CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. NIAL FENNELLY

presentadas el 6 de febrero de 1997 *

I — Introducción

1. La cuestión sometida al Tribunal de Justicia en el presente asunto procede de la Regione Lombardia [Región de Lombardía], en Italia. Esta Regione financia los servicios de asistencia social de carácter sanitario prestados por operadores de residencias de ancianos sin ánimo de lucro. La exclusión de este sistema de las residencias explotadas en régimen mercantil, unida al hecho de que las residencias sin ánimo de lucro sean, de forma necesaria, casi exclusivamente italianas, ¿tienen por efecto que el sistema sea contrario, en particular, al artículo 52 del Tratado? Esta es la principal cuestión planteada en una petición de decisión prejudicial dirigida a este Tribunal en el marco de un recurso interpuesto por una sociedad luxemburguesa y sus filiales italianas.

II — Marco jurídico y hechos

2. El Derecho italiano establece una distinción entre las actividades de asistencia social en general y las actividades de asistencia social de carácter sanitario. De conformidad con un Decreto de 8 de agosto de 1985, estas últimas están dirigidas, directa y fundamentalmente, a la protección de la salud de los ciudadanos a través de la prevención, la asistencia y la terapia física y psíquica. [1] Ello puede incluir la internación en estructuras protegidas de asistencia a ancianos enfermos que no pueden ser atendidos a domicilio. Cuando los servicios de asistencia sanitaria necesarios no pueden disociarse de los servicios de asistencia social de carácter general, las autoridades regionales pueden celebrar, dentro de los límites de las disponibilidades económicas del Fondo Sanitario Nazionale (Fondo Nacional de Salud; en lo sucesivo, «FSN»), conciertos con organismos públicos y, en su defecto, con entidades privadas que dispongan del personal y las instalaciones adecuadas para prestar dicha asistencia. Los costes se distribuyen entre el FSN y los organismos competentes en materia de asistencia social, en función de la proporción que representen, respectivamente, las prestaciones de asistencia sanitaria y las demás prestaciones de asistencia social en el conjunto de los servicios prestados. [2]

3. En el apartado 1 del artículo 5 de la Legge Regionale Lombardia (Ley de la Región de Lombardía) nº 1, de 7 de enero de 1986,

* Lengua original: inglés.

1 — Artículo 1 del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (Decreto del Presidente del Consejo de Ministros) de 8 de agosto de 1985, adoptado de conformidad con la Ley nº 833, de 23 de diciembre de 1978 (GURI nº 191, de 14 de agosto de 1985, p. 5727; en lo sucesivo, «Decreto»).

2 — Artículo 6 del Decreto. Los organismos competentes en materia de asistencia social, por lo que respecta al pago de los costes ordinarios de estancia en dichas residencias, son los municipios (véase el punto 8 *infra*).

sobre reorganización y programación de los servicios de asistencia social (en lo sucesivo, «Ley de 1986»), [3] se garantiza, de conformidad con el artículo 38 de la Constitución italiana, la libertad de todas las personas, asociaciones y otras entidades para realizar, en el marco de lo previsto en las disposiciones legales, actividades de asistencia social. De conformidad con los apartados 1, 2 y 5 del artículo 50 de la Ley de 1986, la apertura de una residencia —ya sea una residencia de ancianos o una estructura protegida— para ancianos o personas parcial o totalmente incapaces de llevar una vida autónoma está supeditada a la obtención de una autorización de la Provincia correspondiente. Los criterios aplicados para la concesión de la autorización en materia, por ejemplo, de número de empleados y sus cualificaciones, instalaciones con que deben contar y funcionamiento de la residencia, se definen en el Piano Regionale Socio Assistenciale (Plan Regional de Asistencia Social; en lo sucesivo, «PSA»). [4] El PSA establece asimismo, de conformidad con el apartado 3 del artículo 18 de la Legge Regionale Lombardia nº 39, de 11 de abril de 1980, sobre organización y funcionamiento de las unidades sociosanitarias locales (en lo sucesivo, «Ley de 1980»), [5] los requisitos para acceder al régimen de conciertos. En respuesta a una pregunta formulada por este Tribunal, Italia indicó que el PSA actualmente vigente [6] impone las mismas normas estructurales (en materia de higiene, prevención de incendios, calefacción, número máximo de internos por habitación, etc.) a todas las residencias de ancianos, si bien exige a las estructuras protegidas, que atienden a personas totalmente incapaces de llevar una vida autónoma, una dotación de auxiliares sanitarios, médicos y fisioterapeutas por número de pacientes superior a la exigida a las residencias de ancianos, que atienden a personas parcialmente discapacitadas. No obstante, dentro de cada una de estas dos categorías de residencias, los niveles de dotación de personal exigidos por la Ley son asimismo superiores en el caso de aquellas que celebran conciertos con arreglo a lo previsto en la Ley de 1980 que en el caso de las residencias excluidas del régimen de conciertos.

4. En los apartados 1 y 2 del artículo 12 de la Ley de 1986 se dispone que el PSA debe fijar los criterios exigibles para tener derecho a las prestaciones de asistencia social, estableciéndose además el principio de prioridad de las personas necesitadas y exigiéndose que los costes de los servicios prestados a otras personas sean soportados, total o parcialmente, por ellas mismas o por su municipio. [7] El artículo 59 trata sobre los requisitos de acceso a los servicios de asistencia social. El artículo 9 permite beneficiarse de dichos servicios de asistencia social a los ciudadanos italianos y a los extranjeros que residan en Lombardía, así como a los nacionales y extranjeros que, encontrándose de forma temporal en Lombardía, estén necesitados y requieran asistencia para la cual no puedan ser trasladados a su Región o Estado de origen.

3 — *Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia* nº 2, de 8 de enero de 1986, 1er suplemento.

4 — Apartado 3 del artículo 50 de la Ley de 1986.

5 — *Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia* nº 15, de 11 de abril de 1980, 3er suplemento. Este requisito figura en el apartado 4 del artículo 50 de la Ley de 1986, así como en los apartados 1 y 7 del artículo 18 de la Ley de 1980.

6 — PSA de 1988-1990, aprobado por el Consiglio Regionale della Lombardia (Consejo Regional de Lombardía) mediante el Decreto nº 871, de 23 de diciembre de 1987, modificado y prorrogado mediante el Decreto nº V/122, de 12 de febrero de 1991, y el Decreto nº V/1425, de 7 de marzo de 1995.

7 — En el apartado 3 del artículo 12 de la Ley de 1986 se define a las personas necesitadas tomando como referencia diversos factores, como la renta familiar, la incapacidad total o parcial para llevar una vida autónoma o el riesgo de marginación.

5. La Ley de 1980 regula la celebración de conciertos con entidades públicas y privadas para la prestación de servicios de asistencia sanitaria, incluidos los servicios de carácter sanitario. [8] Estos conciertos se celebran con las unidades sociosanitarias locales (Unitá Socio-sanitarie Locali; en lo sucesivo, «USSL»).

6. En el artículo 18 de la Ley de 1980 se establecen las condiciones en que deben celebrarse los conciertos de las USSL con entidades privadas. En el apartado 2 del artículo 18, en relación con el apartado 5 del artículo 18, se dispone que las asociaciones, fundaciones e instituciones privadas que deseen participar en la programación y organización de los servicios de las USSL deben obtener de la Regione, previa solicitud, la habilitación para suscribir conciertos con las USSL. El apartado 3 del artículo 18 supedita la obtención de dicha habilitación a: a) que las entidades de que se trate no persigan un fin lucrativo, [9] y b) que dispongan de niveles adecuados de servicio, cualificación del personal y estructuras organizativas y operativas, con arreglo a lo dispuesto en el PSA. [10] De conformidad con el apartado 10 del artículo 18, los conciertos se celebran por un plazo no superior a tres años, aunque renovable. En ellos se regulan las relaciones financieras con la entidad pública contratante, disponiéndose el pago mediante el reembolso por los servicios efectivamente prestados, sobre la base de tarifas preestablecidas dentro de los límites fijados en el PSA, pero que, en todo caso, deben cubrir los costes efectivamente soportados. Además, en el apartado 11 del artículo 18 se establece que los conciertos deben permitir al organismo contratante controlar los componentes de costes y la calidad de los servicios prestados al amparo de dichos conciertos.

7. En la región de Lombardia, cuatrocientas veinticinco del total de cuatrocientas treinta residencias de ancianos existentes han celebrado conciertos con las diferentes USSL de la región. [11] Del total de plazas residenciales disponibles, aproximadamente el 95 % corresponden a residencias concertadas (el 14,5 % en residencias públicas, y el resto en residencias privadas concertadas). [12]

8. La Regione financia los costes causados por los servicios de asistencia social con carácter sanitario (es decir, los costes de personal correspondientes a los empleados anteriormente mencionados) prestados en las residencias concertadas, aplicando una tarifa de reembolso máxima de 50.000 LIT por día por cada residente que no esté en condiciones de llevar una vida autónoma, independientemente de su situación económica. Por

8 — Los conciertos en materia de asistencia estrictamente sanitaria están contemplados en la Legge Regionale Lombardia n° 833, de 3 de diciembre de 1978.

9 — El PSA actualmente vigente define las entidades sin ánimo de lucro como aquellas que, con arreglo a sus Estatutos, no tienen fines de carácter económico ni distribuyen sus beneficios entre sus socios o accionistas.

10 — De conformidad con el apartado 9 del artículo 18 de la Ley de 1980, los conciertos deben contemplar la obligación de las entidades concertadas de prestar sus servicios a los grupos de población que en ellos se indiquen, así como de adecuar sus procedimientos de admisión de beneficiarios individuales a los establecidos para los servicios y estructuras públicas similares.

