

Derecho de la Competencia y Colegios Profesionales

José Carlos Engra y Edurne Navarro Varona

Abogados, Uría & Menéndez (Bruselas)

Sumario: I. Introducción. II. Aplicación del artículo 81 del Tratado CE a las profesiones liberales y a los Colegios Profesionales: 1. Definición de los profesionales liberales como empresas a los efectos del artículo 81.1 del Tratado CE; 2. Definición de los Colegios Profesionales como asociaciones de empresas a los efectos del artículo 81.1 del Tratado CE: A. Composición de los Colegios Profesionales; B. Observancia de criterios de interés público. III. Infracción de los artículos 10 y 81.1 del Tratado CE: 1. Restricción de la competencia imputable a los Estados Miembros; 2. Restricción de la competencia imputable a los Colegios Profesionales. IV. Inaplicación de los artículos 10 y 81.1 del Tratado CE: 1. Naturaleza estatal y/o no vinculante de las decisiones de los Colegios Profesionales; 2. Restricción no sensible de la competencia; 3. Salvaguarda de objetivos de interés público: A. Aplicación de una «rule of reason»; B. Calificación de criterios de orden deontológico como intereses públicos. V. Implicaciones del artículo 82 del Tratado CE. VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (el «TJCE») de 19 febrero 2002 en los asuntos *Wouters* y *Arduino*¹ han puesto de manifiesto la creciente relevancia de las normas comunitarias de competencia en el análisis de las funciones ejercidas por los Colegios Profesionales. Ambos pronunciamientos vienen a sumarse a una serie de precedentes que, aun cuando escasos, ya habían confirmado previamente la aplicación de esta normativa a los Colegios Profesionales a fin de determinar la validez de las decisiones adoptadas en el seno de los mismos que pudiesen conllevar una restricción de la actividad profesional de sus miembros (p. ej., fijación de honorarios, limitación de publicidad, prohibición de colaboración con miembros de otras categorías profesionales, etc.).

El escaso número de precedentes comunitarios resulta principalmente de que la prestación de servicios por parte de los profesionales liberales sigue realizándose mayoritariamente a escala nacional y, por consiguiente, en muchos casos las acciones o medidas adoptadas por los Colegios Profesionales no implican una afectación del tráfico intracomunitario².

¹ Sentencia del TJCE de 19 febrero 2002, Asunto *J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV y Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocanten*, C-309/1999, pendiente de publicación; y Sentencia del TJCE de 19 febrero 2002, Asunto *Manuele Arduino*, C-35/1999, pendiente de publicación.

² Vid. BICHO, M.-J.: «Professions libérales: aspects essentiels de l'action de la Commission en matière d'application des règles de concurrence», *Competition Policy Newsletter*, núm. 2, 1999, pgs. 24-26. Por su parte, respecto a la aplicación de las normas de compe-

En el presente artículo se analiza la práctica decisoria y jurisprudencia comunitarias relativas a la aplicación de las normas de competencia comunitarias y, en particular, de los artículos 10, 81 y 82 del Tratado CE a los Colegios Profesionales³. La Sección 2 analiza la definición de los profesionales liberales y de los Colegios Profesionales como empresas y asociaciones de empresas respectivamente a los efectos del artículo 81.1 del Tratado CE. Las secciones 3 y 4 analizan los precedentes comunitarios relativos a las implicaciones de los artículos 10 y 81 del Tratado CE en el ámbito de actuación de los Colegios Profesionales. Por último, la Sección 5 trata sobre la posible aplicación del artículo 82 a estas organizaciones profesionales.

II. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 81 DEL TRATADO CE A LAS PROFESIONES LIBERALES Y A LOS COLEGIOS PROFESIONALES

El análisis bajo el artículo 81 del Tratado CE de las potenciales restricciones a la competencia derivadas de la actuación de los Colegios Profesionales exige determinar con carácter previo si el ámbito de aplicación «ratione personae» de dicha disposición incluye a los profesionales liberales y a los Colegios Profesionales. Esto es, si unos y otros pueden ser calificados como empresas y asociaciones de empresas respectivamente.

1. DEFINICIÓN DE LOS PROFESIONALES LIBERALES COMO EMPRESAS A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 81.1 DEL TRATADO CE

Con arreglo a una asentada jurisprudencia comunitaria, el concepto de empresa comprende a toda entidad que ejerza una actividad económica consistente en la oferta de bienes o servicios en un determinado mercado, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad, de su modo de financiación, o de la complejidad y carácter técnico de los servicios prestados⁴.

De acuerdo con esta interpretación, la Comisión y los Tribunales comunitarios han considerado que diversas categorías de profesionales como los

tencia españolas a los Colegios Profesionales, vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G. (Ed.): *Colegios Profesionales y Derecho de la Competencia*, Ed. Civitas, 2002; y MARCOS, F.: «La lucha contra las restricciones a la libre competencia en el mercado de los servicios profesionales», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 219, 2002, pgs. 22-35.

