CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO

presentadas el 14 de julio de 1993 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Tras haber sido, en estos últimos años, objeto de varias sentencias, siempre originadas por remisiones prejudiciales, el problema de la compatibilidad con la letra f) del artículo 3, el párrafo segundo del artículo 5 y el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE de normativas estatales que se refieren a la actividad económica de empresas privadas continua suscitando un interés muy vivo debido a los principios que involucra.

Las cuestiones planteadas por el Kammergericht Berlin (asunto C-2/91) y por el Arrondissementsrechtbank Arnhem (asunto C-245/91), que vuelven a suscitar el problema a propósito de dos normativas nacionales, alemana y neerlandesa respectivamente, mediante las que se prohíben a las entidades aseguradoras y a los mediadores conceder ventajas especiales de cualquier clase, ofrecen al Tribunal de Justicia la ocasión de efectuar otras precisiones a este respecto, en particular relativas al vínculo que debe existir (eventualmente, incluso a la propia necesidad de tal vínculo) entre las medidas estatales del tipo de las controvertidas en estos asuntos y los comportamientos de los particulares para que pueda afirmarse la incompatibilidad de las primeras con las disposiciones comunitarias aplicables en materia de competencia.

2. Recordaré, en primer lugar, el contexto normativo nacional del asunto C-2/91, llamando la atención sobre la circunstancia de que, aunque la prohibición de ceder comisiones rija actualmente para todos los sectores de seguros, [1] la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional se refiere únicamente al sector del seguro de *enfermedad* y al del seguro de *asistencia jurídica*.

Ahora bien, por lo que se refiere al seguro de *enfermedad*, la prohibición fue impuesta mediante el Decreto de 5 de junio de 1934 del Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung (anterior Dirección General de Seguros Privados); respecto al seguro de *asistencia jurídica*, dicha prohibición fue introducida por el Reglamento de 17 de enero de 1967 y posteriormente fue confirmada mediante el Reglamento de 17 de agosto de 1982 del Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (Dirección General de Seguros), que se aplica a todo el sector de los seguros contra daños. Debe señalarse además que, mientras que el Decreto de 1934 se limitaba a prohibir «la concesión de bonificaciones especiales de cualquier tipo», el Reglamento de 1982 especifica que están prohibidas «cualquier ventaja directa o indirecta concedida además de las prestaciones objeto del contrato de seguro, en particular toda cesión de comisión».

* Lengua original: italiano.

1 — Las tres normativas vigentes a este respecto son el Decreto de 8 de marzo de 1934, que se refiere al sector de seguros de vida y que ha derogado y sustituido a un Decreto de 10 de agosto de 1923; el Decreto de 5 de junio de 1934 sobre el seguro de enfermedad y, por último, el Reglamento de 17 de agosto de 1982, que se aplica a todos los seguros contra daños y que, por tanto, ha derogado y sustituido a todos los Decretos precedentes adoptados para los sectores específicos de seguros de accidentes y de responsabilidad civil (Decreto de 14 de mayo de 1924), de seguros de bienes (Decreto de 8 de marzo de 1934) y de seguros de asistencia jurídica (Decreto de 24 de enero de 1967).

Las citadas disposiciones se basan en la tercera frase del apartado 2 del artículo 81 de la Versicherungsaufsichtsgesetz (Ley de Inspección de las Entidades de Seguros; en lo sucesivo, «VAG»), de 6 de junio de 1931, antiguo artículo 64 de la Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmen (Ley de Inspección de las Compañías Privadas de Seguros) de 12 de mayo de 1901. Efectivamente, esta disposición, a cuyo tenor la autoridad competente «podrá, de forma general o para determinados ramos de seguros, prohibir a las entidades aseguradoras y a los mediadores de seguros conceder ventajas especiales, con independencia de la forma que éstas revistan», fue incluida en la Ley de 1901 mediante una modificación operada por la ley de 19 de julio de 1923 y, posteriormente, retomada en la VAG de 1931. Es preciso añadir que la infracción de las medidas adoptadas en aplicación de dicha disposición podrá sancionarse con multa, con arreglo al punto 2 del apartado 1 del artículo 144 *bis* de la VAG.

La autoridad competente de control ha hecho uso de la facultad que le concede el citado artículo 81 desde el 10 de agosto de 1923, es decir, inmediatamente tras la introducción de esta disposición, dictando la prohibición de que se trata para el sector de los seguros de vida.

3. Conviene señalar que, con anterioridad a la adopción de las medidas estatales controvertidas en el presente asunto, las empresas de seguro que operaban en el *sector de los seguros de vida* habían celebrado acuerdos de contenido análogo a las mismas. En particular, procede recordar el acuerdo de Heidelberg de 1900, celebrado entre las cuatro entidades más importantes del sector; el acuerdo «antidevoluciones» de 1911, en el que participaron la mayor parte de las entidades de seguros (sigo refiriéndome a los seguros de vida) y, por último, las «directrices» de 1919, en virtud de las cuales las entidades de seguros presentaron al Gobierno un auténtico proyecto de ley que dio inmediatamente lugar a la citada modificación de la VAG, de julio de 1923, y a la adopción ulterior del ya citado Decreto de 10 de agosto del mismo año.

En aras de la exhaustividad recordaré también la «Wiesbadener Vereinigung» de 1978, acuerdo celebrado por los representantes de las asociaciones de todos los sectores de seguros. Como también se deduce de la sentencia del Amtsgericht Tiergarten, este acuerdo contiene una prohibición de ceder total o parcialmente la comisión en todos los tipos de seguros. Por tanto, se trata de un acuerdo en el que participan todas las sociedades de seguro y que impone dicha prohibición a todos los mediadores, incluyendo a los independientes; sin embargo, este acuerdo es *posterior* a la adopción de las medidas estatales controvertidas en el presente asunto.

4. Pasemos al asunto C-245/91, en el que las divergencias se refieren a una normativa cuyo contenido es, esencialmente, análogo al de las medidas alemanas a las que acabo de referirme. El apartado 1 del artículo 16 de la Wet Assurantiebemiddelingsbedrijf de 7 de febrero de 1991 (Ley sobre agencias de seguros; en lo sucesivo, «WABB»), que reprodujo esencialmente el contenido del artículo 16 de la Wet Assurantiebemiddeling de 1952 (Ley de Correduría de Seguros; en lo sucesivo, «WAB»), establece que «se prohíbe, en materia de seguros, que se concedan, se cedan o se prometan directamente o indirectamente comisiones, devoluciones o cualquier otra ventaja valorable en dinero a personas distintas del intermediario a cuya cartera pertenezca el seguro». En virtud de la Wet op de

economischen delicten (Ley de delitos económicos), la infracción de esta disposición puede ser sancionada con penas privativas de libertad y con multas.

5. Los hechos que son objeto de los procedimientos principales, son simples y las partes no los niegan. Al Sr. Meng (asunto C-2/91), asesor financiero por cuenta propia, se le acusa de haber infringido la normativa aplicable al haber abonado a sus clientes la comisión percibida por él de las entidades de seguros por seis contratos, tres de éstos sobre seguros de enfermedad y los otros tres, sobre seguros de asistencia jurídica. Por su parte, se han incoado diligencias penales contra la sociedad OHRA (asunto C-245/91), por haber prometido y/u ofrecido tarjetas de crédito a los tomadores de seguros.

