SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 21 de septiembre de 1999 *

En el asunto C-219/97,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

Maatschappij Drijvende Bokken BV

y

Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven,

una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 85, 86 y 90 del Tratado CE (actualmente artículos 81 CE, 82 CE y 86 CE),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por los Sres.: G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente; J.-P. Puissochet, G. Hirsch y P. Jann, Presidentes de Sala; J.C. Moitinho de Almeida (Ponente),

* Lengua de procedimiento: neerlandés.

C. Gulmann, J.L. Murray, D.A.O. Edward, H. Ragnemalm, L. Sevón y M. Wathelet, Jueces;

Abogado General: Sr. F.G. Jacobs;

Secretaria: Sra. D. Louterman-Hubeau, administradora principal;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

— En nombre de Maatschappij Drijvende Bokken BV, por el Sr. T.R. Ottervanger, Abogado de Rotterdam;

— en nombre de Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, por los Sres. E. Lutjens, Abogado de Amsterdam, y M.O. Meulenbelt, Abogado de Utrecht;

— en nombre del Gobierno neerlandés, por el Sr. A. Bos, juridisch adviseur del ministerie van Buitenlandse zaken, en calidad de Agente;

— en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. E. Röder, Ministerialrat del Bundesministerium für Wirtschaft, y C.-D. Quassowski, Regierungsdirektor del mismo Ministerio, en calidad de Agentes;

— en nombre del Gobierno francés, por la Sra. K. Rispal-Bellanger, sous-directeur du droit international économique et du droit communautaire de la direction des affaires juridiques del ministère des Affaires étrangères, y el Sr. C. Chavance, secrétaire des affaires étrangères de la misma Dirección, en calidad de Agentes;

— en nombre del Gobierno sueco, por la Sra. L. Nordling, rättschef del Utrikesdepartementets handelsavdelning, en calidad de Agente;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. B.J. Drijber y W. Wils, miembros del Servicio Jurídico, en calidad de Agentes;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales de Maatschappij Drijvende Bokken BV, representada por el Sr. T.R. Ottervanger; de Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, representada por los Sres. E. Lutjens y M.O. Meulenbelt; del Gobierno neerlandés, representado por el Sr. M.A. Fierstra, hoofd van de dienst Europees recht del ministerie van Buitenlandse zaken, en calidad de Agente; del Gobierno francés, representado por el Sr. C. Chavance; del Gobierno sueco, representado por el Sr. A. Kruse, departementsråd del Utrikesdepartementets rättssekretariat för EU-frågor, en calidad de Agente, y de la Comisión, representada por el Sr. W. Wils, expuestas en la vista de 17 de noviembre de 1998;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 28 de enero de 1999;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante resolución de 6 de junio de 1997, recibida en el Tribunal de Justicia el 12 de junio siguiente, el Hoge Raad der Nederlanden planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), seis cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los artículos 85, 86 y 90 del Tratado CE (actualmente artículos 81 CE, 82 CE, y 86 CE).

2 Dichas cuestiones se suscitaron en el marco un litigio entre Maatschappij Drijvende Bokken BV (en lo sucesivo, «Drijvende Bokken») y Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven (Fondo sectorial de pensiones de las empresas de transporte y portuarias; en lo sucesivo, «Fondo») a raíz de la negativa de Drijvende Bokken a abonar a dicho Fondo las cotizaciones correspondientes a los años 1991 a 1993, por considerar que la afiliación obligatoria al Fondo en virtud de la cual se le reclaman dichas cotizaciones es contraria a los artículos 85, 86 y 90 del Tratado.

La legislación nacional

3 El sistema de pensiones neerlandés está basado en tres pilares.

4 El primero está constituido por una pensión legal de base, concedida por el Estado conforme a la Algemene Ouderdomswet (Ley de creación de un régimen general de pensiones de vejez; en lo sucesivo, «AOW») y a la Algemene Nabestaandenwet (Ley sobre el seguro general para los supervivientes). Este régimen legal obligatorio concede a la totalidad de la población una pensión de importe reducido, independiente del salario efectivamente percibido con anterioridad y calculada sobre la base del salario mínimo legal.

5 El segundo pilar comprende las pensiones complementarias, devengadas en relación con una actividad profesional por cuenta ajena o por cuenta propia, que completan en la mayor parte de los casos la pensión de base. Estas pensiones complementarias se gestionan generalmente mediante regímenes colectivos que se aplican a un sector de la economía, a una profesión o a los trabajadores de una empresa por los fondos de pensiones que han sido declarados de afiliación obligatoria, especialmente, como en los asuntos principales, en virtud de la Wet van 17 maart 1949 houdende vaststelling van en regeling betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (Ley de 17 de marzo de 1949 por la que se establecen las reglas relativas a la afiliación obligatoria a un fondo sectorial de pensiones; en lo sucesivo, «BPW»).

6 El tercer pilar está constituido por las pólizas individuales de seguros de pensiones o de vida que pueden contratarse de forma voluntaria.

7 La Wet op de loonbelasting (Ley del impuesto sobre los salarios) establece que las primas que sirven para constituir una pensión sólo son deducibles cuando la pensión no supera un nivel «razonable». Cuando la pensión sobrepasa dicho nivel, no pueden deducirse las primas. Para una vida laboral de 40 años, este nivel asciende al 70 % del último sueldo individual. Esta normativa fiscal tiene el efecto de que la norma actual para la constitución de una pensión en los Países Bajos, incluida la pensión percibida con arreglo a la AOW, corresponde a una pensión equivalente al 70 % del último sueldo.

8 El artículo 1, apartado 1, de la BPW, en su versión resultante de la Ley de 11 de febrero de 1988, dispone:

«1. A los efectos de la presente Ley y de las disposiciones que en ella se basan, se entenderá por:

[...]

b. Un fondo sectorial de pensiones: un fondo que opera en un sector económico y con arreglo al cual se recaudan fondos en beneficio exclusivo de las personas que ejercen una actividad por cuenta ajena en el sector de que se trate, o también de aquellas personas que ejercen una actividad de otra naturaleza en dicho sector.

[...]

f. Ministro competente: el Ministro de Asuntos Sociales y Empleo.»

9 El artículo 3 de la BPW modificada, establece:

«1. El Ministro competente, a instancia de una organización profesional sectorial que considere suficientemente representativa de la estructura de la vida económica en un sector de actividad, previo acuerdo con el jefe del departamento de la administración a quien incumba el sector de actividad de que se trate y tras consultar al Sociaal-Economische Raad (Consejo económico y social) y a la Verzekeringskamer (Cámara de seguros), podrá declarar obligatoria la afiliación a un fondo sectorial de pensiones para todos los trabajadores o para determinadas categorías de trabajadores del sector de actividad en cuestión.

2. En el caso al que se refiere el apartado anterior, todas las personas pertenecientes a las categorías afectadas por las disposiciones del mencionado apartado, al igual que sus empleadores, si se tratase de trabajadores por cuenta ajena, estarán obligadas a observar las disposiciones de los estatutos o reglamentos del fondo sectorial de pensiones referidas a ellas o las disposiciones adoptadas en virtud de aquellos. La inobservancia de estas disposiciones podrá dar lugar a actuaciones judiciales, en particular por cuanto atañe al abono de las cotizaciones.»

10 El artículo 5, apartado 2, de la BPW modificada, enumera varios requisitos para que el Ministro de Asuntos Sociales y Empleo pueda aprobar una solicitud de afiliación obligatoria como la contemplada en el artículo 3, apartado 1. Así, con arreglo al artículo 5, apartado 2, puntos III y IV, de la BPW modificada, los estatutos y reglamentos del fondo sectorial de pensiones deben garantizar de manera suficiente los intereses de los afiliados y el número de representantes de las asociaciones de empresarios y de trabajadores del sector afectado en el comité de gestión del fondo habrá de ser igual.