³ Se hará referencia exclusiva a la numeración introducida en el Tratado CE por el Tratado de Amsterdam.

⁴ Vid., entre otras, Sentencias del TJCE de 23 abril 1991, Asunto *Höfner c. Macroton*, C-41/1990, *Rec.* 1991, pg. I-1979, considerando 21; de 16 noviembre 1995, Asunto *Fédération française des sociétés d'assurances y otros*, C-244/1994, *Rec.* 1995, pg. I-4013, considerando 14; y de 11 diciembre 1997, Asunto *Job Centre*, C-55/1996, *Rec.* 1997, pg. I-7119, considerando 21.

agentes de aduana⁵, los médicos especialistas⁶, los agentes de la propiedad industrial⁷ o los abogados⁸ constituyen empresas a los efectos del artículo 81.1 del Tratado CE.

Así, en la Sentencia de 18 junio 1998, *Comisión c. Italia*, el TJCE desestimó los motivos invocados por el Gobierno italiano para justificar que los agentes de aduana no debían ser considerados empresas sujetas al ámbito de aplicación del artículo 81.1 del Tratado CE. El que estos agentes prestasen servicios de carácter intelectual, y el ejercicio de su profesión estuviese condicionado a la posesión de una autorización no fueron considerados motivos suficientes. Tampoco el que los agentes de aduana careciesen del elemento organizativo de toda empresa (conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales afectados de forma duradera a la consecución de un objetivo económico) fue considerado un argumento válido.

El TJCE señaló que tales motivos no eran suficientes para excluir la aplicación del artículo 81.1 del Tratado CE, dado que los agentes de aduana ofrecían mediante retribución servicios específicos consistentes, entre otros, en efectuar las formalidades aduaneras relativas a la importación, exportación y tránsito de mercancías. Asimismo, asumían los riesgos financieros vinculados al ejercicio de su actividad y en caso de desequilibrio entre gastos e ingresos, debían soportar los déficit correspondientes.

Sin perjuicio de esta interpretación, es necesario precisar que no siempre los profesionales liberales operan como prestadores de bienes o servicios. En tal caso, podría defenderse que las actividades que no estén vinculadas o integradas en su ámbito profesional escaparían del ámbito de aplicación del artículo 81.1 del Tratado CE.

Esta es una de las cuestiones que se plantearon en la Sentencia del TJCE de 12 septiembre 2000, *Pavlov*⁹, en la que se analizó si los médicos especialistas en los Países Bajos, que estaban obligados por su Colegio Profesional a inscribirse en un fondo de pensiones complementarias, podían ser considerados empresas bajo el artículo 81.1 del Tratado CE al cumplir tal obligación. Uno de los argumentos invocados en contra de tal interpretación fue el que los médicos especialistas no actuaban como agentes económicos o empresas al pagar en beneficio propio las cotizaciones a dicho fondo, sino más bien como consumidores finales. No obstante, el TJCE rechazó tal argumenta-

⁵ Sentencia del TJCE de 18 junio 1998, Asunto *Comisión c. Italia*, C-35/1996, *Rec.* 1998, pg. I-3851, considerando 38.

⁶ Sentencia del TJCE de 12 septiembre 2000, Asunto *Pavel Pavlov y otros c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, Asuntos Acumulados C-180/1998 a C-184/1998, *Rec.* 2000, pg. I-6451, considerando 82.

⁷ Decisión de la Comisión, de 30 enero 1995, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE, IV/33.686 –COAPI (DOCE L 122/37, de 2-6-1995, considerando 32).

⁸ *Wouters*, antes citada, considerando 49.

⁹ *Pavlov*, antes citada, considerandos 90 y ss.

ción, señalando, entre otros, que la cotización a un régimen profesional de pensiones complementarias se encontraba estrechamente ligado al ejercicio de una actividad profesional al tener la afiliación al mismo su origen en el ejercicio de una profesión. Asimismo, dicho régimen permitía a los médicos especialistas asignar una parte de sus ingresos profesionales con el objeto de asegurar un cierto nivel de ingresos tras el cese de su actividad.

En definitiva, de la interpretación del artículo 81.1 del Tratado CE por el TJCE cabe concluir que las características propias y particulares del ejercicio de una actividad profesional no impiden la calificación como empresas de los sujetos que realicen tales actividades. Para ello, será necesario determinar no sólo su ámbito concreto de actuación económica, sino también el grado de vinculación o conexión entre cualesquiera otras conductas que puedan tener una incidencia económica y el ejercicio profesional.