11 — Cifras citadas por las demandantes en el procedimiento principal, obtenidas del *Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia*, de 12 de enero de 1995, 3[er] suplemento extraordinario.

12 — Cifras citadas por las demandantes en el procedimiento principal, obtenidas del Progetto Obbiettivo Anziani Regione Lombardia, aprobado mediante Decreto n° 48808 del Consiglio Regionale, de 1 de marzo de 1994.

otra parte, en el marco de un régimen diferente de asistencia social, cuando se considera que los residentes ancianos se encuentran en estado de necesidad, sus gastos de estancia en residencias son reembolsados total o parcialmente, en función de los recursos financieros disponibles, por sus municipios de origen, independientemente de que la residencia en la que se encuentren haya celebrado o no conciertos con las USSL correspondientes. [13] Las demandantes en el procedimiento principal aseguran que, en el caso de las personas imposibilitadas de llevar una vida autónoma, los costes sanitarios de las residencias de ancianos, asumidos por la Regione en el caso de las residencias concertadas, ascienden aproximadamente a una tercera parte de los costes totales. [14]

9. Sodemare SA, una sociedad luxemburguesa, posee la totalidad del capital de una sociedad italiana, Anni Azzurri Holding SpA, la cual, a su vez, es titular de la totalidad del capital de una serie de sociedades que explotan residencias de ancianos, entre ellas Residenze Anni Azzurri Rezzato Srl. Esta última sociedad fue autorizada, mediante Decreto del Presidente de la Provincia de Brescia, para explotar una estructura protegida para personas incapaces de llevar una vida autónoma. [15] El 29 de abril de 1993, presentó una solicitud ante el Consiglio Regionale della Lombardia en la que pedía la habilitación para celebrar un concierto con la USSL correspondiente. Esta solicitud fue denegada, de conformidad con el dictamen negativo emitido por la USSL, mediante decisión del Consiglio Regional de 3 de diciembre de 1993, en la que se justificaba la denegación por el hecho de no tratarse de una entidad sin ánimo de lucro, tal como exige la letra a) del apartado 3 del artículo 18 de la Ley de 1980. [16] Las tasas de ocupación de las tres residencias gestionadas en Lombardía por Sodemare SA y sus filiales son del 45 % (en el caso de la Residenze Anni Azzurri Rezzato Srl), el 60 % y el 80 %, respectivamente. La tasa de ocupación de la residencia que poseen en la vecina Regione Piamonte (Región de Piamonte), en la que pueden obtenerse subvenciones públicas por los servicios de asistencia social de carácter sanitario, es del 90 %, mientras que, en 1995, la de las residencias concertadas de la región de Lombardía fue del 97,4 %. En el caso de las residencias concertadas de Lombardía, existen incluso listas de espera. En respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal, las demandantes indicaron que el 2 % de los residentes de sus residencias eran nacionales no italianos, y solían permanecer en las residencias durante períodos de entre uno y tres años. En torno al 10 % de las solicitudes de información recibidas cada año, cuyo número es mucho más elevado, procede de personas residentes en otros Estados miembros. En la vista, el Abogado de las demandantes señaló que, en el pasado, un nacional comunitario no italiano había permanecido en una de sus residencias durante un breve período de tiempo de convalecencia posoperatoria, y que se habían recibido varias solicitudes de información sobre dichas estancias de corta duración.

10. Las tres sociedades mencionadas interpusieron un recurso contra la Regione Lombar-

13 — Esta información fue facilitada por Italia en respuesta a una pregunta del Tribunal de Justicia.

14 — Esta estimación se basa en extrapolaciones realizadas a partir del coste diario medio de la asistencia residencial, calculado por ISTAT, así como en el presupuesto anual de gastos en subvenciones a la asistencia sanitaria en residencias del FSN. En el caso de Lombardía, la proporción así calculada de los costes sanitarios en los costes totales parece situarse por encima de un tercio.

15 — Decreto nº 728/20/92, de 3 de diciembre de 1992, adoptado al amparo de el artículo 50 de la Ley de 1986.

16 — Decisión nº 2157 del Consiglio Regionale della Lombardia; dictamen negativo nº 41 de la USSL, mediante Resolución nº 1976, de 7 de septiembre de 1993.

dia ante el Tribunale Regionale per la Lombardia (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional nacional»), en el que solicitaban la anulación de la decisión y del dictamen negativo, así como que se declarase inaplicable la letra a) del apartado 3 del artículo 18 de la Ley de 1980. La Fédération des Maisons de Repos Privés de Belgique ASBL (en lo sucesivo, «Femarbel») intervino en apoyo de las sociedades demandantes.

11. Mediante resolución de 2 de marzo de 1995, el órgano jurisdiccional nacional suspendió el procedimiento y dirigió al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en lo sucesivo, «Tratado»), una petición de decisión prejudicial. En su resolución, el órgano jurisdiccional nacional observaba que las sociedades demandantes, pese a ser rentables, operaban por debajo de su capacidad potencial. La tasa de ocupación de sus residencias es baja. Por ello, su cifra de negocios, integrada fundamentalmente por las tarifas abonadas por los residentes, se encuentra muy lejos de su nivel óptimo potencial. Además, el órgano jurisdiccional nacional señalaba que el artículo 18 de la Ley de 1980 tenía por efecto que la prestación de los servicios de asistencia social controvertidos (los de carácter sanitario) quedara reservada, fundamentalmente, a las sociedades sin ánimo de lucro. [17] Por último, «el hecho de reservar la financiación a las sociedades sin ánimo de lucro tiene como consecuencia que aquellas personas que utilizan los servicios de una sociedad con ánimo de lucro deben soportar una carga financiera que no recae sobre ellas en caso de solicitar el mismo servicio de una entidad sin ánimo de lucro».

17 — Este punto de vista se manifiesta con mayor nitidez en la segunda cuestión, que se refiere a toda una categoría de servicios reservada a las entidades sin ánimo de lucro.

12. El órgano jurisdiccional nacional sometió al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones:

«1) Si, conforme al artículo 190 del Tratado, debe considerarse contraria al Derecho comunitario una normativa nacional que carece completamente de motivación, a pesar de que regula una materia comprendida "en el ámbito de aplicación" de los Tratados comunitarios, con el resultado de que los órganos jurisdiccionales nacionales no aplicarán la norma nacional carente de motivación, únicamente en los casos en que —como parece suceder en el presente asunto— la norma nacional crea una situación de hecho ambigua, en la medida en que mantiene a los interesados en un estado de incertidumbre respecto a sus posibilidades de invocar el Derecho comunitario.

[Se trata de los casos en los que el Estado miembro tiene la "obligación" (que, según la Corte Costituzionale italiana, es una "obligación concreta": véase la sentencia de la Corte Costituzionale de [4 de julio] 11 de julio de 1989, nº 389, en el último párrafo del apartado 4) de eliminar de su ordenamiento jurídico interno las disposiciones incompatibles con el Derecho comunitario (en relación con dicha obligación de eliminación de normas, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 1988, Comisión/Italia, 104/86, Rec. p. 1799). El Tribunal comunitario se ha referido a esta obligación "en varias ocasiones"].

2) Si una norma nacional que reserva (de forma inmotivada) a las "sociedades" sin ánimo de lucro la prestación de toda una categoría de servicios, importantes, asimismo, desde el punto de vista económico, es contraria al artículo 58 del Tratado, en la medida en que introduce una distinción estricta entre sociedades con ánimo de lucro y sociedades sin ánimo de lucro.

3) Si los artículos 52, 58 y 59 del Tratado se oponen a una normativa nacional que obstaculiza el ejercicio de una actividad empresarial imponiendo a una empresa establecida en un Estado miembro determinado y que quiera establecerse en otro Estado miembro de conformidad con el Tratado la alternativa entre ejercer la misma actividad de manera no económica —adoptando en este caso formas jurídicas taxativamente indicadas, distintas de las exigidas a efectos del establecimiento— o —si pretende ejercer la actividad de manera económica— asumir el coste de prestaciones que debería soportar el servicio público de sanidad.

4) Si el artículo 59 del Tratado se opone a una normativa nacional que, de acuerdo con modalidades definidas por el ordenamiento interno, dirige a los usuarios de los servicios asistenciales —a los que el propio ordenamiento reconoce la libre elección de prestador— exclusivamente a empresas a las que, sólo en función de su forma jurídica, el Estado reembolsa los costes de las prestaciones sanitarias que toda empresa autorizada está obligada a dispensar, con la consecuencia de que, por un lado, se canaliza la demanda de servicios hacia determinados prestadores y, por otro, se priva al usuario de una real libertad de elección.

5) Si la letra f) del artículo 3 [18] y los artículos 5, 85 y 86, en relación, en su caso, con el artículo 90 del Tratado, se oponen a la normativa de que se trata que, a través del mecanismo previsto por el ordenamiento interno, permite:

a) solamente a las empresas que adoptan una forma jurídica determinada dispensar, sin costes a cargo de la empresa, prestaciones que completan los servicios que ofrecen mediante retribución;

b) a estas mismas empresas, presentarse en el mercado como una categoría de empresas que poseen características cualitativas y cuantitativas similares y, en consecuencia, son consideradas por los usuarios, en gran medida, como una entidad unitaria;

18 — La letra f) del artículo 3 del Tratado CEE es ahora la letra g) del artículo 3 del Tratado CE.

c) canalizar hacia las empresas a las que se refiere la letra b) la demanda de prestaciones de servicios en el sector de la asistencia a ancianos;

d) imponer a las empresas la obligación de dispensar, a su cargo, prestaciones que completan los servicios que ofrecen mediante retribución;

e) dar lugar a acuerdos que producen el efecto de imponer a las empresas que no participan en ellos la obligación de dispensar a su cargo prestaciones que completan los servicios ofrecidos, repercutiendo su coste en los usuarios;

f) obligar a transferir a estos últimos la carga económica de tales prestaciones, que son gratuitas cuando los usuarios utilizan los servicios de las empresas participantes en el acuerdo.»