Ante los respectivos órganos jurisdiccionales, tanto el Sr. Meng como OHRA han alegado la ilegalidad de las medidas nacionales de que se trata, desde el punto de vista de las normas comunitarias sobre competencia. Por tanto, el Kammergericht y el Arrondissementsrechtbank consideraron útil solicitar al Tribunal de Justicia que se pronunciara con carácter prejudicial sobre la compatibilidad de las medidas de que se trata con la letra f) del artículo 3, con el párrafo segundo del artículo 5 y con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado. El órgano jurisdiccional neerlandés ha preguntado, además, si la respuesta a esta cuestión difiere según que la prohibición de conceder ventajas valorables en dinero se refiera exclusivamente a los mediadores, también a los aseguradores que colaboren con los mediadores o también a los aseguradores que contraten directamente con los tomadores del seguro (a los que se ha dado en llamar «direct writers»).

6. Por tanto, las cuestiones planteadas se refieren a la problemática de las relaciones entre las disposiciones comunitarias sobre competencia y las normativas nacionales relativas al ejercicio de actividades económicas de las empresas, normativas que, por tanto, se han adoptado —en principio— en interés general pero que, no obstante, producen un efecto contrario a la competencia: ¿pueden oponerse las primeras a la aplicación de las segundas? Y, de ser así, ¿qué requisitos deben cumplirse para ello?

A este respecto el Tribunal de Justicia ha afirmado siempre, por una parte, que las normativas nacionales que rigen el ejercicio de la actividad económica de las empresas no están incluidas en el ámbito de aplicación material de los artículos 85 y 86. En efecto, estos últimos, *ratione personae*, no se dirigen a los Estados miembros sino a las empresas y, *ratione materiae*, su finalidad consiste en proteger la libre competencia y no en limitar las prerrogativas de los Estados miembros en materia de política económica, prerrogativas a las que, en su caso, serán aplicables otras disposiciones del Tratado.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha afirmado reiteradamente que «los artículos 85 y 86, considerados en relación con el artículo 5 del Tratado, obligan a los Estados miembros a no adoptar ni mantener en vigor medidas, incluso legales o reglamentarias, que puedan anular la eficacia de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas.» [2]

Las dos afirmaciones son perfectamente coherentes entre sí. En efecto, aunque los artículos 85 y 86 se refieren a comportamientos de las empresas contrarios a las normas de competencia, los Estados miembros no deben permitir a estas empresas eludir las prohibiciones impuestas por estos artículos

2 — Véase, como más reciente, la sentencia de 28 de febrero de 1991, Marchandise y otros (C-332/89, Rec. p. I-1027), apartado 22 .

ofreciéndoles el escudo de una normativa estatal. De no ser así, los artículos 85 y 86 quedarían vacíos de contenido: *por tanto, se obliga a los Estados miembros a no comprometer el efecto útil de las normas sobre competencia dirigidas a las empresas.*

7. Aunque este principio sea muy claro en su formulación, no sucede lo mismo respecto al contenido de la obligación y a los criterios que deben emplearse para determinar la existencia de infracciones. En otras palabras, ¿cuáles son las «medidas» que pueden eliminar el efecto útil del artículo 85? ¿Cómo se concreta el criterio del efecto útil?

A fin de resolver este problema considero oportuno recordar, en primer lugar, los elementos esenciales de la jurisprudencia en la materia, relativa, por tanto, a la aplicación de las normas del Tratado sobre competencia a las medidas estatales que, aunque no formen parte de la normativa sobre competencia, [3] producen efectos en la competencia. [4]

El marco jurisprudencial

8. Es sabido que el Tribunal de Justicia inició la jurisprudencia en la materia con la sentencia INNO/ATAB, [5] en la que se trataba de una disposición belga que imponía a los comerciantes al por menor de tabaco manufacturado la observancia del precio inscrito en la vitola fiscal, que era el precio de venta fijado por el fabricante o el importador. [6]

Después de recordar que, en virtud del párrafo segundo del artículo 5, «los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del Tratado», el Tribunal de Justicia precisó que «si es cierto que el artículo 86 se dirige a las empresas, no lo es menos que el Tratado impone a los Estados miembros no establecer ni mantener en vigor medidas que puedan eliminar la eficacia de dicha disposición» (apartado 31); así, llegó a

3 — Evidentemente, los eventuales conflictos entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional de competencia deben dirimirse aplicando el principio de primacía del Derecho comunitario (véase la célebre sentencia de 13 de febrero de 1969, Wilhelm, 14/68, Rec. p. 1, y la sentencia de 10 de julio de 1980, Giry y Guerlain, asuntos acumulados 253/78 y 1/79 a 3/79, Rec. p. 2327, en las que el Tribunal de Justicia afirmó que «la aplicación paralela del Derecho nacional sobre competencia sólo puede admitirse en la medida en que no perjudique la aplicación uniforme en todo el mercado común de las normas comunitarias en materia de prácticas colusorias, y el efecto pleno de los actos adoptados en aplicación de estas normas» (apartado 16).

4 — Indiscutiblemente, una definición tan amplia puede comprender todo tipo de normativas estatales: así cabría pensar tanto en todos los actos, legislativos o no, de Derecho administrativo, que regulan en interés general la actividad de las empresas y, concretamente, las medidas de regulación de mercados, incluidos los regímenes de precios y tarifas, las medidas en materia de medio ambiente, las medidas de política económica y monetaria, etc., como en normativas fiscales, laborales, de Seguridad Social, etc.

5 — Sentencia de 16 de noviembre de 1977 (13/77, Rec. p. 2115). No obstante, conviene precisar que el Tribunal de Justicia ya se había visto confrontado con tal problemática en el asunto Deutsche Grammophon, dirimido mediante sentencia de 8 de junio de 1971 (78/70, Rec. p. 487). Debiendo pronunciarse sobre la compatibilidad de una normativa nacional relativa al derecho de autor con el párrafo segundo del artículo 5 y con el apartado 1 del artículo 85, el Tribunal de Justicia se limitó, en aquella ocasión, a afirmar que, en el supuesto en que el ejercicio del derecho exclusivo de que se trataba «no reuniera los elementos contractuales o de concertación contemplados por esta disposición, la respuesta a la cuestión planteada conduciría a examinar si el ejercicio del derecho de protección controvertido es compatible con otras disposiciones del Tratado, relativas, en particular, a la libre circulación de mercancías» (apartado 7).

6 — Recordaré que, en ese asunto, la empresa INNO, que reivindicaba el derecho de no ser sometida, en la venta al por menor, a un precio impuesto, fijado en realidad por los fabricantes e importadores de tabacos, había insistido en que la normativa nacional sobre el precio impuesto sólo era aparentemente parte integrante de un régimen fiscal, y, en realidad, debería ser considerada como una normativa nacional sobre competencia, que proporcionaba una cobertura legal a una práctica colusoria. INNO llegaba a la conclusión de que, en ese caso, procedía considerar ilegal que el Estado miembro pudiera «obligar a las empresas privadas a adoptar un comportamiento que, de no existir la medida estatal, sería contrario al artículo 85 o al artículo 86».

la conclusión de que «los Estados miembros no pueden promulgar medidas que permitan a las empresas privadas sustraerse a las obligaciones impuestas por los artículos 85 a 94 del Tratado CEE» (apartado 33).

En dicho asunto, el Tribunal no extrajo ninguna consecuencia de esta afirmación de principio, puesto que declaró que «de todas maneras, una medida nacional que tenga por efecto facilitar la explotación abusiva de una posición dominante que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, será normalmente incompatible con los artículos 30 y 34, que prohíben las restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación, así como todas las medidas de efecto equivalente» (apartado 35).