11 El artículo 5, apartado 2, punto II, letra l), de la BPW modificada establece también que los estatutos y reglamentos del fondo sectorial de pensiones deben incluir disposiciones que contemplen los casos en que los trabajadores del sector afectado no estén obligados a afiliarse a dicho fondo o puedan quedar exentos de determinadas obligaciones respecto a éste, así como los requisitos a que están sujetas estas excepciones.

12 El artículo 5, apartado 3, de la BPW modificada dispone:

«El Ministro de Asuntos Sociales y Empleo, tras consultar a la Cámara de seguros y al Consejo económico y social, establecerá las directrices relativas a las cuestiones a que se refiere el apartado 2, punto II, letra l). A efectos de la aplicación de estas directrices se tendrá en cuenta el principio según el cual los trabajadores afectados, que ya estuvieran afiliados a un fondo de pensiones de empresa o que hubieran contratado una póliza con una compañía de seguros de vida al menos seis meses antes de la presentación de la solicitud contemplada en el artículo 3, apartado 1, no están obligados a afiliarse a este fondo sectorial de pensiones o están exentos de la obligación de cotizar a él por completo o en una medida razonable, siempre que puedan demostrar —y durante tanto tiempo como puedan hacerlo— que, durante el período en que estén exentos de la obligación de afiliación o de abonar la cotización íntegra o una parte razonable de ella, adquirirán derechos de pensión que serán, cuando menos, equivalentes a los que adquirirían si estuvieran afiliados al fondo sectorial de pensiones. El Ministro competente podrá también establecer directrices sobre otros aspectos del apartado 2.»

13 Mediante la Beschikking van 29 december 1952 betreffende de vaststelling van richtlijnen voor de vrijstelling van deelneming in een bedrijfspensioenfonds wegens een bijzondere pensioenvoorziening (Decisión de 29 de diciembre de 1952 por la que se establecen las directrices relativas a la exención de afiliación a un fondo sectorial de pensiones, en razón de la afiliación a un régimen especial de pensiones, en su versión modificada por la Decisión de 15 de agosto de 1988; en lo sucesivo, «directrices relativas a la exención de afiliación»), el Ministro de Asuntos Sociales y Empleo dictó las directrices a que se refiere el artículo 5, apartado 3, de la BPW modificada.

14 El artículo 1 de las directrices relativas a la exención de afiliación, modificadas, prevé:

«A instancia de cualquier persona interesada, un fondo sectorial de pensiones podrá conceder una exención de la obligación de afiliación o de cotización a dicho fondo siempre que el trabajador del sector afectado esté afiliado a un régimen especial de pensiones que reúna los siguientes requisitos:

a. dicho régimen debe depender de un fondo de pensiones de empresa, de otro fondo sectorial de pensiones o de un asegurador que sea titular de la certificación prevista en el artículo 10 de la Wet toezicht verzekeringsbedrijf (Ley sobre el control de las compañías de seguros, Stb. 1986, 638), o debe basarse en la Algemene burgerlijke pensioenwet (Ley general sobre pensiones civiles de la función pública, Stb. 1986, 540), la Spoorwegenpensioenwet (Ley de pensiones de los empleados de los ferrocarriles neerlandeses y de sus familias, Stb. 1986, 541) o la Algemene Militaire pensioenwet (Ley general sobre pensiones militares, Stb. 1979, 305);

b. los derechos devengados con arreglo a este régimen deben ser, en su conjunto, al menos equivalentes a los derivados del fondo sectorial de pensiones;

c. deben quedar suficientemente garantizados los derechos del trabajador interesado y el cumplimiento de sus obligaciones;

d. si la exención implicara que el interesado causa baja en el fondo, se señalará una compensación razonable a juicio de la Cámara de seguros por el eventual perjuicio padecido por el fondo, desde el punto de vista actuarial, como consecuencia de la mencionada baja.»

15 El artículo 5 de dichas directrices, modificadas, añade:

«1. La exención deberá concederse cuando conste que se reúnen los requisitos contemplados en el artículo 1, letras *a, b,* y *c,* que el régimen especial de pensiones estaba vigente al menos seis meses antes de que se presentara la solicitud en virtud de la cual la afiliación al fondo sectorial de pensiones haya adquirido carácter obligatorio y se demuestre que, durante el período en que el trabajador del sector afectado esté exento de la obligación de afiliación o de abonar la cotización íntegra o una parte razonable de ella, adquiere derechos de pensión que son, cuando menos, equivalentes a los que adquiriría en caso de afiliación al fondo sectorial de pensiones.

2. Si, en el momento a que se refiere el apartado 1, el régimen especial de pensiones no cumpliera el requisito enunciado en el artículo 1, letra *b,* se concederá un plazo suficiente para permitir una adaptación a este requisito antes de adoptar una decisión sobre la solicitud.

3. La exención en virtud del presente artículo habrá de entrar en vigor en el momento en que la afiliación al régimen sectorial de pensiones adquiera carácter obligatorio.»

16 El artículo 9 de las mencionadas directrices, modificadas, precisa:

«1. En el plazo de 30 días a partir de su notificación el interesado podrá formular ante la Cámara de seguros una reclamación contra las decisiones contempladas en el artículo 8. El fondo sectorial de pensiones comunicará al interesado por escrito la frase precedente en el mismo momento en que le notifique su decisión.

2. La Cámara de seguros comunicará sus decisiones sobre las reclamaciones al fondo sectorial de pensiones, así como a las personas que las hubieran formulado.»

17 La apreciación formulada por la Cámara de seguros constituye una tentativa de conciliación. No se trata de una decisión con fuerza vinculante adoptada en el marco de un litigio. La apreciación de la Cámara de seguros no es susceptible de reclamación ni de recurso.

18 Los fondos sectoriales de pensiones de afiliación obligatoria no solamente están sujetos a las disposiciones de la BPW, sino además a la Wet van 15 mei 1962 houdende regelen betreffende pensioen- en spaarvoorzieningen (Ley de 15 de marzo de 1962 de fondos de pensiones y fondos de ahorro, modificada posteriormente en varias ocasiones; en lo sucesivo, «PSW»).

19 La PSW tiene la finalidad de garantizar, en la medida de lo posible, el cumplimiento efectivo de los compromisos contraídos con los trabajadores en materia de pensiones.

20 Para ello, el artículo 2, apartado 1, de la PSW obliga a los empresarios a elegir uno de los tres regímenes cuya finalidad consiste en mantener separados los fondos recaudados para pensiones del resto de los activos de la empresa. El empresario puede adherirse a un fondo sectorial de pensiones, constituir un fondo de pensiones de empresa o contratar pólizas de seguros de grupo o individuales con una compañía de seguros.

21 El artículo 1, apartado 6, de la PSW precisa que esta ley se aplica también a los fondos sectoriales de pensiones de afiliación obligatoria en virtud de la BPW.

22 La PSW prevé también una serie de requisitos que los estatutos y reglamentos de un fondo sectorial de pensiones deben cumplir. El artículo 4 de la PSW prevé que la constitución de un fondo de estas características debe ser notificada al Ministro de Asuntos Sociales y Empleo, así como a la Cámara de seguros. El artículo 6, apartado 1, de la PSW confirma que las organizaciones de empresarios y las organizaciones de trabajadores del sector afectado tendrán igual número de representantes en el comité de gestión de un fondo sectorial de pensiones.