III — Observaciones

13. Presentaron observaciones escritas las demandantes en el procedimiento principal, Femarbel, la República Italiana, el Reino de los Países Bajos y la Comisión. Presentaron observaciones orales las demandantes, Italia y la Comisión.

IV — Análisis

14. En primer lugar, examinaré la cuestión de la admisibilidad, planteada por Italia. A continuación, examinaré las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional en el orden anteriormente indicado. Con todo, por las razones que se expondrán, examinaré conjuntamente las cuestiones segunda y tercera.

A — *Admisibilidad*

15. Italia sostiene que procede declarar la inadmisibilidad de las cuestiones tercera, cuarta y quinta, ya que el órgano jurisdiccional nacional expuso motivos superficiales (en el caso de las cuestiones tercera y cuarta) o ningún motivo en absoluto (en el caso de la quinta cuestión) para justificar su petición de decisión prejudicial, remitiéndose, en cambio, a las alegaciones presentadas por las partes en el procedimiento principal, que no se reproducen en la resolución de remisión. Alega que esto impide a los Estados miem-

bros interesados formular observaciones. [19] No puedo aceptar este argumento. El motivo del órgano jurisdiccional nacional para plantear la tercera cuestión es similar al que subyace a la segunda cuestión, a saber, dilucidar si la concesión de ventajas a entidades sin ánimo de lucro constituye una restricción a la libertad de establecimiento de las entidades mercantiles. En su resolución de remisión, el órgano jurisdiccional nacional explica que la cuarta cuestión se refiere a los potenciales residentes establecidos en otros Estados miembros, cuya elección de residencia puede canalizarse hacia determinados prestadores debido a la mayor carga económica soportada por las personas que eligen sociedades mercantiles. Aunque el órgano jurisdiccional no proporcionó ningún otro motivo expreso para plantear la quinta cuestión, los requisitos enumerados en la propia cuestión, en relación con las circunstancias de hecho de este asunto, ponen de manifiesto la inquietud del órgano jurisdiccional nacional por lo que respecta a la eventual aplicación de las normas comunitarias sobre la competencia a la situación descrita.

B — *La primera cuestión*

16. De la resolución de remisión se desprende claramente que esta cuestión se refiere a medidas legislativas nacionales y, en particular, a las disposiciones de la Ley de 1980. [20] Tanto las demandantes en el procedimiento principal como el Gobierno italiano y la Comisión alegan que los Estados sólo están obligados a motivar los actos que afectan al ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho comunitario en el caso de las decisiones de alcance individual. Ahora bien, las demandantes alegan que las disposiciones de la Ley de 1980 constituyen una decisión de este tipo, ya que están dirigidas, en realidad, no al conjunto de la sociedad, sino al reducido número de personas que gestionan residencias de ancianos. Sustentan su tesis estableciendo una analogía con el párrafo cuarto del artículo 173 del Tratado.

17. La obligación de motivar las decisiones nacionales que afectan al ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho comunitario no resulta de extensión alguna del ámbito de aplicación del artículo 190 del Tratado, sino del principio general de Derecho comunitario, que se deriva de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, según el cual, en tales casos, los particulares deben disponer de recursos de carácter jurisdiccional. [21]

18. Importa distinguir entre las medidas legislativas de alcance general y las decisiones de ejecución que afectan a particulares. En mi opinión, imponer la obligación de motivar, en el momento de su adopción, cualquier

19 — Véase la sentencia de 1 de abril de 1982, Holdijk y otros (asuntos acumulados 141/81, 142/81 y 143/81, Rec. p. 1299), apartado 6.

20 — A lo largo de las presentes conclusiones, se entenderá por medidas nacionales todas aquellas medidas adoptadas por las autoridades públicas competentes de rango inferior al del propio Estado, como las autoridades regionales, provinciales o locales.

21 — Sentencia de 15 de octubre de 1987, Heylens y otros (222/86, Rec. p. 4097) apartados 14 y 15. Véanse también las sentencias de 19 de marzo de 1991, Comisión/Bélgica (C-249/88, Rec. p. I-1275), apartado 25; de 7 de mayo de 1991, Vlassopoulou (C-340/89, Rec. p. I-2357), apartado 22, y de 31 de marzo de 1993, Kraus (C-19/92, Rec. p. I-1663), apartado 40.

normativa nacional que pueda afectar, incluso potencialmente, al ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho comunitario, constituiría una intromisión injustificada e innecesaria en la competencia de los Estados miembros. La eventual infracción del Derecho comunitario por las medidas legislativas nacionales se determina con arreglo a criterios objetivos. Nada indica que este enfoque menoscabe la eficacia de la protección jurisdiccional.

19. La Ley de 1980 no constituye una decisión de alcance individual. La categoría de personas que gestionan residencias de ancianos en la región de Lombardía es una categoría abierta. [22] En efecto, el asunto que nos ocupa versa, en buena medida, sobre los requisitos exigibles para acceder a dicha categoría a los potenciales integrantes de la misma ya establecidos en otros Estados miembros.

20. Mi conclusión es que los Estados miembros no están obligados a exponer los motivos para la adopción de actos legislativos de alcance general, ni siquiera cuando dichos actos pueden afectar potencialmente al ejercicio de derechos conferidos por el Derecho comunitario.

22 — Véase el apartado 1 del artículo 5 de la Ley de 1986, basado en el artículo 38 de la Constitución italiana. En relación con la distinción entre categorías abiertas y cerradas en el marco del artículo 173 del Tratado, véanse, por ejemplo, las sentencias de 15 de julio de 1963, Plaumann/Comisión (25/62, Rec. p. 197), y de 7 de diciembre de 1993, Federmineraria y otros/Comisión (C-6/92, Rec. p. I-6357).

C — *Las cuestiones segunda y tercera*

La pertinencia del artículo 58 del Tratado

21. A la hora de decidir el modo de abordar estas cuestiones, es preciso aclarar el significado del artículo 58 del Tratado, única disposición invocada en la segunda cuestión y que aparece mencionada también en la tercera. En mi opinión, el artículo 58 se limita a definir el ámbito de aplicación personal del Capítulo 2 del Título III del Tratado. Esta disposición tiene por efecto equiparar, a efectos de la libertad de establecimiento, las sociedades, empresas y otras personas jurídicas, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo (en lo sucesivo denominadas, por regla general, «sociedades mercantiles»), a las personas físicas nacionales de los Estados miembros. [23] De este modo, las sociedades, empresas y otras personas jurídicas que no persigan un fin lucrativo no se benefician de la libertad de establecimiento. El artículo 58 no afecta al ámbito de aplicación material de dicha libertad. Tomando como ejemplo las circunstancias del presente asunto, las normas nacionales que tratan a las sociedades sin ánimo de lucro de forma diferente que a las personas físicas o las sociedades mercantiles no quedan excluidas, en virtud meramente del artículo 58, del ámbito de aplicación del Capítulo 2 del Título III del Tratado, si tienen por efecto restringir la libertad de establecimiento de estas últimas. De lo contrario, la mera exclusión de un categoría de personas jurídicas del amparo de

23 — Sentencia de 6 de noviembre de 1984, Fearon (182/83, Rec. p. 3677), apartado 8.

los derechos conferidos por el Tratado afectaría al alcance de los derechos de que efectivamente disfrutan otras categorías. A efectos del presente asunto, el artículo 58 no confiere derechos sustantivos diferentes de los que garantizan otras disposiciones del Capítulo 2 y, en particular, el artículo 52. Por tanto, me centraré exclusivamente, en esta parte de mi análisis, en responder a la tercera cuestión.

La pertinencia del artículo 59 del Tratado

22. La tercera cuestión se refiere a los artículos 52, 58 y 59 del Tratado. El establecimiento en un Estado miembro de una empresa o un trabajador por cuenta propia se determina en función del carácter permanente de sus actividades respecto de las de un prestador de servicios que sólo se desplaza con carácter temporal a otro Estado miembro para ejercer en él su actividad. El establecimiento se caracteriza por la participación de forma estable y continua de una empresa o un trabajador por cuenta propia en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen. [24] Por tanto, está claro que procede considerar que Sodemare y sus filiales, en la medida en que ejercen de forma permanente y continua una actividad económica a través de las residencias de ancianos que explotan en Lombardía, han ejercido su derecho de establecimiento en Lombardía, y que no se trata de personas que estén prestando sus servicios en Lombardía con carácter temporal desde otro Estado miembro, en este caso Luxemburgo. Por esta razón, para responder a esta cuestión consideraré únicamente los artículos 52 a 58 del Tratado. La eventual aplicación del artículo 59 del Tratado a las relaciones de Sodemare con sus residentes y potenciales residentes de Estados miembros distintos de Italia será objeto de examen en el marco de la cuarta cuestión. [25]

Los sistemas de asistencia social y el Tratado

23. Antes de continuar, procede examinar si el régimen de conciertos vigente en Lombardía está excluido, por el hecho de formar parte del sistema de asistencia social, del ámbito de aplicación de las citadas disposiciones del Tratado. Tanto el Gobierno italiano como el Gobierno neerlandés invocan la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Poucet y Pistre. [26] El Gobierno neerlandés, en particular, señala que la sentencia del Tribunal en el asunto Duphar y otros [27] confirma el principio según el cual el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para ordenar sus propios sistemas de Seguridad Social.