9. Por tanto, en dicha sentencia el Tribunal de Justicia asimiló el criterio del efecto útil a la obligación de los Estados miembros de no adoptar medidas que permitan a las empresas sustraerse a las prohibiciones contenidas en los artículos 85 y 86. Ahora bien, la afirmación de este principio no puede hacer abstracción de los antecedentes de hecho, de donde se deduce claramente que la adopción de la medida impugnada había sido precedida de prácticas colusorias contrarias al artículo 85 y se debía a la iniciativa de un parlamentario que ejercía, al mismo tiempo, las funciones de secretario de una de las asociaciones que habían participado en la práctica colusoria. Por tanto, de este contexto debe deducirse la necesidad de no comprometer el efecto útil de las normas sobre la competencia, adoptando las disposiciones que permitan a las empresas sustraerse a las prohibiciones contenidas en los artículos 85 y 86.

Los principios enunciados en la sentencia INNO, que iban a suscitar un vivo debate doctrinal, dejaban subsistir dudas respecto a si: a) el efecto útil sólo se pone en peligro cuando las empresas adoptan un comportamiento que da lugar a la adopción de la medida estatal controvertida o que es consecuencia de ésta (de manera que la génesis de la medida de que se trate o el hecho de que ésta haya favorecido la adopción de un acuerdo revisten importancia); o b) si el efecto útil se pone en peligro siempre que la medida estatal haya podido ser objeto de un acuerdo en sí mismo incompatible con el apartado 1 del artículo 85 (es decir, cuando las empresas se encuentran en una situación en la que no podrían haberse situado ellas mismas sin infringir lo dispuesto en el artículo 85).

10. La jurisprudencia inmediatamente posterior a la sentencia INNO/ATAB parece confirmar más bien la primera hipótesis. En efecto, debiendo pronunciarse en varias ocasiones a propósito de normativas nacionales relativas, sobre todo, al régimen de precios y tarifas, el Tribunal de Justicia consideró que éstas no planteaban ningún problema de compatibilidad con los artículos 5 y 85 del Tratado [7] y que, por el contrario, procedía examinarlas desde el punto de vista del artículo 30.

A este respecto procede recordar, en particular, la sentencia van de Haar, [8] asunto que trataba de una normativa nacional idéntica a la disposición belga que había dado lugar al asunto INNO/ATAB. Sin embargo, en esta sentencia el Tribunal de Justicia afirmó que «aunque los Estados miembros no puedan

7 — A este respecto mencionaré las sentencias de 24 de enero de 1978, van Tiggele (82/77, Rec. p. 25) (régimen de precios mínimos); de 18 de octubre de 1979, Buys (5/79, Rec. p. 3203) (régimen de bloqueo de precios); de 29 de noviembre de 1983, Roussel (181/82, Rec. p. 3849) (régimen de precios impuestos); de 7 de febrero de 1984, Duphar (238/82, Rec. p. 523) (régimen de reintegro, por los organismos de Seguridad Social, del precio de los medicamentos).

8 — Sentencia de 5 de abril de 1984 (asuntos acumulados 177/82 y 178/82, Rec. p. 1797). En sentido análogo, véase la sentencia de 2 de julio de 1987, Lefèvre (188/86, Rec. p. 2963) (régimen de control de precios en la venta al por menor de carne de vacuno).

adoptar medidas que permitan a las empresas privadas sustraerse a las obligaciones impuestas por el artículo 85 del Tratado, las disposiciones de este artículo forman parte de las normas de competencia "aplicables a las empresas" y, por tanto, se destinan a regular el comportamiento de las empresas privadas en el mercado común. Por consiguiente, no deben tenerse en cuenta al apreciar la conformidad con el Derecho comunitario de una normativa como la que es objeto de los procedimientos principales» (apartado 24).

Por lo tanto, de la sentencia van de Haar, leída a la luz de los principios enunciados en la sentencia INNO/ATAB, se deduce que la apreciación de las medidas estatales desde el punto de vista del artículo 5, de la letra f) del artículo 3 y del apartado 1 del artículo 85, depende del vínculo que presenten estas medidas con comportamientos contrarios a las normas sobre competencia imputables a las empresas.

11. La jurisprudencia posterior parece, al menos a primera vista, desarrollar dos orientaciones distintas.

Una primera corriente jurisprudencial, que confirma la necesidad de existencia de un vínculo —y precisa la naturaleza del mismo— entre la medida estatal y el comportamiento contrario a las normas de competencia, la forman las sentencias BNIC/Clair [9] y BNIC/Aubert, [10] «Nouvelles Frontières» [11] y Ahmed Saeed, [12] así como la sentencia Vlaamse Reisbureaus. [13] Se trata, por lo demás, de las únicas sentencias en las que el Tribunal de Justicia declaró la ilegalidad de las medidas controvertidas basándose en el párrafo segundo del artículo 5 en relación con la letra f) del artículo 3 y el apartado 1 del artículo 85.

12. En la sentencia BNIC/Clair, el Tribunal de Justicia, pronunciándose sobre una normativa nacional que extendía un acuerdo celebrado en el seno de un organismo interprofesional a otros operadores del sector, consideró que tal acuerdo constituía un acuerdo entre empresas o asociaciones de empresas y que la existencia de un acto de la autoridad pública destinado a conferirle efecto obligatorio frente a terceros «no puede producir el efecto de sustraerlo a la aplicación del apartado 1 del artículo 85» (apartado 23).

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia, sin pronunciarse expresamente sobre la medida estatal controvertida, se limitó a declarar que el acuerdo de que se trataba seguía estando sometido a las prohibiciones contenidas en el apartado 1 del artículo 85.

13. La suerte que debe depararse a las medidas estatales que extienden a terceros los efectos de un acuerdo ha sido precisada en la sentencia «Nouvelles Frontières», en la que el Tribunal de Justicia declaró que se incumplía la obligación de los Estados miembros de no adoptar o mantener en vigor medidas que puedan eliminar el efecto útil de las normas de competencia, entre otros, «si un Estado miembro impone o favorece la celebración de acuerdos contrarios al artículo 85 o refuerza sus efectos» [14] (apartado 72).

9 — Sentencia de 30 de enero de 1985 (123/83, Rec. p. 391).

10 — Sentencia de 3 de diciembre de 1987 (136/86, Rec. p. 4789).

11 — Sentencia de 30 de abril de 1986, Asjes y otros (asuntos acumulados 209/84 a 213/84, Rec. p. 1425).

12 — Sentencia de 11 de abril de 1989 (66/86, Rec. p. 803).

13 — Sentencia de 1 de octubre de 1987 (311/85, Rec. p. 3801).

14 — En la sentencia posterior BNIC/Aubert, de 3 de diciembre de 1987 — relativa a un asunto análogo al que había dado origen a la sentencia BNIC/Clair, antes citada—, después de afirmar que el acuerdo entre empresas seguía estando sometido a las prohibiciones contenidas en el apartado 1 del artículo 85, el Tribunal de Justicia precisó que la propia medida estatal que extiende a terceros el efecto obligatorio de este acuerdo es incompatible con los artículos 5 y 85.

De esta forma, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que «es contraria a las obligaciones impuestas a los Estados miembros por el artículo 5 del Tratado CEE, en relación con la letra f) del artículo 3 y el artículo 85, en particular, su apartado 1, del mismo Tratado, la homologación de tarifas aéreas y el fortalecimiento por esta vía de sus efectos cuando [...] se ha hecho constar [...] que dichas tarifas son el resultado de un acuerdo, de una decisión de asociación de empresas o de una práctica concertada contraria al artículo 85» [15] (apartado 77).

