

# LAS REGLAMENTACIONES NACIONALES ANTICOMPETITIVAS

(Comentario a las sentencias del TJCE  
de 17 de noviembre de 1993, asuntos Meng,  
Ohra y Reiff)

Por MANUEL LOPEZ ESCUDERO (\*)

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. SUPUESTOS DE HECHO DE LAS SENTENCIAS.  
III. LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR DEL TJCE SOBRE LOS ARTÍCULOS 3 f),  
5 Y 85 TCE. IV. LA SOLUCIÓN DEL TJCE.—V. UN APUNTE DE DERE-  
CHO COMPARADO.—VI. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS: A) El crite-  
rio de la delegación de poder estatal en las empresas privadas. B) Me-  
didas de efecto equivalente a prácticas colusorias.

## I. INTRODUCCIÓN

El mes de noviembre de 1993 fue prolífico en importantes y controvertidas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE, en adelante) (1). Entre ellas destacan la sentencia Keck y Mithouard, que revisa el concepto de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, el asunto Audi, referente a los derechos de pro-

---

(\*) Profesor Titular de Derecho Internacional Público (Derecho Comunitario Europeo) de la Universidad de Granada.

(1) Véase N. REICH: «The “November Revolution” of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi revisited», *CMLRev.*, 1994, núm. 2, págs. 459 y ss.

iedad intelectual, y las sentencias Meng (2), Ohra (3) y Reiff (4), que analizan la compatibilidad de varias reglamentaciones nacionales con efectos restrictivos sobre la libre competencia con los artículos 3 f) (5), 5 párrafo segundo y 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE, en adelante).

En estas tres últimas sentencias el TJCE consolida su jurisprudencia sobre la compatibilidad de las reglamentaciones nacionales que regulan el ejercicio de las actividades económicas de las empresas privadas con las normas comunitarias sobre libre competencia. Esta jurisprudencia del TJCE, iniciada con la sentencia INNO/ATAB (6) y perfilada en el asunto Van Eycke (7), ha sido objeto de importantes controversias doctrinales (8) y

---

(2) Sentencia del TJCE de 17-11-1993, asunto C-2/91 Meng, *Rec.* 1993, págs. I-5751 y ss. El texto de esta sentencia se ha publicado también en la *Revista de Instituciones Europeas*, 1994, núm. 1, págs. 198 y ss.

(3) Sentencia del TJCE de 17-11-1993, asunto C-245/91 Ohra, *Rec.* 1993, págs. I-5851 y ss.

(4) Sentencia del TJCE de 17-11-1993, asunto C-185/91 Reiff, *Rec.* 1993, págs. I-5801 y ss.

(5) El actual artículo 3 g) del TCE se corresponde con el artículo 3 f) del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, antes de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea. Por motivos de claridad expositiva, me referiré siempre al artículo 3 f), ya que la jurisprudencia del TJCE y la doctrina que cito se refieren al artículo 3 f).

(6) Sentencia del TJCE de 16-11-1977, asunto 13/77 INNO/ATAB, *Rec.* 1977, págs. 2115 y ss.

(7) Sentencia del TJCE de 21-9-1993, asunto 267/86 Van Eycke, *Rec.* 1988, págs. 4769 y ss.

(8) La doctrina más importante sobre este tema es la siguiente: U. EHRICKE: «State Intervention and EEC Competition Law Opportunities and Limits of the European Court of Justice's Approach - A Critical Analysis of Four Key-Cases», *World competition*, 1990, núm. 1, págs. 79 y ss.; E. HOFFMAN: «Anti-competitive State Legislation Condemned Under Articles 5, 85 and 86 of the EEC Treaty: How far Should the Court Go After Van Eycke», *European Competition Law Review*, 1990, núm. 1, págs. 22 y ss.; L. GYSELEN: «State Action and the Effectiveness of the EEC Treaty's Competition Provisions», *CMLRev.*, 1989, núm. 1, págs. 33 y ss.; R. JOLIET: «Réglementation étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire», *C.D.E.*, 1988, núm. 2, págs. 363 y ss.; M. LÓPEZ ESCUDERO: «Intervencionismo estatal y derecho comunitario de la competencia en la jurisprudencia del TJCE», *R.I.E.*, 1989, núm. 3, págs. 725 y ss.; G. MARENCO: «Le Traité CEE interdit-il aux Etats membres de restreindre la concurrence?», *C.D.E.*, 1986, núm. 2, págs. 285 y ss.; M. WAELBROECK: «Les rapports entre les règles sur la libre des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE», en *Du droit international au droit*

en las Sentencias Meng, Ohra y Reiff se aprecia claramente el deseo del TJCE de clarificar dicha línea jurisprudencial. Buena prueba de ello es que el TJCE con el auto 9-12-1992 reabrió los debates en estos tres asuntos para plantear a las partes, a los Estados miembros y a la Comisión seis interesantes preguntas, con objeto de recabar sus opiniones sobre las reglamentaciones nacionales con efectos restrictivos de la competencia, que podían violar los artículos 3 f), 5 y 85 del TCE.

