CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. F. G. JACOBS presentadas el 15 de enero de 1991 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Este asunto se ha sometido al Tribunal de Justicia mediante una petición de decisión prejudicial presentada por el Oberlandesgericht München (República Federal de Alemania). En él se plantean diversas cuestiones sobre la aplicabilidad de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de servicios y a las normas sobre la competencia, a lo que, a todas luces, es una situación meramente interna de un Estado miembro.

2. Los demandantes en el litigio principal son unos asesores en materia de selección de personal alemanes, establecidos en Alemania. La parte demandada es una sociedad alemana con domicilio social en Munich. Las partes celebraron un contrato según el cual los demandantes tenían que asistir al demandado en la selección de un director de ventas. Los demandantes propusieron al candidato que consideraron adecuado para el puesto, el Sr. R. Dechert, de nacionalidad alemana. No obstante, el demandado decidió no contratar al Sr. Dechert y se negó a pagar a los demandantes los honorarios estipulados contractualmente, por lo que éstos iniciaron un procedimiento ante los Tribunales alemanes. Al parecer, la demanda no puede prosperar con arreglo al Derecho alemán porque el contrato es nulo. En efecto, en Alemania, el Bundesanstalt für Arbeit, organismo del Estado, tiene el monopolio de los servicios de selección de personal y las agencias privadas de colocación están prohibidas con arreglo al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Los demandantes alegan que las disposiciones alemanas que prohíben las agencias de colocación son contrarias a determinadas disposiciones de Derecho comunitario, en particular a los artículos 59 y 86 del Tratado CEE. El Oberlandesgericht München ha solicitado una decisión prejudicial sobre las siguientes cuestiones:

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

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

* Lengua original: inglés.

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

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

Antecedentes del litigio

a) *Los Convenios de la OIT*

3. Antes de responder a estas cuestiones es preciso examinar los antecedentes del litigio. Las disposiciones alemanas que otorgan el monopolio de la selección de personal al Bundesanstalt für Arbeit (en lo sucesivo, «Bundesanstalt») y prohíben las agencias privadas de colocación se basan en el Derecho internacional. El Convenio relativo a la organización del servicio del empleo de 1948 (Convenio 88 de la OIT; *Convenios y Recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo 1919-1981,* p. 93) exige que todo miembro de la OIT para el cual esté en vigor el Convenio mantenga o garantice el mantenimiento de un servicio público y gratuito del empleo (apartado 1 del artículo 1). La función esencial del servicio del empleo es «en cooperación, cuando fuere necesario, con otros organismos interesados, públicos y privados, [...] lograr la mejor organización posible del mercado del empleo, como parte integrante del programa nacional destinado a mantener y garantizar el sistema del empleo para todos y a desarrollar y utilizar los recursos de la producción» (apartado 2 del artículo 1).

4. El Convenio relativo a las agencias retribuidas de colocación (revisado) de 1949 (Convenio 96 de la OIT; *Convenios y Recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo 1919-1981,* p. 102) ofrece a los Miembros que ratifiquen el Convenio la posibilidad de elegir entre aceptar la parte II del Convenio, que prevé la supresión progresiva de las agencias retribuidas de colocación, o la parte III, que prevé la reglamentación de dichas agencias. El artículo 5 del Convenio, perteneciente a la parte II, dispone: «La autoridad competente, en casos especiales, podrá conceder excepciones a las disposiciones del párrafo 1 del artículo 3 del presente Convenio con respecto a categorías de personas, definidas de manera precisa por la legislación nacional, cuya colocación no pueda efectuarse satisfactoriamente por el servicio público del empleo, pero solamente previa consulta, por vías apropiadas, a las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores.»

5. El Convenio 96 fue ratificado por todos los Estados miembros excepto Dinamarca y el Reino Unido. Observemos que Alemania eligió someterse a las disposiciones de la parte II del Convenio y no a las de la parte III (Ley de 15 de abril de 1954, BGBl. 1954, parte II, p. 456).

b) *Derecho nacional*

6. La mayor parte del Derecho nacional aplicable está contenida en la Arbeitsförderungsgesetz (Ley de Fomento del Empleo; en lo sucesivo, «AFG»). Los objetivos fundamentales de la AFG son conseguir un alto nivel de empleo, mejorar la estructura del mercado de empleo y, por ello, fomentar el crecimiento económico (artículo 1). La misión de alcanzar estos objetivos se confía al Bundesanstalt (artículo 3). Con arreglo al artículo 4, sólo el Bundesanstalt puede proporcionar empleo, conforme a lo dispuesto por la segunda frase del apartado 1 del artículo 18 y el apartado 1 del artículo 23. El apartado 1 del artículo 13 define el concepto de colocación; como tal se entiende la actividad de poner en contacto a los demandantes de empleo con los empresarios para establecer relaciones laborales.

7. El artículo 18 dispone lo siguiente:

«1. La selección y colocación en un empleo por cuenta ajena en el extranjero, así como la selección en el extranjero y la colocación en un empleo por cuenta ajena en Alemania, son actividades reservadas al BA. No obstante, otras instituciones o personas pueden realizar tales actividades, después de haber obtenido una autorización del BA en cada caso, en la medida en que no hayan sido encargadas especialmente con arreglo a la segunda frase del apartado 1 del artículo 23. El BA decidirá al respecto teniendo en cuenta los legítimos intereses de los trabajadores y la economía alemana, así como la situación del mercado de trabajo [...]

