SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta) de 23 de abril de 1991 *

En el asunto C-41/90,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, por el Oberlandesgericht München (República Federal de Alemania), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

Klaus Höfner y Fritz Elser

y

Macrotron GmbH,

una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 7, 55, 56, 59, 86 y 90 del Tratado CEE,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

integrado por los Sres.: G. F. Mancini, Presidente de Sala; T. F. O'Higgins, C. N. Kakouris, F. A. Schockweiler y P. J. G. Kapteyn, Jueces;

Abogado General: Sr. F. G. Jacobs
Secretario en funciones: Sr. V. Di Bucci, administrador

consideradas las observaciones presentadas:

— en nombre del Dr. K. Höfner y del Sr. F. Elser, por el Dr. Joachim Müller, Abogado de Munich, y por el Pr. Dr. Volker Emmerich, Profesor de Derecho de la Universidad de Bayreuth;

* Lengua de procedimiento: alemán.

— en nombre de Macrotron, por el Sr. Holm Tippner, Abogado de Munich;

— en nombre del Gobierno alemán, por el Dr. Ernst Röder, Regierungsdirektor del Ministerio Federal de Economía, en calidad de Agente;

— en nombre de la Comisión, por el Sr. Étienne Lasnet, Consejero Jurídico, y por el Dr. Bernhard Jansen, miembro del Servicio Jurídico, en calidad de Agentes;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales de los Sres. Höfner y Elser, de Macrotron GmbH, del Gobierno alemán y de la Comisión, en la vista de 13 de noviembre de 1990;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 15 de enero de 1991;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante resolución de 31 de enero de 1990, recibida en el Tribunal de Justicia el 14 de febrero siguiente, el Oberlandesgericht München planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, cuatro cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los artículos 7, 55, 56, 59, 60, 66, 86 y 90 del Tratado CEE.

2 Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre los Sres. Höfner y Elser, asesores de selección de personal, y Macrotron GmbH, sociedad alemana con domicilio social en Munich. El litigio se refiere a los honorarios reclamados a esta sociedad por Höfner y Elser, en virtud de un contrato según el cual estos últimos debían asistir a aquélla en la selección de un director para el servicio de ventas.

3 El mercado de trabajo está regulado en Alemania por la Arbeitsförderungsgesetz (Ley de Fomento del Empleo; en lo sucesivo, «AFG»). Según su artículo 1, las medidas adoptadas con arreglo a la AFG están destinadas, en el marco de la política económica y social del Gobierno federal, a conseguir y mantener un alto nivel de empleo, a mejorar la estructura del mercado del empleo y, por ello, a fomentar el crecimiento económico. El artículo 3 confía la realización de este objetivo general, establecido en el artículo 2, al Bundesanstalt für Arbeit (Instituto Federal de Empleo; en lo sucesivo, «BA»), cuya actividad consiste esencialmente, por un lado, en poner a los demandantes de empleo en contacto con los empresarios y, por otro, en gestionar los subsidios de desempleo.

4 El BA desarrolla la primera de las actividades mencionadas, definida en el artículo 13 de la AFG, con carácter de monopolio, que le ha sido conferido a este efecto en virtud del artículo 4 de la AFG (en lo sucesivo, «monopolio de colocación»).

5 Sin embargo, el artículo 23 de la AFG prevé una excepción al monopolio de colocación. En efecto, el BA en casos excepcionales y después de consultar a las asociaciones de trabajadores y de empresarios interesadas, puede encargar la colocación en determinadas profesiones a otras instituciones o personas. No obstante, las actividades de éstas siguen sometidas al control del BA.

6 Según los artículos 20 y 21 de la AFG, el BA ejercita su monopolio de colocación de manera imparcial y gratuita. El artículo 167 del Título sexto de la AFG, relativo a los recursos económicos que permiten al BA ejercer sus actividades de esta manera, autoriza a este organismo a percibir aportaciones de los empresarios y trabajadores.

7 El Título octavo de la AFG contiene disposiciones en materia de sanciones y multas. El artículo 228 dispone que toda actividad de colocación contraria a las disposiciones de la AFG podrá ser sancionada con una multa.

8 A pesar de la existencia de este monopolio de colocación del BA, se ha desarrollado en Alemania una actividad específica de selección y colocación respecto de

los ejecutivos y directivos de empresas. Esta actividad es ejercida por asesores en materia de selección de personal que asisten a las empresas en materia de política de personal.