En las sentencias Meng, Ohra y Reiff el TJCE delimita dos tipos de normas nacionales que violan el efecto útil del artículo 85 del TCE, a saber: las reglamentaciones que imponen, favorecen o refuerzan una práctica colusoria de las empresas y las medidas que delegan en los agentes económicos privados poderes de intervención en la economía, perdiendo así su carácter estatal. La incompatibilidad del primer tipo de reglamentaciones con los artículos 3 f), 5 y 85 del TCE es indiscutible y ha sido afirmada nítidamente en toda la jurisprudencia del TJCE. Por el contrario, la ilegalidad del segundo tipo de medidas ha sido admitida teóricamente por el TJCE, pero sin condenar en la práctica ninguna de las reglamentaciones examinadas en su jurisprudencia. En este caso el TJCE somete las medidas al llamado «test de la delegación de poder estatal» para apreciar su compatibilidad con los artículos 3 f), 5 y 85 del TCE. La utilización de este criterio, aplicado también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos con resultados poco satisfactorios, es discutible, como después veremos, porque no hace depender la ilegalidad de la reglamentación estatal de su vinculación con una práctica colusoria de empresas privadas.

Además de ello, las sentencias Meng, Ohra y Reiff han servido al TJCE para plantearse la posible incompatibilidad con los artículos 3 f), 5 y 85 TCE de otro tipo de medidas estatales con efectos anticompetitivos. Se trata de las que denominaremos «medidas de efecto equivalente a prácticas colusorias», esto es, medidas estatales con efectos restrictivos de la competencia, pero que no están vinculadas con prácticas colusorias de empresas privadas ni delegan poderes de intervención económica en favor de estas últimas. El TJCE no ha considerado que estas medidas violasen los artículos 3 f), 5 y 85 del TCE, pero en los debates de los tres

---

*de l'intégration. Liber Amicorum P. Pescatore*, Nomos, Baden-Baden, 1987, págs. 786 y ss.; B. VAN DER ESCH: «The system of undistorted competition of article 3 f) of the EEC Treaty and the Duty of Member States to respect the central parameters thereof», *Fordham International Law Journal*, 1988, págs. 409 y ss.

asuntos que comentamos salió a colación esta cuestión, que es objeto de un amplio tratamiento al final de este trabajo, por la trascendencia que conlleva para determinar la extensión del poder de los Estados para regular las actividades de las empresas.

La jurisprudencia que el TJCE ha desarrollado en relación con las reglamentaciones nacionales anticompetitivas plantea una serie de cuestiones jurídicas que en su mayoría han sido tratadas por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en un buen número de sentencias. Por ello, es interesante exponer esta jurisprudencia para tener un punto de comparación y referencia a la hora de valorar la solución adoptada por el TJCE.

De acuerdo con estas premisas, expondré primero los hechos que dieron lugar a las sentencias Meng, Ohra y Reiff. A continuación, me referiré a la jurisprudencia anterior del TJCE sobre los artículos 3 f), 5 y 85, como paso previo para analizar la solución dada por el Tribunal en estos tres asuntos. Por último, un breve examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos sobre esta materia me permitirá realizar unas consideraciones críticas en relación con la solución establecida por el TJCE en las sentencias Meng, Ohra y Reiff.

## II. SUPUESTOS DE HECHO DE LAS SENTENCIAS

En los asuntos Meng y Ohra se cuestionaba la legalidad de dos reglamentaciones similares, que prohibían a las compañías de seguro la cesión de comisiones a los clientes o la concesión a éstos de cualquier otro tipo de ventaja que los incitase a concertar pólizas de seguro.

La sentencia Meng tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por el *Kammergericht Berlin* en el marco de un asunto donde se acusaba al Sr. Meng, asesor financiero y de seguros, de ceder en seis contratos de seguro la comisión que le había sido abonada por la entidad aseguradora, violando la reglamentación alemana que prohíbe esta práctica comercial. En efecto, la cesión de comisiones estaba prohibida en el ámbito de los seguros de enfermedad por una norma de la Dirección General de Seguros de 5-6-1934 (la Orden por la que se prohíbe la concesión de bonificaciones especiales y la celebración de contratos con cláusula de favor en el ámbito del seguro de enfermedad). En el sector de los seguros contra daños y de asistencia jurídica la dirección General de Seguros dictó una norma similar, el Reglamento por el que se prohíben las

bonificaciones especiales y los contratos con cláusula de favor en el ámbito del seguro contra daños, que también prohibía la cesión de comisiones. La Dirección General de Seguros adoptó ambas normas en virtud de la potestad que le confiere el artículo 81.2 de la Ley de Inspección de las Compañías de Seguros de 1901, que, según la versión codificada de 13-10-1983, permite a la Dirección General «de forma general o para determinados ramos de seguros, prohibir a las entidades aseguradoras y a los mediadores de seguros conceder ventajas especiales, con independencia de la forma que éstas revistan».