23 Además, la PSW define, en sus artículos 9 y 10, las modalidades de gestión de los fondos recaudados. En el artículo 9 se enuncia la regla general en esta materia, que obliga al fondo de pensiones a transferir o a reasegurar el riesgo referente a los compromisos relacionados con las pensiones. Sin perjuicio de esta regla, el artículo 10 permite a los fondos de pensiones gestionar o invertir, por su cuenta y riesgo, los capitales recaudados. Para ser autorizado a hacerlo, el fondo de pensiones habrá de presentar a las autoridades responsables un plan de gestión que exponga con exactitud la forma en que piensa hacer frente al riesgo actuarial y al riesgo financiero. Dicho plan debe recibir la aprobación de la Cámara de seguros. Además, los fondos de pensiones están sujetos a una vigilancia permanente. Las cuentas actuariales de resultados del régimen deben ser presentadas periódicamente a la Cámara de seguros para su aprobación.

24 Finalmente, los artículos 13 a 16 de la PSW enuncian las reglas relativas a la inversión de las cantidades recaudadas. En virtud del artículo 13, los activos del régimen más las previsiones de ingresos deben ser suficientes para hacer frente a los compromisos contraídos en materia de pensiones. El artículo 14 precisa que las inversiones deben hacerse de forma prudente.

El litigio principal

25 El Fondo fue creado en virtud de la BPW. Mediante Decreto de 9 de septiembre de 1959 (en lo sucesivo, «Decreto por el que se declara la afiliación obligatoria»), el Ministro de Asuntos Sociales y Empleo declaró obligatoria la afiliación al

Fondo de los trabajadores masculinos de, al menos, 18 años de edad, ocupados de forma habitual en una empresa portuaria de la zona portuaria de Rotterdam y los alrededores. Mediante Decreto de 17 de diciembre de 1991, el ámbito de aplicación del Decreto por el que se declara la afiliación obligatoria se extendió a los trabajadores ocupados de forma habitual en una empresa portuaria o asimilada.

26 El régimen de pensiones propuesto por el Fondo está basado en la norma actual en los Países Bajos, a saber, que todo trabajador que haya cotizado durante el período máximo de afiliación a dicho régimen obtiene una pensión con arreglo a la AOW equivalente al 70 % de su último salario.

27 La actividad de Drijvende Bokken consiste en el alquiler de grúas flotantes que son manejadas por su propio personal. Estas grúas, que a menudo se alquilan con remolcadores, se utilizan en especial en la industria «offshore» y en la industria química para trabajos de construcción y reparación.

28 Por estimar que el Decreto por el que se declara la afiliación obligatoria no le era aplicable, Drijvende Bokken se afilió a otro fondo de pensiones. Como consecuencia de la ampliación del ámbito de aplicación de la afiliación obligatoria que tuvo lugar en 1991, el Fondo requirió a Drijvende Bokken el 20 de octubre de 1993 para que le pagara, con carácter principal, la cantidad de 132.000 HFL en concepto de las cotizaciones devengadas durante los años 1991 a 1993. Drijvende Bokken manifestó su oposición a este requerimiento ante el Kantongerecht te Rotterdam.

29 Mediante sentencia de 2 de mayo de 1994, el Kantongerecht declaró fundada la oposición, por considerar que los trabajadores de Drijvende Bokken no eran empleados de una empresa portuaria, en el sentido del Decreto por el que se declara la afiliación obligatoria. El Fondo apeló esta sentencia ante el Arrondissementsrechtbank te Rotterdam.

30 Mediante sentencia de 25 de enero de 1996, este órgano jurisdiccional revocó la sentencia del Kantongerecht, al estimar que los trabajadores de Drijvende Bokken trabajaban principalmente en una empresa portuaria o asimilada, por lo que estaban comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Decreto por el que se declara la afiliación obligatoria. El Arrondissementsrechtbank desestimó también el motivo, invocado por Drijvende Bokken con carácter subsidiario, según el cual la afiliación obligatoria al Fondo es incompatible con los artículos 3, letra g), del Tratado CE [actualmente artículo 3 CE, apartado 1, letra g), tras su modificación], 5 del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE), 85, 86 y 90 del Tratado, debido a que el Fondo no podía ser considerado como una empresa, en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado, y tenía más bien el carácter de una institución de Seguridad Social.

31 Drijvende Bokken recurrió en casación ante el Hoge Raad, alegando que el Arrondissementsrechtbank se había equivocado al considerar la afiliación obligatoria al Fondo compatible con el Derecho comunitario.

32 El Hoge Raad comprobó que estas alegaciones implicaban necesariamente varias cuestiones relativas a la interpretación de los artículos 85, 86 y 90 del Tratado. Se remitió, entre otras, a la sentencia de 21 de septiembre de 1988, Van Eycke (267/86, Rec. p. 4769), apartado 16. El Hoge Raad no consideró, por el contrario, que en el caso de autos hubiera restricciones a la libre prestación de servicios o al derecho de establecimiento.

33 En su resolución de remisión, el Hoge Raad recordó varios elementos importantes no discutidos por las partes. El Fondo no tiene ánimo de lucro ni persigue una finalidad comercial. Gestiona un régimen de pensiones para todos los trabajadores por cuenta ajena del sector afectado, que presenta importantes elementos de solidaridad. El Fondo no tiene en cuenta los riesgos individuales de los trabajadores por cuenta ajena en el momento de fijar las cotizaciones. Éstas se establecen para todos los trabajadores basándose en las mismas premisas y, en su caso, fijando una media. El Fondo está sujeto a la obligación de aceptación y los afiliados no tienen que someterse a un examen médico previo. Finalmente, existe una exención de pago de cotizaciones en caso de incapacidad laboral, de modo que incluso durante esta contingencia se sigue constituyendo el derecho a pensión.

34 Por todo ello, el Hoge Raad der Nederlanden decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe considerarse como una empresa, en el sentido de los artículos 85, 86 o 90 del Tratado CE, un fondo sectorial de pensiones como [el Fondo] al que, en virtud de la [BPW] y de conformidad con ésta, se ha declarado obligatoria la afiliación para todas, alguna o varias categorías profesionales?

2) Cuando cierto número de organizaciones, que el Ministro considera suficientemente representativas de las organizaciones de empresarios y de trabajadores, en el sentido del apartado 1 del artículo 3 de la [BPW], solicitan al Ministro, con arreglo a esta disposición, que declare obligatoria la afiliación a determinado fondo de pensiones a los efectos de la mencionada Ley, ¿esta actuación conjunta de dichas organizaciones debe calificarse de acuerdo entre empresas o de decisión de asociaciones de empresas o de práctica concertada, en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado CE, que, a tenor de esta disposición, (1°) pueda afectar al comercio entre los Estados miembros y (2°) tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común?

3) ¿La imposición de la mencionada obligación debe considerarse como una medida que puede anular la eficacia de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas o, al menos, como una medida por la que un Estado miembro impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 85 o refuerza los efectos de las mismas, o sólo es así en determinadas circunstancias y, en tal caso, en cuáles?

4) Si se da una respuesta negativa a esta última cuestión, ¿pueden existir otras circunstancias que hagan que la imposición de dicha obligación sea

incompatible con lo dispuesto en el artículo 90 del Tratado CE, y, en caso afirmativo, cuáles?