2. No se podrá ir en contra de las disposiciones del Derecho comunitario. *(traducción no oficial).*

[...]»

8. El apartado 1 del artículo 23 dispone:

«El Bundesanstalt, en casos excepcionales, previa solicitud y después de consultar a las asociaciones de trabajadores y empresarios interesadas, podrá encargar a otras instituciones o personas la colocación con respecto a determinadas profesiones o grupos de personas, si lo considera adecuado. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 18, la selección y colocación en un empleo por cuenta ajena en el extranjero, junto con la selección y colocación efectuadas en el extranjero para un empleo por cuenta ajena en Alemania, sólo están permitidas según un mandato especial del Bundesanstalt» *(traducción no oficial).*

9. A diferencia del artículo 18, el artículo 23 no contiene ninguna disposición relativa al Derecho comunitario.

10. En principio, el Bundesanstalt presta sus servicios gratuitamente. Si se efectúa un gasto excesivo puede imponer una tasa al empresario (artículo 21). El Bundesanstalt se financia con las aportaciones de los empresarios y trabajadores (artículo 167).

11. Quien participe en la colocación sin haber recibido mandato para ello del Bundesanstalt comete, con arreglo al artículo 23, una infracción punible sujeta a una sanción pecuniaria de hasta 30 000 DM (artículo 228). Quien facilite colocación a un trabajador en el extranjero o seleccione o coloque a un trabajador en el extranjero para un empleo en Alemania sin autorización previa del Bundesanstalt conforme al artículo 18 o sin haber recibido mandato del mismo conforme al artículo 23 comete un delito sancionado con un máximo de tres años de prisión o con una multa (artículo 227).

12. Con arreglo al artículo 134 del Código civil alemán, todo negocio jurídico contrario a una prohibición legal es, en principio, nulo. La resolución de remisión cita varias sentencias del Bundesgerichtshof en las que mantiene que esa disposición anula un contrato de colocación celebrado en contra de lo dispuesto por la AFG.

13. No se discute la compatibilidad del monopolio del Bundesanstalt con el Derecho constitucional alemán. En particular, en un asunto planteado ante el Bundesverfassungsgericht en 1967 se alegó que el monopolio era contrario al apartado 1 del artículo 12 de la Grundgesetz (Ley Fundamental), que otorga a todos los ciudadanos alemanes el derecho a elegir libremente su profesión u oficio, lugar de trabajo y centro de educación. Mediante sentencia de 4 de abril de 1967 (BVerfGE, vol. 21, p. 245), el Bundesverfassungsgericht decidió que el monopolio no era contrario a la Grundgesetz. Aunque este monopolio afectaba a la libertad de elección de profesión u oficio de los ciudadanos, estaba justificado por el interés público a la vista de los abusos ocurridos en el pasado y debido a que las necesidades globales del mercado de trabajo podían satisfacerse más eficazmente mediante un único organismo que por una multiplicidad de empresas. El Tribunal consideró separadamente la cuestión de si el monopolio estaba también justificado en relación con la selección de ejecutivos teniendo en cuenta las especiales características de este sector. Dedujo que el legislador no estaba obligado a excluir del monopolio la selección de ejecutivos, porque se perjudicaría su eficacia de producirse esta diferenciación en la materia. Además, era difícil, si no imposible, distinguir en la práctica entre las diferentes profesiones y categorías de empleados.

c) *Situación de hecho en el ámbito de la selección de ejecutivos*

14. En los años cincuenta se evidenció (según la Comisión) la existencia de un mercado separado de selección de ejecutivos. A consecuencia de ello, empresas privadas, que operaban con la denominación de «asesores de personal» ejercieron su actividad en el campo de la selección de ejecutivos. El Bundesanstalt reaccionó ante este hecho de dos maneras:

i) En 1954 estableció una oficina especial para la selección de ejecutivos y otros grupos altamente calificados (*Kommentar zum AFG*, de A. Knigge, J. V. Ketelsen, D. Marschall y A. Wittrock, 2.ª edición, apartado 5 sobre el artículo 189, p. 1427). Según las observaciones de la Comisión, su función consistía en facilitar

personal altamente calificado a grandes empresas. Todo el mundo está de acuerdo en que la oficina es incapaz de satisfacer todas las peticiones de ayuda para la selección de ejecutivos. Según la información facilitada por la Comisión, la oficina sólo interviene en la ocupación del 28 % de las vacantes de ejecutivos publicadas en el mercado libre de empleo en Alemania. Por consiguiente, los asesores de personal continúan existiendo y siguen operando en la selección de ejecutivos, a pesar de las restricciones que se les imponen; según los demandantes, existen entre 700 y 800 empresas de este tipo, con un volumen de negocios anual de entre 750 millones y 1 200 millones de DM.