En el asunto Meng no consta la existencia de acuerdos entre las compañías de seguros anteriores a las normas referidas en los ámbitos de los seguros de enfermedad, daños y asistencia jurídica. Sin embargo, en el ramo de los seguros de vida sí existieron acuerdos entre las empresas para prohibir la cesión de las comisiones a los clientes y la concesión de ventajas a éstos. Así, tenemos el acuerdo de Heidelberg de 1900, el acuerdo anticesión de 1911 y las «directivas» de 1919, con las que las empresas presentaron al gobierno un texto para modificar la ley de 1901 y permitir a la Dirección General de Seguros la adopción de normas contra la cesión de comisiones. Esta modificación legislativa se produjo el 19-7-1923 y el 10-8-1923 la Dirección General prohibió la cesión de comisiones en el ramo de los seguros de vida.

Por lo demás, las compañías aseguradoras sí concluyeron un acuerdo, el «Wiesbadener Vereinigung» de 1978, posterior a las normas de la Dirección General en los ramos de seguros y daños, en el que pactaban la interdicción de la cesión de comisiones en todo tipo de contratos de seguro.

La sentencia Ohra responde la cuestión prejudicial planteada por un tribunal holandés en el marco de un litigio en el que se perseguía a la empresa Ohra por la violación de la normativa holandesa que prohíbe a las compañías de seguro conceder determinadas ventajas a personas distintas de los mediadores de seguros. La sociedad Ohra es lo que se llama un *direct writer*, es decir, una empresa que propone directamente al público los contratos de seguro, sin la intermediación de corredores. Para atraer clientes, Ohra concedió ciertas ventajas a las personas que concertaban un seguro directamente con ella o a los beneficiarios del mismo. En concreto, Ohra no facturaba los gastos de suscripción del contrato y ofrecía una tarjeta de crédito gratuita o una rebaja del precio de dicha tarjeta.

La concesión de estas ventajas era incompatible con el artículo 16.1

de la ley sobre las agencias de seguros de 7-2-1991, según el cual «Está prohibido en los contratos de seguros consentir, otorgar o prometer directa o indirectamente una comisión, la retrocesión de una comisión o cualquier otra ventaja evaluable en especie a personas distintas del mediador al que pertenece la cartera de seguros». Además, la violación de esta norma es sancionada por la ley holandesa de delitos monetarios con pena de prisión por un máximo de seis meses y una multa de 10.000 florines. En el asunto Ohra no consta la existencia previa de acuerdos entre sociedades de seguros de contenido similar a esta reglamentación holandesa.

A diferencia de las sentencias Meng y Ohra, la sentencia Reiff y el reciente asunto Delta (9) versan sobre unas complejas normas alemanas relativas, respectivamente, a la determinación de las tarifas del transporte de mercancías por carretera y del transporte fluvial. Estas normas se incardinan en un conjunto de reglamentaciones reguladoras de los distintos medios de transporte, que pretenden asegurar una competencia leal entre ellos, estableciendo sistemas públicos o semipúblicos de determinación de las tarifas.

En el ámbito del transporte de mercancías por carretera, la ley alemana prevé un procedimiento de elaboración de las tarifas, que se divide en tres etapas:

— La determinación inicial de las tarifas es realizada por comisiones de precios, compuestas por expertos del sector, que designa el Ministro federal de Transporte a propuesta de las empresas del sector. Estos expertos actúan a título honorífico y no están vinculados ni reciben instrucciones de ningún tipo. Además, el ministro puede participar o hacerse representar en las reuniones de estas comisiones.

— Existe un comité consultivo, formado por representantes de los usuarios del transporte, que emite un dictamen previo a la determinación de todas las tarifas por las comisiones.

— Las tarifas acordadas por las comisiones son homologadas por el Ministro federal de Transporte, con la aquiescencia del Ministro federal de Economía, aunque éstos pueden fijar unilateralmente las tarifas, si lo exige el interés general. En todo caso, las tarifas establecidas son incorporadas en una orden ministerial y se convierten, así, en obligatorias por todas las empresas.

Si el precio facturado por la empresa de transporte es inferior a la ta-

---

(9) Sentencia del TJCE de 9-6-1994, asunto C-153/93 Delta, aún no publicada.

rifa legalmente establecida y el transportista no reclama la diferencia, el crédito de compensación se transfiere a la dirección Federal de Transporte de Mercancías, que lo reclama al usuario del servicio. La sentencia Reiff tiene su origen precisamente en una situación de este tipo, ya que se trata de una cuestión prejudicial planteada en el marco de un litigio donde la Dirección Federal reclama a la empresa Reiff diferencia entre el precio pagado por un servicio de transporte y la tarifa legalmente establecida por el mismo, que era superior.