5) ¿El hecho de declarar obligatoria la afiliación puede ser considerado como la concesión a un fondo sectorial de pensiones de un derecho exclusivo en el sentido del artículo 90, apartado 1, del Tratado CE, proporcionando de este modo a dicho fondo de pensiones una posición dominante de la que abusa por el mero ejercicio del derecho exclusivo que se le ha concedido, en particular porque la declaración de la obligatoriedad de la afiliación puede afectar al comercio entre los Estados miembros y porque, en contra de lo dispuesto en la el artículo 86, párrafo segundo, letra b), la prestación de servicios se limita en perjuicio de las empresas obligatoriamente afiliadas, en el presente caso los trabajadores? ¿O puede dicha declaración de obligatoriedad crear una situación en la que un fondo de pensiones sea inducido a cometer tal abuso o sea colocado en una situación en la que él mismo no podría ponerse sin infringir el artículo 86, mientras que, en todo caso, no se garantiza un sistema en el que la competencia no resulte falseada?

6) Si el hecho de haber declarado obligatoria la afiliación es contrario al Derecho comunitario, ¿implica esto que es jurídicamente inválido?»

Sobre la segunda cuestión

35 Mediante su segunda cuestión, que procede examinar en primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide si la decisión, adoptada en el marco de un convenio colectivo por las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un determinado sector, de establecer en dicho sector un único fondo de pensiones encargado de la gestión de un régimen de pensiones complementarias y de solicitar a las autoridades públicas que hagan obligatoria la afiliación a dicho fondo para todos los trabajadores de dicho sector es contraria al artículo 85 del Tratado.

36 Drijvende Bokken alega que la petición de los interlocutores sociales de que se declare obligatoria la afiliación a un fondo sectorial de pensiones constituye un acuerdo entre las empresas que operan en el sector afectado que es contrario al artículo 85, apartado 1, del Tratado.

37 Un acuerdo de esta naturaleza restringe la competencia desde dos puntos de vista. Por una parte, al encomendar la ejecución de un régimen obligatorio a un solo gestor, priva a las empresas que actúan en el sector afectado de la posibilidad de afiliarse a un régimen de pensiones distinto, gestionado por otros aseguradores. Por otra parte, este acuerdo excluye a dichos aseguradores de una parte sustancial del mercado de los seguros de pensiones.

38 Las consecuencias de tal acuerdo para la competencia son «sensibles» en la medida en que afecta a la totalidad del sector portuario neerlandés. Estas consecuencias resultan intensificadas por el efecto acumulativo derivado de la circunstancia de que la afiliación a estos regímenes de pensiones se había hecho obligatoria en numerosos sectores de la economía y para todas las empresas de dichos sectores.

39 Finalmente, este acuerdo afecta al comercio entre los Estados miembros en la medida en que concierne a empresas que desempeñan una actividad transfronteriza y en que priva a los aseguradores establecidos en otros Estados miembros de la posibilidad de ofrecer en los Países Bajos un régimen completo de pensiones, bien sea a través de una prestación de servicios transfronteriza, bien sea a través de filiales o sucursales.

40 Es preciso recordar, en primer lugar, que el artículo 85, apartado 1, del Tratado prohíbe todo acuerdo entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas, que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. La importancia de esta norma indujo a los autores del Tratado a prever expresamente en el artículo 85, apartado 2, del Tratado que los acuerdos y decisiones prohibidos por la mencionada disposición serán nulos de pleno derecho.

41 Seguidamente es preciso recordar que, a tenor del artículo 3, letras g) e i), del Tratado CE [actualmente artículo 3 CE, apartado 1, letras g) y j), tras su modificación], la acción de la Comunidad implicará no sólo «un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior», sino también una «política en el ámbito social». El artículo 2 del Tratado CE (actualmente artículo 2 CE, tras su modificación) enuncia, en efecto que la Comunidad tendrá por misión, entre otras, «promover un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas» y «un alto nivel de empleo y de protección social».

42 A este respecto, el artículo 118 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE) afirma que la Comisión tendrá por misión promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social, particularmente en las materias relacionadas con el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores.

43 El artículo 118 B del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE) añade que la Comisión procurará desarrollar el diálogo entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si éstas lo consideraren deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre dichas partes.

44 Además, el artículo 1 del Acuerdo sobre la política social (DO 1992, C 191, p. 91) afirma que los objetivos de la Comunidad y de los Estados miembros son, entre otros, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

45 Según el artículo 4, apartados 1 y 2, del Acuerdo sobre la política social, el diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito comunitario podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos, cuya aplicación se realizará, ya sea según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, ya sea,

a petición conjunta de las partes firmantes, sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión.

46 Bien es verdad que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores. No obstante, los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo.

47 De una interpretación útil y coherente de las disposiciones del Tratado, en su conjunto, se desprende que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

48 Es preciso, pues, examinar si la naturaleza y el objeto del acuerdo controvertido en el procedimiento principal justifican que se excluya del ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

49 En el presente caso, hay que señalar, por una parte, que, al igual que los acuerdos a los que se ha hecho referencia anteriormente, generados a través del diálogo social, el acuerdo controvertido en el procedimiento principal ha sido celebrado con la forma de un convenio colectivo y constituye el resultado de una negociación colectiva entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores.

50 Por otra parte, en lo que atañe a su objeto, el acuerdo controvertido en el procedimiento principal instaura, en un sector determinado, un régimen de pensiones complementarias gestionado por un fondo de pensiones que puede ser declarado de afiliación obligatoria. Un régimen de esta naturaleza persigue, en conjunto, la finalidad de garantizar un determinado nivel de pensiones a todos los

trabajadores de dicho sector y, por consiguiente, contribuye directamente a la mejora de uno de los elementos constitutivos de las condiciones laborales de los trabajadores, su remuneración.

51 Procede, pues, concluir que el acuerdo controvertido en el procedimiento principal no está comprendido, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

52 Por lo tanto, procede responder a la segunda cuestión que la decisión, adoptada en el marco de un convenio colectivo por las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un determinado sector, de establecer en dicho sector un único fondo de pensiones encargado de la gestión de un régimen de pensiones complementarias y de solicitar a las autoridades públicas que hagan obligatoria la afiliación a dicho fondo para todos los trabajadores de dicho sector no está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado.

Sobre la tercera cuestión

53 Mediante su tercera cuestión, que procede responder en segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente pide fundamentalmente que se dilucide si los artículos 3, letra g), 5 y 85 del Tratado se oponen a la decisión de las autoridades públicas de hacer obligatoria, a petición de las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un determinado sector, la afiliación a un fondo sectorial de pensiones.

54 Drijvende Bokken considera que, al crear un marco legal y al acoger la petición de los interlocutores sociales de hacer obligatoria la afiliación a un fondo sectorial de pensiones, las autoridades públicas han favorecido o fortalecido la ejecución y el funcionamiento de acuerdos entre las empresas que operan en los sectores de que se trata, que son contrarios al artículo 85, apartado 1, del Tratado, de modo que han infringido los artículos 3, letra g), 5 y 85 del Tratado.

55 Como el Tribunal de Justicia ha estimado, en particular en la sentencia Van Eycke, antes citada, apartado 16, el artículo 85 del Tratado se refiere únicamente a la conducta de las empresas y no a medidas legislativas o reglamentarias adoptadas por los Estados miembros. De una jurisprudencia reiterada se desprende, no obstante, que el artículo 85 del Tratado, en relación con el artículo 5, obliga a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, de naturaleza legislativa o reglamentaria, que puedan eliminar el efecto útil de las normas de la competencia aplicables a las empresas. Tal es el caso, en virtud de esta misma jurisprudencia, cuando un Estado miembro impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 85 del Tratado, o refuerza sus efectos o bien prescinde de dar carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica (véanse también las sentencias de 17 de noviembre de 1993, Meng, C-2/91, Rec. p. I-5751, apartado 14; Reiff, C-185/91, Rec. p. I-5801, apartado 14; Ohra Schadeverzekeringen, C-245/91, Rec. p. I-5851, apartado 10; de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, C-35/96, Rec. p. I-3851, apartados 53 y 54, y Corsica Ferries France, C-266/96, Rec. p. I-3949, apartados 35, 36 y 49).