24. En la sentencia Höfner y Elser, [28] este Tribunal declaró que, en el contexto del

24 — Véase la sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165) apartados 25 a 27.

25 — Véase el punto 43 *infra*.

26 — Sentencia de 17 de febrero de 1993 (asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637).

27 — Sentencia de 7 de febrero de 1984 (238/82, Rec. p. 523).

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

Derecho de la competencia, 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. En el asunto Poucet y Pistre, dos entidades públicas sin ánimo de lucro reclamaron el pago de cotizaciones a los respectivos regímenes obligatorios de Seguridad Social que gestionaban. Los demandantes se opusieron a dichos apremios alegando que dicho sistema infringía el Derecho comunitario de la competencia, invocando su derecho a contratar un seguro privado equivalente. No obstante, el Tribunal reiteró el principio establecido en la sentencia Duphar, declarando que dichas entidades no ejercían una actividad económica. Según el Tribunal, el sistema de afiliación obligatoria resultaba indispensable tanto para la aplicación del principio de solidaridad como para la función de carácter exclusivamente social que desempeñaban dichos regímenes. En uno de los regímenes, esto se traducía en la redistribución de los ingresos y, en el otro, en la financiación de las pensiones de los trabajadores jubilados mediante las cotizaciones de los trabajadores activos, así como en la solidaridad entre los diferentes regímenes, ya que, en caso necesario, los excedentes se transfieren entre los distintos regímenes. Por lo que respecta a la cuantía de las cotizaciones y las prestaciones, la gestión concreta de los regímenes estaba regulada pormenorizadamente por la normativa legal. [29]

25. Aunque la sentencia Poucet y Pistre se refería expresamente a las normas sobre la competencia, está claro que su análisis tiene un alcance más general. En la sentencia García y otros, [30] el Tribunal hizo suyas las conclusiones del Abogado General Sr. Tesauro, según las cuales la Tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida no podía regular la materia de la Seguridad Social, [31] por haber sido adoptada «basándose en disposiciones del Tratado relativas a la consecución de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios (apartado 2 del artículo 57 y artículo 66)», mientras que «la materia relativa a la Seguridad Social [...] está encuadrada en otras disposiciones específicas». [32]

26. El principio de solidaridad desempeñó un papel esencial en los dos casos que acaban de citarse. En contraste con la sentencia Poucet y Pistre, el Tribunal ha declarado que una entidad con fines no lucrativos encargada de la gestión de un régimen complementario voluntario de seguro de vejez para los agricultores por cuenta propia, aunque establecido por la ley, en el que los elementos de solidaridad eran extremadamente limitados, ejerce una actividad económica en competencia con las compañías de seguros de vida. [33]

27. En consecuencia, los Estados miembros pueden organizar libremente sus sistemas de Seguridad Social, y «el hecho de que las

29 — En los puntos 62 a 64 de sus conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia de 14 de diciembre de 1995, Van Schijndel y Van Veen (asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, Rec. p. I-4705), el Abogado General aplicó el enfoque adoptado por el Tribunal en el asunto Poucet y Pistre a un régimen muy diferente. El Tribunal no se pronunció sobre esta cuestión.

30 — Sentencia de 26 de marzo de 1996 (C-238/94, Rec. p. I-1673), apartado 13.

31 — Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (Tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida; DO L 228, p. 1).

32 — Punto 9 de las conclusiones.

33 — Sentencia de 16 de noviembre de 1995, Fédération française des sociétés d'assurance y otros (C-244/94, Rec. p. I-4013).

instituciones de Seguridad Social sustituyan a los usuarios por lo que respecta al pago de los gastos médicos», de tal modo que dichas instituciones determinan, en buena medida, las posibilidades de comercialización de los medicamentos, «no puede considerarse, *en sí mismo*, como una restricción a la libertad de importación garantizada en el artículo 30 del Tratado, *siempre que se cumplan determinados requisitos*». [34]

28. Ello no significa, sin embargo, que los sistemas de asistencia social de los Estados miembros, organizados sobre la base de la solidaridad, puedan eludir el cumplimiento de las normas del Tratado. En la elección de los medicamentos cuyo coste es objeto de reembolso, los Estados miembros no pueden discriminar contra los productos importados. [35] En aplicación del mismo principio, las normas que determinan los laboratorios habilitados para el reembolso del coste de los análisis clínicos que realizan [36] o las sociedades que pueden concurrir a los concursos de suministro de sistemas informáticos para las autoridades públicas, incluido el sistema sanitario, deben excluir toda discriminación por razón de la nacionalidad, [37] al igual que las normas en materia de empleo aplicadas en dichos sistemas. [38] En la medida en que afecten al ejercicio de derechos conferidos por el Derecho comunitario [39] o impongan restricciones a la libertad de circulación, [40] las normas de aplicación de los sistemas nacionales de Seguridad Social relativas a las cotizaciones o las prestaciones no pueden discriminar por razón de la nacionalidad.

29. Esta muy variada jurisprudencia permite deducir algunos criterios generales a efectos de la aplicación del artículo 52 del Tratado. En primer lugar, la existencia de sistemas de previsión social creados por los Estados miembros sobre la base del principio de solidaridad no constituye, en sí misma, una actividad económica, de modo que cualquier restricción a la libre circulación de mercancías,

34 — Sentencia Duphar y otros, citada en la nota 27, apartados 16 y 20 (el subrayado es mío). Por razones similares, el Tribunal ha declarado que los cursos impartidos en el marco del sistema de educación nacional de un Estado miembro, establecido y mantenido por el Estado en cumplimiento de su misión para con la población en los ámbitos social, cultural y educativo y no con fines lucrativos, y financiado con cargo a los presupuestos públicos, y no por los alumnos o sus padres, no pueden calificarse como servicios a efectos del artículo 59 del Tratado (véanse las sentencias de 27 de septiembre de 1988, Humbel, 263/86, Rec. p. 5365, apartados 17 a 20, y de 7 de diciembre de 1993, Wirth, C-109/92, Rec. p. I-6447, apartado 15).

35 — Sentencias Duphar y otros, citada en la nota 27, apartados 16 y 21, y Comisión/Bélgica, citada en la nota 21, apartado 31.

36 — Sentencia de 12 de febrero de 1987, Comisión/Bélgica (221/85, Rec. p. 719), apartados 9 a 11.

37 — Sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia (C-3/88, Rec. p. 4035), apartados 2 y 9.

38 — Sentencia de 3 de junio de 1986, Comisión/Francia (307/84, Rec. p. 1725), relativa a la contratación de enfermeros y enfermeras en el sistema sanitario público; sentencia de 2 de julio de 1996, Comisión/Luxemburgo (C-473/93, Rec. p. I-3207), relativa a empleos en los sectores públicos de enseñanza y sanidad.

39 — Véanse las sentencias de 14 de enero de 1988, Comisión/Italia (63/86, Rec. p. 29), y de 14 de noviembre de 1995, Svensson y Gustavsson (C-484/93, Rec. p. I-3955), relativas al acceso a las prestaciones sociales de vivienda; la sentencia de 2 de febrero de 1989, Cowan (186/87, Rec. p. 195), relativa a las indemnizaciones públicas a las víctimas de delitos. En los tres asuntos, las autoridades públicas invocaron en su defensa los objetivos sociales o el hecho de que la normativa pertinente estuviera basada en el principio de solidaridad, sin que tales alegaciones prosperaran (véanse, respectivamente, los apartados 11, 13 y 16 de las sentencias).

40 — Por lo que respecta a la libre circulación de los trabajadores, el requisito de no discriminación por razón de la nacionalidad está contemplado específicamente en el artículo 51 del Tratado, pero el Tribunal lo ha aplicado también en relación con la libertad de establecimiento: véase la sentencia de 10 de julio de 1986, Segers (79/85, Rec. p. 2375), apartado 17, y las sentencias de 7 de julio de 1988, Stanton (143/87, Rec. p. 3877), y Wolf y otros (asuntos acumulados 154/87 y 155/87, Rec. p. 3897), en las cuales el Tribunal, en los apartados 10 de ambas sentencias, señaló que, aun cuando, a falta de una normativa comunitaria, los Estados miembros sigan siendo competentes para legislar en materia de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia, están obligados, en todo caso, a respetar la supresión de toda restricción a la libertad de establecimiento prescrita en el artículo 52 del Tratado.

servicios o personas inherente a los mismos no está sujeta a la aplicación de las disposiciones del Tratado. La solidaridad social consiste en el acto, intrínsecamente no mercantil, en virtud del cual un grupo social subsidia de forma involuntaria a otro. Las normas directamente relacionadas con la financiación de regímenes de este tipo tienen mayores probabilidades de quedar fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado en materia de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. Por ello, los objetivos sociales que persiguen sobre la base de la solidaridad pueden llevar a los Estados miembros a negar a los operadores privados el acceso a la totalidad o a una parte de las actividades integradas en los regímenes de Seguridad Social.

30. En segundo lugar, las relaciones de otras personas, en calidad de proveedores de bienes o prestadores de servicios, con estos sistemas de previsión social pueden, pese a todo, tener carácter económico. El Derecho comunitario exige que dichos sistemas respeten las normas del Tratado en la medida en que afecten a las actividades económicas de otras personas de un modo no esencial para la consecución de sus objetivos sociales. En los asuntos citados en el punto 28, las modalidades concretas de aplicación objeto de litigio podían someterse a las normas del Tratado en materia de libre circulación sin menoscabar el funcionamiento del sistema. Así, en la medida en que los Estados miembros recurran a operadores económicos privados en el marco de sus sistemas de Seguridad Social, subcontraten la provisión de determinadas prestaciones a estos operadores o subsidien las actividades de carácter social de los mismos, deben, en principio, respetar las normas del Tratado y, en particular, las relativas a la libertad de establecimiento.