2. DEFINICIÓN DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES COMO ASOCIACIONES DE EMPRESAS A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 81.1 DEL TRATADO CE

Las funciones que tradicionalmente han desarrollado los Colegios Profesionales se refieren, por una parte, a la defensa y representación de los intereses de sus miembros y, por otra, al ejercicio de la denominada «autorregulación profesional», esto es, la regulación del ejercicio de una determinada actividad profesional como consecuencia de la delegación de competencias reglamentarias o administrativas por parte de las autoridades públicas a estas organizaciones profesionales¹⁰.

En relación con estas funciones atribuidas, los argumentos para defender la no sujeción de los Colegios Profesionales al artículo 81.1 del Tratado CE se han basado principalmente en el especial estatuto jurídico, normalmente de naturaleza pública, reconocido a estas asociaciones profesionales por sus respectivos ordenamientos nacionales. De este modo, en la medida en que los Colegios Profesionales se configuran como organismos o corporaciones de Derecho público a los que les han sido encomendadas competencias normativas o administrativas con el fin de regular una profesión, los actos adoptados por los mismos revestirían carácter estatal y no cabría, por consiguiente, calificarlos como decisiones de asociaciones de empresas del artículo 81.1 del Tratado CE.

Sin embargo, tanto la Comisión como los Tribunales comunitarios han señalado que el estatuto de naturaleza pública de un organismo nacional o el

¹⁰ La necesidad de la autorregulación profesional radica en la complejidad de la naturaleza de los servicios profesionales y en la permanente evolución de éstos como consecuencia de los cambios en los conocimientos y en el desarrollo técnico. Mientras que estas características dificultan la adopción por las autoridades legislativas o gubernativas nacionales de las normas detalladas y actualizadas que sean necesarias al respecto, la autorregulación profesional permite reaccionar con mayor flexibilidad a este respecto (vid. Conclusiones del Abogado General Jacobs de 23 marzo 2000, Asunto *Pavel Paulov*, antes citado, considerando 92).

marco jurídico específico en el que se celebren o adopten acuerdos o decisiones bajo Derecho nacional no impiden la aplicación del artículo 81.1 del Tratado CE a los mismos¹¹.

No obstante, aun rechazando «ab initio» la calificación jurídico-formal que los Colegios Profesionales puedan tener bajo Derecho nacional como motivo para excluir la aplicación del artículo 81 del Tratado CE, la jurisprudencia comunitaria ha requerido la concurrencia cumulativa de dos condiciones para definir a aquéllos como asociaciones de empresas. Estas condiciones se refieren, por un lado, a la ausencia de intervención administrativa en la composición y designación de sus miembros, y por otro, a la falta de obligación de respetar criterios de interés público en el ejercicio de sus funciones.

A) *Composición de los Colegios Profesionales.*

El que los órganos de gobierno de los Colegios Profesionales estén compuestos exclusivamente por representantes de la profesión elegidos entre sus propios miembros, y no por representantes o personas designadas por las Administraciones públicas, ha sido una circunstancia que la jurisprudencia comunitaria ha tenido en cuenta a la hora de confirmar su carácter de asociaciones de empresas bajo el artículo 81.1 del Tratado CE. Los Colegios Profesionales funcionarían así como corporaciones sectoriales de base privada, con independencia de la naturaleza pública que les haya sido otorgada por la legislación nacional.

En este sentido, en el mencionado asunto *Comisión c. Italia*¹², el TJCE destacó como una de las circunstancias para definir al Consejo Nacional de Agentes de Aduana de Italia (el «CNSD») como asociación de empresas el que el cargo de presidente del mismo hubiera dejado de ser ejercido, debido a una reforma legislativa, por el Director General de Aduanas, y que el Ministro de Hacienda italiano, a quien correspondía supervisar dicha organización profesional, no pudiera intervenir en la designación de sus miembros.

B) *Observancia de criterios de interés público.*

Asimismo, los Colegios Profesionales serán considerados como asociaciones de empresas si no están obligados por imperativo legal a tomar en consideración criterios de interés público en el ejercicio de sus funciones.

A este respecto, mientras la función de defensa y representación de la profesión –característica de cualquier asociación representativa de intereses particulares– tiene una naturaleza esencialmente privada, la ordenación de la actividad profesional refleja consideraciones de orden público relativas a la definición de las reglas y deberes de carácter deontológico que deben obser-

¹¹ Vid., entre otras, Sentencia del TJCE de 30 abril 1985, Asunto *BNIC c. Clair*, 123/1983, *Rec.* 1985, pg. 391, considerando 17.

¹² *Comisión c. Italia*, antes citada, considerando 42.

var los profesionales en el ejercicio de su actividad¹³. No obstante, ello no ha sido motivo suficiente para que los Tribunales comunitarios excluyan «a priori» los Colegios Profesionales del ámbito de aplicación del artículo 81.1 del Tratado CE.