14. El asunto Vlaamse Reisbureaus, en el que las partes discutían sobre una normativa nacional que prohibía a los agentes de viajes ceder una parte o la totalidad de la comisión que les correspondía, merece particular atención. Después de reconocer la existencia de un sistema de acuerdos cuyo contenido había sido reproducido por la normativa controvertida, el Tribunal de Justicia consideró que la transformación de una obligación puramente contractual en una obligación legal producía el efecto de reforzar los acuerdos preexistentes.

La novedad de esta sentencia reside en el hecho de que el Tribunal de Justicia ya no exige que el acuerdo y la medida estatal coexistan en el momento del procedimiento: en efecto, en dicho asunto no se había probado que el acuerdo, celebrado en 1963, siguiera estando en vigor en el momento del litigio. No obstante, el Tribunal de Justicia consideró suficiente que el acuerdo hubiera originado la medida de que se trataba: así lo confirma el propio tenor del Real Decreto de 1966, cuando establece que el agente de viajes debe «observar la prohibición *convenida* de compartir con los clientes las comisiones percibidas».

Aunque se refiera formalmente al supuesto de una medida que refuerza los efectos de un acuerdo, el Tribunal de Justicia parece haber reconocido que el efecto útil del artículo 85 también resulta comprometido cuando la medida estatal, reproduciendo el contenido del acuerdo, lo sustituye codificándolo. En este sentido, también se podría hablar de una medida que, por sustituir los acuerdos precedentes, ha hecho innecesarios los comportamientos autónomos, contrarios a las normas sobre competencia, de los operadores del sector.

15. Esta última afirmación crea, por así decirlo, un puente con otra corriente que se puede descubrir en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, corriente que, refiriéndose a la sentencia INNO/ATAB hace abstracción, según algunos comentadores, de cualquier comportamiento de las empresas contrario a las normas sobre competencia.

Mencionaré la sentencia Leclerc-livres, de 10 de enero de 1985, [16] relativa a una ley nacional que atribuye a los editores o importadores de libros la responsabilidad de fijar ellos mismos y libremente los precios obligatorios de venta al por menor.

Por entender que la medida controvertida no pretendía imponer la celebración de acuerdos entre editores y vendedores al por menor y otros comportamientos prohibidos por el apartado 1 del artículo 85, el Tribunal de Justicia se preguntó si «una normativa nacional que invalida los comportamientos de las

15 — El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en la misma materia mediante la sentencia de 11 de abril de 1989, Ahmed Saeed, antes citada, en la que confirmó que «la aprobación, por parte de las autoridades de aviación civil, de acuerdos sobre tarifas contrarios al apartado 1 del artículo 85 no resulta compatible con el Derecho comunitario, concretamente con el artículo 5 del Tratado. Se deduce asimismo que las autoridades de aviación civil deberán abstenerse de toda medida que pueda considerarse como un estímulo para que las compañías aéreas celebren acuerdos sobre tarifas contrarios al Tratado» (apartado 49).

16 — Asunto 229/83, Rec. p. 1.

empresas que prohíbe el apartado 1 del artículo 85, al dar a los editores o importadores de libros la responsabilidad de fijar libremente los precios obligatorios en la fase de comercio al por menor, menoscaba la eficacia del artículo 85 y, en consecuencia, es contraria al párrafo segundo del artículo 5 del Tratado» (apartado 15).

Por tanto, el Tribunal de Justicia se pregunta, aunque no indica la solución, si también se compromete la eficacia de las normas sobre competencia en el supuesto de una medida nacional —que, en aquel asunto producía efectos análogos a los producidos anteriormente por un conjunto de acuerdos entre los operadores económicos del sector— que atribuye a los operadores de que se trata la tarea de fijar los precios impuestos en la venta al por menor, haciendo así innecesarios los comportamientos contrarios a las normas de la competencia de las características de los prohibidos por el apartado 1 del artículo 85.

16. Una primera respuesta a esta cuestión puede encontrarse en la sentencia Leclerc-carburants, de 29 de enero de 1985. [17] En efecto, en esta sentencia, tras señalar que la normativa controvertida «no está destinada a imponer la celebración de acuerdos entre proveedores y vendedores al por menor y otros comportamientos de los previstos en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado», el Tribunal de Justicia señaló que esta normativa «confía, por el contrario, la responsabilidad de fijar precios a las autoridades públicas, las cuales se basan para ello en una serie de elementos de distinta naturaleza» y, por último, añade que el hecho de que, entre los elementos que se tienen en cuenta, figuren «los precios de devolución fijados por los suministradores [...] no priva a una normativa como la controvertida en el presente asunto, de su carácter estatal y no puede eliminar el efecto útil de las normas de la competencia aplicables a las empresas» (apartado 17).

De estas afirmaciones se deduce *a sensu contrario* que el efecto útil de las normas sobre competencia corre el riesgo de verse menoscabado cuando la normativa de que se trate, dejando a los operadores afectados la tarea de regular el mercado, pierde su carácter estatal, pero no cuando tal responsabilidad sigue estando a cargo de las autoridades públicas. [18]

17. El marco jurisprudencial que acabo de esbozar se completa, por último, con la sentencia Van Eycke, [19] en la que el Tribunal de Justicia «codificó» las dos corrientes mencionadas anteriormente, afirmando que se anula la eficacia de las normas sobre competencia, entre otros, cuando un Estado miembro «o bien impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 85 o refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabi-

17 — Asunto 231/83, Rec. p. 305.

18 — Un criterio idéntico constituye la base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, la cual no puso ninguna objeción a medidas que prevén un control activo por parte del Estado (véase, por ejemplo, la sentencia Bates v. State Bar of Arizona, 97 U. S. 2691, 1977), mientras que considera inconstitucionales las medidas que atribuyen únicamente a los operadores económicos la responsabilidad de regular el mercado (véase, por ejemplo, la sentencia Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U. S. 1975, que declaraba inconstitucional una normativa mediante la cual se permitía al Colegio de Abogados fijar los honorarios mínimos).

19 — Sentencia de 21 de septiembre de 1988 (267/86, Rec. p. 4769). En este asunto, la controversia giraba en torno a una medida estatal relativa a una exención fiscal de las rentas procedentes de depósitos de ahorro, medida que se había adoptado en un sector en el que existían acuerdos interbancarios destinados, precisamente, a limitar las rentas procedentes de los depósitos de ahorro. El Tribunal de Justicia opinó, sin embargo, que no se había probado que la normativa controvertida hubiera podido «imponer o favorecer nuevas prácticas colusorias» ni que se hubiera limitado a «recoger total o parcialmente, por su cuenta, los elementos de los acuerdos celebrados entre operadores económicos, obligando o estimulando a esos operadores a observar su cumplimiento» (apartado 18); además, negó que el hecho de que dicha normativa se hubiera adoptado tras una concertación con los representantes del sector de que se trata pueda privarlo de su carácter de normativa estatal (apartado 19).

lidad de tomar decisiones de intervención en materia económica» [20] (apartado 16).