En el transporte fluvial comercial, otra ley alemana establecía un sistema de determinación de las tarifas prácticamente idéntico al existente en el transporte por carretera y la sentencia Delta tiene su origen en un caso equivalente al del asunto Reiff.

### III. LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR DEL TJCE SOBRE LOS ARTÍCULOS 3 f), 5 Y 85 TCE

La sentencia Van Eycke es la que mejor sintetiza la jurisprudencia del TJCE sobre la aplicación de las normas de competencia del TCE a las medidas estatales con efectos anticompetitivos, porque en este asunto el TJCE concretó definitivamente los razonamientos iniciados con la sentencia INNO-ATAB y aplicados en los asuntos Leclerc-libros, Leclerc-gasolina, BNIC/Clair, BNIC/Aubert, Asjes y VVR (10). Así, el apartado 16 de la sentencia Van Eycke, citado por el TJCE en los asuntos Meng, Ohra, Reiff y Delta, tiene el siguiente tenor literal: «(...) considerados en sí mismos, los artículos 85 y 86 del Tratado se refieren únicamente a la conducta de las empresas y no a medidas legislativas o reglamentarias adoptadas por los Estados miembros. No obstante, es jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia, que los artículos 85 y 86, considerados en relación con el artículo 5 del Tratado, obligan a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, ni siquiera legislativas o reglamentarias, que puedan anular la eficacia de las normas sobre la

---

(10) Sentencias del TJCE de 10-1-1985, asunto 229/83 Leclerc-libros, *Rec.* 1985, págs. 1 y ss.; de 29-1-1985, asunto 231/83 Leclerc-gasolina, *Rec.* 1985, págs. 305 y ss.; de 30-1-1985, asunto 123/83 BNIC/Clair, *Rec.* 1985, págs. 391 y ss.; de 3-12-1987, asunto 136/86 BNIC/Aubert, *Rec.* 1987, págs. 4789 y ss.; de 30-4-1986, asuntos 209-213/84 Asjes, *Rec.* 1986, págs. 1425 y ss.; de 1-10-1987, asunto 311/85 Vereniging van Vlaamse Reisbureaus, *Rec.* 1987, págs. 3827 y ss.

*competencia aplicables a las empresas. Tal es el caso, en virtud de esa jurisprudencia, cuando un Estado miembro, o bien impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 85 o refuerza los efectos de tales prácticas, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica» (11).*

El análisis detallado de este apartado de la sentencia Van Eycke pone de relieve, entre otros, los siguientes elementos:

1. En primer lugar, la imposibilidad de aplicar directamente los artículos 85 y 86 del TCE a las medidas estatales con efectos anticompetitivos, que regulan la actividad comercial de las empresas privadas, dado que se trata de normas dirigidas exclusivamente a las empresas y que se refieren únicamente a comportamientos de empresa (12). Estos preceptos sólo pueden incidir indirectamente sobre los Estados a través de la obligación de fidelidad comunitaria que les impone el párrafo segundo del artículo 5 del TCE.

2. La combinación de los artículos 5 y 85 del TCE se traduce jurídicamente para los Estados miembros en una obligación de no comprometer con su actividad legislativa y reglamentaria el efecto útil de las normas de competencia que el TCE impone a las empresas privadas. En definitiva, los Estados no pueden utilizar su poder normativo para vaciar de contenido el artículo 85, ofreciendo a las empresas un paraguas protector contra las prohibiciones de prácticas colusorias impuestas por el derecho comunitario. Ahora bien, si este principio se deduce de una interpretación sistemática de las disposiciones del TCE y ha sido formulado clara y reiteradamente por el TJCE, los problemas surgen, como señala el Abogado General Tesauro (13), cuando se pretende aplicar en la práctica, para determinar qué tipo de medidas estatales son capaces de eliminar el efecto útil del artículo 85 del TCE.

(11) Sentencia Van Eycke, *cit.*, pág. 4791.

(12) En este sentido, el TJCE afirmó en la sentencia Van de Haar lo siguiente: «Las disposiciones de este artículo (85 TCE) forman parte de las normas de competencia aplicables a las empresas y regulan el comportamiento de las empresas privadas en el mercado común. Por consiguiente, estas normas no se tienen en cuenta para apreciar la conformidad con el derecho comunitario de una legislación del tipo de la que es el objeto del procedimiento principal» (sentencia del TJCE de 5-4-1984, asuntos 177 y 178/82 Van de Haar, *Rec.* 1984, pág. 1797).

(13) Conclusiones del Abogado General Tesauro en las sentencias del TJCE de 17-11-1997, asuntos C-2/91 Meng y C-245/91 Ohra, *Rec.* 1993, pág. 5776.