9 El BA ha reaccionado de dos maneras. En primer lugar, decidió crear en 1954 una oficina especial encargada de la colocación de personas altamente calificadas para funciones de dirección de empresas. En segundo lugar, publicó Circulares en las que, en el marco de un acuerdo celebrado entre el BA, el Ministerio Federal de Trabajo y diversas asociaciones profesionales, se declaró dispuesta a tolerar determinadas actividades de los asesores en materia de selección de personal respecto a los ejecutivos y directivos de empresas. Esta actitud de tolerancia se refleja también en el hecho de que el BA no ha entablado sistemáticamente acciones judiciales, con arreglo al artículo 228 de la AFG, contra los asesores en materia de selección de personal por las actividades de éstos.

10 Aunque las actividades de los referidos asesores gocen de cierta tolerancia por parte del BA, no es menos cierto que todo acto jurídico que infrinja una prohibición legal es nulo en virtud del artículo 134 del Código civil alemán y que, con arreglo a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales alemanes, esta prohibición se aplica a las actividades de colocación realizadas infringiendo las normas de la AFG.

11 El litigio principal se refiere a la compatibilidad del contrato de selección, celebrado entre Höfner y Elser, por una parte, y Macrotron por otra, con las disposiciones de la AFG. En cumplimiento de sus obligaciones contractuales, Höfner y Elser presentaron a Macrotron un candidato para la función de director del servicio de ventas. Se trataba de un nacional alemán que, según los referidos asesores, era perfectamente indicado para ocupar el puesto de que se trataba. Sin embargo, Macrotron decidió no contratar a dicho candidato y se negó a pagar los honorarios estipulados en el contrato.

12 A raíz de esta actitud Höfner y Elser demandaron a Macrotron ante el Landgericht München I para obtener el pago de los honorarios convenidos. El Landgericht desestimó su demanda mediante sentencia de 27 de octubre de 1987. Los interesados apelaron contra esta sentencia ante el Oberlandesgericht München, que consideró que el contrato controvertido era nulo en virtud del artículo 134 del

Código civil alemán, por infringir el artículo 13 de la AFG. No obstante, este órgano jurisdiccional consideró que la resolución del litigio dependía en definitiva de la interpretación del Derecho comunitario y, por consiguiente, planteó las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) La actividad realizada por asesores en materia de selección de personal, consistente en proporcionar personal directivo a las empresas, ¿constituye una prestación de servicios en el sentido del apartado 1 del artículo 60 del Tratado CEE y está relacionada con el ejercicio del poder público, en el sentido de los artículos 66 y 55 del Tratado CEE?

2) La prohibición absoluta prevista en los artículos 4 y 13 de la AFG (Ley de fomento del empleo), de colocar personal directivo en empresas, a través de empresas alemanas de selección de personal, ¿es una normativa profesional justificada por el interés general o un monopolio justificado por razones de orden público y seguridad (artículos 66 y 56, apartado 1, del Tratado CEE)?

3) ¿Puede invocar los artículos 7 y 59 del Tratado CEE un asesor alemán en materia de selección de personal para la colocación de alemanes en empresas alemanas?

4) Considerando lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 90 del Tratado CEE, ¿está vinculado el Bundesanstalt für Arbeit (Instituto Federal de Empleo), en lo que respecta a la actividad de colocación de personal directivo de empresa, por las disposiciones del Tratado CEE y, en especial, por el artículo 59 de éste? y ¿constituye el monopolio de colocación de personal directivo de empresa una explotación abusiva de una posición dominante en el mercado, en el sentido del artículo 86 del Tratado CEE?»

13 Para una más amplia exposición del marco jurídico y de los antecedentes del litigio principal, del desarrollo del procedimiento y de las observaciones escritas presentadas, esta Sala se remite al informe para la vista. En lo sucesivo sólo se hará referencia a estos elementos en la medida exigida por el razonamiento del Tribunal.

14 Mediante sus tres primeras cuestiones y la parte de su cuarta cuestión relativa al artículo 59 del Tratado, el órgano jurisdiccional remitente pretende saber, sustancialmente, si las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios se oponen a una prohibición legal de que las sociedades privadas asesoras en materia de selección de personal coloquen a ejecutivos y directivos de empresas. La

cuarta cuestión tiene esencialmente por objeto la interpretación de los artículos 86 y 90 del Tratado, habida cuenta de las relaciones de competencia que mantienen estas sociedades con una oficina pública de empleo que disfruta de un monopolio de colocación.