ii) En 1957 el Bundesanstalt adoptó una Circular en la que expresó su deseo de permitir que los asesores de selección de personal operaran en la selección de ejecutivos. Una versión de la Circular de 1970, anexa a las observaciones de la Comisión, reproduce los términos de un acuerdo —entre el Bundesanstalt, el Ministerio Federal de Empleo y dos asociaciones representativas de empresarios alemanes y asesores de selección de personal alemanes— relativo a los «principios que rigen la distinción entre la actividad de los asesores de selección de personal y la colocación en relación con la provisión de puestos de ejecutivo». El acuerdo pretende ser una interpretación de las disposiciones pertinentes de la AFG. Comienza por definir el término «ejecutivos» (Führungskräfte der Wirtschaft): un ejecutivo es la persona que, por ocupar una posición especial de confianza respecto al empresario, ocupa un puesto clave que afecta a la existencia y desarrollo de la empresa, en la medida en que realiza importantes funciones de dirección o un trabajo altamente calificado, que comprende la planificación, la supervisión, la realización de proyectos, la investigación o consultoría, esencialmente por su propia iniciativa y con un alto grado de responsabilidad (punto 1.1.1 de la Circular).

15. A continuación el acuerdo distingue entre la actividad de asesor de selección de personal, que están autorizadas a ejercer las empresas privadas, y la colocación, que se reserva al Bundesanstalt. El apartado 1 del artículo 13 de la AFG define la colocación. La asesoría de selección de personal se define como la actividad que se ejerce cuando un asesor de selección de personal, en el contexto de un contrato de asesoría, coopera *inter alia* en la búsqueda y selección de ejecutivos para proveer puestos vacantes (punto 1.2). El asesor de personal al que una empresa le haya encargado de asistirle para proveer vacantes de ejecutivo en un caso específico puede publicar anuncios en los diarios y demás periódicos en nombre de la empresa (punto 2.1). El punto 2.2 establece que un asesor de selección de personal *inter alia* no podrá:

— Asistir en la selección de otras personas que no sean ejecutivos.

— Asistir en la selección si no ha sido encargada por una empresa en un caso específico.

— Publicar anuncios dirigidos a los ejecutivos o empresas en su propio nombre.

— Proponer para otras vacantes candidatos que se hayan puesto en contacto con él para un puesto específico.

— Llevar un fichero de candidatos.

— Publicar listas de candidatos o vacantes.

— Guardar documentos presentados por los candidatos después de haberse provisto la vacante de que se trate.

— Pedir o aceptar honorarios de los candidatos.

16. Por último, el acuerdo dispone determinadas formas de cooperación entre los asesores de selección de personal y el servicio mismo de colocación del Bundesanstalt.

17. Aunque el acuerdo expuesto en la Circular del Bundesanstalt se describe como una «interpretación» de la AFG, es evidente que en realidad se propone hacer una excepción a esta Ley, al autorizar a los asesores de selección de personal a realizar determinadas actividades que parecen constituir una colocación en el sentido del apartado 1 del artículo 13 de la AFG y, por lo tanto, que están reservadas exclusivamente al Bundesanstalt con arreglo al artículo 4 de la misma. Pero la Circular no puede afectar al hecho de que tales actividades sean ilegales si son efectuadas por empresas privadas y que los contratos celebrados con este fin sean nulos. Como resultado de ello los asesores de selección de ejecutivos se encuentran en una situación totalmente anómala: las autoridades toleran abiertamente sus actividades, de manera que no corren peligro de incurrir en sanciones penales o administrativas, pero sus actividades son, no obstante, ilegales, de manera que no pueden exigir ante los Tribunales el cumplimiento de sus contratos.

Cuestión 1

18. En el presente asunto ni la cuestión 1 ni la 2 precisan respuesta, salvo que se conteste afirmativamente a la cuestión 3. Sin embargo, dado que los temas suscitados por la cuestión 1 son relativamente claros y se pueden resolver según la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia, trataré directamente de ellos.

Primera parte de la cuestión

19. En la primera parte de la cuestión 1 se pregunta si la actividad realizada por asesores de selección de personal, consistente en proporcionar personal directivo a las empresas, constituye una prestación de servicios en el sentido del párrafo primero del artículo 60 del Tratado. Esta disposición define los servicios de la siguiente forma:

«Con arreglo al presente Tratado, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.»

20. No cabe duda de que la colocación de ejecutivos por medio de los asesores de selección de personal o agencias de colocación tiene cabida en la definición de servicio que acabo de dar. En realidad, ninguna de las partes del presente procedimiento niega este hecho. La única alegación que puede oponerse a esta conclusión es que en Alemania el servicio de que se trata normalmente es facilitado gratuitamente por un organismo estatal. Pero ello no modifica el hecho de que el servicio también sea prestado por empresas privadas —tanto en Alemania como en otros Estados miembros, en la medida en que el Bundesanstalt no intenta imponer su monopolio— y que dichas empresas privadas sean normalmente retribuidas por sus servicios. En todo caso, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende claramente que los servicios prestados por agencias de colocación retribuidas caben en la definición de «servicios» del párrafo primero del artículo 60: véanse los asuntos acumulados 110/78 y 111/78, Van Wesemael (Rec. 1979, p. 35), y el asunto 279/80, Webb (Rec. 1981, p. 3305).

Segunda parte de la cuestión

21. La segunda parte de la cuestión 1 se refiere a si la colocación de ejecutivos está relacionada con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 55 del Tratado en relación con el artículo 66.