56 A este respecto, procede señalar que la petición dirigida a las autoridades públicas por las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores para que hagan obligatoria la afiliación al fondo sectorial de pensiones que habían creado se inscribe en un régimen previsto en varios Derechos nacionales que tiene por objeto el ejercicio de la potestad normativa en el ámbito social. En la medida en que el acuerdo controvertido en el litigio principal no está comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado, como se desprende de la respuesta dada a la segunda cuestión, los Estados miembros son libres de hacerlo obligatorio para las personas que no estén vinculadas por él.

57 Por lo demás, el artículo 4, apartado 2, del Acuerdo sobre la política social establece expresamente en el ámbito comunitario la posibilidad de que los interlocutores sociales pidan conjuntamente al Consejo la aplicación de acuerdos sociales.

58 En consecuencia, no cabe considerar que la decisión de las autoridades públicas de hacer obligatoria la afiliación a un fondo imponga o favorezca la celebración de acuerdos contrarios al artículo 85 del Tratado o refuerce el efecto de dichos acuerdos.

59 De las consideraciones que anteceden se deduce que la decisión de las autoridades públicas de hacer obligatoria la afiliación a un fondo sectorial de pensiones no está incluida entre las categorías de medidas normativas que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pueden menoscabar el efecto útil de los artículos 3, letra g), 5 y 85 del Tratado.

60 Procede, pues, responder a la tercera cuestión que los artículos 3, letra g), 5 y 85 del Tratado no se oponen a la decisión de las autoridades públicas de hacer obligatoria, a petición de las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un determinado sector, la afiliación a un fondo sectorial de pensiones.

Sobre la primera cuestión

61 Mediante su primera cuestión, que procede examinar en tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente pide fundamentalmente que se dilucide si un fondo de pensiones encargado de la gestión de un régimen de pensiones complementarias, instaurado mediante un convenio colectivo celebrado entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un sector determinado y que ha sido declarado por las autoridades públicas de afiliación obligatoria para todos los trabajadores de ese sector, es una empresa en el sentido de los artículos 85 y siguientes del Tratado.

62 Según el Fondo y los Gobiernos que han presentado observaciones, un fondo de esta naturaleza no es una empresa en el sentido de los artículos 85 y siguientes del Tratado. A este respecto, recuerdan las diversas características del fondo sectorial de pensiones y del régimen de pensiones complementarias que gestiona.

63 En primer lugar, la afiliación obligatoria de todos los trabajadores de un sector determinado a un régimen de pensiones complementarias cumple una función social esencial en el sistema de pensiones aplicable en los Países Bajos debido al importe, sumamente reducido, de la pensión legal, calculado sobre la base del salario mínimo legal. Desde el momento en que un régimen de pensiones

complementarias se ha instaurado mediante convenio colectivo en un marco determinado por la ley y las autoridades públicas han declarado obligatoria la afiliación a dicho régimen, éste constituye un elemento del sistema neerlandés de protección social y debe considerarse que el fondo sectorial de pensiones encargado de su gestión contribuye a la gestión del servicio público de la Seguridad Social.

64 En segundo lugar, el fondo sectorial de pensiones no tiene ánimo de lucro. Está gestionado conjuntamente por los interlocutores sociales, representados paritariamente en el comité de gestión. El fondo sectorial de pensiones percibe una cotización media fijada por este comité en función de un equilibrio, en el plano colectivo, entre el importe de las primas, la cuantía de las prestaciones y la amplitud de los riesgos. Además, las cotizaciones no pueden ser inferiores a determinado nivel, para poder constituir reservas adecuadas, y no pueden rebasar un límite superior, cuya observancia está garantizada por los interlocutores sociales y por la Cámara de seguros, para preservar la ausencia de fin de lucro. Aunque las cotizaciones percibidas son invertidas según el sistema de capitalización, estas inversiones se hacen bajo el control de la Cámara de seguros y de conformidad con las disposiciones de la PSW y de los estatutos del fondo sectorial de pensiones.

65 En tercer lugar, el fondo sectorial de pensiones funciona sobre la base del principio de solidaridad. Esta solidaridad se manifiesta a través de la obligación de aceptar a todos los trabajadores sin examen médico previo, a través de la continuidad de la constitución de la pensión con exención del pago de las cotizaciones en caso de incapacidad laboral, a través de la asunción por parte del fondo de las cotizaciones patronales atrasadas adeudadas por el empresario en caso de quiebra de éste, así como a través de la revalorización del importe de las pensiones con el fin de mantener su poder adquisitivo. El principio de solidaridad se deduce también de la falta de equivalencia, a nivel individual, entre la cotización pagada, que es una cotización media e independiente de los riesgos, y los derechos de pensión, para cuya determinación se tiene en cuenta un salario medio. Esta solidaridad hace indispensable la afiliación obligatoria al régimen de pensiones complementarias. De lo contrario, la baja de los asegurados con riesgos «más favorables» tendría un efecto amplificador negativo que pondría en peligro el equilibrio financiero del régimen.

66 A la vista de cuanto antecede, el Fondo y los Gobiernos que han presentado observaciones estiman que el fondo sectorial de pensiones es una entidad gestora

de un régimen de Seguridad Social, al igual que las entidades de que se trataba en la sentencia de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre (asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637), y a diferencia de la entidad que era objeto de la sentencia de 16 de noviembre de 1995, Fédération française des sociétés d'assurance y otros (C-244/94, Rec. p. I-4013), que había sido calificada de empresa en el sentido de los artículos 85 y siguientes del Tratado.

67 Es preciso recordar que, en el contexto del Derecho de la competencia, el Tribunal de Justicia ha manifestado que 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 (véanse, en particular, las sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, apartado 21; Poucet y Pistre, antes citada, apartado 17, y Fédération française des sociétés d'assurance y otros, antes citada, apartado 14).

68 Además, en la sentencia Poucet y Pistre, antes citada, el Tribunal de Justicia excluyó de este concepto a las entidades encargadas de la gestión de determinados regímenes obligatorios de Seguridad Social basados en el principio de solidaridad. En el régimen de Seguro de Enfermedad y Maternidad del sistema que el Tribunal de Justicia hubo de examinar, las prestaciones eran, en efecto, idénticas para todos los beneficiarios, aunque las cotizaciones fueran proporcionales a los rendimientos obtenidos; en el régimen de Seguro de Vejez, la financiación de las pensiones de jubilación corría a cargo de los trabajadores en activo; además, los derechos de pensión, fijados por ley, no eran proporcionales a las cuotas abonadas en el régimen de Seguro de Vejez; por último, los regímenes excedentarios participaban en la financiación de los regímenes que atravesaban dificultades financieras estructurales. Esta solidaridad implicaba necesariamente que los diferentes regímenes fueran gestionados por una entidad única y que la afiliación a dichos regímenes tuviera carácter obligatorio.