15 Esta última cuestión suscita el problema del alcance de este monopolio y, por tanto, de la prohibición legal de colocar a ejecutivos y directivos por parte de empresas privadas, prohibición sobre la que versa el litigio principal. Procede, pues, abordarla en primer lugar.

Sobre la interpretación de los artículos 86 y 90 del Tratado CEE

16 Mediante la cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta más concretamente si el monopolio de la colocación de ejecutivos y directivos, reservado a una oficina pública de empleo, constituye un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86, habida cuenta de las disposiciones del apartado 2 del artículo 90. Para dar una respuesta adecuada a esta cuestión, es necesario examinar este monopolio teniendo en cuenta también el apartado 1 del artículo 90, que se refiere a los requisitos que los Estados miembros deben cumplir cuando conceden derechos exclusivos o especiales. Por lo demás, las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia se refieren tanto al apartado 1 como al apartado 2 del artículo 90 del Tratado CEE.

17 Según la parte demandante en el litigio principal, una oficina de empleo como el BA es al mismo tiempo una empresa pública, en el sentido del apartado 1 del artículo 90, y una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general, en el sentido del apartado 2 del artículo 90 del Tratado. Por consiguiente, el BA está sometido a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida el cumplimiento de la misión específica a él confiada, lo que no sucede en este caso. La demandante en el litigio principal ha alegado asimismo que el BA, que extendía su monopolio legal en materia de colocación a actividades para las que el establecimiento de un monopolio no está justificado en interés general, actuaba de manera abusiva, en el sentido del artículo 86 del Tratado. Además ha considerado que un Estado miembro que permitiera tal abuso infringiría el apartado 1 del artículo 90 y el principio general según el cual los Estados miembros se abstendrán de adoptar cualquier medida que pueda privar de eficacia a las normas comunitarias sobre la competencia.

18 La Comisión ha defendido un punto de vista un poco diferente. A su parecer, el mantenimiento de un monopolio de colocación de ejecutivos y directivos de empresas constituye una infracción de las disposiciones del apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 86 del Tratado, cuando el beneficiario del monopolio no está dispuesto o no es capaz de realizar íntegramente esta actividad, conforme a la demanda del mercado y cuando este comportamiento puede afectar al comercio entre Estados miembros.

19 Por el contrario, la parte demandada en el asunto principal y el Gobierno alemán consideraron que las actividades de una oficina de empleo no pertenecían al ámbito de aplicación de las normas sobre la competencia, puesto que las ejercía un organismo público. A este respecto el Gobierno alemán precisó que una oficina pública de empleo no podía calificarse de empresa en el sentido del artículo 86 del Tratado, en la medida en que los servicios de colocación se ofrecían gratuitamente. La circunstancia de que estas actividades sean financiadas principalmente por las aportaciones de los empresarios y trabajadores no afecta, a su parecer, a su gratuidad, pues se trata de aportaciones generales que no están vinculadas con cada servicio prestado en concreto.

20 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede comprobar si una oficina pública de empleo como el BA puede considerarse como empresa en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE.

21 A este respecto procede precisar, en el contexto del Derecho de la competencia, que, por un lado, 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 y, por otro, que la actividad dirigida a la colocación es una actividad económica.

22 La circunstancia de que las actividades de colocación se confíen normalmente a oficinas públicas no puede afectar a la naturaleza económica de estas actividades. Las actividades de colocación no siempre han sido ni son ejercidas necesariamente por entes públicos. Esta afirmación vale en particular para las actividades de colocación de ejecutivos y directivos de empresas.

23 De ello se deduce que una entidad, como una oficina pública de empleo que ejerce actividades de colocación, puede calificarse de empresa a efectos de aplicación de las normas comunitarias sobre la competencia.

24 Procede precisar que una oficina pública de empleo, encargada, en virtud de la legislación de un Estado miembro, de la gestión de servicios de interés económico general, como los previstos en el artículo 3 de la AFG, sigue estando sometida a las normas sobre la competencia con arreglo al apartado 2 del artículo 90 del Tratado, mientras no se demuestre que su aplicación es incompatible con el ejercicio de su misión (véase la sentencia de 30 de enero de 1974, Sacchi, 155/73, Rec. p. 409, apartado 15).

25 Por lo que respecta al comportamiento de un oficina pública de empleo, que disfruta de un monopolio en materia de colocación, con relación a las actividades de colocación de ejecutivos y directivos de empresa ejercidas por empresas privadas asesoras en materia de selección de personal, procede declarar que la aplicación del artículo 86 del Tratado no puede impedir el cumplimiento de la misión específica confiada a dicha oficina, cuando es patente que ésta no está en condiciones de satisfacer la demanda del mercado a este respecto y tolera, de hecho, que estas sociedades actúen en menoscabo de su monopolio.