22. No comprendo cómo se puede alegar el artículo 55 en relación con la colocación. Como excepción a una norma fundamental del Tratado, el artículo 55 debe interpretarse en sentido estricto; véase el asunto 2/74, Reyners/Bélgica (Rec. 1974, p. 631), apartado 43. En el mismo asunto, el Abogado General Sr. Mayras definió la expresión «poder público» en los siguientes términos (p. 664):

«El poder público es aquél que deriva de la soberanía, del *imperium* del Estado; implica, para el que lo ejerce, la facultad de usar prerrogativas que exceden del Derecho común, privilegios de poder público, poderes coercitivos que se imponen a los ciudadanos.»

23. Se puede dudar de si el Bundesanstalt ejerce el poder público, en el sentido citado, cada vez que ejerce las funciones que le han sido legalmente conferidas. Ciertamente las empresas privadas no ejercerían ningún poder público si se les permitiera ejercer una actividad de colocación. Los mismos demandantes no ejercen poder público alguno, como tampoco lo haría una empresa establecida en otro Estado miembro si hiciera uso de su supuesta libertad de prestar servicios de acuerdo con el artículo 59. Por tanto, si la norma general establecida por el artículo 59 autoriza a determinadas empresas a realizar una actividad de colocación en Alemania, éstas no pueden perder ese derecho en virtud de la excepción establecida por el artículo 55.

24. Siguiendo con el artículo 55 hay otro punto que merece comentario, aunque no se trate directamente de él en el presente procedimiento. Cuando el Bundesanstalt autoriza a otras personas a ejercer una actividad de colocación con arreglo al artículo 23 de la AFG, esto se considera en Derecho alemán como una delegación de poder público (Delegation hoheitlicher Befugnisse); véase Gagel, *Arbeitsförderungsgesetz-Kommentar*, apartado 13 sobre el artículo 23. No obstante, no creo que esto baste para permitir

que el Bundesanstalt alegue la disposición del artículo 55 y se niegue de este modo a considerar la concesión de autorización a una empresa de otro Estado miembro. Y digo esto porque una empresa privada que opera en virtud de dicha autorización no ejerce ninguna especial prerrogativa con relación al público. Por consiguiente, en la medida en que el Bundesanstalt hace uso del artículo 23, debe hacerlo de un modo no discriminatorio.

Cuestión 2

25. La cuestión 2 suscita varios temas que son al mismo tiempo complejos y novedosos. Por ello propongo que se examine primero la cuestión 3 y se vuelva a la cuestión 2 sólo si fuera necesario a la luz de la respuesta a la cuestión 3.

Cuestión 3

26. Esta cuestión se refiere a si un asesor alemán de selección de personal puede invocar los artículos 7 y 59 del Tratado CEE para la colocación de alemanes en empresas alemanas.

27. En primer lugar, es preciso determinar si los artículos 59 y siguientes del Tratado tienen alguna relación con una situación meramente interna de un Estado miembro. Ciertamente en los términos de los artículos 59 y 60 nada sugiere que un ciudadano alemán establecido en Alemania pueda alegar estas disposiciones para reivindicar el derecho a ejercer en Alemania una actividad prohibida por el Derecho alemán. El párrafo primero del artículo 59 exige la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios «para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación». El párrafo tercero del artículo 60 establece que el prestador del servicio «podrá [...] ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales». Es difícil concebir cómo se pueden alegar estas disposiciones en las circunstancias del presente asunto. Se puede señalar que en el asunto 115/78, Knoors/Secretario de Estado de Asuntos Económicos (Rec. 1979, p. 399), el Tribunal de Justicia declaró que las disposiciones del Tratado sobre el libre establecimiento y prestación de servicios «no pueden aplicarse a situaciones meramente internas de un Estado miembro» *(traducción provisional).*

28. Los demandantes intentan superar este obstáculo alegando que el artículo 59 permite que una agencia de selección establecida en otro Estado miembro preste servicios en Alemania y que la misma posibilidad debe hacerse extensiva a las empresas alemanas en virtud de la norma contra la discriminación por razón de la nacionalidad contenida en el artículo 7.

29. Puede haber circunstancias en las que una empresa establecida en un Estado miembro pueda invocar el artículo 59 para reivindicar el derecho a prestar un servicio en otro Estado miembro, aunque la actividad de que se trate esté sujeta a monopolio estatal en este Estado miembro. Es oportuno señalar que el Abogado General Sr. Warner, en sus conclusiones en el asunto 52/79, Procureur du Roi/Debauve (Rec. 1980, pp. 833 y ss., especialmente p. 872), indicó que, cuando un servicio determinado se había sometido al monopolio del Estado, la consiguiente prohibición de prestación del

servicio por particulares no se extendía necesariamente a personas establecidas en otros Estados miembros. Pero esto no significa que las empresas establecidas en el Estado en el que se ha implantado el monopolio puedan incumplir el servicio confiado al monopolio. De otro modo ninguna prestación de servicio podría ser sometida al monopolio del Estado; sin embargo, de los artículos 90 y 222 del Tratado se deriva que los Estados miembros conservan la facultad de establecer tales monopolios.