3. El TJCE en la sentencia *Van Eycke* delimita los dos supuestos (14) en los que una medida estatal atenta contra el efecto útil del artículo 85 (15):

a) *Cuando una medida estatal impone o favorece la conclusión de una práctica colusoria contraria al artículo 85 del TCE, o bien, refuerza sus efectos extendiéndola obligatoriamente a las demás empresas.* Varias medidas de este tipo han sido declaradas por el TJCE contrarias a los artículos 3 f), 5 y 85 del TCE, porque todas ellas eran reglamentaciones estatales incontestablemente unidas a prácticas colusorias de las empresas, prohibidas por el derecho comunitario.

Este es el caso de la norma francesa sobre homologación de las tarifas acordadas por las compañías aéreas en el seno de la IATA, que reforzaba los efectos de dicho acuerdo, contrario al artículo 85, mediante su extensión obligatoria a todas las empresas a través de la homologación estatal (sentencia *Asjes*). Un supuesto similar se dio en el asunto *VVR*, en el que una normativa belga, retomando acuerdos anteriores de las agencias de viajes, prohibió que éstas cedieran total o parcialmente sus comisiones a los clientes.

Esta solución del TJCE es lógica y, por ello, no ha sido objeto de críticas doctrinales. En efecto, si se demuestra la existencia de una práctica colusoria de empresas privadas y un Estado adopta una medida que la favorece, impone o refuerza, está claro que se produce un atentado contra el efecto útil del artículo 85, que convierte la actuación estatal en una violación de los artículos 3 f), 5 y 85 del TCE (16).

---

(14) Por su parte, la Comisión opinaba que la obligación de respetar el efecto útil del artículo 85 prohíbe a los Estados miembros únicamente:

— imponer, favorecer o facilitar la conclusión de prácticas colusorias prohibidas;

— reforzar los efectos de tales prácticas, extendiéndolas a empresas que no han sido partes en ellas;

— o adoptar una medida pública restrictiva de la competencia con la finalidad específica de permitir a las empresas sustraerse a los artículos 85 y 86, sin que ningún interés público pueda ser alegado. (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *15ème rapport sur la politique de concurrence*, Bruselas, 1985, págs. 101 y 102).

(15) Un análisis pormenorizado de los mismos es realizado por L. GYSELEN, *op. cit.*, págs. 39 y ss.

(16) El Abogado General DARMON en sus conclusiones a la sentencia *Reiff* señala que «(...) los artículos 3 f), 5 y 85 no pueden y no deben aplicarse más que a las reglamentaciones estatales incontestablemente unidas a un comportamiento de

b) *Cuando un Estado despoja a su normativa del carácter estatal, delegando en las empresas la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica.* En este caso, la medida estatal hace innecesarias las prácticas colusorias, ya que las empresas tienen *ex lege* la posibilidad de alterar en su provecho la libre competencia en el sector económico en cuestión.

Esta posibilidad ha sido admitida de forma teórica por el TJCE, pero en ningún caso ha considerado incompatibles con los artículos 3 f), 5 y 85 del TCE reglamentaciones nacionales con efectos anticompetitivos a las que un Estado hubiera despojado de su carácter estatal, delegando poderes en las empresas privadas. Es decir, en todos los casos planteados ante el TJCE las medidas estatales han superado el que podríamos denominar test de la delegación del poder estatal (*delegation of state power test*, en terminología del Abogado General Darmon) (17).

El único supuesto donde la afirmación anterior es discutible es el de la sentencia Leclerc-libros. En ella el TJCE se vio confrontado a una reglamentación francesa en virtud de la cual el precio de venta al por menor de los libros era fijado por los editores e importadores. El TJCE consideró que se trataba de una medida que hacía innecesarias las prácticas colusorias, porque daba una autorización por adelantado a editores e importadores para organizar el mercado de la venta al por menor de los libros. Como la CE no había desarrollado una política de competencia en el sector del libro, el TJCE no se pronunció sobre la compatibilidad de la reglamentación francesa con los artículos 3 f), 5 y 85 del TCE, aunque cabe deducir *a sensu contrario* que si dicha política hubiera existido, la norma francesa habría violado estos preceptos comunitarios.

El TJCE en la sentencia Leclerc-gasolina afirmó el carácter estatal de la reglamentación que atribuía a las autoridades francesas la potestad de fijar el precio mínimo de venta de la gasolina, no apreciando la existencia de delegación de poderes en favor de las empresas, pese a que uno de los elementos de referencia utilizados por la administración para la determinación de los precios era el precio de coste fijado por los suministradores nacionales.