26 Aunque es cierto que el artículo 86 se refiere a las empresas y puede aplicarse, dentro de los límites establecidos por el apartado 2 del artículo 90, a las empresas públicas o que disfrutan de derechos exclusivos o especiales, no es menos cierto que el Tratado impone a los Estados miembros la prohibición de adoptar o mantener en vigor medidas que puedan eliminar la eficacia de esta disposición (véase la sentencia de 16 de noviembre de 1977, Inno, 13/77, Rec. p. 2115, apartados 31 y 32). En efecto, el apartado 1 del artículo 90 dispone que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado, especialmente las previstas en los artículos 85 a 94, ambos inclusive.

27 Por consiguiente, sería incompatible con las normas del Tratado toda medida de un Estado miembro que mantuviera en vigor una disposición legal que creara una situación en la que una oficina pública de empleo tuviera que infringir necesariamente los términos del artículo 86.

28 A este respecto procede recordar, en primer lugar, que puede considerarse que una empresa que disfruta de un monopolio legal ocupa una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado (véase la sentencia de 3 de octubre de 1985, CBEM, 311/84, Rec. p. 3261, apartado 16) y que el territorio de un Estado miembro al que se extiende este monopolio puede constituir una parte sustancial del mercado común (véase la sentencia de 9 de noviembre de 1983, Michelin, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 28).

29 Procede precisar, en segundo lugar, que el mero hecho de crear tal posición dominante mediante la concesión de un derecho exclusivo en el sentido del apartado 1 del artículo 90, como tal, no es incompatible con el artículo 86 del Tratado (véase la sentencia de 3 de octubre de 1985, CBEM, antes citada, apartado 17). En efecto, un Estado miembro sólo infringe las prohibiciones contenidas en estas dos disposiciones si la empresa de que se trata, por el mero ejercicio del derecho exclusivo que se la ha conferido, explota su posición dominante de modo abusivo.

30 Según la letra b) del apartado 2 del artículo 86 del Tratado, tal práctica abusiva puede consistir, en particular, en limitar la prestación en perjuicio de quienes solicitan el servicio de que se trata.

31 Ahora bien, un Estado miembro crea una situación en la que se limita la prestación, cuando es patente que la empresa a la que se ha conferido un derecho exclusivo, que se extiende a las actividades de colocación de ejecutivos y directivos de empresas, no puede satisfacer la demanda del mercado para este tipo de actividades y cuando el ejercicio efectivo de estas actividades por empresas privadas se hace imposible por el mantenimiento en vigor de una disposición legal que prohíbe tales actividades so pena de nulidad de los contratos correspondientes.

32 Procede señalar, en tercer lugar, que sólo se genera la responsabilidad de un Estado miembro en virtud del artículo 86 y del apartado 1 del artículo 90 del Tratado cuando el comportamiento abusivo de la oficina de que se trata puede afectar al comercio entre los Estados miembros. Para que se cumpla este requisito no es necesario que el comportamiento abusivo de que se trata haya afectado efectivamente a este comercio. Basta con demostrar que este comportamiento puede producir dicho efecto (véase la sentencia de 9 de noviembre de 1983, Michelin, antes citada, apartado 104).

33 Tal efecto potencial sobre los intercambios entre Estados se produce en particular cuando las actividades de colocación de ejecutivos y directivos de empresa, ejercidas por empresas privadas, pueden extenderse a los nacionales o a los territorios de otros Estados miembros.

34 A la vista del conjunto de consideraciones precedentes, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que una oficina pública de empleo, que ejerce actividades de colocación, está sometida a la prohibición del artículo 86 del Tratado, en tanto que la aplicación de esta disposición no impida el cumplimiento de la misión específica que se le ha confiado. El Estado miembro que le ha atribuido el monopolio de colocación infringe el apartado 1 del artículo 90 del Tratado cuando crea una situación en la que la oficina pública de empleo se ve obligada necesariamente a infringir los términos del artículo 86 del Tratado. Así sucede en particular cuando se cumplen los siguientes requisitos:

— El monopolio se extiende a actividades de colocación de ejecutivos y directivos de empresas.

— La oficina pública de empleo no está manifiestamente en condiciones de satisfacer la demanda del mercado para este tipo de actividades.