31. En mi opinión, en el presente caso se aplican las normas del Tratado. Los costes en que incurren las residencias concertadas en relación con la prestación de servicios de asistencia social de carácter sanitario son reembolsados con cargo a fondos públicos sobre la base de la solidaridad entre el conjunto de la población y los miembros ancianos de la sociedad. Ahora bien, a diferencia de lo que sucedía en el asunto Poucet y Pistre, ni la financiación de este elemento del sistema de asistencia social ni las normas en materia de prestación de los servicios formalmente exigidas a las residencias concertadas se verían afectadas si las normas relativas a la habilitación para celebrar conciertos con las USSL estuvieran sometidas a las disposiciones del Tratado en materia de establecimiento. La autorización para explotar una residencia está supeditada al cumplimiento de determinadas normas en materia de cuidados, instalaciones y dotación de personal, definidas por las autoridades públicas, independientemente del carácter, mercantil o no, de su propietario. El carácter más estricto de las normas aplicables a las residencias concertadas en nada afecta a este extremo. Al margen de su obligación de cumplir estos requisitos legales básicos, las residencias concertadas no integradas en el sector público en sentido estricto están gestionadas de manera independiente. Además, procede observar que la asistencia sanitaria no es más que una parte de la actividad de estas residencias. Como queda dicho, los aspectos residenciales de su actividad están sujetos a un régimen de asistencia social diferente, basado en los ingresos, de manera que los residentes de las residencias concertadas que

se encuentran en estado de necesidad deben pagar la totalidad de los costes derivados de su estancia en ellas.

La existencia de discriminación

32. A continuación, examinaré la cuestión de si la limitación a las entidades privadas sin ánimo de lucro de la habilitación para celebrar conciertos con las USSL para la prestación de servicios de asistencia social con carácter sanitario, de conformidad con el apartado 3 del artículo 18 de la Ley de 1980, constituye una discriminación por razón de la nacionalidad incompatible con la libertad de establecimiento. A primera vista, se trata de una disposición neutra, habida cuenta de que no contiene ninguna referencia a la nacionalidad o (en el caso de las sociedades) al domicilio [41] de los propietarios de las residencias concertadas. Sin embargo, el principio de igualdad de trato, del cual el artículo 52 es una expresión concreta, no sólo prohíbe las discriminaciones patentes por razón de la nacionalidad, sino también cualquier forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de diferenciación, produzca, de hecho, el mismo resultado. [42] Este Tribunal ha observado en muchas ocasiones que, por lo que respecta a la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, los artículos 48, 52 y 59 del Tratado se basan en los mismos principios, y me remitiré a la jurisprudencia en todos estos ámbitos para identificar qué es lo que se entiende por discriminación encubierta o indirecta. [43]

33. En el asunto O'Flynn, [44] el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de examinar la variada tipología de circunstancias de hecho que, habiéndose planteado hasta entonces en la jurisprudencia del Tribunal, había considerado constitutivas de una discriminación indirecta contra los trabajadores por razón de la nacionalidad:

«18. En consecuencia, deben considerarse indirectamente discriminatorios los requisitos de Derecho nacional que, aunque se apliquen con independencia de la nacionalidad, afecten fundamentalmente [45] o en su mayor parte a los trabajadores migrantes, [46] así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes, [47] o incluso aquellos requisitos que puedan perjudicar particularmente a los trabajadores migrantes. [48]

41 — El domicilio de una sociedad, aunque en la mayoría de los casos indica su «nacionalidad», en algunas circunstancias puede resultar más fácilmente equiparable al lugar de residencia de las personas físicas, que puede ser motivo de distinción justificado, por ejemplo, en el ámbito del Derecho fiscal. Véase la sentencia de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia (270/83, Rec. p. 273), apartados 18 y 19.

42 — Sentencias de 29 de octubre de 1980, Boussac (22/80, Rec. p. 3427), apartado 9; de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, citada en la nota 37, apartado 8, y de 12 de abril de 1994, Halliburton (C-1/93, Rec. p. I-1137), apartado 15.

43 — Sentencias de 8 de abril de 1976, Royer (48/75, Rec. p. 497), apartado 23; de 20 de mayo de 1992, Ramrath (C-106/91, Rec. p. I-3351), apartado 17, y de 27 de junio de 1996, Asscher (C-107/94, Rec. p. I-3089), apartado 29.

44 — Sentencia de 23 de mayo de 1996 (C-237/94, Rec. p. I-2617). Las notas de la cita que sigue reproducen las remisiones a la jurisprudencia del texto original de la sentencia.

45 — Véanse las sentencias de 15 de enero de 1986, Pinna (41/84, Rec. p. 1), apartado 24; de 30 de mayo de 1989, Allué y Coonan (33/88, Rec. p. 1591), apartado 12, y de 21 de noviembre de 1991, Le Manoir (C-27/91, Rec. p. I-5531), apartado 11.

46 — Véanse las sentencias de 17 de noviembre de 1992, Comisión/Reino Unido (C-279/89, Rec. p. I-5785), apartado 42, y de 20 de octubre de 1993, Spotti (C-272/92, Rec. p. I-5185), apartado 18.

47 — Véanse las sentencias de 10 de marzo de 1993, Comisión/Luxemburgo (C-111/91, Rec. p. I-817), apartado 10, y de 4 de octubre de 1991, Paraschi (C-349/87, Rec. p. I-4501), apartado 23.

48 — Véanse las sentencias de 8 de mayo de 1990, Biehl (C-175/88, Rec. p. I-1779), apartado 14, y de 28 de enero de 1992, Bachmann (C-204/90, Rec. p. I-249), apartado 9.

19. Ello es así, salvo que dichas disposiciones estén justificadas por consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de los trabajadores afectados, y que sean proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional. [49]

20. Del conjunto de la citada jurisprudencia se desprende que, al menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido, una disposición de Derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales e implique por consiguiente el riesgo de perjudicar, en particular, a los primeros.

21. No es necesario comprobar, a este respecto, si la disposición controvertida afecta, en la práctica, a un porcentaje considerablemente más importante de trabajadores migrantes. Basta con comprobar que dicha disposición puede producir tal efecto. Debe añadirse que los motivos por los cuales un trabajador migrante decide hacer uso de su libertad de circulación dentro de la Comunidad no pueden ser tomados en consideración para apreciar el carácter discriminatorio de una disposición nacional. En efecto, la posibilidad de invocar una libertad tan fundamental como la libertad de circulación de las personas no puede ser limitada por tales consideraciones, de carácter puramente subjetivo.»

34. En materia de libertad de establecimiento, el Tribunal ha identificado como potencialmente discriminatoria cualquier norma que «puede perjudicar principalmente a los nacionales de otros Estados miembros», [50] así como las normas que «favorecen principalmente a sociedades» nacionales. [51] El Tribunal declaró que este último criterio se cumplía cuando una norma nacional favorecía a un tipo de sociedades de origen predominantemente nacional, aun cuando no todas las sociedades nacionales que ejercieran su actividad en el sector de que se tratara se beneficiaran de la medida controvertida. [52] Una variante de esta situación la constituye el caso en que las sociedades nacionales favorecidas se concentran en una determinada región del Estado miembro de que se trate. [53] Entre los criterios que se han identificado como potenciales fuentes de discriminación indirecta se encuentran el lugar de residencia de los trabajadores por cuenta propia o el lugar de establecimiento principal de las sociedades, [54] la propiedad estatal de las empresas, [55] y la posesión de cualificaciones otorgadas en un Estado miembro concreto equivalentes a las otorgadas en otro Estado

49 — Véanse, en este sentido, las sentencias Bachmann, citada en la nota 48, apartado 27; Comisión/Luxemburgo, citada en la nota 47, apartado 12, y de 2 de agosto de 1993, Allué y otros (asuntos acumulados C-259/91, C-331/91 y C-332/91, Rec. p. I-4309), apartado 15.

50 — Sentencia Asscher, citada en la nota 43, apartado 38.

51 — Sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, citada en la nota 37, apartado 9.

52 — Véase la sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, citada en la nota 37, en la que las sociedades italianas del sector de la informática no públicas estaban excluidas de la celebración de contratos con el Estado, al igual que las sociedades no italianas (véase, también, la sentencia de 25 de julio de 1991, Comisión/Países Bajos, C-353/89, Rec. p. I-4069, apartado 25).

53 — Sentencia de 3 de junio de 1992, Comisión/Italia (C-360/89, Rec. p. I-3401), apartados 8 y 9.

54 — Sentencias Halliburton, citada en la nota 42; de 13 de julio de 1993, Commerzbank (C-330/91, Rec. p. I-4017); de 11 de agosto de 1995, Wielockx (C-80/94, Rec. p. I-2493), y Asscher, citada en la nota 43.

55 — Sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, citada en la nota 37.

miembro. [56] No es la distinción entre entidades mercantiles y entidades sin ánimo de lucro en sí misma la que interesa en el presente asunto, sino más bien la cuestión de si el tipo de entidades favorecidas está integrado, predominantemente, por sociedades nacionales, y no por otros tipos de sociedades. En el supuesto de que un Estado miembro reservara un trato específico, favorable o desfavorable, a una o varias de las muchas formas jurídicas de empresas mercantiles pertenecientes a las grandes categorías de entidades con o sin personalidad jurídica, sociedades colectivas o comanditarias, públicas o privadas, de responsabilidad limitada o no, siempre que en la práctica supusieran un trato favorable para sus propios nacionales, estaría igualmente obligado a aportar una justificación objetiva.