69 En cambio, en la sentencia Fédération française des sociétés d'assurance y otros, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró que una entidad con fines no lucrativos que gestiona un régimen de Seguro de Vejez destinado a completar el régimen básico obligatorio, establecido por la ley con carácter voluntario y que funciona según el principio de capitalización, era una empresa a efectos de los artículos 85 y siguientes del Tratado. La afiliación facultativa, la aplicación del principio de capitalización y el hecho de que las prestaciones dependieran

únicamente del importe de las cotizaciones abonadas por los beneficiarios, así como de los resultados financieros de las inversiones efectuadas por la entidad gestora implicaban que ésta ejercía una actividad económica en competencia con las compañías de seguros de vida. Ni el hecho de perseguir una finalidad de carácter social, ni la falta de ánimo de lucro, ni la exigencia de solidaridad, ni las demás reglas relativas, en particular, a las restricciones a que estaba sujeta la entidad gestora en la realización de las inversiones privaban a la actividad ejercida por dicha entidad gestora de su carácter económico.

70 La cuestión de si en el concepto de empresa, en el sentido de los artículos 85 y siguientes del Tratado, está comprendida una entidad como el fondo sectorial de pensiones que es objeto de controversia en el marco del litigio principal debe apreciarse a la luz de cuanto antecede.

71 A este respecto, debe señalarse que el Fondo sectorial de pensiones determina por sí mismo el importe de las cotizaciones y de las prestaciones y que funciona según el principio de capitalización.

72 Por lo tanto, a diferencia de las prestaciones servidas por las entidades encargadas de la gestión de los regímenes obligatorios de la Seguridad Social a que se refiere la sentencia Poucet y Pistre, antes citada, el importe de las prestaciones servidas por el Fondo depende de los resultados financieros de las inversiones que realiza y respecto a las cuales está sujeto, al igual que una compañía de seguros, al control de la Cámara de seguros.

73 Además, como se desprende del artículo 5 de la BPW y de los artículos 1 y 5 de las directrices relativas a la exención de afiliación, un fondo sectorial de pensiones tiene la obligación de conceder una exención a una empresa cuando ésta procure a sus trabajadores, seis meses antes de la presentación de la petición que haya servido de base a la declaración de obligatoriedad de la afiliación al fondo, un régimen de pensiones que les confiera derechos, al menos, equivalentes a los que adquirirían en caso de afiliación al fondo. Además, en virtud del artículo 1 de las directrices antes citadas, este fondo puede conceder también una exención a una empresa cuando ésta procure a sus trabajadores un régimen de pensiones que les confiera derechos, al menos, equivalentes a los que derivan del fondo, siempre

que, en caso de que la exención implique la baja en el fondo, se señale una compensación razonable a juicio de la Cámara de seguros por el eventual perjuicio padecido por el fondo, desde el punto de vista actuarial, como consecuencia de la mencionada baja.

74 De ello se deduce que un fondo sectorial de pensiones como el controvertido en el procedimiento principal ejerce una actividad económica en competencia con las compañías de seguros.

75 Por lo tanto, la falta de ánimo de lucro, al igual que los elementos de solidaridad alegados por el Fondo y por los Gobiernos que han presentado observaciones, no bastan para privar al Fondo sectorial de pensiones de su carácter de empresa en el sentido de las normas sobre la competencia del Tratado.

76 Bien es verdad que el hecho de perseguir una finalidad social, los elementos de solidaridad antes mencionados, así como las restricciones o controles relativos a las inversiones realizadas por el Fondo sectorial de pensiones, podrían dar lugar a que los servicios prestados por este Fondo fueran menos competitivos que los servicios semejantes prestados por las compañías de seguros. Aunque estas limitaciones no impiden considerar como económica la actividad desarrollada por el Fondo, sí podrían justificar el derecho exclusivo de esta entidad para gestionar un régimen de pensiones complementarias.

77 Procede, por lo tanto, responder a la tercera cuestión que un fondo de pensiones encargado de la gestión de un régimen de pensiones complementarias, instaurado mediante un convenio colectivo celebrado entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un sector determinado y que ha sido declarado por las autoridades públicas de afiliación obligatoria para todos los trabajadores de ese sector, es una empresa en el sentido de los artículos 85 y siguientes del Tratado.

Sobre la quinta cuestión

78 Mediante su quinta cuestión, que procede responder en cuarto lugar, el órgano jurisdiccional remitente pide fundamentalmente que se dilucide si los artículos 86 y 90 del Tratado se oponen a que las autoridades públicas confieran a un fondo de pensiones el derecho exclusivo de gestionar un régimen de pensiones complementarias en un sector determinado.

79 El Gobierno neerlandés alega que el Decreto que hace obligatoria la afiliación tiene por único efecto obligar a los trabajadores del sector de que se trata a afiliarse al Fondo. Este Decreto no confiere al Fondo un derecho exclusivo en el ámbito de las pensiones complementarias. El Fondo no ocupa, por lo tanto, una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado.

80 Es preciso señalar, en primer lugar, que la decisión de las autoridades públicas de hacer obligatoria, como en el caso de autos, la afiliación a un fondo sectorial de pensiones implica necesariamente el reconocimiento en favor de ese fondo del derecho exclusivo de recaudar y gestionar las cotizaciones abonadas para la constitución de los derechos a pensión. Un fondo de esta naturaleza debe ser considerado, por consiguiente, como una empresa a la que las autoridades públicas han concedido derechos exclusivos, en el sentido del artículo 90, apartado 1, del Tratado.

81 Procede recordar seguidamente que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puede considerarse que una empresa que disfruta de un monopolio legal sobre una parte sustancial del mercado común ocupa una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado (véanse las sentencias de 10 de diciembre de 1991, Merci convenzionali porto di Genova, C-179/90, Rec. p. I-5889, apartado 14, y de 13 de diciembre de 1991, GB-Inno-BM, C-18/88, Rec. p. I-5941, apartado 17).

82 Por lo tanto, puede considerarse que un fondo sectorial de pensiones como el controvertido en el procedimiento principal, que disfruta de un derecho exclusivo de gestionar un régimen de pensiones complementarias en un sector industrial de

un Estado miembro y, por consiguiente, en una parte sustancial del mercado común, ocupa una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado.

83 Es preciso añadir, sin embargo, que el simple hecho de crear una posición dominante mediante la concesión de derechos exclusivos, en el sentido del artículo 90, apartado 1, del Tratado, no es, como tal, incompatible con el artículo 86 del Tratado. Un Estado miembro sólo infringe las prohibiciones contenidas en estas dos disposiciones cuando la empresa de que se trata es inducida, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos que le han sido conferidos, a explotar su posición dominante de manera abusiva o cuando esos derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos (sentencias Höfner y Elser, antes citada, apartado 29; de 18 de junio de 1991, ERT, C-260/89, Rec. p. I-2925, apartado 37; Merci convenzionali porto di Genova, antes citada, apartados 16 y 17; de 5 de octubre de 1994, Centre d'insémination de la Crespelle, C-323/93, Rec. p. I-5077, apartado 18, y de 12 de febrero de 1998, Raso y otros, C-163/96, Rec. p. I-533, apartado 27).

84 Drijvende Bokken alega a este respecto que el sistema de afiliación obligatoria al régimen de pensiones complementarias gestionado por el Fondo es contrario a las disposiciones del artículo 86 en relación con las del artículo 90 del Tratado. Las prestaciones de pensiones ofrecidas por el Fondo no corresponden, o no corresponden ya, a las necesidades de las empresas. Estas prestaciones son demasiado bajas, no están vinculadas a los salarios y, por consiguiente, son sistemáticamente inadecuadas. Por lo tanto, los empresarios deberían tomar otras disposiciones en este ámbito. Pues bien, el sistema de afiliación obligatoria priva a estos empresarios de la posibilidad de suscribir con una compañía de seguros una cobertura global en materia de pensiones. La contratación de varios regímenes de pensiones con diferentes aseguradoras aumentaría sus gastos administrativos y disminuiría su eficacia.