Así, en el asunto *Wouters*¹⁴ el TJCE consideró que el Colegio de Abogados de los Países Bajos no estaba obligado a respetar criterios de interés público al adoptar reglamentos en aras del «correcto ejercicio de la profesión». En sus Conclusiones en el mismo asunto el Abogado General Léger¹⁵ rechazó la posibilidad de adoptar una interpretación funcional del concepto de asociación de empresas que permitiese distinguir entre las diversas actividades de los Colegios Profesionales en función de la naturaleza del interés perseguido por sus medidas, con el objeto de considerar que estas entidades sólo constituyen asociaciones de empresas cuando actúan en el interés exclusivo de sus miembros y no al definir los criterios de orden deontológico aplicables a una profesión.

El Abogado General consideró que el que una asociación pudiese actuar en el interés público no era una razón suficiente para no considerarla como una asociación de empresas a los efectos del artículo 81.1 del Tratado CE. Al contrario, a juicio del Abogado General, ésta era una cuestión cuya relevancia debía ser analizada en una etapa posterior a fin de determinar el alcance restrictivo de la medida en cuestión y su posible justificación (*vid. infra* Sección 4.3).

En definitiva, el que los Colegios Profesionales actúen como órganos reguladores de una profesión no es motivo suficiente de interés público para justificar la no aplicación «ratione personae» del artículo 81.1 del Tratado CE a los mismos.

III. INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 10 Y 81.1 DEL TRATADO CE

Si bien el artículo 81.1 del Tratado CE se refiere únicamente a la conducta de empresas y no a medidas estatales, esta disposición, analizada en relación con el artículo 10 del Tratado CE, obliga a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas legislativas o reglamentarias que puedan eliminar su efecto útil.

Por consiguiente, cabrá hablar de una infracción conjunta de los artículos 10 y 81.1 del Tratado CE por parte de los Estados miembros en el supuesto de que los Colegios Profesionales estén obligados por imperativo legal a adoptar medidas o actos que tengan por objeto o efecto la restricción de la

¹³ Para una exposición de las funciones públicas y privadas de los Colegios Profesionales, *vid.* FERNÁNDEZ FARRERES, *op. cit.*

¹⁴ *Wouters*, antes citada, considerando 62.

¹⁵ Conclusiones de 10 julio 2001, Asunto *J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh*, antes citado, considerando 86.

competencia entre sus miembros. En tal caso, la restricción a la competencia no se deberá a un comportamiento autónomo, como requiere el artículo 81.1 del Tratado CE, sino a la propia legislación que les impone una conducta restrictiva de la competencia.

No obstante, aun cuando exista una normativa legal o reglamentaria que obligue a los Colegios Profesionales a adoptar acuerdos o decisiones restrictivas de la competencia, será necesario determinar si la imputabilidad de tal restricción recae exclusivamente en el Estado miembro o es compartida junto con el Colegio Profesional en cuestión, en la medida en que éste disponga de un margen de apreciación o discrecionalidad en la adopción de la medida controvertida.

1. RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA IMPUTABLE A LOS ESTADOS MIEMBROS

Una asentada jurisprudencia ha establecido que existe una infracción conjunta de los artículos 10 y 81.1 del Tratado CE en los supuestos en los que un Estado miembro: (i) imponga o favorezca prácticas colusorias contrarias al artículo 81.1 del Tratado CE (ii) refuerce los efectos de dichas prácticas, o (iii) prescinda de dar carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica¹⁶.

El análisis de estos tres supuestos se planteó en el mencionado asunto *Comisión c. Italia*¹⁷, en el que el TJCE estimó que Italia había infringido conjuntamente los artículos 10 y 81.1 al aprobar y mantener en vigor una ley que obligaba al CNSD, mediante la atribución de la correspondiente facultad decisoria, a fijar una tarifa obligatoria y uniforme para los servicios profesionales de los agentes de aduana en Italia.

Asimismo, el TJCE consideró que la legislación italiana dejaba totalmente en manos de operadores económicos privados la competencia de las autoridades públicas en materia de determinación de tarifas, y contribuía a garantizar el cumplimiento de las mismas al prohibir expresamente a los agentes de aduanas apartarse de la tarifa so pena de amonestación, suspensión o cancelación de su inscripción en el Registro correspondiente.

2. RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA IMPUTABLE A LOS COLEGIOS PROFESIONALES

No obstante lo anterior, el CNSD también fue considerado responsable de la comisión de una infracción del artículo 81.1 del Tratado CE por el Tribu-

¹⁶ *Vid.*, entre otras, Sentencias del TJCE de 21 septiembre 1988, Asunto *Van Eycke*, 267/1986, *Rec.* 1988, pg. 4769, considerando 16; y de 17 noviembre 1993, Asunto *Reiff*, C-185/1991, *Rec.* 1993, pg. I-5801, considerando 14.

¹⁷ *Comisión c. Italia*, antes citada, considerandos 55 y ss.