Consideraciones globales sobre la jurisprudencia

18. Aunque el examen de la jurisprudencia desarrollado hasta aquí no permita, por una parte, excluir que la teoría de la eficacia pueda aplicarse más allá de los casos definidos en la sentencia Van Eycke, considero, por otra parte, que indica claramente que las medidas estatales que produzcan un efecto objetivamente contrario a las normas sobre competencia no pueden, únicamente por ello, ser analizadas desde el punto de vista de la letra f) del artículo 3 y de los artículos 5 y 85. [21]

En efecto, en la práctica, [22] el Tribunal de Justicia ha supeditado, hasta la fecha, la ilegalidad de las medidas nacionales controvertidas a la existencia de un vínculo sustancial entre la medida controvertida y los comportamientos contrarios a las normas sobre competencia imputables a las empresas, lo que implica que se anula la eficacia del artículo 85 cuando se cumplen dos requisitos:

— existencia de un acuerdo contrario al apartado 1 del artículo 85;

— existencia de una medida estatal que lo impone, facilita o incluso refuerza sus efectos.

Aunque la existencia de estos requisitos no se exija en el supuesto, teórico hasta este momento, de que el Estado miembro haya delegado a los operadores económicos la responsabilidad de adoptar decisiones de intervención en materia económica, esto se debe precisamente a que, mediante tal delegación, el Estado miembro *priva de su carácter público a la normativa.*

A este respecto se vuelve a plantear la cuestión, ya suscitada por el Abogado General Capotorti en las conclusiones que presentó en el asunto van Tiggele, [23] de si «no es insuficiente detenerse en la consideración formal del carácter del acto de la autoridad que el Estado puede conferir (como ha hecho en el presente asunto) a las decisiones de organismos encargados de ejercer funciones de interés público y de regulación de la economía». Una respuesta positiva a esta cuestión que consideramos debe compartirse, se basa en el hecho de que estas decisiones pueden analizarse desde el punto de vista de la letra f) del artículo 3 y de los artículos 5 y 85 en el supuesto de que la composición de los organismos facultados para adoptarlas pueda concretar, de hecho, una «decisión de asocia-

20 — La misma fórmula fue utilizada posteriormente en varias sentencias en las que, por otra parte, el examen efectuado por el Tribunal de Justicia puso de manifiesto que no se cumplían ninguno de estos requisitos y que, por consiguiente, las normativas controvertidas no eran censurables desde este punto de vista (véase la sentencia de 24 de enero de 1991, Alsthom Atlantique, C-339/89, Rec. p. I-107, apartado 11, así como la sentencia de 28 de febrero de 1991, Marchandise, antes citada, apartado 22). Véase, asimismo, la sentencia de 19 de marzo de 1992, Morais (C-60/91, Rec. p. I-2085), apartados 11 y 12, en la que el Tribunal de Justicia no llegó siquiera a examinar si la medida controvertida se correspondía con uno de los supuestos indicados, porque la misma no podía afectar el comercio entre Estados miembros y, por tanto, no podía producir efectos comparables a los de un acuerdo incompatible con el apartado 1 del artículo 85.

21 — Las sentencias van de Haar y Leclerc-carburants, antes citadas, son particularmente significativas a este respecto.

22 — Me refiero a las sentencias «Nouvelles Frontières», BNIC/Aubert, Ahmed Saaed y Vlaamse Reisbureaus, en las que el Tribunal de Justicia declaró, precisamente, la ilegalidad de las medidas nacionales controvertidas.

23 — Conclusiones presentadas el 13 de diciembre de 1977 en el asunto 82/77 (Rec. 1978, pp. 25 y ss., especialmente p. 48).

ciones de empresas» o incluso una práctica concertada. Por otra parte, conviene señalar que la hipótesis de que se trata ha sido invocada por las partes y/o mencionada por el Tribunal de Justicia en asuntos en los que *el régimen resultante de la medida controvertida producía efectos análogos a los producidos anteriormente por un conjunto de acuerdos celebrados entre los operadores del sector.* [24]

En definitiva, opino que la mencionada jurisprudencia puede resumirse de la siguiente forma: sólo existe el riesgo de anular la eficacia de las normas sobre competencia en el supuesto de medidas estatales que permitan a las empresas privadas *sustraerse* a las obligaciones contempladas en el artículo 85 y que, por tanto, sean manifiestamente evasivas bien porque a) ofrecen una cobertura legal a comportamientos que, en otro caso, estarían prohibidos, bien porque b) hacen innecesarios tales comportamientos al dejar a los operadores interesados la tarea de [...] regular el mercado, lo que implica que la acción de estos operadores puede considerarse, en definitiva, como un comportamiento de empresas en el sentido del artículo 85.

Las medidas controvertidas a la luz de la jurisprudencia

19. Aunque los supuestos contemplados en la citada jurisprudencia, aun contribuyendo a diseñar un punto de referencia suficientemente claro, no puedan considerarse exhaustivas, considero útil examinar, en primer lugar, si las medidas impugnadas por el Sr. Meng y por OHRA se corresponden con alguno de estos supuestos.

a) *Asunto C-2/91*

Diré, de antemano, que, en el asunto Meng, hay que negar la existencia de circunstancias que puedan privar a las medidas de que se trata de su carácter de normativa estatal. En efecto, la prohibición de ceder comisiones ha sido adoptada por el Bundesaufsichtsamt, autoridad administrativa perteneciente al Ministerio de Hacienda y facultada para adoptar medidas destinadas, entre otros, a prohibir comportamientos que puedan menoscabar los intereses de los consumidores. Por otra parte, es preciso señalar que a los representantes de las asociaciones de entidades aseguradoras simplemente se les invita a participar en la preparación de las decisiones de este organismo, pero no en la determinación de su contenido. [25]

20. Por tanto, pasaré a analizar dicho asunto en relación con el otro supuesto contemplado por la jurisprudencia, supuesto que implica la existencia de un vínculo sustancial entre la medida controvertida y los comportamientos de las empresas privadas contrarios a las normas de competencia.

A este respecto conviene, en primer lugar, excluir que las medidas de que se trate están destinadas a *imponer o a facilitar la celebra-*

24 — Así sucede, en efecto, no sólo en la sentencia van Tiggele, sino también en las sentencias Leclerc-livres y Van Eycke. Una situación análoga dio lugar al asunto INNO/ATAB.

25 — A este respecto, recordaré que, en la sentencia Van Eycke, el Tribunal de Justicia afirmó que el carácter estatal de una normativa no puede negarse por el simple hecho de que se haya adoptado previa concertación con los representantes de las asociaciones de las entidades del sector de que se trate (apartado 19).

ción de nuevos acuerdos. Además, dudo considerablemente en suscribir la tesis de la Comisión, conforme a la cual las medidas controvertidas *reforzaron los efectos de acuerdos preexistentes*, en un sentido análogo al aclarado por el Tribunal de Justicia en el asunto Vlaamse Reisbureaus, [26] en el que se trataba de una normativa nacional que prohibía a los agentes de viajes ceder a los clientes en todo o en parte la comisión que les correspondía. En efecto, recordaré que, en este asunto, aunque el Tribunal declaró que la transformación de una obligación contractual en obligación legal constituía un supuesto de refuerzo de los efectos de acuerdos preexistentes, lo hizo —evidentemente— sólo después de haber declarado la existencia de un sistema de acuerdos cuyo contenido había sido reproducido por la normativa impugnada.

En el presente asunto, la situación se presenta de forma diferente por el mero hecho de que en los sectores de seguro de que se trata (enfermedad y asistencia jurídica), nunca ha habido, como se deduce de los autos, acuerdos entre empresas que, como ya he señalado, sólo existieron en el sector de seguros de vida.