La normativa belga que reservaba el beneficio de una exención fiscal

---

*empresas. Únicamente dicha vinculación permite probar que aquellas han sido adoptadas con la finalidad de sustraer ciertas categorías de operadores privados de la aplicación de las reglas de competencia» (Rec. 1993, pág. I-5832).*

(17) Conclusiones de la sentencia Reiff, *cit.*, pág. 5829.

en el Impuesto sobre la Renta para los intereses acreedores de los depósitos de ahorro, que respetaban el tipo máximo de interés de base y el tipo máximo de prima de fidelidad o por incremento, superó en el asunto Van Eycke el test de la delegación de poder estatal en favor de las empresas. El TJCE señaló el carácter estatal de esta norma, porque las autoridades belgas fijaban ellas mismas los tipos máximos de retribución de los depósitos de ahorro, y no consideró que desvirtuase dicho carácter la concertación previa con las entidades de crédito que precedió a la adopción de la norma (18). También superó este test la norma belga que prohibía la ocupación de trabajadores en comercios al por menor los domingos a partir de las 12 horas y una norma holandesa sobre el horario de apertura de las estaciones de servicio (19).

Este supuesto de eliminación del efecto útil del artículo 85, mediante medidas nacionales desprovistas de carácter estatal como consecuencia de la delegación de poderes de intervención económica en beneficio de las empresas, es más discutible que el anterior, porque la vinculación entre práctica colusoria y reglamentación nacional no está clara. Ciertamente se puede argumentar que estas medidas nacionales desprovistas de carácter estatal preven y autorizan por adelantado prácticas colusorias de las empresas (20). Pero la existencia de la norma nacional hace innecesario que las empresas concierten prácticas colusorias prohibidas por el artículo 85, ya que obtienen los mismos beneficios con la cobertura legal de una norma jurídica. Esta circunstancia explica, a mi juicio, que el TJCE haya admitido teóricamente la incompatibilidad de este tipo de medidas estatales con los artículos 3 f), 5 y 85 del TCE, pero que en la práctica todas las medidas examinadas en su jurisprudencia hayan superado el test de la delegación de poder estatal.

#### IV. LA SOLUCIÓN DEL TJCE

En las sentencias Meng, Ohra y Reiff, así como en el posterior asunto Delta, el TJCE consideró que las reglamentaciones nacionales cuestiona-

---

(18) Sentencia Van Eycke, *cit.*, pág. 4792.

(19) Sentencia del TJCE de 28-2-1991, asunto C-332/89 *Marchandise*, *Rec.* 1991, pág. 1043, y sentencia del TJCE de 2-6-1994, asuntos C-401/92 y C-402/92 *Tankstation*, aún no publicada.

(20) Conclusiones del Abogado General Darmon en la sentencia Reiff, *cit.*, pág. I-5830.

das no eran contrarias a los artículos 3 f), 5 y 85 del TCE. La base de esta solución del TJCE se encuentra en la jurisprudencia que acabamos de exponer sobre la aplicación de estos tres preceptos, perfilada definitivamente en la sentencia Van Eycke.

El TJCE resuelve sin excesivos problemas los asuntos Meng y Ohra, pero el asunto Reiff le plantea mayores complicaciones. La norma alemana que prohíbe las cesiones de las comisiones de los contratos de seguro a los clientes no elimina, a juicio del TJCE, el efecto útil del artículo 85 del TCE y, por tanto, no es contraria a los artículos 3 f), 5 y 85 del TCE. Esto es así porque dicha norma no encaja en ninguno de los dos supuestos de violación del efecto útil del artículo 85. En efecto, la normativa alemana no impone, favorece ni refuerza práctica colusoria alguna de las compañías aseguradoras, porque sólo existían acuerdos entre ellas en el ramo del seguro de vida y no en los ámbitos de los seguros de enfermedad y contra daños, que son los cuestionados en la sentencia. Por otra parte, las normas alemanas superan el test de la delegación de poder estatal, ya que establecen la prohibición de cesión de comisiones, sin delegar en los operadores económicos privados la responsabilidad de tomar decisiones en este ámbito.

La solución retenida por el TJCE en la sentencia Ohra en relación con la normativa holandesa sobre seguros es idéntica a la de la sentencia Meng y, si cabe, más clara porque no había constancia de ningún tipo de prácticas colusorias de las compañías aseguradoras en ninguno de los ramos de seguros.

En lo que respecta al asunto Reiff, que presentaba un supuesto de hecho más complejo, la sentencia del TJCE establece la compatibilidad de la norma alemana sobre determinación de las tarifas del transporte de mercancías por carretera con los artículos 3 f), 5 y 85 del TCE.