José Carlos Engra y Edurne Navarro Varona

nal de Primera Instancia (el «TPI»)¹⁸, que estimó que los efectos restrictivos de la competencia derivados de la fijación de la tarifa en cuestión no sólo tenían su origen en la legislación italiana sino también o, al menos en parte, en el comportamiento autónomo del CNSD.

En efecto, aun cuando la legislación italiana imponía limitaciones entre los agentes de aduana en términos de precios, dejaba subsistir la posibilidad de una competencia que podía ser obstaculizada, restringida o falseada por el CNSD al que le había sido atribuida por ley una facultad decisoria autónoma. El TPI estimó que el CNSD había dispuesto de tal facultad para restringir aún más dicha competencia mediante actos tales como el incremento de los precios mínimos o el establecimiento de modalidades de facturación obligatorias¹⁹.

En supuestos tales como el anterior, la Comisión ha reconocido que la responsabilidad concurrente del Estado podría, a lo sumo, atenuar la responsabilidad de un Colegio Profesional en relación con el importe de una posible multa, pero no podría excluir que se aplicara de manera autónoma el artículo 81.1 del Tratado CE²⁰.

IV. INAPLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 10 Y 81.1 DEL TRATADO CE

Sin perjuicio de lo anterior, no siempre las decisiones adoptadas por un Colegio Profesional, bien por obligación legal o bien por iniciativa propia, que puedan suponer una limitación de la libertad del ejercicio profesional de sus miembros caen necesariamente en el ámbito de aplicación de los artículos 10 y 81.1 del Tratado CE. Con arreglo a la práctica comunitaria, no se considerarán contrarias a tales disposiciones las limitaciones o restricciones si derivan de una medida estatal y/o no son vinculantes, no afectan sensiblemente a la competencia o responden a criterios de interés público.

¹⁸ Sentencia del TPI de 30 marzo 2000, Asunto *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali c. Comisión*, T-513/1993, *Rec.* 2000, pg. II-1807, por la que se confirmó la Decisión de la Comisión de 30 junio 1993, Asunto IV/33.407 – *CNSD* (DOCE L 203/27, de 13-8-1993).

¹⁹ Otros precedentes en los que se ha reconocido la imputabilidad directa de una infracción del art. 81.1 del Tratado CE a los Colegios Profesionales han sido la Decisión de la Comisión de 30 enero 1995, relativa a la fijación de tarifas mínimas obligatorias por parte del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial en España (Asunto IV/33.686 – *COAPI*, DOCE L 122/37, de 2-6-1995–), y la Decisión de la Comisión de 7 abril 1999, relativa a la prohibición de publicidad comparativa fijada por un código de conducta del Instituto de Agentes Autorizados ante la Oficina Europea de Patentes (Asunto IV/36.147 – *Código de conducta del IAA (EPI)* DOCE L 106/14, de 23-4-1999). Esta decisión ha sido parcialmente anulada por el TPI, mediante Sentencia de 28 marzo 2001, Asunto *IAA c. Comisión*, T-144/1999, *Rec.* 2000, pg. II-1087. No obstante, las conclusiones de la Comisión relativas a la prohibición de la publicidad comparativa fueron confirmadas.

²⁰ *COAPI*, antes citada, considerando 48.

I. NATURALEZA ESTATAL Y/O NO VINCULANTE DE LAS DECISIONES DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

La Sentencia del TJCE de 19 febrero 2002, *Arduino*²¹, es un claro ejemplo de cómo el grado de intervención pública en el proceso de adopción de una decisión por parte de un Colegio Profesional puede ser determinante para excluir a aquélla del ámbito de aplicación de las normas de competencia.

En dicho asunto se cuestionó si Italia había infringido los artículos 10 y 81.1 del Tratado CE al adoptar un Decreto ministerial que aprobaba, basándose en un proyecto elaborado por el Consejo Nacional de Colegios de Abogados (el «CNF»), un baremo por el que se fijaban los límites mínimos y máximos de los honorarios de los miembros de la profesión.

El TJCE tuvo en consideración que, con arreglo a la legislación italiana, el CNF se limitaba a elaborar un proyecto de baremo que carecía de fuerza obligatoria y requería la aprobación del Ministro de Justicia para su entrada en vigor. Asimismo, la aprobación o, en su caso, enmienda del proyecto de baremo requería el dictamen de diversos órganos públicos, y la liquidación de los honorarios debía llevarse a cabo por vía judicial sobre la base de determinados criterios fijados legalmente.

Teniendo en cuenta tales circunstancias, el TJCE estimó que no existía infracción de los artículos 10 y 81.1 del Tratado CE, dado que la administración italiana no había renunciado a ejercer su facultad de decidir en último término o de controlar la aplicación del baremo. Por tanto, no se había producido una delegación en operadores privados de la responsabilidad de adoptar decisiones de intervención en materia económica, aun cuando el CNF hubiese participado en el proceso de elaboración de estas últimas.