No obstante, la Comisión opina que las medidas de que se trata reforzaron los acuerdos celebrados en el sector de seguros de vida porque, extendiendo la prohibición de ceder la comisión a otros ramos del seguro, ampliaron el ámbito de aplicación. En mi opinión, tal construcción sólo puede aplicarse al asunto que nos ocupa si la prohibición de ceder comisiones hubiera sido adoptada simultáneamente por todos los sectores del seguro. Me explico: un refuerzo de los efectos de acuerdos preexistentes sería, como mucho, concebible si las medidas nacionales que han reproducido el contenido del acuerdo celebrado entre las empresas de seguro de la rama de vida y que, por consiguiente, lo han sustituido, no se hubieran limitado a imponer obligatoriamente la prohibición de que se trata a todos los operadores del sector sino que la hubiera extendido simultáneamente también a los operadores de sectores contiguos.

Por el contrario, puesto que la pretendida «extensión» a los sectores contiguos se efectuó, en relación con la fecha en que se hizo obligatoria la prohibición de que se trata para el sector de seguros de vida, once años después respecto al seguro de enfermedad y cuarenta y cuatro años después del seguro de asistencia jurídica, tal tesis es poco convincente. En efecto, esta circunstancia pone de manifiesto que las medidas de 1934 (seguro de enfermedad) y de 1967 (seguro de asistencia jurídica) no pueden haber reforzado un acuerdo que, por referirse únicamente al sector de seguros de vida, ha dejado de existir —por definición— a partir del momento en que fue «sustituido» por las medidas estatales que reprodujeron su contenido, es decir, desde el 10 de agosto de 1923. Sería al menos extraño considerar que las medidas de que se trata han reforzado los efectos de un acuerdo que había dejado de estar vigente mucho tiempo antes de ser adoptadas.

21. En definitiva, es preciso reconocer que no existe ningún vínculo sustancial entre las medidas controvertidas y los acuerdos celebrados entre las empresas que operan en el sector de seguros de vida. Por el contrario, se puede señalar que estos acuerdos constituyen la base de la prohibición de cesión de comisiones la cual, inicialmente adoptada únicamente para el sector de seguros de vida,

26 — Sentencia de 1 de octubre de 1987, antes citada.

ha terminado por afectar —si bien sucesivamente— a todos los sectores del seguro.

Aunque esta circunstancia permita considerar que las empresas de otros sectores de seguro han «presionado» para conseguir la adopción de la misma prohibición que ya existiera para el sector de seguros de vida, ello no basta para afirmar que las medidas controvertidas están vinculadas a un comportamiento contrario a las normas de competencia prohibido por el artículo 85 del Tratado. Por otra parte, el sector de seguros no constituye, como tal, un mercado homogéneo; en particular, el sector de seguros de vida presenta características tan específicas y particulares en relación con los demás sectores del seguro, que la existencia de un comportamiento contrario a las normas sobre competencia por parte de las empresas que operan en este sector no es, en sí misma, concluyente ni incluso indicativa de las orientaciones y de los intereses de las empresas que operan en los demás sectores.

b) *Asunto C-245/91*

22. En cuanto al asunto OHRA, diré, para empezar, que ni de la resolución de remisión ni de las observaciones presentadas por OHRA se deduce que exista un acuerdo en el sentido exigido por la jurisprudencia que acabamos de recordar.

En efecto, los acuerdos entre entidades de seguro y entre éstas y los intermediarios, cuya existencia afirma OHRA en las respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia se muestran, ya a primera vista, desprovistas de pertinencia en relación con la medida estatal de que se trata [27] o, en cualquier caso, no presentan ningún vínculo con ésta, puesto que una norma deontológica que se limita a recordar «a los efectos pertinentes» lo dispuesto en el artículo 16 de la WABB no puede ciertamente ser considerada como un comportamiento contrario a las normas de competencia prohibido por el artículo 85.

Sobre la ilegalidad de medidas estatales a falta de un vínculo con comportamientos de empresas contrarios a las normas sobre competencia

23. Dicho esto, es evidente que el hecho de que las medidas controvertidas no se correspondan con ninguno de los supuestos definidos por el Tribunal de Justicia y, desde un punto de vista más general, no presenten ningún vínculo con comportamientos de las empresas del sector contrarios a las normas de la competencia no permite, sin embargo, dar una respuesta concluyente al problema que nos ocupa.

Efectivamente, falta examinar si, al margen de los supuestos indicados, una normativa estatal no vinculada a comportamientos contrarios a las normas de la competencia prohibidos por el Derecho comunitario también puede incumplir la obligación impuesta a los Estados miembros de no comprometer la eficacia de las normas sobre competencia dirigidas a las empresas privadas y, en su caso, en qué límites. Precisamente este aspecto fue debatido especialmente tras la reapertura de la fase oral, reapertura que precisamente permitió a las partes y a todos los Estados miembros presentar sus observaciones sobre este extremo específico.

Fundamentalmente el problema consiste, evidentemente, en *demostrar si una normativa estatal priva al artículo 85 de su efecto útil*

27 — Así sucede con los acuerdos que, como ha señalado la Comisión, están comprendidos en el ámbito de aplicación de la normativa de exención por categoría.

—y, por consiguiente, es ilegal— *por el mero hecho de producir un efecto equivalente al de un acuerdo prohibido por este artículo.*

24. Diré de antemano que desde un punto de vista estricto, del que hay que partir forzosamente en el presente asunto, dicha tesis se muestra desprovista de fundamento jurídico.

La obligación de los Estados miembros de no eliminar la eficacia de las normas de competencia dirigidas a las empresas privadas se basa en el párrafo segundo del artículo 5 del Tratado el cual «establece una obligación general para los Estados miembros, cuyo contenido concreto depende, en cada caso particular, de las disposiciones del Tratado» [28] y, por consiguiente, del artículo 85 en el presente asunto. Por tanto, de ello se deduce la imposibilidad de vincular a tal disposición la ilegalidad de medidas estatales que, sin embargo, producen un efecto equivalente al de un acuerdo entre empresas prohibido por el apartado 1 del artículo 85, a falta de vinculación —incluso indirecta— con comportamientos contrarios a las normas de competencia imputables a las empresas.

Tampoco creo que la letra f) del artículo 3, a la que una parte de la doctrina atribuye un papel fundamental, pueda modificar los términos del problema. En efecto, dicha disposición se limita a enunciar un objetivo de la Comunidad, que «se precisa en varias disposiciones del Tratado relativas a las normas de competencia». [29] Indudablemente no es casual que el artículo 3 prevea la consecución de este objetivo *en las condiciones previstas en el Tratado*. Otro criterio equivaldría a considerar superfluas las disposiciones materiales sobre competencia: el artículo 3 bastaría para regular todos los supuestos relevantes.

Por el contrario, no hay duda de que, al igual que el objetivo enunciado en la letra a) del artículo 3 debe realizarse en las condiciones previstas por las disposiciones materiales siguientes (artículos 9 a 12, 30 a 37 y 95), el objetivo contemplado por la letra f) del artículo 3 sólo puede perseguirse en las condiciones previstas por las disposiciones materiales contenidas en los artículos 85 y 94 y, respecto a los comportamientos de los Estados especialmente, en los artículos 90 (empresas públicas y empresas titulares de derechos exclusivos o especiales) y 92 y 93 (regulación de las ayudas concedidas por los Estados).

25. En definitiva, considerando que, a falta de una disposición específica «no puede invocarse [...] la obligación general de los Estados miembros derivada del artículo 5 del Tratado» [30] y que la letra f) del artículo 3 se limita a enunciar un principio/objetivo que se especifica a continuación, en los artículos 85 a 94, los posibles efectos contrarios a la competencia de medidas estatales dirigidas a las empresas privadas podrán ser impugnadas en la medida en que comprometan la eficacia del artículo 85, únicamente en relación con la violación de las prohibiciones que el apartado 1 de este mismo artículo 85 impone a las empresas.