El TJCE verifica, en primer lugar, si existían prácticas colusorias en el seno de las comisiones de precios, porque la designación de los componentes de las mismas por la autoridad pública a propuesta de las organizaciones profesionales del sector no impide, como estableció la sentencia BNIC/Clair (21), la celebración de prácticas colusorias contrarias al artículo 85, si los miembros de las comisiones negocian y concluyen un acuerdo sobre las tarifas del transporte en calidad de representantes de las organizaciones que los han propuesto. El TJCE concluye que en el seno

(21) Sentencia del TJCE de 30-1-1985, asunto 123/83 BNIC/Clair, *Rec.* 1985, pág. 391.

de las comisiones tarifarias no se celebran acuerdos sobre la determinación de los precios por las siguientes razones:

— Las comisiones están formadas por expertos de los sectores interesados en el transporte de mercancías por carretera, que no están vinculados ni reciben órdenes de las empresas o asociaciones que los propusieron al ministro para su designación. Por tanto, las comisiones no son una reunión de representantes de las empresas del sector.

— La reglamentación alemana no permite a las comisiones fijar las tarifas en función de los intereses exclusivos de las empresas o asociaciones de empresas del sector, porque deben tener en cuenta los intereses del sector agrícola, de las medianas empresas y de las zonas económicamente deprimidas y con mala infraestructura de transportes.

— Las tarifas se fijan tras un dictamen obligatorio del comité consultivo, formado por representantes de los destinatarios de los servicios de transporte.

Como no existe acuerdo entre las empresas, el TJCE considera que la norma alemana no es una medida estatal que imponga, favorezca o refuerce una práctica colusoria de las encuadrables en el primer supuesto de eliminación del efecto útil del artículo 85 del TCE.

A continuación, aplica a esta norma alemana el test de la delegación de poder estatal, para determinar si encaja en el segundo tipo de medidas contrarias a los artículos 3 f), 5 y 85. La reglamentación alemana supera el test, ya que no realiza una delegación de poderes en favor de las empresas de transporte y asegura una supervisión efectiva de la actividad de las comisiones por parte de las autoridades federales. El carácter estatal de la reglamentación lo deduce el TJCE de los siguientes elementos de la mismas:

— La norma alemana forma parte de un entramado jurídico con el que el legislador alemán pretende establecer un equilibrio económico entre los distintos modos de transporte. Para ello, concede al gobierno federal y, en especial, al Ministro de Transportes la posibilidad de alterar la libre competencia mediante el establecimiento de tarifas obligatorias.

— Las comisiones coadyuvan con el Ministro de Transportes en la consecución de esta tarea, pero sin sustituirlo, porque aquél designa los miembros de las comisiones, determina su estructura y puede participar él mismo en sus reuniones o enviar un representante.

— El Ministro de Transportes, de acuerdo con el de Economía, puede determinar por sí mismo las tarifas y no tener en cuenta las propuestas por las comisiones si éstas no se ajustan al interés general.

La norma alemana sobre la determinación de las tarifas del transporte fluvial, muy parecida a la aplicada en el transporte por carretera, tampoco elimina el efecto útil del artículo 85 y ha sido considerada por el TJCE en la sentencia Delta compatible con los artículos 3 f), 5 y 85 del TCE, utilizando razonamientos casi idénticos a los de la sentencia Meng, que acabamos de exponer.

## V. UN APUNTE DE DERECHO COMPARADO

La relación entre las reglamentaciones con efectos restrictivos de la competencia y el derecho antitrust es una cuestión abordada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos (TSE, en adelante) en una abundante jurisprudencia, cuya comparación con la del TJCE es bastante esclarecedora (22).

La sentencia básica del TSE en esta materia es *Parker v. Brown* (23), en la que se cuestionaba la compatibilidad del sistema de comercialización de productos agrarios de la California Agricultural Prorate Act con la Sherman Act, ley federal que protege la libre competencia. Este sistema permitía a las autoridades californianas establecer un programa obligatorio de comercialización de un producto agrícola, en este caso eran uvas, con unos precios predeterminados. El programa era aprobado por una comisión estatal a propuesta de un comité de representantes de la mayoría de los productores de una zona y se convertía en obligatorio para todos ellos. En el asunto *Parker v. Brown* un productor atacaba el carácter obligatorio de un programa de comercialización de las uvas que le permitía solamente vender el 30 por 100 de su cosecha por los circuitos comerciales ordinarios.

El TSE estableció lo siguiente: «*The state in adopting and enforcing*

(22) Sobre esta jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense, véanse G. MARENCO: «Government action and antitrust in the United States: what lessons for Community Law?», *Legal Issues of European Integration*, 1987, núm. 1, págs. 1 y ss.; D. WAELEBROECK: «Application des règles de concurrence du traité de Rome à l'autorité publique», *R.M.C.*, 1987, núm. 303, págs. 25 y ss.; R. JOLIET: «Réglementations...», *op. cit.*, págs. 369 y ss.; M. LÓPEZ ESCUDERO: «Intervencionismo estatal...», *op. cit.*, págs. 739 y ss.

(23) *Parker v. Brown* 317 U.S. 341 (1943).