Las medidas cuestionadas no habían perdido pues su carácter estatal y no estaban, por consiguiente, sujetas a las normas de competencia aplicables a empresas.

De modo similar, en la Sentencia del TJCE de 29 noviembre 2001, *Conte*²², se analizó si, en los procedimientos judiciales de requerimiento de pago de los servicios profesionales prestados por los arquitectos en Italia, el dictamen de liquidación de honorarios emitido por el Colegio de Arquitectos que acompañaba tal requerimiento podía constituir una decisión restrictiva de la competencia, en la medida en que era vinculante para el órgano jurisdiccional que conocía del litigio en la primera fase del procedimiento judicial. No obstante, dado que dicho dictamen perdía su carácter vinculante cuando el deudor contra el que se dirigía la petición de pago lo impugnaba en una fase posterior del procedimiento, el TJCE estimó que no podía constituir una decisión de asociación de empresas susceptible por sí misma de restrin-

²¹ *Arduino*, antes citada, considerandos 32 y ss.

²² Sentencia del TJCE de 29 noviembre 2001, Asunto *Giuseppe Conte y Stefania Rossi*, C-221/1999, *Rec.* 2001, pg. I-9359.

gir o falsear el juego de la competencia en el sentido del artículo 81.1 del Tratado CE.

2. RESTRICCIÓN NO SENSIBLE DE LA COMPETENCIA

La aplicación de una regla «de minimis» ha servido asimismo para descartar la aplicación del artículo 81.1 del Tratado CE en aquellos supuestos en los que las potenciales limitaciones al ejercicio de la actividad profesional derivadas de las decisiones adoptadas por los Colegios sean de carácter menor y no restrinjan de manera sensible la competencia en el mercado afectado.

Así, en el asunto *Pavlov*²³ el TJCE analizó, como ya se ha mencionado anteriormente, si la decisión del Colegio de Médicos Especialistas de los Países Bajos de establecer para sus miembros un fondo de pensiones complementarias de afiliación obligatoria era contraria al artículo 81.1 del Tratado CE.

El TJCE afirmó que la constitución de dicho fondo era restrictiva dado que los médicos especialistas debían establecer sus pensiones complementarias en las mismas condiciones y a través de un solo organismo. Sin embargo, el TJCE también consideró que los efectos restrictivos eran escasos, puesto que afectaban a un único componente del coste final de los servicios médicos especializados (esto es, el coste de las cotizaciones a pagar), el cual era poco importante si se comparaba con otros costes incluidos en el precio final, tales como los honorarios médicos o el precio del instrumental médico. A juicio del TJCE, la armonización de uno de los componentes menores del precio final de los servicios médicos especializados no implicaba pues la homogeneidad de dichos precios finales.

3. SALVAGUARDA DE OBJETIVOS DE INTERÉS PÚBLICO

Otro de los criterios utilizados por la Comisión y el TJCE para justificar la no sujeción a las normas de competencia de las medidas adoptadas por los Colegios Profesionales se ha basado en la salvaguarda de objetivos de interés público, en particular, el respeto de obligaciones deontológicas.

Tal fue la conclusión a la que llegó la Comisión en la Decisión de 7 abril 1999, *Código de conducta del IAA (EPI)*²⁴, en la que consideró que determinadas normas deontológicas de conducta profesional impuestas a los agentes autorizados ante la Oficina Europea de Patentes y relativas a la competencia, imparcialidad, integridad, responsabilidad, conflicto de intereses, secreto profesional y publicidad engañosa debían considerarse legítimas y no restrictivas de la competencia.

Una conclusión similar se alcanza en la sentencia *Wouters*²⁵. No obstante, a diferencia de la interpretación seguida por la Comisión en el caso anterior, el TJCE consideró que la medida cuestionada en dicho asunto, esto es, la

²³ *Pavlov*, antes citada, considerandos 92 y ss.

²⁴ *Código de conducta del IAA (EPI)*, antes citada, considerandos 28 y ss.

²⁵ *Wouters*, antes citada, considerandos 73 y ss.

prohibición de colaboración entre abogados y auditores impuesta por el Consejo General del Colegio de Abogados de los Países Bajos, era restrictiva de la competencia en el sentido del artículo 81 del Tratado CE, aunque estaba justificada al tener como objetivo la salvaguarda del correcto ejercicio de la abogacía.

Así, el TJCE consideró que la colaboración entre abogados y auditores podía ser beneficiosa para la competitividad de ambas categorías de profesionales debido a motivos tales como la complementariedad de sus ámbitos de actividad, la creación de una estructura única para responder a las solicitudes de los clientes o la obtención de economías de escala.