28 — Sentencia de 8 de junio de 1971, Deutsche Grammophon, antes citada, apartado 5.

29 — Véase, entre otras, la sentencia INNO/ATAB, antes citada, apartado 29.

30 — Auto de 30 de septiembre de 1987, Brother (229/86, Rec. pp. 3757 y ss., especialmente p. 3763).

Por otra parte, como ha sido confirmado por enésima vez en la sentencia «pâtes de bois», [31] no basta con probar el efecto del comportamiento de las empresas contrario a las normas de la competencia, que podría ser el resultado de un simple paralelismo de comportamiento, sino que es preciso aportar la prueba de que este comportamiento se debe a una concertación. Esto confirma definitivamente que el artículo 85, lejos de prohibir el simple efecto contrario a las normas de competencia, pretende, por el contrario, perseguir los medios utilizados por las empresas para conseguirlo, es decir, los acuerdos y las prácticas concertadas. Así, *a fortiori*, por lo que respecta a las medidas estatales, no creo posible criticar su eventual efecto indirecto contrario a las normas de competencia si tal efecto no está vinculado de alguna manera al comportamiento de las empresas ni, en definitiva, al artículo 85, es decir, si dicho efecto no constituye de alguna forma una cobertura, directa o indirecta, de un comportamiento —real y no sólo virtual, recordemos— de las empresas.

En otro caso, la pretendida ilegalidad de las medidas estatales debería seguir estando vinculada únicamente a lo dispuesto en la letra f) del artículo 3 en relación con el párrafo segundo del artículo 5: el primero no concebido, evidentemente, como un objetivo que debiera alcanzarse en las condiciones previstas por el Tratado, sino como un principio fundamental y autónomo al que estaban vinculadas las disposiciones sobre competencia por una relación de simple complementariedad. Por otra parte, tal construcción, aunque parezca muy improbable a la luz de una interpretación sistemática del Tratado, plantea evidentemente el arduo problema del efecto de tal principio sobre la posición jurídica de los particulares: no debe olvidarse que, en el presente asunto, es el particular quien hace valer ante el órgano jurisdiccional nacional una situación jurídica subjetiva que le ha sido reconocido, en su opinión, el Derecho comunitario y que el Derecho nacional violaba. Ahora bien, considero al menos excluido que se pueda atribuir un efecto directo a la letra f) del artículo 3, ni siquiera en relación con el artículo 5.

26. Basándose en la jurisprudencia relativa al artículo 90 y, especialmente, en la afirmación contenida en la sentencia RTT, [32] conforme a la cual una medida nacional no puede legítimamente colocar a una empresa pública o a una empresa titular de derechos especiales o exclusivos, en una situación en la que no puedan colocarse ellas mismas a través de comportamientos autónomos sin infringir lo dispuesto en el artículo 86 del Tratado, el Gobierno español, entre otros, afirmó, además, en el transcurso del procedimiento que estas consideraciones también deberían efectuarse respecto a las empresas privadas: en efecto, nada justifica que dichas empresas estén sometidas a un régimen diferente al aplicado a las empresas en virtud del apartado 1 del artículo 90.

Por tanto, se trata de comprobar si es idéntico el contenido de las obligaciones previstas, respectivamente, en el párrafo segundo del artículo 5, por una parte, y el apartado 1 del artículo 90, por otra.

A este respecto, señalaré que la propia existencia de una disposición, en concreto, el apartado 1 del artículo 90, que impone expresamente a los Estados miembros la obligación de no adoptar ni mantener, por lo que se refiere a las empresas públicas y a las empresas titulares de derechos exclusivos o

31 — Sentencia de 31 de marzo de 1993, Ahlström y otros/Comisión (asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307).

32 — Sentencia de 13 de diciembre de 1991 (C-18/88, Rec. p. I-5941), apartado 20.

especiales, ninguna medida contraria a las normas de competencia, mientras que el artículo 5 permite únicamente deducir de él una obligación de no comprometer la eficacia de estas mismas normas, justifica la diferencia de régimen al que están sometidas las empresas de que se trate.

La opción efectuada por los autores del Tratado —que, de hecho, se puede justificar, habida cuenta de la naturaleza de las medidas de exclusividad (por cuanto afectan a la propia estructura de los mercados) y de los intereses particulares que conservan los Estados miembros en el sector público (por tanto, en calidad de operadores económicos)— puede tratarse a nivel teórico: no obstante, en definitiva, sigue estando inscrita en el Tratado y constituye, en cualquier caso, una opción típica del legislador y no del Juez. Y ello tanto más en un sistema que, como el comunitario, está basado en el reparto de competencias entre Estados miembros y Comunidad. A este respecto, recuerdo también a lo establecido en los artículos 101 y 102 del Tratado, los cuales, evidentemente, suponen la existencia y la legalidad de las medidas estatales contrarias a las normas de la competencia, salvo que se pongan en marcha mecanismos destinados a remediarlos, que involucren a la Comisión y a los Estados miembros.

27. Una vez precisado esto sobre la base de los principios, no puedo dejar por menos de señalar que, a falta de fundamento jurídico, la solución contraria mencionada en el procedimiento, aunque sea atractiva, sigue siendo precisamente una sugerencia dialéctica.

Por otra parte, una solución basada simplemente en el efecto contrario a la competencia de una normativa nacional presenta un gran número de inconvenientes, en la medida en que el Tribunal de Justicia debería pronunciarse sobre todas las medidas nacionales relativas al ejercicio de la actividad económica por parte de las empresas, [33] y, sobre todo, debido a la inseguridad jurídica que supondría para los administrados en relación con el tipo de medidas estatales incompatibles con las normas sobre competencia.

Incluso aunque el control sobre tal tipo de medidas sólo fuera marginal y circunscrito al control de la coherencia interna de la medida, es decir, un examen de la proporcionalidad de los medios adoptados respecto a los objetivos de interés general perseguidos, el propio hecho de poder comprobar si la opción del legislador está justificada por motivos de interés general y, sobre todo, si tal interés prevalece o no en relación con el efecto contrario a la competencia de la normativa de que se trate, puede dar lugar a soluciones arbitrarias de no existir criterios de legalidad preestablecidos.

En cualquier caso, se trata de una construcción artificial, cuyos eventuales riesgos han sido ampliamente tratados por los Estados miembros y la Comisión en el transcurso del procedimiento.

28. Evidentemente, una solución basada exclusivamente en la existencia de un vínculo entre la normativa estatal y los comportamientos contrarios a la competencia de personas privadas puede dejar que desear, en la medida en que no se excluye en, en algunos casos, la existencia o inexistencia de una práctica colusoria entre las empresas se reduzca a un dato de importancia puramente formal.

33 — Puesto que el propio hecho de regular el mercado implica, por definición, una limitación de la competencia, es raro que medidas estatales relativas al ejercicio de la actividad económica de las empresas no produzcan efectos contrarios a la competencia.

Así puede suceder (y se trata, en el fondo, del único supuesto) cuando una medida estatal ha falseado la competencia de una forma que responde, fundamentalmente, a las indicaciones de los operadores económicos interesados. A este respecto, es forzoso señalar, por una parte, que la influencia de las personas privadas en el proceso de formación de normas jurídicas constituye una constante de los ordenamientos jurídicos modernos y que, por otra parte, no es tan fácil controlar si las medidas estatales de que se trate se corresponden efectivamente (y hasta qué punto) con las orientaciones de personas privadas que, por lo demás, pueden perfectamente coincidir con el interés público perseguido por el legislador.