30. No comprendo cómo puede afectar el artículo 7 del Tratado a la conclusión anterior. Hay que señalar que dicho artículo se ocupa ante todo de la «discriminación por razón de la nacionalidad» y no de la discriminación basada en el lugar de establecimiento de una persona. Por supuesto, este último tipo de discriminación podría estar comprendido en el artículo 7 si esta disposición se aplicara de algún modo. Pero el artículo 7 sólo surte efecto en «el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo». El artículo 59, en relación con el artículo 7, posee el carácter de una *lex specialis*. Se puede considerar que los artículos 59 y siguientes aplican, en relación con la libre prestación de servicios, el principio de la no discriminación establecido por el artículo 7, pero lo hacen conforme a sus propias normas detalladas, entre las que se encuentran las disposiciones del párrafo tercero del artículo 60. Si la legislación nacional es conforme con las normas detalladas de los artículos 59 y siguientes, también es conforme con el artículo 7 (véase el asunto 90/76, Van Ameyde/UCI, Rec. 1977, pp. 1091 y ss., especialmente p. 1126, apartado 27). Pero el artículo 59 sólo se ocupa de la prestación de servicios más allá de las fronteras, y su principal objetivo es garantizar que las empresas establecidas en un Estado miembro puedan prestar servicios en otros Estados miembros. Una Ley alemana que prohíbe que las empresas establecidas en Alemania presten determinados servicios en dicho país a empresas alemanas no impide la consecución de este objetivo.

31. De ello se deduce que la respuesta que debe darse a la cuestión 3 es negativa. Por tanto, no es preciso examinar la cuestión 2.

Cuestión 4

32. La cuestión 4 se dirige sustancialmente a averiguar si el Bundesanstalt está sujeto a las normas del Tratado, en particular al artículo 59 y a las normas sobre la competencia, a la luz del apartado 2 del artículo 90 del Tratado, y si la extensión del monopolio del Bundesanstalt al campo de la selección de ejecutivos y el mantenimiento en vigor de la normativa que produce la nulidad de los contratos celebrados por agencias privadas de colocación son contrarios a aquellas normas.

33. El artículo 90 dispone lo siguiente:

«1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente

Tratado, en especial, a las normas sobre la 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. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

3. [...]»

34. Podemos observar que la cuestión 4 se refiere expresamente al apartado 2 del artículo 90. La resolución de remisión no menciona el apartado 1. En las observaciones escritas y orales se ha centrado la atención en el apartado 2, aunque se ha aludido al apartado 1. Creo que de los antecedentes del asunto se deduce claramente que el Oberlandesgericht desea ser orientado sobre las implicaciones de todo el artículo 90 en el asunto que se le ha sometido. En cualquier caso, los apartados 1 y 2 están tan estrechamente relacionados que no podemos considerarlos separadamente.

35. Por lo que respecta al efecto del artículo 90 en relación con el artículo 59, no creo que haya que detenerse mucho en ello. Ya he llegado a la conclusión, al tratar de la cuestión 3, de que el artículo 59 no impide que un Estado miembro implante un monopolio estatal para la prestación de determinados servicios y prohíba a las empresas establecidas en el mismo que presten los servicios de que se trata en dicho Estado miembro. Si admitimos que el artículo 59 no puede producir efectos por sí solo, tampoco los puede producir en relación con el apartado 1 del artículo 90, que se limita a exigir que los Estados miembros supriman, por lo que respecta a las empresas públicas, las medidas contrarias a las normas del Tratado, o, en relación con el apartado 2 del artículo 90, que se limita a declarar que tales empresas quedarán sometidas a las normas del Tratado.

36. La alegación de los demandantes basada en las normas del Tratado sobre la competencia tiene más entidad. Consiste en lo siguiente: el Bundesanstalt es una «empresa pública», en el sentido del apartado 1 del artículo 90, y una «empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general», en el sentido del apartado 2 del artículo 90. Como tal está sometida a las normas del Tratado, en especial a las normas sobre la 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 ella confiada. No se impediría que el Bundesanstalt cumpliera su misión si se le obligara a competir con agencias privadas en el campo de la selección de ejecutivos. El Bundesanstalt ocupa una posición dominante en el mercado de selección de personal, pues goza de un monopolio legal. Ha abusado de esta posición dominante, infringiendo el artículo 86 del Tratado. El abuso reside en el hecho de que el monopolio se extiende a actividades para las que el establecimiento de un monopolio no está justificado por el interés público. En la medida en que la República Federal de Alemania ha hecho posible el mencionado abuso al mantener en vigor las disposiciones pertinentes de la AFG, ha infringido el apartado 1 del artículo 90 y el principio general en virtud del cual los Estados miembros no pueden adoptar medidas que priven de eficacia a las normas comunitarias sobre la competencia (véase asunto 13/77, GB-Inno/Atab, Rec. 1977, p. 2115, apartados 30 y 31).

37. La Comisión adopta una posición similar, con la diferencia de que encuentra el abuso de la posición dominante del Bundesanstalt en su incapacidad para satisfacer la demanda de un tipo de servicio (a saber, la selección de ejecutivos) cuyo monopolio posee.

38. Las otras partes en este litigio poco han dicho respecto al artículo 90. Macrotron, la demandada en el asunto principal, se limita a señalar que no puede haber una infracción de los artículos 86 y 90, porque la decisión de otorgar el monopolio al Bundesanstalt se basaba en consideraciones superiores de interés público. El Gobierno alemán alega que no ha lugar a la aplicación de las normas sobre la competencia respecto a la colocación, puesto que todo este sector salió del ámbito del Derecho de la competencia al decidirse la creación de un monopolio estatal que debía regirse por el interés público y de forma no mercantil.