— El ejercicio efectivo de las actividades de colocación por empresas privadas asesoras en materia de selección de personal se hace imposible por el mantenimiento en vigor de una disposición legal que prohíbe tales actividades so pena de nulidad de los correspondientes contratos.

— Las actividades de colocación de que se trata pueden extenderse a nacionales o a territorios de otros Estados miembros.

Sobre la interpretación del artículo 59 del Tratado CEE

35 Mediante su tercera cuestión el órgano jurisdiccional remitente pretende saber si una empresa asesora en materia de selección de personal de un Estado miembro puede invocar los artículos 7 y 59 del Tratado para colocar a nacionales de dicho Estado miembro en empresas del mismo Estado.

36 Procede recordar, en primer lugar, que el artículo 59 del Tratado garantiza la aplicación del principio consagrado por el artículo 7 de este Tratado en el ámbito de la libre prestación de servicios. Por consiguiente, de ello se deriva que, cuando una normativa es compatible con el artículo 59, también lo es con el artículo 7 (véase la sentencia de 9 de junio de 1977, Van Ameyde, 90/76, Rec. p. 1091, apartado 27).

37 Procede señalar a continuación que, según reiterada jurisprudencia, las disposiciones del Tratado en materia de libre prestación de servicios no pueden aplicarse a actividades cuyos elementos están situados en el interior de un solo Estado miembro y que la cuestión de si tal es el caso depende de comprobaciones de hecho que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional nacional (véase, en particular, la sentencia de 18 de marzo de 1980, Debauve, 52/79, Rec. p. 833, apartado 9).

38 Ahora bien, de los hechos, tal como son expuestos por el órgano jurisdiccional nacional en su resolución de remisión se deduce que el caso de autos se refiere a un litigio entre asesores en materia de selección de personal alemanes y una empresa alemana, relativo a la selección de un ciudadano alemán.

39 Tal situación no guarda relación alguna con cualquiera de las situaciones contempladas por el Derecho comunitario. Esta afirmación no puede quedar invalidada por el hecho de que el contrato celebrado entre los asesores en materia de selección de personal y la empresa incluya la posibilidad teórica de buscar candidatos alemanes residentes en otros Estados miembros o nacionales de estos Estados.

40 Procede, pues, responder a la tercera cuestión prejudicial que una empresa asesora en materia de selección de personal de un Estado miembro no puede invocar los artículos 7 y 59 del Tratado para la colocación de nacionales de dicho Estado miembro en empresas del mismo Estado.

41 Teniendo en cuenta esta respuesta, no procede examinar las dos primeras cuestiones y la parte de la cuarta cuestión que se refieren a si el artículo 59 del Tratado se opone a la prohibición legal de que las empresas privadas asesoras en materia de selección de personal de un Estado miembro ejerzan actividades de colocación de ejecutivos y dirigentes de empresas.

Costas

42 Los gastos efectuados por el Gobierno alemán y por la Comisión de las Comunidades Europeas, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Oberlandesgericht München mediante resolución de 31 de enero de 1990, declara:

1) **Una oficina pública de empleo, que ejerce actividades de colocación, está sometida a la prohibición del artículo 86 del Tratado, en tanto que la aplicación de esta disposición no impida el cumplimiento de la misión específica a ella confiada. El Estado miembro que le ha atribuido el derecho exclusivo de colocación infringe el apartado 1 del artículo 90 del Tratado cuando crea una situación en la que la oficina pública de empleo se ve obligada necesariamente a infringir los términos del artículo 86 del Tratado. Así sucede, en particular, cuando se cumplen los siguientes requisitos:**

   — **El monopolio se extiende a actividades de colocación de ejecutivos y directivos de empresas.**

   — **La oficina pública de empleo no está manifiestamente en condiciones de satisfacer la demanda del mercado para este tipo de actividades.**

   — **El ejercicio efectivo de las actividades de colocación por empresas privadas asesoras en materia de selección de personal se hace imposible por el mantenimiento en vigor de una disposición legal que prohíbe tales actividades so pena de nulidad de los correspondientes contratos.**

   — **Las actividades de colocación de que se trata pueden extenderse a nacionales o a territorios de otros Estados miembros.**

2) Una empresa asesora en materia de selección de personal de un Estado miembro no puede invocar los artículos 7 y 59 del Tratado para la colocación de nacionales de dicho Estado miembro en empresas del mismo Estado.

Mancini O'Higgins

Kakouris Schockweiler Kapteyn

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 23 de abril de 1991.

El Secretario

J.-G. Giraud

El Presidente de la Sala Sexta

G. F. Mancini