No obstante, y sin perjuicio de las ventajas competitivas que podrían derivarse de la colaboración entre abogados y auditores, el TJCE también tuvo en consideración criterios de naturaleza extraeconómica en su análisis. En particular, el TJCE reconoció que los abogados estaban sometidos a obligaciones de orden deontológico (p. ej., defensa del cliente con total independencia y en interés exclusivo de éste, necesidad de evitar riesgos de conflicto de intereses y secreto profesional), a las que no estaban sujetos los auditores, al tener éstos como labor el examen y control de la contabilidad de sus clientes a fin de dar a conocer a terceros interesados su opinión personal sobre la fiabilidad de dichos datos contables.

Teniendo en cuenta estas particularidades de cada categoría profesional, el TJCE concluyó que los abogados no estarían en condiciones de asesorar y defender a sus clientes, actuando con total independencia y respetando un estricto secreto profesional, si formaban parte de una estructura que tuviese también como misión certificar los resultados financieros de las operaciones en las que hubiesen intervenido. Por consiguiente, la necesidad de asegurar el correcto ejercicio de la abogacía justificaría la adopción de medidas vinculantes tendentes a impedir la colaboración entre abogados y auditores.

En definitiva, el TJCE se basó en un criterio de interés público, en este caso el respeto de ciertas normas deontológicas, para justificar una restricción a la competencia que caía en el ámbito de aplicación del artículo 81.1 del Tratado CE.

Del análisis de la sentencia *Wouters* se derivan las siguientes consecuencias:

A) *Aplicación de una rule of reason.*

La interpretación seguida por el TJCE introduce, aun sin mencionarlo expresamente, un criterio basado en una *rule of reason* en el ámbito de aplicación del artículo 81.1 del Tratado CE tendente a sopesar los efectos restrictivos de una medida con criterios de interés público que puedan justificar aquéllos. La consecuencia directa de este test es la no aplicación del artículo 81.1 del Tratado CE en el supuesto de que el interés público a proteger compense el mantenimiento de una restricción a la competencia²⁶.

²⁶ Nótese que el Abogado General Léger en sus Conclusiones de 10 julio 2001 llegó a la misma conclusión que el TJCE, aunque difirió de la interpretación seguida por éste.

Contrasta este pronunciamiento con otra Sentencia de 18 septiembre 2001, *Métropole télévision (M6)*²⁷, en la que el TPI no confirmó la existencia de una *rule of reason* en el Derecho comunitario de la competencia que permitiese analizar con carácter previo los aspectos pro y anticompetitivos de una conducta a fin de determinar si la misma estaba o no cubierta por la prohibición del artículo 81.1 del Tratado CE. Al contrario, el TPI consideró que era en el marco preciso del artículo 81.3 del Tratado CE donde habían de sopesarse dichos aspectos con el objeto de valorar si la restricción analizada podía beneficiarse de una exención. A juicio del TPI, en caso de que se admitiese un test basado en una *rule of reason* en el ámbito de aplicación del artículo 81.1 del Tratado CE, el apartado tercero de dicha disposición perdería parte de su efectividad.

Cabe considerar que la posible contradicción entre ambos pronunciamientos no es tal si tenemos en cuenta que los efectos restrictivos de la conducta analizada en el asunto *Wouters* se sopesaron con arreglo a criterios de interés público relativos al buen ejercicio de una profesión, y no en función a posibles ventajas competitivas, comparación esta última que fue rechazada en el asunto *Métropole télévision (M6)*.

B) · *Calificación de criterios de orden deontológico como intereses públicos.*

La sentencia *Wouters* ha de ser asimismo analizada a la luz de otros pronunciamientos en los que se ha relativizado la importancia de criterios de orden deontológico para justificar la no aplicación del artículo 81.1 del Tratado CE.

Así, en la Sentencia de 28 marzo 2001, *IAA c. Comisión*²⁸, el TPI señaló que no podía admitirse por principio que las normas de organización del ejercicio de una profesión eludiesen el ámbito de aplicación del artículo 81.1 del Tratado CE, sólo porque los organismos competentes las calificasen de deontológicas. En dicho asunto, una prohibición de publicidad comparativa entre los agentes autorizados ante la Oficina Europea de Patentes fue considerada restrictiva por la Comisión, aun a pesar de estar incluida en un código de buena conducta.

Sin embargo, el TPI consideró necesario un análisis casuístico a fin de apre-

Así, consideró que la prohibición de colaboración entre abogados y auditores era contraria al art. 81.1 del Tratado CE, pero que no obstante estaría cubierta por la excepción prevista en el art. 86.2, que exime del ámbito de aplicación de las normas de competencia del Tratado CE a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, en la medida en que dichas normas impidan el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. En este sentido, el Abogado General consideró que los abogados prestan servicios de interés económico general dado que realizan actividades esenciales en un Estado de Derecho, como garantizar el acceso a los tribunales y al derecho (considerandos 155 y ss.).

²⁷ Sentencia del TPI de 18 septiembre 2001, Asunto *Métropole télévision (M6)* y otros *c. Comisión*, T-112/1999, *Rec.* 2001, pg. II-2459.