29. Por el contrario, se pueden pensar que, en algunos casos, será más conveniente negar la incompatibilidad de la medida estatal a pesar de la existencia de un vínculo con el comportamiento de empresas, en el sentido de que, como ha señalado también el Gobierno francés, aunque este vínculo sea necesario, no siempre es suficiente para afirmar la incompatibilidad con el artículo 85.

Aunque el vínculo con una práctica colusoria entre empresas puede reducirse a un elemento puramente formal, ello sólo significa, en sentido estricto, que las medidas que los autores del Tratado mencionaron específicamente en los artículos 90, 92 y 93, excluyendo cualquier otra medida, son las únicas que deben considerarse medidas estatales incompatibles con el Derecho comunitario. No obstante, opino que el esfuerzo de la jurisprudencia destinado a considerar también incompatibles las medidas que facilitan, determinan o hacen inevitable la infracción de las normas dirigidas a las empresas, debe ser apreciado en su justo valor y que la falta de rigor sólo es aparente, puesto que siempre se vuelve a aplicar el criterio de interpretación sistemática, en virtud del cual las normas se interpretan unas en función de las otras, a condición, bien entendido, de no ir demasiado lejos y no perder de vista, con una jurisprudencia desarrollada paso a paso, el indispensable aspecto normativo que constituye el fundamento y el objeto del rigor hermenéutico que se impone en la lectura del Tratado.

30. En cualquier caso, no creo que el criterio seguido hasta este momento por el Tribunal de Justicia permita conferir inmunidad a medidas cuyo único objeto es eludir las normas sobre competencia.

A este respecto, conviene señalar el carácter puramente residual en casos en los que se muestre necesario recurrir a la letra f) del artículo 3 y a los artículos 5 y 85 a fin de declarar la ilegalidad de una normativa nacional que produzca los mismos efectos que un acuerdo prohibido por el artículo 85. En efecto, la mayor parte de las normativas económicas «contrarias a la competencia» afectan, al régimen comunitario del mercado común desde el punto de vista de los artículos 30 o 59, en el sentido de que una medida estatal «que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, será normalmente incompatible con los artículos 30 y 34». [34]

De hecho, como se ha dicho, al examinar las normativas nacionales en materia de control de precios y tarifas cuya compatibilidad con las normas sobre competencia había sido negada, el Tribunal de Justicia entendió, por el contrario, que estas normativas debían ser analizadas desde el punto de vista del artículo 30. [35] En efecto, no se puede negar que,

34 — Sentencia de 16 de noviembre de 1977, INNO/ATAB, antes citada, apartado 35.

35 — Véanse, por ejemplo, las citadas sentencias Van Tiggele, Buys, Roussel y Duphar, así como la sentencia INNO y, en cierta medida, la sentencia Leclerc-livres.

como también ha señalado la doctrina, [36] el artículo 30 permite alcanzar el mismo resultado de acuerdo con las disposiciones del Tratado.

La aplicación del artículo 30 o del artículo 59 no requiere una construcción artificial puesto que se trata de normas de interpretación estricta dirigidas a los Estados miembros y permiten un control de la medida estatal de que se trate basándose en criterios claros y precisos.

31. Por ejemplo, las medidas impugnadas por el Sr. Meng y por OHRA, podrían seguramente someterse a la apreciación del Tribunal de Justicia desde el punto de vista del artículo 59 siempre y cuando se cumplieran los requisitos para ello, es decir, si existiera un elemento transfronterizo que, sin embargo, no aparece en el presente asunto. En efecto, no se ha excluido que las medidas nacionales controvertidas estructuran los mercados alemán y neerlandés de una manera que dificulta el acceso a los mismos a los intermediarios y a las entidades aseguradoras establecidas en otros Estados miembros.

De hecho, la normativa neerlandesa controvertida en el asunto OHRA fue examinada por la Comisión, la cual, sin embargo, llegó a la conclusión de que se trata de una normativa justificada por razón de la protección del consumidor, relativa a la libre prestación de servicios. No obstante, la Comisión señaló, especialmente en la vista, que de los autos se deduce claramente que el asunto OHRA se reduce a una situación puramente interna puesto que se trata de una entidad de seguros neerlandesa que, mediante publicidad en la prensa neerlandesa, ha anunciado la concesión de ciertas ventajas a los consumidores neerlandeses que suscriban un contrato de seguros relativo a riesgos situados en el territorio nacional.

32. No obstante, se ha señalado que las medidas estatales que no creen un obstáculo a los intercambios en el sentido del artículo 30 (o 59) pero que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, quedan, en cualquier caso, fuera del ámbito de aplicación del Tratado. Así podría suceder, principalmente, en el caso de las normativas de precios y de tarifas que se limiten a imponer la congelación de precios de venta al por menor dejando libre la determinación del precio a la importación.

Puesto que el artículo 30 es, de todas formas, aplicable si se demuestra que el precio de venta al por menor se ha fijado a un nivel tal que dificulta la comercialización de los productos importados en relación con la de los productos nacionales, se tratará de situaciones puramente internas que, como tales, sólo podrán afectar *sensiblemente* el comercio entre Estados miembros, en el sentido del apartado 1 del artículo 85, en casos muy particulares.

Visto el carácter marginal de tal hipótesis, considero excesivas, en relación con el resultado pretendido, las eventuales consecuencias negativas, tal y como han sido expuestas en el transcurso del procedimiento, de un criterio conforme al cual se consideran, en principio, incompatibles con lo dispuesto en el Tratado sobre la competencia —a menos, evidentemente, que exista una justificación por motivos de interés general— todas las

36 — Véase, por ejemplo, Ulrich, State intervention and EEC competition Law, World competition, 1990, pp. 79 y ss.

medidas estatales que produzcan efectos análogos a los de un acuerdo prohibido por el artículo 85.

33. En definitiva, considero que el párrafo segundo del artículo 5, en relación con la letra f) del artículo 3 y con el apartado 1 del artículo 85 no permite apreciar la compatibilidad de una medida estatal a falta de un vínculo con comportamientos de personas privadas contrarios a la competencia, aunque esta medida produzca por sí sola y objetivamente un efecto equivalente al de un acuerdo prohibido en virtud del artículo 85.

34. Habida cuenta de las consideraciones que preceden propongo al Tribunal de Justicia que responda en la siguiente forma a las cuestiones planteadas por el Kammergericht Berlin y el Arrondissementsrechtbank Arnhem, respectivamente:

a) *En el asunto C-2/91*

«Procede interpretar la letra f) del artículo 3, el párrafo segundo del artículo 5 y el apartado 1 del artículo 85 del Tratado en el sentido de que no impiden la aplicación de una normativa estatal que, como en el presente asunto, prohíbe a los mediadores de seguros de los sectores enfermedad y asistencia jurídica, ceder total o parcialmente la comisión a que tienen derecho, si no existe ninguna relación con alguno de los comportamientos de empresas contemplados por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado.»

b) *En el asunto C-245/91*

«Procede interpretar la letra f) del artículo 3, el párrafo segundo del artículo 5 y el artículo 85 del Tratado en el sentido de que no impiden la aplicación de una normativa estatal que prohíbe conceder, ceder o prometer, en el marco de un contrato de seguro, una comisión, una devolución o cualquier otra ventaja valorable en dinero, a personas distintas del intermediario a cuya cartera pertenezca el seguro, si no existe ninguna relación con alguno de los comportamientos de empresas contemplados por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado.»