la *normpensioen*, controla el cumplimiento de la obligación de afiliación de los miembros que han optado por asegurar este capítulo del régimen con una compañía de seguros.⁸⁰

78 — Véase la sentencia de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, citada en la nota 20 *supra*, apartados 52 a 60.

79 — Véanse los puntos 38 a 42 *supra*.

80 — Véase el punto 40 *supra*.

171. En tercer lugar, por lo que respecta al segundo capítulo del régimen de pensiones (revalorización, derechos a pensión retroactivos, régimen de invalidez y prestaciones complementarias para los supervivientes), actúa como asegurador con un derecho exclusivo.⁸¹

172. Por lo que se refiere a la primera función, resulta evidente que el Fondo ejerce una actividad económica en competencia con las compañías de seguros y actúa, a este respecto, como una empresa.

173. Por lo que se refiere a la actividad de control de los contratos de seguro celebrados por los profesionales afiliados con aseguradores privados, el Fondo ejerce, en mi opinión, una actividad incluida en el ejercicio de la autoridad pública. Dicha actividad es comparable a la vigilancia anticontaminación que le había sido encomendada a una sociedad privada en el puerto de Génova en el asunto Cali y con las actividades de Eurocontrol en el asunto SAT Fluggesellschaft.⁸² Seguramente ninguna entidad podría ejercer este tipo de actividad por iniciativa propia con objeto de obtener un beneficio.

174. La función del Fondo por lo que respecta al segundo capítulo del régimen de pensiones resulta más difícil de calificar.

175. Los siguientes elementos no son directamente pertinentes a efectos de dicha calificación: el Fondo no tiene ánimo de lucro,⁸³ persigue una finalidad de carácter social⁸⁴ y las inversiones que puede realizar el Fondo están sujetas a restricciones y controles.⁸⁵ Tal como declaró el Tribunal en la sentencia Albany, dichas limitaciones podían justificar en parte el derecho exclusivo del Fondo para gestionar este capítulo del régimen de pensiones. Sin embargo, no impiden considerar que la actividad que desarrolla el Fondo es una actividad económica.⁸⁶

176. En cambio, sí puede resultar pertinente el grado de solidaridad existente dentro de un régimen de pensiones.⁸⁷ Ello se debe a que un régimen de pensiones puede caracterizarse por tantos elementos importantes de solidaridad que, *a priori*, ningún asegurador podrá ofrecer ese tipo de seguro en el mercado.

81 — Véanse los puntos 43 a 45 *supra*.

82 — Véanse los puntos 311 a 314 de mis conclusiones en el asunto Albany, citadas en la nota 3 *supra*.

83 — Sentencia de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck y otros/Comisión (asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125), apartado 21; véanse asimismo el apartado 85 de la sentencia y el punto 336 de mis conclusiones en el asunto Albany.

84 — Sentencia de 30 de abril de 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409), apartados 13 y 14; véanse asimismo el apartado 86 de la sentencia y el punto 336 de mis conclusiones en el asunto Albany.

85 — Véanse el apartado 86 de la sentencia y el punto 335 de mis conclusiones en el asunto Albany.

86 — Véanse el apartado 86 de la sentencia y el punto 330 de mis conclusiones en el asunto Albany.

87 — Tal como se desprende de manera implícita del apartado 85 de la sentencia y de manera explícita del punto 343 de mis conclusiones en el asunto Albany.

177. En los presentes casos, el segundo capítulo del régimen contiene varios elementos importantes de solidaridad profesional, como son un mecanismo de revalorización, derechos a pensión retroactivos, un régimen de invalidez y prestaciones complementarias para los supervivientes. Además, no se produce ninguna selección de los riesgos mediante reconocimientos médicos.

178. Sin embargo, en última instancia, los siguientes elementos del régimen llevan a la conclusión de que, incluso por lo que respecta a ese segundo capítulo, el Fondo debe calificarse como una empresa: los elementos de riesgo de que se trata (incluido el mecanismo de revalorización) se financian de acuerdo con el principio de capitalización y el Fondo determina de manera autónoma y con arreglo a principios actuariales las cotizaciones y las prestaciones. En consecuencia, el volumen de las prestaciones ofrecidas por el Fondo depende de sus gastos administrativos y de los resultados financieros de las inversiones que realiza y no parece existir ningún tipo de garantía del Estado contra los riesgos derivados de malas inversiones. Por último, el Fondo se encuentra bajo la supervisión de la Cámara de Seguros, que es también el organismo que controla a las compañías de seguros.⁸⁸

179. El principio de capitalización y el control por parte de la Cámara de Seguros constituyen indicios de que el seguro de que se trata es, al menos potencialmente, una actividad que podría ser ejercida por un

asegurador normal. La autonomía del Fondo y los riesgos relacionados con sus inversiones entrañan el riesgo de incurrir en comportamientos que las normas sobre la competencia pretenden evitar. Por consiguiente, vuelve a aplicarse la misma lógica: aunque las limitaciones de solidaridad que se han enumerado podrían justificar en parte los derechos exclusivos del Fondo con arreglo al artículo 90, apartado 2, del Tratado, no llegan a impedir que sus actividades sean consideradas actividades económicas.