39. Si prosperan las alegaciones de los demandantes y la Comisión, se tendrán que dejar sentados algunos puntos. A mi juicio, ninguno de ellos plantea grandes dificultades, excepto el punto clave de si el Bundesanstalt ha abusado de su posición dominante.

40. Indudablemente, no tengo inconveniente en aceptar que el Bundesanstalt, que se define en el artículo 189 de la AFG como «eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung» es una «empresa pública», en el sentido del apartado 1 del artículo 90, y una «empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general», en el sentido del apartado 2 del artículo 90. Como tal —en contra de la opinión del Gobierno alemán— está sometida a las normas sobre la competencia y a las demás normas del Tratado, a no ser que se demuestre que la aplicación de estas normas obstaculizaría el cumplimiento de su misión. En el artículo 3 de la AFG se establecen las tareas del Bundesanstalt; a efectos del presente asunto, la más importante es la colocación. No puede alegarse que se impediría la realización de esta tarea, o de cualquier otra, si el Bundesanstalt se viera obligado a competir con agentes privados en el terreno de la selección de ejecutivos. Esto queda demostrado, como ha señalado la Comisión, por la Circular en la que el Bundesanstalt expresaba su disposición a permitir que las empresas privadas intervinieran en determinadas actividades de colocación a modo de asesores de selección de personal.

41. Asimismo no cabe duda que el Bundesanstalt ocupa una posición dominante en el mercado de los servicios de colocación, puesto que la AFG le otorga un monopolio legal que abarca todo el mercado. En estas circunstancias, no creo que sea preciso examinar si la selección de ejecutivos constituye un mercado aparte.

42. Tanto si el Bundesanstalt ha abusado de su posición dominante como si este abuso puede afectar al comercio entre los Estados miembros, son en último término cuestiones a las que debe responder el órgano jurisdiccional nacional a la vista de las circunstancias. Todo lo que este Tribunal de Justicia

puede hacer es dar orientaciones sobre los criterios pertinentes de Derecho comunitario.

43. La primera observación que debe hacerse es que la mera ocupación de una posición dominante no constituye por sí misma un abuso. Por ello, literalmente, debe responderse negativamente a la segunda parte de la cuestión 4, que se refiere a si el establecimiento de un monopolio en la colocación de ejecutivos constituye un abuso de posición dominante. Aunque el Tribunal de Justicia mantuvo que puede producirse un abuso cuando una empresa que ocupa una posición dominante refuerza su posición adquiriendo el control de un competidor (asunto 6/72, Europemballage et Continental Can/Comisión, Rec. 1973, p. 215), no entiendo cómo se pueden interpretar los artículos 86 y 90 en el sentido de que se produce un abuso cuando un Estado miembro otorga un monopolio a una empresa u organismo estatal. A mi juicio, los demandantes fuerzan en extremo los términos del artículo 86 al afirmar que el mero hecho de que el monopolio abarque más de lo que es necesario para el interés público constituye un abuso de posición dominante. Si esta opinión se aceptara significaría que el artículo 90, en relación con el artículo 86, impone una limitación general a la potestad de los Estados miembros de colocar determinados sectores de la economía bajo control del Estado; según ello, la nacionalización sólo puede tener lugar en la medida en que está justificada por el interés general. Desde luego, algunas Constituciones nacionales imponen limitaciones similares (por ejemplo, el artículo 43 de la Constitución italiana y el artículo 128 de la Constitución española), pero no existe ninguna disposición de este tipo en Derecho comunitario. Por el contrario, el artículo 222 del Tratado deja claro que corresponde al Derecho nacional determinar la medida en que los Estados miembros pueden nacionalizar determinados sectores de la economía.

44. Según la Comisión, puede ocurrir un abuso si la empresa pública a la que se confía un monopolio no logra satisfacer la demanda del servicio que presta dicho monopolio. La Comisión hace observar que el Bundesanstalt ha sido durante muchos años incapaz de satisfacer la demanda de servicios relacionados con la selección de ejecutivos, como demuestra el hecho de que sólo facilite candidatos para el 28 % de las vacantes y como se deduce de los propios términos de su Circular por la que renuncia a su monopolio en el ámbito de la selección de ejecutivos. El efecto conjunto de la legislación alemana, que prohíbe las agencias privadas de selección, y la incapacidad del Bundesanstalt para satisfacer una demanda, que existe indudablemente, es limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en el sentido de la letra b) del apartado 2 del artículo 86. Según la Comisión esta opinión fue confirmada por la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 238/87, Volvo/Veng (Rec. 1988, p. 6211). En ella este Tribunal mantuvo que el ejercicio del derecho exclusivo por el titular de un modelo relativo a piezas (para carrocería) de vehículos automóviles puede estar prohibido por el artículo 86 si abusa de su posición dominante al dejar de producir piezas de recambio para un determinado modelo cuando aún circulan muchos vehículos de ese tipo. Observemos que el Tribunal de Justicia empleó la misma fórmula en el asunto 53/87, CICRA y otros/Renault (Rec. 1988, p. 6039), en el que se dictó sentencia el mismo día.