35. El órgano jurisdiccional nacional observa, en su resolución de remisión, que el artículo 18 de la Ley de 1980 tiene por efecto, fundamentalmente, reservar la prestación de los servicios de asistencia sanitaria controvertidos a las sociedades sin ánimo de lucro, y que las residencias de las demandantes operan muy por debajo de su capacidad. Esta circunstancia tiene su reflejo en el escaso número de residencias de ancianos no concertadas de carácter mercantil que existen. Así pues, en mi opinión, esta normativa favorece necesariamente a las entidades nacionales. Es cierto que existen organizaciones caritativas internacionales y, posiblemente, algunas de ellas trabajen en el sector de la asistencia a los ancianos, pero «la caridad empieza por uno mismo», y la mayor parte de las iniciativas caritativas en este ámbito tienen lugar a nivel nacional, regional o local. Eso es lo que sucede, desde luego, en Lombardía, donde todas las residencias privadas concertadas son gestionadas por entidades establecidas en la región. En consecuencia, podemos suponer que las sociedades no italianas no están dispuestas a adoptar una forma societaria sin ánimo de lucro para poder operar en Lombardía. [57] Al igual que sucedía en el asunto O'Flynn, la validez de los fines de las sociedades mercantiles, en comparación con los que persiguen las sociedades sin ánimo de lucro, carece de toda relevancia. [58] Como hemos visto, también carece de importancia el hecho de que las sociedades mercantiles italianas no puedan celebrar conciertos con las USSL en Lombardía, o que las sociedades sin ánimo de lucro de otras regiones de Italia tal vez no se sientan más atraídas a establecerse en Lombardía que las sociedades de otros Estados miembros. [59]

Diferencias objetivas y justificación

36. «Según jurisprudencia reiterada, una discriminación consiste en aplicar reglas diferentes a situaciones comparables o aplicar la

56 — Sentencia de 28 de abril de 1977, Thieffry (71/76, Rec. p. 765). Así se desprende, implícitamente, de la sentencia del Tribunal de Justicia, que condenó la norma de que se trata como una restricción a la libertad de establecimiento, tras haber citado, en el apartado 13 de la sentencia, la letra b) del Título III del Programa General para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, adoptado por el Consejo el 18 de diciembre de 1961 en aplicación del artículo 54 del Tratado (DO 1962, p. 36), relativo a las discriminaciones indirectas. En sus conclusiones, el Abogado General Sr. Mayras calificó expresamente dicha norma de «discriminación encubierta».

57 — Esto es muy distinto de la alegación formulada por las demandantes en el procedimiento principal, según la cual el hecho de que las entidades sin ánimo de lucro no se beneficien de la libertad de establecimiento implica que cualquier sociedad no italiana que desee optar por dicha forma jurídica podría ser excluida de Italia. En efecto, al parecer, el Derecho italiano no plantea ningún obstáculo al establecimiento de sociedades extranjeras sin ánimo de lucro.

58 — Véase el apartado 21 de la sentencia, citada en la nota 44.

59 — Véanse las sentencias de 5 de diciembre de 1989 y de 3 de diciembre de 1992, Comisión/Italia, respectivamente citadas en las notas 37 y 53; estas sentencias han sido examinadas en el punto 34 *supra*.

misma regla a situaciones diferentes». [60] Una diferencia de trato entre dos grupos de sujetos pasivos «puede calificarse de discriminación en el sentido del Tratado, si no existe ninguna diferencia de situación objetiva que pueda justificar una diferencia de trato *en ese punto*». [61] En consecuencia, aunque existen diferencias evidentes entre las sociedades sin ánimo de lucro y las sociedades mercantiles, es necesario determinar si existen diferencias objetivas que justifiquen la diferencia de trato controvertida en el presente asunto. [62]

37. Por lo que respecta a la prestación de servicios de asistencia social de carácter sanitario financiados con fondos públicos, considero que las sociedades sin ánimo de lucro y las sociedades mercantiles pueden desempeñar la misma función. Ambas están obligadas, de conformidad con el artículo 50 de la Ley de 1986 y las condiciones más detalladas definidas en el PSA, a obtener una autorización para explotar residencias de ancianos. Estas disposiciones definen las normas en materia de cuidados e instalaciones exigidas a las residencias, independientemente de quién sea su propietario. En contra de lo alegado por Italia, carece de relevancia el hecho de que las residencias concertadas estén obligadas a respetar normas más estrictas en materia de dotación de personal sanitario. Aun en el caso de que una sociedad mercantil estuviera dispuesta a cumplir tales requisitos, estaría excluida de la admisión al régimen de conciertos. No se trata de un caso en el que existan diferencias objetivas entre las partes interesadas. Por el contrario, las diferencias relativas a las normas en materia de asistencia que deben cumplir las residencias concertadas y las no concertadas tienen su origen en el mismo régimen legal que ocasiona la discriminación. Además, dentro de determinados límites, los costes de asistencia sanitaria de las residencias concertadas se reembolsan en su totalidad. En ningún momento se ha sugerido que exista relación alguna entre los costes adicionales causados por la mayor dotación de personal y el reembolso. No existe ninguna diferencia sustancial entre la asistencia no sanitaria (esto es, residencial) que prestan las entidades mercantiles y las entidades sin ánimo de lucro, puesto que ambas están legalmente obligadas a desempeñar las mismas tareas y respetar las mismas normas, estando sujetas al mismo régimen de reembolso por lo que respecta a los residentes en estado de necesidad.

38. El Gobierno italiano pretendió justificar la diferencia de trato en razón de la solidaridad social, invocando, entre otros, el artículo 38 de la Constitución italiana, así como la

60 — Sentencia Wielockx, citada en la nota 54, apartado 17; sentencia Asscher, apartado 40.

61 — Sentencia Asscher, apartado 42 (el subrayado es mío), citada en la nota 43. Análogamente, una ventaja fiscal reservada a las sociedades con residencia fiscal en un Estado miembro puede ser discriminatoria con respecto a las sociedades establecidas en otros Estados miembros, ya que serán éstas normalmente las que hayan establecido también su residencia fiscal fuera del primero de los Estados, a no ser que pueda establecerse una diferencia objetiva pertinente entre ambas categorías (sentencia Commerzbank, citada en la nota 54, apartados 15 y 16).

62 — En la sentencia Comisión/Países Bajos, citada en la nota 52, el Tribunal de Justicia condenó como una restricción a la libre prestación de servicios una norma neerlandesa en virtud de la cual no se permitía a terceros obtener beneficios de la publicidad emitida por radio y televisión desde otros Estados miembros a los Países Bajos, pues ello obligaba a los organismos extranjeros de radiodifusión a adaptarse al modelo neerlandés. En aquella sentencia, el Tribunal observó que «para garantizar el pluralismo que desea mantener, el Gobierno neerlandés puede muy bien limitarse a elaborar el estatuto de sus propios organismos de manera apropiada» (apartado 42). Si bien esta afirmación refleja el principio según el cual los Estados miembros tienen mayor libertad para regular la actividad de las empresas establecidas en su territorio que la de las empresas que prestan sus servicios desde el extranjero, de cuya regulación en aras del interés general puede ocuparse el Estado miembro de establecimiento, ello no significa que una norma nacional que favorezca al sector de entidades sin ánimo de lucro no pueda constituir una restricción a la libertad de establecimiento.

facultad otorgada a las Regiones de restringir la participación en el régimen de conciertos a los organismos cuya principal prioridad consista en alcanzar objetivos sociales. De este modo, según el Gobierno italiano, los recursos públicos se destinan exclusivamente a financiar el coste básico de la asistencia sanitaria prestada a los ancianos en las residencias, sin que se desvíen recursos para proporcionar beneficios a los propietarios. En la vista, Italia se refirió a la función social tradicionalmente desempeñada por las instituciones caritativas religiosas, a las que se considera más comprometidas con la asistencia a los pobres que las sociedades mercantiles. Puesto que dichas instituciones no persiguen un fin lucrativo, las subvenciones proporcionadas por la Regione constituyen una importante fuente de financiación para ellas. Además, en su caso, los servicios sanitarios no pueden financiarse mediante los beneficios obtenidos en otros ámbitos de su actividad.

39. En mi opinión, el Gobierno italiano no ha conseguido demostrar que esté justificada la decisión de la Regione Lombardia de excluir a las residencias explotadas con carácter mercantil del reembolso de los costes de la asistencia sanitaria que prestan. En primer lugar, es preciso recordar que las residencias de carácter mercantil están autorizadas para prestar asistencia residencial a los ancianos, incluida la asistencia sanitaria controvertida, algo que, como subrayó Italia, está garantizado por la Constitución italiana. En segundo lugar, las normas más estrictas que, según se afirma, se imponen a las residencias concertadas, también serían aplicables a las residencias de carácter mercantil que fuesen admitidas al régimen de conciertos. En tercer lugar, nada impide a la Regione fijar la cuantía del reembolso de tal modo que se excluya todo componente de beneficio en sus prestaciones de servicios sanitarios, colocándolas así, a este respecto, en pie de igualdad con respecto a las residencias sin ánimo de lucro ya existentes. En efecto, esta exigencia parece recogida ya, de manera tácita, en los apartados 10 y 11 del artículo 18 de la Ley de 1980. Un planteamiento de este tipo sería más transparente y menos restrictivo del ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho comunitario que la simple exclusión del régimen de conciertos. Las residencias de carácter mercantil podrían seguir intentando obtener beneficios de los elementos puramente residenciales de su actividad o de los servicios sanitarios prestados a expensas de sus propios residentes. En cuarto lugar, la admisión de las sociedades mercantiles al régimen de conciertos no entrañaría la exclusión del sistema de las instituciones caritativas tradicionales.