180. En consecuencia, concluyo que, al asegurar la *normpensioen* y el segundo capítulo del régimen de pensiones, el Fondo actúa como una empresa a efectos de las normas sobre la competencia del Tratado.

VIII. La tercera cuestión: artículos 90, apartado 1, y 86 del Tratado

181. La última cuestión que se plantea es si un Estado miembro infringe los artículos 90, apartado 1, y 86 del Tratado cuando establece un sistema de afiliación obligatoria a regímenes profesionales de pensiones como el establecido por los Países Bajos y cuando, en el marco de dicho sistema, hace obligatoria la afiliación a un régimen profesional de pensiones concreto.

⁸⁸ — Véanse los apartados 81 y 82 de la sentencia y los puntos 338 a 342 de mis conclusiones en el asunto Albany.

1. *Aplicabilidad de los artículos 90, apartado 1, y 86*

apartado 2, y 44 del Reglamento de pensiones.⁸⁹

182. La primera cuestión que debe plantearse es si el Fondo es una empresa con derechos exclusivos a efectos del artículo 90, apartado 1.

187. La segunda cuestión es la de si el Fondo ocupa una posición dominante en una parte sustancial del mercado común.

183. Por lo que respecta al seguro de la *normpensioen*, el Fondo es una empresa, pero no tiene derechos exclusivos. Los afiliados son libres para celebrar contratos de seguros con aseguradores comerciales.

188. En la vista, el Fondo sostuvo que el mercado de productos relevante es el mercado de seguros de pensiones complementarias. En consecuencia, el Fondo tiene un derecho exclusivo únicamente por lo que respecta a una pequeña parte de dicho mercado, a saber, la correspondiente a las pensiones de los médicos especialistas.

184. Por lo que respecta al control de los contratos de seguro relativos a la *normpensioen*, el Fondo no actúa como una empresa. En consecuencia, no se aplica el artículo 90, apartado 1.

189. Sin embargo, tal como señaló la Comisión, cuando la afiliación a un régimen profesional de pensiones es obligatoria, ni las demás modalidades de seguro ni los demás aseguradores son sustitutos válidos del seguro correspondiente a dicho régimen. Los médicos especialistas no tienen la posibilidad de afiliarse a ningún otro régimen. Por tanto, debe considerarse que una empresa como el Fondo, que posee el monopolio legal de la prestación de determinados servicios de seguros (en el presente caso, los correspondientes al segundo capítulo del régimen de pensiones) en una parte sustancial del mercado común (en el presente caso, los Países Bajos), ocupa una posición dominante a efectos del artículo 86 del Tratado.⁹⁰

185. Por lo que respecta al seguro correspondiente al segundo capítulo del régimen, el Fondo actúa como una empresa y, al ser el único asegurador posible, tiene un derecho exclusivo. En consecuencia, se aplica el artículo 90, apartado 1.

186. También podría sostenerse que el Fondo, como empresa interesada, tiene otros dos derechos exclusivos, en particular, el de otorgar dispensas de la afiliación obligatoria con arreglo a los artículos 1,

89 — Véanse los puntos 31 a 35 *supra*.

90 — Para más detalles y referencias, véanse los apartados 91 y 92 de la sentencia y los puntos 378 a 383 de mis conclusiones en el asunto Albany, citado en la nota 3 *supra*.

2. *Infracción de los artículos 90, apartado 1, y 86*

190. El simple hecho de crear una posición dominante mediante la concesión de derechos exclusivos en el sentido del artículo 90, apartado 1, del Tratado no es, en sí mismo, incompatible con el artículo 86. Sin embargo, un Estado miembro infringe dichas disposiciones cuando la empresa de que se trata es inducida, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos que le han sido conferidos, a explotar su posición dominante de manera abusiva o cuando tales derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos.⁹¹

191. A este respecto, deben examinarse dos tipos de normas.

a) Las normas que otorgan al Fondo un derecho exclusivo de seguro

192. En el asunto Albany, las empresas afectadas se habían quejado de los derechos exclusivos de que gozaban los fondos sectoriales de pensiones debido a que, en su opinión, dichos fondos eran incapaces de satisfacer la demanda de tales actividades existente en el mercado.

193. De la sentencia⁹² no se deduce claramente si el Tribunal de Justicia acogió dicho argumento y, en consecuencia, las normas de que se trataba infringieron *prima facie* los artículos 90, apartado 1, y 86. En última instancia, dichas normas estaban en todo caso justificadas con arreglo al artículo 90, apartado 2, del Tratado.⁹³

194. En los presentes casos, nadie ha sostenido que los fondos profesionales de los Países Bajos presten unos servicios insatisfactorios. A diferencia de lo que sucedía en el asunto Albany, los demandantes en el procedimiento principal no pretendían contratar seguros con un asegurador comercial, sino con un fondo sectorial de pensiones alternativo. Así, no parece que se opusieran a la afiliación obligatoria como tal. Tal vez esto se vea confirmado por el hecho de que los demandantes no consideraron necesario presentar observaciones ante el Tribunal de Justicia.