45. La opinión de la Comisión es muy de alabar. Es cierto que puede parecer duro

considerar abusivo el comportamiento del Bundesanstalt. No existe ningún documento en los autos que indique que no haya hecho todo lo posible por satisfacer la demanda de ayuda para la selección de ejecutivos. Además, ha mitigado su monopolio expresando su voluntad de tolerar la competencia de agentes privados (aunque, se puede argüir que podía haber hecho un uso más amplio de sus facultades con arreglo al artículo 23 de la AFG, que al parecer sólo se ha empleado con respecto a agencias para modelos y artistas de la escena). No obstante, el efecto conjunto de la legislación alemana y la incapacidad del Bundesanstalt para satisfacer la demanda es que el consumidor (es decir, el empresario que busca ejecutivos o el ejecutivo que busca empleo) no recibe el tipo de servicio al que tiene derecho y que casi con certeza recibiría si el sector de referencia estuviera sujeto al sistema de libre competencia previsto por el Tratado. En consecuencia, el empresario o ejecutivo que desea utilizar los servicios de una agencia de selección de personal se verá probablemente en la misma situación que el propietario de un Volvo que no puede conseguir una nueva pieza de carrocería para su automóvil porque el titular del modelo de dicha pieza ni la fabrica ni permite que otro lo haga.

46. Aunque la relación entre el presente asunto y los de Volvo y Renault parezca lejana a primera vista, podría considerarse que Volvo y Renault son ilustrativos de un principio general en el sentido de que, cuando el Derecho nacional otorga un derecho exclusivo a alguien —ya sea en forma de patente, modelo o monopolio para la prestación de determinados servicios— y dicha persona no logra los bienes o servicios a que se refiere el derecho exclusivo, este fracaso puede representar un abuso de posición dominante, en cuyo caso se aplicará la prohibición establecida por el artículo 86 en la medida en que el abuso pueda afectar al comercio entre Estados miembros. El efecto de esa prohibición es que ya no se puede ejercitar el derecho exclusivo.

47. Se podría pensar que un asunto como el presente no está comprendido en el artículo 86 si no existe una omisión voluntaria por parte de la empresa dominante para hacer efectivos los servicios de que se trata. Cabe hacer una distinción entre el presente asunto y la negativa deliberada a prestar los servicios, pues sólo a esta última le alcanza la prohibición del artículo 86. Pero, a mi parecer, el concepto de abuso que figura en el artículo 86 no es tan limitado. Como el Tribunal de Justicia señaló, el concepto de abuso es un concepto objetivo, relacionado con el comportamiento de la empresa dominante, y el artículo 86 se aplicaría allí donde, por ejemplo, dicho comportamiento tenga por efecto impedir el mantenimiento de un nivel de competencia aún existente en el mercado o el aumento de la misma: véase asunto 85/76, Hoffmann-La Roche/Comisión (Rec. 1979, pp. 461 y ss., especialmente, p. 541). Como concepto objetivo, el abuso puede existir con independencia de todo elemento de culpa por parte de la empresa dominante. Por tanto, a mi juicio, el artículo 86 puede aplicarse adecuadamente a una situación como la actual. Esta interpretación queda confirmada por los fines del artículo 86, que incluyen la protección del consumidor frente a las consecuencias adversas que de otro modo podrían derivarse de un excesivo poder en el mercado. El artículo 86 pretende asegurar, en la medida de

lo posible, que el comportamiento de la empresa dominante no haga que el consumidor se vea privado de los beneficios que podrían esperarse del normal funcionamiento de las fuerzas del mercado.

48. En relación con los criterios para determinar si un abuso puede afectar al comercio entre Estados miembros, lo primero que haya que observar es que sólo es preciso que se demuestre el efecto potencial. Con arreglo al artículo 86 no es preciso demostrar que el comportamiento abusivo haya afectado al comercio entre Estados miembros, sino que puede afectarle (asunto 322/81, Michelin/Comisión, Rec. 1983, p. 3461). Así pues, la inaplicabilidad del artículo 86 no deriva simplemente del hecho de que el asunto de que se trata surgiera en una situación meramente interna.

49. En segundo lugar, diversos aspectos del monopolio de referencia en el presente asunto podrían justificar la conclusión de que puede quedar afectado el comercio entre Estados miembros. Supongamos, por ejemplo, que una empresa establecida en Francia tuviera que crear una red de ventas en Alemania, a cuyo fin requiriera los servicios de un ejecutivo conocedor del mercado alemán. La actuación que obviamente debería seguirse sería encomendar a un asesor de selección de personal alemán la tarea de encontrar un candidato adecuado. Pero la empresa no puede hacerlo si se aplica el monopolio del Bundesanstalt. En su lugar, está obligada a depender del servicio inadecuado del Bundesanstalt o a recurrir a sus propios medios y emprender la penosa tarea de anunciarse en la prensa extranjera y evaluar candidatos extranjeros, de cuyos títulos y otros méritos tiene escaso conocimiento. Y si se recurre al Bundesanstalt, que por definición debe brindar una perspectiva nacional, ¿estaría esta organización en situación de satisfacer los especiales requerimientos de un cliente de otro Estado miembro? Poniendo otro ejemplo, supongamos que una empresa alemana que opera en todo el mercado común desea seleccionar ejecutivos superiores a escala comunitaria. Como es natural, se dirigirá a una agencia alemana de colocación que tenga filiales en otros Estados miembros. Pero si se lleva a efecto el monopolio del Bundesanstalt, tal empresa no existirá. Y es improbable que el propio Bundesanstalt sea capaz de prestar un servicio que requiera una perspectiva comunitaria. En estas circunstancias, creo que sería difícil evitar la conclusión de que, si como resultado del monopolio del Bundesanstalt se produce un abuso, ese abuso puede afectar al comercio entre Estados miembros.