La pertinencia del apartado 2 del artículo 90 del Tratado

40. Es preciso examinar brevemente la eventual aplicación del apartado 2 del artículo 90 del Tratado en el marco de una restricción a la libertad de establecimiento. Aun cuando se aceptara que el apartado 2 del artículo 90 permite establecer excepciones a todas las normas del Tratado, [63] e incluso si se consi-

63 — Véanse las sentencias de 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión (C-202/88, Rec. p. I-1223), apartado 12; de 10 de diciembre de 1991, Merci convenzionali porto di Genova (C-179/90, Rec. p. I-5889), apartado 27; de 19 de mayo de 1993, Corbeau (C-320/91, Rec. p. I-2533), apartado 14; véanse, asimismo, las sentencias de 10 de julio de 1984, Campus Oil y otros (72/83, Rec. p. 2727), apartado 19. Esta jurisprudencia se examina en las conclusiones del Abogado General Sr. Cosmas de 26 de noviembre de 1996, Comisión/Países Bajos, Italia, Francia y España (asuntos acumulados C-157/94, C-158/94, C-159/94 y C-160/94), en cuyos puntos 86 a 90 concluyó que el apartado 2 del artículo 90 se aplica a las normas del Tratado relativas a libre circulación de mercancías.

derase que las residencias concertadas son empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, no creo que con ello se alterase el resultado del análisis precedente. El apartado 2 del artículo 90 únicamente permite establecer excepciones en la medida en que la aplicación de las normas del Tratado impidan, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica conferida a las empresas de que se trata. En el punto 31 anterior, señalé que ni la financiación de la prestación de servicios de asistencia social de carácter sanitario en residencias de ancianos ni las normas en materia de asistencia formalmente exigidas a las residencias se verían afectadas por la aplicación, en la región de Lombardía, de las normas del Tratado en materia de libertad de establecimiento. En el punto 37, he indicado que, por lo que respecta al cumplimiento de la misión que les atribuye la Ley, no existe ninguna diferencia objetiva entre las residencias sin ánimo de lucro y las residencias de carácter mercantil que justifique la exclusión de las primeras del régimen de conciertos. En estas circunstancias, no se cumple el requisito para la aplicación del apartado 2 del artículo 90 del Tratado.

Conclusión por lo que respecta a las cuestiones segunda y tercera

41. En virtud del análisis precedente, mi conclusión es que restringir a las entidades privadas sin ánimo de lucro la habilitación para celebrar con las USSL conciertos para la prestación de servicios de asistencia social de carácter sanitario constituye una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad y, en consecuencia, es una restricción prohibida a la libertad de establecimiento.

D — *La cuarta cuestión*

42. Para poder responder a la cuarta cuestión, es preciso determinar si las demandantes en el procedimiento principal pueden invocar las disposiciones del Tratado en materia de libre prestación de servicios. En mi opinión, no pueden.

43. De la sentencia Alpine Investments, entre otras, se desprende claramente que «el derecho a la libre prestación de servicios puede ser invocado por una empresa con respecto al Estado en el que esté establecida, siempre que los servicios se presten a destinatarios establecidos en otro Estado miembro». [64] Esta postura en modo alguno se contradice con la afirmación efectuada en la sentencia Gebhard, según la cual «las disposiciones del capítulo referente a los servicios son subsidiarias respecto a las del capítulo relativo al derecho de establecimiento». [65] Esta última proposición, que tiene su reflejo en la opinión que he expresado en el punto 22 de las presentes conclusiones, pone de

64 — Sentencia de 10 de mayo de 1995 (C-384/93, Rec. p. I-1141), apartado 30; véanse también las sentencias de 13 de diciembre de 1989, Corsica Ferries France (C-49/89, Rec. p. 4441), apartados 10 y 11; de 17 de mayo de 1994, Corsica Ferries Italia (C-18/93, Rec. p. I-1783), apartado 30; de 14 de julio de 1994, Peralta (C-379/92, Rec. p. I-3453), apartado 48, y de 5 de octubre de 1994, Comisión/Francia (C-381/93, Rec. p. I-5145), apartado 14.

65 — Sentencia citada en la nota 24, apartado 22.

manifiesto que no puede reputarse que una empresa a la que se considera establecida en un Estado miembro distinto de su Estado de origen presta servicios, simultáneamente, en el primero de dichos Estados. Ahora bien, sí puede, desde dicho Estado, prestar servicios en un tercer Estado miembro o a residentes del mismo (e incluso del Estado miembro de origen), en cuyo caso se aplicarán los artículos 59 y 60.

44. No obstante, no considero que las actividades de las demandantes constituyan una prestación de servicios a personas establecidas en Estados miembros distintos de Italia. Las demandantes en el procedimiento principal afirmaron que el 2 % de sus residentes son nacionales no italianos, que tienden a permanecer durante períodos de entre uno y tres años, mientras que en torno al 10 % de las solicitudes de información recibidas cada año proceden de personas residentes en otros Estados miembros. Sostienen que prestan servicios equivalentes a los de un hotel y que las personas que residen en otros Estados miembros tienen el derecho, conferido por el Derecho comunitario, de viajar a Italia para beneficiarse de dichos servicios. [66] Ahora bien, no considero que esta analogía sea convincente, ya que la duración de la estancia de los residentes en las residencias de las demandantes es normalmente mucho más prolongada que en el caso de los hoteles.

66 — Sentencia de 31 de enero de 1984, Luisi y Carbone (asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec. p. 377), apartado 10.

45. En la sentencia Debauve y otros, [67] este Tribunal declaró que «las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios no pueden aplicarse a las actividades en las que todos los elementos importantes se limiten a un único Estado miembro». [68] En la sentencia Steymann, [69] el Tribunal declaró que «de los propios términos del artículo 60 resulta que una actividad ejercida con carácter permanente, o, en todo caso, sin límite previsible de duración no puede estar comprendida en el ámbito de las disposiciones comunitarias relativas a las prestaciones de servicios. Por el contrario, dichas actividades pueden pertenecer al ámbito de aplicación, según los casos, de los artículos 48 a 51 y 52 a 58 del Tratado.» El Tribunal concluía que «los artículos 59 y 60 del Tratado no son aplicables a la situación de un nacional de un Estado miembro que se traslada al territorio de otro Estado miembro y establece en él su residencia principal, con el fin de prestar *o recibir* servicios por un tiempo indefinido». [70]

46. No veo razón alguna para apartarse de esta jurisprudencia. En primer lugar, refleja fielmente el tenor del artículo 59 del Tratado, que se refiere a los prestadores de servicios «establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación». Sólo se permiten excepciones a este requisito literal en la medida en que no todos

67 — Sentencia de 18 de marzo de 1980 (52/79, Rec. p. 833).

68 — Apartado 9 de la sentencia (véase también la sentencia de 26 de febrero de 1991, Comisión/Francia, C-154/89, Rec. p. I-659, apartado 9). En el punto 14 de sus conclusiones presentadas en el asunto Cowan, citado en la nota 39, el Abogado General Sr. Lenz afirmó que «la única condición, a este respecto, [es que] el prestador y el destinatario de servicios no residan en el mismo lugar».

69 — Sentencia de 5 de octubre de 1988 (196/87, Rec. p. 6159), apartado 16.

70 — Apartado 17 de la sentencia, reiterado en el fallo (el subrayado es mío).

los elementos importantes de la actividad de que se trate se concentren en un único Estado miembro, como cuando una persona presta servicios de duración limitada en un Estado miembro distinto del Estado en el que está establecida a un destinatario establecido en el mismo Estado que el prestador. [71] Con ello, se preserva el elemento de «"intercambio" por encima de las fronteras de "productos" que no son "mercancías"». [72]

47. En segundo lugar, sería contrario al carácter subsidiario del capítulo del Tratado relativo a los servicios con respecto a los capítulos relativos a los trabajadores y la libertad de establecimiento, enunciado en el artículo 60, el hecho de que las personas que han ejercido su libertad de circulación con arreglo a estas últimas disposiciones continúen siendo consideradas destinatarias de servicios en el Estado miembro al que se han trasladado. Es cierto que los nacionales de un Estado miembro que se trasladan de forma permanente o por tiempo indefinido a otro Estado miembro, pero que no son económicamente activos (como resulta muy probable en el caso de los residentes de las residencias de los demandantes) no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de los artículos 48 a 51 o 52 a 58 del Tratado. No obstante, aunque el Abogado General Sr. Lenz se refirió, en la sentencia Comisión/Francia, [73] a la necesidad de evitar las lagunas, sería anómalo que dichas personas fueran consideradas destinatarias de servicios, mientras que no lo son los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia cuya residencia en el Estado miembro de que se trata es igualmente permanente o indefinida. [74] De lo contrario, el derecho de los residentes permanentes a invocar las disposiciones del Tratado en materia de libre prestación de servicios en su condición de destinatarios dependería de si la persona de que se trate ejerce una actividad económica o no, con lo que podría variar a lo largo del tiempo, incluso en el caso de una misma persona.