85 Es preciso recodar que en la sentencia Höfner y Elser, antes citada, apartado 34, el Tribunal de Justicia manifestó que un Estado miembro que haya concedido a una oficina pública de empleo un derecho exclusivo para la colocación de trabajadores infringe el artículo 90, apartado 1, del Tratado, cuando crea una situación que induce necesariamente a dicha oficina a infringir el artículo 86 del Tratado, en particular cuando es patente que no está en condiciones de satisfacer la demanda de este tipo de servicios que existe en el mercado.

86 En el presente caso, es necesario destacar que el régimen de pensiones complementarias propuesto por el Fondo se basa en la norma actual en los Países Bajos, que consiste en que todo trabajador que haya cotizado durante el período máximo de afiliación a dicho régimen obtiene una pensión que, incluida la percibida con arreglo a la AOW, equivale al 70 % de su último salario.

87 Bien es verdad que algunas empresas del sector querrían procurar a sus trabajadores un régimen de pensiones que superara al propuesto por el Fondo. No obstante, la imposibilidad de que estas empresas encomienden la gestión de dicho régimen de pensiones a un solo asegurador y la restricción de la competencia que de ello resulta derivan directamente del derecho exclusivo otorgado al Fondo sectorial de pensiones.

88 Es preciso examinar, por tanto, si, como sostienen el Fondo, el Gobierno neerlandés y la Comisión, el derecho exclusivo del Fondo sectorial de pensiones de gestionar las pensiones complementarias en un determinado sector y la restricción de la competencia que de ello deriva pueden justificarse con arreglo al artículo 90, apartado 2, del Tratado como una medida necesaria para el cumplimiento de una misión social específica de interés general que hubiera sido confiada a ese Fondo.

89 Drijvende Bokken alega que la afiliación obligatoria al Fondo sectorial de pensiones no es necesaria para asegurar a los trabajadores un adecuado nivel de las pensiones. Este objetivo podría lograrse a través de la fijación de niveles mínimos que deberían alcanzar las pensiones, bien por parte de los interlocutores sociales a iniciativa de las autoridades públicas, bien directamente por parte de las autoridades públicas. Los convenios colectivos de trabajo establecen invariablemente la obligación de los empresarios de asegurar un régimen mínimo de pensiones, dejándoles la libertad de crear un fondo de pensiones propio de la empresa, de afiliarse a un fondo sectorial de pensiones o de dirigirse a una compañía de seguros.

90 Según Drijvende Bokken, el pago de una «prima media» no justifica tampoco la afiliación obligatoria. Por una parte, ni la BPW ni el Decreto por el que se declara la afiliación obligatoria exigen un sistema basado en la mencionada prima. Por otra parte, diferentes fondos sectoriales de pensiones a los que no es obligatorio afiliarse funcionan perfectamente sobre la base de una «prima media».

91 En cuanto a la aceptación de todos los trabajadores de un mismo sector de actividad sin examen médico previo, a fin de evitar el rechazo de los riesgos «menos favorables», Drijvende Bokken señala que, en la práctica, los contratos de seguro de pensiones celebrados con las compañías de seguros prevén la obligación del empresario de dar de alta a todos sus trabajadores, así como la del asegurador de aceptar, sin examen médico previo, a todos los trabajadores dados de alta.

92 Es preciso recordar en primer lugar que, a tenor del artículo 90, apartado 2, del Tratado, las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada.

93 Al permitir, con sujeción a ciertos requisitos, algunas excepciones a las normas generales del Tratado, el artículo 90, apartado 2, del Tratado pretende conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas, en particular del sector público, como instrumento de política económica o social con el interés de la Comunidad en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado común (sentencias de 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión, C-202/88, Rec. p. I-1223, apartado 12, y de 23 de octubre de 1997, Comisión/Países Bajos, C-157/94, Rec. p. I-5699, apartado 39).

94 Habida cuenta del interés de los Estados miembros así descrito, no puede prohibirse que, al definir los servicios de interés económico general que encomiendan a ciertas empresas, dichos Estados tengan en cuenta objetivos

propios de su política nacional e intenten su consecución mediante la imposición de obligaciones y exigencias a dichas empresas (sentencia Comisión/Países Bajos, antes citada, apartado 40).

95 Pues bien, el régimen de pensiones complementarias controvertido en el procedimiento principal cumple una función social esencial en el sistema de pensiones de los Países Bajos en razón del reducido importe de la pensión legal, calculado sobre la base del salario mínimo legal.

96 Además, la importancia de la función social atribuida a las pensiones complementarias ha sido recientemente reconocida mediante la adopción, por parte del legislador comunitario, de la Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 209, p. 46).

97 A continuación es preciso recordar que, para que se cumplan los requisitos de aplicación del artículo 90, apartado 2, del Tratado, no es necesario que el equilibrio financiero o la viabilidad económica de la empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general estén amenazados. Basta con que, a falta de los derechos controvertidos, se impida el cumplimiento de las misiones específicas confiadas a la empresa, tal como están precisadas mediante las obligaciones y exigencias que recaen en ella (sentencia Comisión/Países Bajos, antes citada, apartado 52) o que el mantenimiento de tales derechos sea necesario para permitir a su titular el cumplimiento, en condiciones económicamente aceptables, de las misiones de interés económico general que le hayan sido confiadas (sentencias de 19 de mayo de 1993, Corbeau, C-320/91, Rec. p. I-2533, apartados 14 a 16, y Comisión/Países Bajos, antes citada, apartado 53).

98 Pues bien, si se suprimiera el derecho exclusivo del Fondo de gestionar el régimen de pensiones complementarias para todos los trabajadores de un sector determinado, las empresas que empleasen a personal joven y de buena salud y que ejerciera actividades que no fueran peligrosas buscarían condiciones de seguro más ventajosas con aseguradores privados. La baja progresiva de los asegurados con riesgos «más favorables» dejaría al Fondo sectorial de pensiones

la gestión de una parte cada vez mayor de asegurados con riesgos «menos favorables», provocando así una elevación del coste de las pensiones de los trabajadores y, en particular, de aquellos de las pequeñas y medianas empresas con personal de más edad y que ejercieran actividades peligrosas, a las cuales el Fondo no podría ya proponer pensiones a un coste aceptable.

99 Esto sucederá con mayor razón aún si el régimen de pensiones complementarias gestionado exclusivamente por el Fondo se caracteriza, como en el asunto principal, por un elevado grado de solidaridad debido, en especial, a la independencia de las cotizaciones en relación con el riesgo, a la obligación de aceptar a todos los trabajadores sin examen médico previo, a la continuidad de la constitución de la pensión con exención del pago de las cotizaciones en caso de incapacidad laboral, a la asunción por parte del Fondo de las cotizaciones patronales atrasadas en caso de quiebra del empresario, así como a la revalorización del importe de las pensiones con el fin de mantener su poder adquisitivo.

100 En efecto, estas obligaciones, que hacen que el servicio prestado por el Fondo sea menos competitivo que un servicio comparable prestado por las compañías de seguros, contribuyen a justificar el derecho exclusivo de este Fondo para gestionar el régimen de pensiones complementarias.

101 De cuanto antecede se desprende que la supresión del derecho exclusivo atribuido al Fondo podría desembocar en la imposibilidad de que éste cumpliera las misiones de interés económico general que le han sido encomendadas en condiciones económicamente aceptables y podría poner en peligro su equilibrio financiero.