50. Si el órgano jurisdiccional nacional llega a la conclusión de que ha habido abuso de posición dominante y de que dicho abuso puede afectar al comercio entre Estados miembros, deben estudiarse, a la luz del apartado 1 del artículo 90, las consecuencias de esta conclusión con respecto a la exigibilidad del contrato entre las partes del procedimiento principal. En la medida en que el abuso de posición dominante tiene su origen en las disposiciones del Derecho alemán, que conceden un monopolio al Bundesanstalt y por las que se prohíbe a otras personas dedicarse a la colocación de personal, puede considerarse que dichas disposiciones son medidas contrarias a las normas del Tratado y como tales no pueden mantenerse en vi-

gor. En todo caso los Estados miembros no pueden adoptar o mantener en vigor medidas, aun de carácter legislativo, que puedan privar de eficacia («effet utile») a las normas sobre la competencia aplicables a las empresas (véase, por ejemplo, el asunto 267/86, Van Eycke/ASPA, Rec. 1988, pp. 4769 y ss., especialmente p. 4791, apartado 16).

51. No puede alegarse que el Convenio 96 impide que las autoridades alemanas modifiquen las medidas de que se trata. Es cierto que el artículo 234 del Tratado pretende salvaguardar los efectos de los acuerdos internacionales celebrados antes de la entrada en vigor del Tratado. Sin embargo, como señala la Comisión, el Gobierno alemán tiene la posibilidad, con arreglo al artículo 5 del Convenio mencionado en el apartado 4 *supra*, de autorizar excepciones a la prohibición general con respecto a determinadas categorías de personas.

52. Por último debo decir algunas palabras sobre el efecto directo del artículo 90. A mi juicio, el apartado 1 de esta disposición debe producir efecto directo en la medida en que prohíbe a los Estados miembros adoptar o mantener en vigor cualquier medida contraria a una norma que tenga efecto directo por sí misma (véase Wyatt y Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, 2.ª edición, p. 524).

53. El Tribunal de Justicia ha declarado en algunas ocasiones que el apartado 2 del artículo 90 no puede producir efecto directo, en parte porque el apartado siguiente otorga a la Comisión la facultad de velar por la aplicación del artículo 90 [véase en particular el asunto 10/71, Ministère public/Hein (de soltera Müller), Rec. 1971, p. 723]. Sin embargo, de la posterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende claramente que lo que en realidad se quiere decir cuando se niega el efecto directo del apartado 2 del artículo 90 es sencillamente que la excepción parcial, que hace a las normas ordinarias del Tratado en favor de determinadas empresas, no produce efecto directo (véanse asuntos 155/73, Sacchi, Rec. 1974, p. 409; 172/82, Fabricants raffineurs d'huile de graissage/Inter-huiles, Rec. 1983, p. 555, y 66/86, Ahmeed Saeed y otros/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, Rec. 1989, p. 803). En la medida en que el apartado 2 del artículo 90 confirma que las empresas interesadas están sujetas en principio a normas como el artículo 86, no puede sencillamente impedir que el órgano jurisdiccional nacional reconozca el efecto de estas normas, especialmente en un asunto en el que está clarísimo que la aplicación de las mismas no obstaculizaría el cumplimiento de la misión específica confiada a la empresa de que se trata.

54. Por consiguiente, opino que se debe responder del siguiente modo a las cuestiones formuladas al Tribunal de Justicia por el Oberlandesgericht München:

«1) Las actividades de una empresa que pone en contacto a demandantes de empleo con empresarios que lo ofrecen constituyen servicios en el sentido del párrafo primero del artículo 60 del Tratado CEE.

2) A una persona que tiene derecho a invocar los artículos 59 y siguientes del Tratado para prestar tales servicios no se le puede impedir que los preste, porque las actividades de que se trata están relacionadas con el ejercicio del poder público, en el sentido del artículo 55 del Tratado.

3) Cuando la legislación de un Estado miembro establece un monopolio estatal en el ámbito de la colocación y prohíbe realizar tal actividad a las empresas privadas, una empresa establecida en dicho Estado miembro no puede invocar la libertad de colocar, en una empresa establecida en Estado miembro, a personas que poseen la nacionalidad de dicho Estado miembro y residen en él.

4) Cuando la legislación de un Estado miembro establece tal monopolio y el organismo encargado de su funcionamiento no logra de modo manifiesto satisfacer la demanda de servicios de que se trata, esta incapacidad, habida cuenta del apartado 2 del artículo 90 del Tratado, constituye un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 del mismo, en la medida en que puede afectar al comercio entre Estados miembros.

5) En estas circunstancias, el apartado 1 del artículo 90 del Tratado impide la aplicación de las disposiciones del Derecho nacional que tengan por efecto prohibir que otras personas presten dicho servicio y hacer inejecutables sus contratos.»