48. Así pues, es inherente al concepto de prestación de servicios del Tratado el que el período de residencia de los destinatarios en otro Estado miembro deba ser temporal o predeterminado, y no permanente o indefinido. [75] A efectos prácticos, esto sólo puede

71 — Sentencia de 26 de febrero de 1991, Comisión/Francia, citada en la nota 68, apartados 7 y 10.

72 — Esta amplia definición de los servicios la propuso el Abogado General Sr. Lenz en el punto 13 de sus conclusiones en el asunto Cowan, citado en la nota 39, y en el punto 17 de sus conclusiones presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia de 26 de febrero de 1991, Comisión/Francia, citada en la nota 68.

73 — Sentencia de 26 de febrero de 1991, citada en la nota 68, punto 19.

74 — No obstante, una persona que no sea económicamente activa puede fijar su residencia permanente en un Estado miembro distinto del suyo, siempre que cumpla los requisitos establecidos en la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia (DO L 180, p. 26) o en la Directiva 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional (DO L 180, p. 28). Entretanto, el artículo 8 A del Tratado, insertado mediante el Tratado de la Unión Europea, ha establecido un derecho de residencia para los ciudadanos de la Unión.

75 — El requisito, establecido en el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios (DO L 172, p. 14; EE 06/01, p. 132), de que los Estados miembros expidan un permiso de residencia para acreditar el derecho de residencia de las personas que presten o sean destinatarias de servicios cuando la duración de la prestación sea superior a tres meses, pone de manifiesto que el período durante el cual permanece en un Estado miembro un destinatario de servicios no tiene por qué ser desdeñable, si bien no afecta a la conclusión a que se ha llegado en las presentes conclusiones, según la cual, en todo caso, para poder acogerse a las disposiciones del Tratado en materia de prestación de servicios, la residencia debe tener carácter temporal o un límite predeterminado. Véase también el artículo 1 de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (DO 1964, 56, p. 850; EE 05/01, p. 36).

apreciarse, en todo caso en las circunstancias del presente caso, a partir de la naturaleza del «producto» que se ofrece. En el presente asunto, todos los elementos importantes de la actividad de las demandantes se concentran en Italia. El único elemento transfronterizo consiste en la nacionalidad no italiana de algunos de los residentes y potenciales residentes. No obstante, cabe suponer, en principio, que una persona que se traslada de un Estado miembro a otro para retirarse a una residencia de ancianos lo hace con carácter permanente o por tiempo indefinido, aun cuando posteriormente cambie de opinión y regrese a su Estado de origen. [76] Este planteamiento resulta especialmente convincente cuando quien invoca las disposiciones del Tratado en materia de prestación de servicios es el prestador de los pretendidos servicios, que los ofrece al mundo entero sin acreditar la existencia previa de un destinatario determinado, [77] y no un destinatario concreto, que podría estar en condiciones de aportar pruebas, en su propio caso, de sus planes de estancia meramente temporal. En la vista, las demandantes en el procedimiento principal se refirieron a un nacional comunitario no italiano que había permanecido con carácter declaradamente temporal en una de sus residencias en Lombardía, con el fin de convalecer de una operación quirúrgica. No obstante, todo indica que lo que ofrecen las demandantes es fundamentalmente alojamiento residencial a ancianos con carácter indefinido o permanente. No considero que sea procedente ampliar el alcance del presente análisis examinando casos aislados, como el que acaba de mencionarse, a los que no hizo referencia el órgano jurisdiccional nacional en su resolución de remisión.

49. Mi conclusión es que las demandantes en el procedimiento principal no tienen derecho a invocar las disposiciones del Tratado en materia de libre prestación de servicios.

E — *La quinta cuestión*

50. Los artículos 85 y 86 del Tratado, en relación con el artículo 5, obligan a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, ni siquiera legales, que puedan anular la eficacia de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas. [78] Ni en la resolución de remisión ni en los autos que obran en poder de este Tribunal hay ningún elemento que indique que las sociedades públicas y sin ánimo de lucro que han celebrado conciertos con USSL para explotar

76 — Esto coincide con la postura adoptada por el Abogado General Sr. Lenz en los puntos 28 y 29 de sus conclusiones en la sentencia Cowan, citada en la nota 39, en la que se inclinó a favor de un razonamiento *ex ante*, en virtud del cual la condición de destinatario del servicio se determina al inicio del viaje, en lugar de una consideración *ex post*, centrado en los servicios efectivamente recibidos.

77 — Véase la sentencia Alpine Investments, citada en la nota 64, apartado 19.

78 — Sentencia de 17 de octubre de 1995, DIP y otros (asuntos acumulados C-140/94, C-141/94 y C-142/94, Rec. p. I-3257), apartado 14. Respecto al artículo 85 del Tratado, véanse, también, las sentencias de 21 de septiembre de 1988, Van Eycke (267/8, Rec. p. 4769), apartado 16; de 17 de noviembre de 1993, Reiff (C-185/91, Rec. p. I-5801), apartado 14, y de 9 de junio de 1994, Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft (C-153/93, Rec. p. I-2517), apartado 14; respecto al artículo 86, véase la sentencia de 16 de noviembre de 1977, GB-Inno-BM (13/77, Rec. p. 2115), apartado 31.

residencias de ancianos en la región de Lombardía hayan participado en acuerdos entre empresas o prácticas concertadas contrarias al artículo 85 del Tratado, o que permita inferir la existencia de tales acuerdos o prácticas a partir de las normas objeto del presente asunto. [79] Por tanto, no cabe sostener que la Regione Lombardia impone o favorece dichos acuerdos entre empresas o prácticas concertadas o refuerza los efectos de tales prácticas. Además, nada indica que la Regione despojara a su propia normativa del carácter legislativo, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones. [80] Por lo que respecta al artículo 86 del Tratado, nada indica que empresa alguna ocupe una posición dominante en una parte sustancial del mercado común. [81]

51. El Tribunal ha señalado que el mero hecho de crear una posición dominante mediante la concesión de derechos especiales o exclusivos a efectos del apartado 1 del artículo 90 del Tratado, como tal, no es incompatible con el artículo 86 del Tratado. [82] No obstante, la mera existencia de un monopolio puede constituir un abuso de posición dominante cuando es patente que la empresa a la que se ha conferido dicho derecho exclusivo no puede satisfacer la demanda existente en el mercado relevante, en perjuicio de quienes pretenden acceder al servicio de que se trata. [83] Ahora bien, aun cuando se considerara que la celebración de conciertos con USSL en la región de Lombardía constituye una concesión de derechos especiales a efectos del apartado 1 del artículo 90 del Tratado, en el presente asunto no se ha acreditado que exista un abuso circunstancial como ése. En el marco de un régimen de asistencia social, la plena utilización de la capacidad residencial disponible en las residencias concertadas, unida a la existencia de listas de espera en algunas zonas, puede ser más un indicio de los limites inherentes al gasto público que de la incapacidad para atender la demanda del mercado (en la medida en que esta expresión tenga algún significado en relación con la prestación de servicios financiados con fondos públicos). En la pequeña parte del mercado de residencias de ancianos en que los servicios de asistencia social de carácter sanitario no se financian con cargo a fondos públicos, parece que existe libre competencia, lo que permite satisfacer cualquier demandada adicional con cargo a fondos privados.

52. Mi conclusión es que las circunstancias descritas en la quinta cuestión no constituyen una infracción de la letra g) del artículo 3 ni de los artículos 5, 85, 86 o 90 del Tratado.

79 — Sentencias Reiff, apartado 15 y Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft, citadas en la nota 78.

80 — Sentencias Van Eycke, apartado 15; Reiff, apartado 14 y Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft, apartado 14, citadas en la nota 78.

81 — Para que exista una posición dominante colectiva, es preciso, con arreglo a las sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 1994, Almelo y otros (C-393/92, Rec. p. I-1477), apartado 42, y DIP y otros, citada en la nota 78, apartado 26, que las empresas del grupo de que se trate estén suficientemente ligadas entre sí como para adoptar una misma línea de acción en el mercado, algo que no ha sido acreditado en el presente caso. En el apartado 27 de la sentencia DIP y otros, el Tribunal declaró que un rasgo característico de la existencia de una posición dominante colectiva es el hecho de que los operadores no compitan entre sí, lo que no se ha demostrado que suceda en el caso de las residencias concertadas de la Regione Lombardia.

82 — Sentencias de 3 de octubre de 1985, CBEM (311/84, Rec. p. 3261), apartado 17, y Höfner y Elser, citada en la nota 28, apartado 29.

83 — Sentencia Höfner y Elser, citada en la nota 28, apartados 30 y 31.

V — Conclusión

53. En virtud del análisis precedente, propongo al Tribunal de Justicia que resuelva del siguiente modo:

«1) Los Estados miembros no están obligados a exponer los motivos para la adopción de actos legislativos de alcance general, ni siquiera cuando dichos actos pueden afectar potencialmente al ejercicio de derechos conferidos por el Derecho comunitario.

2) Una disposición nacional que reserva a las entidades privadas sin ánimo de lucro la habilitación para celebrar conciertos con las autoridades locales de Seguridad Social para la prestación de servicios de asistencia social de carácter sanitario financiados con cargo a fondos públicos constituye, cuando es muy probable que dichas entidades sin ánimo de lucro estén establecidas en el Estado miembro de que se trata, una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad y, en consecuencia, es una restricción a la libertad de establecimiento.

3) Las demandantes en el procedimiento principal no pueden invocar las disposiciones del Tratado en materia de libre prestación de servicios.

4) La normativa nacional controvertida en el procedimiento principal no constituye una infracción de la letra g) del artículo 3 ni de los artículos 5, 85, 86 o 90 del Tratado.»