102 Remitiéndose a la sentencia GB-Inno-BM, antes citada, Drijvende Bokken considera, sin embargo, que el hecho de que el Fondo acumulara su condición de gestor del régimen de pensiones y de autoridad encargada de conceder las exenciones podría dar lugar a un ejercicio injusto de esta última facultad.

103 Procede recordar que, en la sentencia GB-Inno-BM, antes citada, apartado 28, el Tribunal de Justicia declaró que los artículos 3, letra g), 86 y 90 del Tratado se oponen a que un Estado miembro confiera a la sociedad explotadora de la red pública de telecomunicaciones la facultad de adoptar normas relativas a los aparatos telefónicos y de verificar su cumplimiento por parte de los operadores económicos, cuando compite con dichos operadores en el mercado de los referidos aparatos.

104 En el apartado 25 de esa sentencia, el Tribunal de Justicia estimó, en efecto, que la acumulación en una misma sociedad, por una parte, de la facultad de autorizar o denegar la conexión de aparatos telefónicos a la red y, por otra, la de precisar las normas técnicas que deben cumplir estos aparatos y verificar si los aparatos no producidos por ella se ajustan a las normas que había adoptado, suponía conferirle la facultad de determinar a su arbitrio qué aparatos terminales podrían ser conectados a la red pública y concederle así una ventaja evidente sobre sus competidores.

105 Ahora bien, la situación de los asuntos controvertidos en el procedimiento principal presenta diferencias en relación con la que fue objeto de la sentencia GB-Inno-BM, antes citada.

106 En efecto, es preciso destacar, en primer lugar, que, en virtud del artículo 5, apartado 1, de las directrices relativas a la exención de afiliación, un fondo sectorial de pensiones tiene la obligación de conceder una exención a una empresa cuando ésta procure a sus trabajadores, seis meses antes de la presentación de la petición que haya servido de base a la declaración de obligatoriedad de la afiliación al fondo, un régimen de pensiones que les confiera derechos, al menos, equivalentes a los que adquirirían en caso de afiliación al fondo.

107 Puesto que la disposición antes citada vincula al fondo sectorial de pensiones en cuanto al ejercicio de su facultad de exención, no cabe considerar que pueda dar lugar a que el fondo abuse de esa facultad. En efecto, en tal caso el fondo se limita a verificar que se reúnen los requisitos establecidos por el Ministro competente (véase, en ese sentido, la sentencia de 27 de octubre de 1993, Lagauche y otros, asuntos acumulados C-46/90 y C-93/91, Rec. p. I-5267, apartado 49).

108 Seguidamente, es preciso señalar que, en virtud del artículo 1 de las directrices relativas a la exención de afiliación, un fondo sectorial de pensiones puede conceder también una exención a una empresa cuando ésta procure a sus trabajadores un régimen de pensiones que les confiera derechos, al menos, equivalentes a los que derivan del fondo, siempre que, en caso de que la exención implique la baja en el fondo, se señale una compensación razonable a juicio de la Cámara de seguros por el eventual perjuicio padecido por el fondo, desde el punto de vista actuarial, como consecuencia de la mencionada baja.

109 La disposición antes citada permite así que un fondo sectorial de pensiones declare exenta de la obligación de afiliación a una empresa que procure a sus trabajadores un régimen de pensiones equivalente al que gestiona, siempre que dicha exención no ponga en peligro su equilibrio financiero. El ejercicio de esta facultad de exención supone una evaluación compleja de datos relativos a los regímenes de pensiones de que se trata y al equilibrio financiero del fondo, que implica necesariamente un amplio margen de apreciación.

110 Habida cuenta de la complejidad de dicha evaluación, así como del riesgo que supone la concesión de exenciones para el equilibrio financiero del fondo sectorial de pensiones y, por ende, para el cumplimiento de la misión social que le ha sido confiada, un Estado miembro puede estimar que la facultad de exención no debe atribuirse a una entidad diferente.

111 No obstante, es necesario destacar que los órganos jurisdiccionales nacionales que han de pronunciarse, como en el presente asunto, sobre la oposición a la exigencia de abonar las cotizaciones, deben ejercer un control sobre la decisión del Fondo por la que se niega una exención de afiliación que les permita al menos verificar que el Fondo no haya hecho un uso arbitrario de su facultad de conceder una exención y que se ha respetado el principio de no discriminación, así como las demás condiciones relativas a la legalidad de dicha decisión.

112 Finalmente, por lo que atañe al argumento de Drijvende Bokken de que podría lograrse un adecuado nivel de las pensiones de los trabajadores a través de la

fijación de niveles mínimos que deberían alcanzar las pensiones ofrecidas por las compañías de seguros, es preciso recalcar que, dada la función social de los regímenes de pensiones complementarias y el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros, según reiterada jurisprudencia, para ordenar sus sistemas de Seguridad Social (sentencias de 7 de febrero de 1984, Duphar y otros, 238/82, Rec. p. 523, apartado 16; Poucet y Pistre, antes citada, apartado 6, y de 17 de junio de 1997, Sodemare y otros, C-70/95, Rec. p. I-3395, apartado 27), corresponde a cada Estado miembro examinar si, habida cuenta de las particularidades de su sistema nacional de pensiones, la fijación de exigencias mínimas le permitiría ofrecer el nivel de pensiones que pretende garantizar en un sector mediante la afiliación obligatoria a un fondo de pensiones.

113 Procede, pues, responder a la quinta cuestión que los artículos 86 y 90 del Tratado no se oponen a que las autoridades públicas confieran a un fondo de pensiones el derecho exclusivo de gestionar un régimen de pensiones complementarias en un sector determinado.

Sobre las cuestiones cuarta y sexta

114 Habida cuenta de la respuesta que se ha dado a la quinta cuestión, no procede responder a las cuestiones cuarta y sexta.

Costas

115 Los gastos efectuados por los Gobiernos neerlandés, alemán, francés y sueco, así como 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,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Hoge Raad der Nederlanden mediante resolución de 6 de junio de 1997, declara:

1) La decisión, adoptada en el marco de un convenio colectivo por las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un determinado sector, de establecer en dicho sector un único fondo de pensiones encargado de la gestión de un régimen de pensiones complementarias y de solicitar a las autoridades públicas que hagan obligatoria la afiliación a dicho fondo para todos los trabajadores de dicho sector no está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE).

2) Los artículos 3, letra g), del Tratado CE [actualmente artículo 3 CE, apartado 1, letra g), tras su modificación], 5 del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE) y 85 del Tratado no se oponen a la decisión de las autoridades públicas de hacer obligatoria, a petición de las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un determinado sector, la afiliación a un fondo sectorial de pensiones.

3) Un fondo de pensiones encargado de la gestión de un régimen de pensiones complementarias, instaurado mediante un convenio colectivo celebrado entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un sector determinado y que ha sido declarado por las autoridades públicas de afiliación obligatoria para todos los trabajadores de ese sector, es una empresa en el sentido de los artículos 85 y siguientes del Tratado.

4) **Los artículos 86 y 90 del Tratado CE (actualmente artículos 82 CE y 86 CE) no se oponen a que las autoridades públicas confieran a un fondo de pensiones el derecho exclusivo de gestionar un régimen de pensiones complementarias en un sector determinado.**

Rodríguez Iglesias Puissochet Hirsch

Jann Moitinho de Almeida Gulmann

Murray Edward Ragnemalm

Sevón Wathelet

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 21 de septiembre de 1999.

El Secretario

R. Grass

El Presidente

G.C. Rodríguez Iglesias