²⁸ *IAA c. Comisión*, antes citada, considerandos 64 y 65.

ciar la validez de dichas normas en relación con el artículo 81.1 del Tratado CE, teniendo en cuenta en particular su impacto sobre la libertad de acción de los miembros de la profesión y sobre su organización, así como sobre los beneficiarios de los servicios de que se tratase.

V. IMPLICACIONES DEL ARTÍCULO 82 DEL TRATADO CE

La posible aplicación del artículo 82 del Tratado CE a los Colegios Profesionales también ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia comunitaria con el objeto de determinar la posible existencia de abusos de posición de dominio en el ejercicio de sus funciones.

En este sentido, destaca nuevamente la sentencia *Wouters* en la que el TJCE aplicó un test de posición de dominio colectiva a fin de valorar si los abogados colegiados ocupaban tal posición en el mercado holandés de servicios legales²⁹.

El TJCE llegó a una conclusión negativa, puesto que la abogacía en los Países Bajos estaba poco concentrada, era muy heterogénea y objeto de una gran competencia interna. En particular, el TJCE señaló que los abogados sólo obtenían el 60% del volumen de negocios en el sector de los servicios jurídicos de los Países Bajos, cuota de mercado que, habida cuenta el gran número de bufetes de abogados, no podía constituir por sí misma un índice decisivo de la existencia de una posición de dominio colectiva. Por otra parte, no existían vínculos estructurales entre los abogados colegiados que les permitiesen adoptar una misma línea de actuación que llevase a la supresión de las relaciones de competencia entre ellos.

Interesa destacar que el TJCE se apartó de las Conclusiones del Abogado General Léger, el cual no descartó la posibilidad de que los abogados pudiesen ocupar una posición de dominio colectiva en los Países Bajos³⁰. Así, recordó que la existencia de una dominancia colectiva requiere la presencia de factores de correlación entre empresas, ya sean de tipo estructural, legal o económico. En relación con los factores de tipo legal, señaló que éstos pueden derivarse de la existencia de un acuerdo, una decisión o una práctica concertada en el sentido del artículo 81.1 del Tratado CE que, una vez aplicada, puede tener como consecuencia que las empresas afectadas estén vinculadas en cuanto a su comportamiento en un mercado determinado.

A la luz de estas consideraciones, el Abogado General sugirió que los abogados en los Países Bajos podrían ocupar una posición de dominio colectiva debido a la existencia de vínculos estructurales y legales, tales como la pertenencia obligatoria a una entidad colectiva, cuya normativa en materia de precios, servicios o publicidad podía limitar significativamente en algunas ocasiones la competencia entre ellos. Tales normas podrían interpretarse

²⁹ *Wouters*, antes citada, considerandos 111 y ss.

³⁰ *Ibid.*, considerandos 145 y ss.

como decisiones de asociaciones de empresas que, una vez aplicadas, tendrían como consecuencia que los abogados se presentasen como una entidad colectiva respecto a sus competidores, a sus terceros contratantes y a los consumidores finales.

No obstante, y como ya se ha indicado, el TJCE no siguió esta interpretación y descartó, habida cuenta las características particulares del mercado de servicios jurídicos en los Países Bajos, tanto la relevancia de los vínculos legales en el sentido apuntado por el Abogado General, como la existencia de vínculos estructurales suficientes entre los abogados.

Parece pues deducirse de la sentencia *Wouters* que una posición de dominio colectiva en mercados caracterizados por un gran número de operadores requerirá la existencia de vínculos estructurales y no únicamente legales o económicos. A este respecto, la pertenencia a una entidad colectiva como un Colegio Profesional no se considerará como un vínculo estructural suficiente.

VI. CONCLUSIÓN

Los Colegios Profesionales, a pesar de las particularidades de sus funciones relativas a la ordenación y regulación de actividades profesionales, no escapan a la aplicación de las normas comunitarias de competencia y, en particular, al artículo 81.1 del Tratado CE.

No obstante, el análisis de las potenciales restricciones o limitaciones a la competencia que puedan plantearse en el ámbito de actuación de los Colegios Profesionales requiere la consideración de aspectos tales como el margen de maniobra reconocido por ley a los mismos, el grado de intervención pública en su proceso de toma de decisiones o su participación en la salvaguarda de intereses públicos. Estos aspectos pueden condicionar claramente no sólo la existencia de una restricción sancionable bajo el artículo 81.1 del Tratado CE, sino también la imputabilidad de la misma.

En cualquier caso, es predecible que el desarrollo cada vez más frecuente de prácticas profesionales transfronterizas, sobre las que los Colegios Profesionales siguen manteniendo potestades de regulación y control a nivel nacional, conlleve una mayor relevancia del Derecho comunitario de la competencia en este ámbito en el futuro.