195. Además, el marco jurídico que se ha descrito no contiene ningún elemento que indique que los fondos sean inducidos de manera sistemática a explotar de manera abusiva su posición dominante. Por el contrario, parece haber varios mecanismos de control contra dichos abusos. Las partes interesadas pueden presentar observaciones sobre la solicitud presentada por una profesión para que se declare obligatoria la afiliación a un determinado régimen. El Consejo Económico y Social y la Cámara de Seguros son consultados antes de declarar obligatoria la afiliación. Las ulteriores

91 — Véase el apartado 93 de la sentencia Albany.

92 — Apartados 95 a 97.

93 — Apartados 98 a 111 de la sentencia.

modificaciones del régimen han de ser aprobadas por el ministro. Los reglamentos y estatutos del Fondo deben respetar una serie de requisitos. Las inversiones están sujetas a restricciones y las finanzas del Fondo son objeto de controles permanentes.⁹⁴

196. Por último, el régimen elegido por los médicos especialistas tiene unos efectos restrictivos relativamente escasos, ya que el Fondo disfruta de un derecho exclusivo únicamente por lo que respecta al segundo capítulo del régimen.

197. En mis conclusiones en el asunto Albany, propuse que se dejara que el órgano jurisdiccional nacional resolviera la cuestión de si existía una infracción *prima facie* de los artículos 90, apartado 1, y 86, ya que seguía habiendo demasiadas cuestiones de hecho sin aclarar. Sin embargo, en los presentes asuntos, habida cuenta de las características a las que acabo de referirme, me inclino por afirmar que no existe dicha infracción.

198. Con carácter subsidiario, cualquier posible infracción estaría justificada con arreglo al artículo 90, apartado 2, del Tratado.⁹⁵

b) Las normas en materia de exención de la afiliación obligatoria

199. De acuerdo con la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Albany, un Estado miembro puede considerar que la facultad de conceder exenciones debe otorgarse únicamente al fondo de pensiones de que se trata. El conflicto de intereses inherente a la doble función de gestor del régimen y autoridad que acompaña a la facultad de otorgar exenciones estaba justificado o mitigado por los especiales conocimientos del Fondo, la libertad de elección de los Estados miembros por lo que respecta a la organización de dicha cuestión de acuerdo con sus propias prioridades y la posibilidad de control jurisdiccional.⁹⁶

200. De mantenerse dicha jurisprudencia, el razonamiento puede trasladarse directamente a los presentes asuntos y, más específicamente, a las dos posibilidades de excepción contempladas en los artículos 1, apartado 2, y 44 del reglamento de pensiones del Fondo.⁹⁷ También debe tenerse presente que, en los asuntos de que se trata, los médicos especialistas tienen —al menos en teoría— otra posibilidad más de solicitar una exención ministerial con arreglo al artículo 26 de la BprW.⁹⁸

201. En consecuencia, concluyo que un Estado miembro no infringe los artícu-

96 — Véanse los apartados 112 a 121 de la sentencia Albany. Para un análisis diferente, véanse los puntos 441 a 468 de mis conclusiones.

97 — Véanse los puntos 31 a 35 *supra*.

98 — Véanse los puntos 21 a 23 *supra*.

94 — Véanse los puntos 9 a 20 *supra*.

95 — Véanse los apartados 98 a 111 de la sentencia Albany.

los 90, apartado 1, y 86 del Tratado cuando establece un sistema de afiliación obligatoria a regímenes profesionales de pensiones como el establecido por los Países Bajos y cuando, en el marco de dicho sistema, declara obligatoria la afiliación a un régimen profesional de pensiones concreto.

IX. Conclusión

202. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el *Kantongerecht te Nijmegen*:

- «1) Un Estado miembro no infringe los artículos 5 y 85 del Tratado CE (actualmente artículos 10 CE y 81 CE) cuando, a petición de una organización profesional representativa de los miembros de una determinada profesión liberal, declara obligatoria para todos los miembros de dicha profesión la afiliación a un régimen profesional de pensiones.

- 2) Un fondo profesional de pensiones como el *Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten* neerlandés actúa, en relación con el seguro de la *normpensioen* y el segundo capítulo del régimen de pensiones de los médicos especialistas, como una empresa a efectos de las normas sobre la competencia del Tratado CE.

- 3) Un Estado miembro no infringe los artículos 90, apartado 1, y 86 del Tratado (actualmente artículos 86 CE, apartado 1, y 82 CE) cuando establece un sistema de afiliación obligatoria a regímenes profesionales de pensiones como el establecido por los Países Bajos y, en el marco de dicho sistema, declara obligatoria la afiliación a un régimen de pensiones como el régimen de pensiones de los médicos especialistas en los Países Bajos.»