*the prorated program made no contract or agreement and entered into no conspiracy in restraint of trade or to establish monopoly but, as sovereign, imposed the restraint as an act of government which the Sherman Act did not undertake to prohibit*». Esta afirmación, que constituye la *ratio decidendi* de la sentencia, se completa con dos *obiter dicta* importantes, a saber: «*True, a state does not give immunity to those who violate the Sherman Act by authorizing them to violate it or by declaring that their action is lawful (...); and we have no question of the state or its municipality becoming a participant in a private agreement or combination by others for restraint of trade*».

Como señala Marengo (24), esta sentencia establece las tres ideas siguientes:

— El derecho antitrust federal prohíbe ciertas prácticas colusorias de las empresas, pero no las reglamentaciones estatales. Esta idea es reproducida por el TJCE en su jurisprudencia, cuando afirma que los artículos 85 y 86 se aplican a los comportamientos de empresas privadas y no a las medidas legislativas o reglamentarias de los Estados miembros.

— Las prácticas colusorias prohibidas por el derecho antitrust federal no pueden ser amparadas por medidas estatales adoptadas a niveles inferiores al federal. Las sentencias del TJCE recogen, también, esta idea, al decir que las medidas estatales no pueden eliminar el efecto útil de los artículos 85 y 86. Esto significa que la *state action doctrine* no puede eximir a las prácticas colusorias de la aplicación de las normas federales o comunitarias de competencia.

— Las actuaciones comerciales de las autoridades públicas están sometidas al filtro del derecho antitrust de la misma manera que las prácticas comerciales de los operadores económicos privados. Esta afirmación tiene su equivalente en el artículo 90 del TCE.

La jurisprudencia establecida en la sentencia Parker es de una claridad meridiana, ya que considera contrarias a la Sherman Act sólo las medidas estatales que amparan una práctica colusoria prohibida por dicha ley federal. Sin embargo, esta claridad se vio deteriorada por las sentencias posteriores del TSE, que generaron una confusión entre la *ratio decidendi* y el primer *obiter dictum* de la sentencia Parker.

---

(24) G. MARENGO: «Government action...», *op. cit.*, pág. 9.

La sentencia Midcal (25) es la que mejor sintetiza este desarrollo poco afortunado de la jurisprudencia Parker. En ella se discutía la conformidad con la Sherman Act de una disposición californiana que concedía a los productores y a los mayoristas la posibilidad de fijar el precio mínimo de venta del vino, que los minoristas estaban obligados a respetar. El TSE afirma que hay «*two standars for antitrust immunity under Parker v. Brown. First, the challenged restraint must be one clearly articulated and affirmatively expressed as state policy; second, the policy must be actively supervised by the state itself*». La norma californiana cuestionada cumplía, a juicio del TSE, ambas exigencias, a saber: una política estatal clara, que se presenta como alternativa a la aplicación de las normas federales de libre competencia, y una supervisión activa por parte del estado sobre la aplicación de dicha política (26).

La sentencia Midcal confunde y mezcla los razonamientos de la sentencia Parker, porque somete cualquier medida estatal con efectos anti-competitivos al doble requisito antes mencionado, con independencia de si ampara o no una práctica colusoria de empresas privadas. El resultado de la jurisprudencia Midcal con relación a la sentencia Parker v. Brown es el siguiente:

— De un lado, prácticas colusorias de las empresas que según Parker v. Brown prohibía la Sherman Act, pese a estar amparadas por una medida estatal, pueden escapar a esta interdicción si la disposición que las protege cumple los dos requisitos de la sentencia Midcal (*state action exemption*).

— Por otra parte, disposiciones legislativas de los estados federados que, según Parker v. Brown, no violarían la Sherman Act por no amparar ninguna práctica prohibida por esta ley, serían incompatibles con ella, si

(25) California Retail Liquor Dealers v. Midcal Aluminium 445 U.S. 97 (1980). En esta línea se inscriben, también, las sentencias Goldfar v. Virginia State Bar of Arizona 433 U.S. 350 (1977); Community Communications v. Bulder 455 U.S. 40 (1982).

(26) En efecto, el TSE concluyó lo siguiente: «*The California system for wine satisfies the first standard. The legislative policy is forthrightly stated and clear in its purpose to permit resale price maintenance. The program, however, does not meet the second requirements for Parker immunity. The state simply authorizes price-setting and enforces the prices schedules; nor does it regulate the terms of fair trade contracts. The state does not monitor market conditions or engage in any pointed re-examinations of the program. The national policy in favour of competition cannot be thwarted by casting such a gauzy cloak of state involvement over what is essentially a private price-fixing arrangement*».



no cumplieren los dos requisitos establecidos en la sentencia Midcal y diesen lugar a prácticas colusorias prohibidas por la Sherman Act.

Con estos resultados, la sentencia Midcal disminuye la posibilidad de los estados para intervenir en la economía y permite prácticas colusorias de empresas que antes estaban prohibidas. Además, y esto es lo más criticable, no se vincula la ilegalidad de una norma estatal con la existencia de prácticas de las empresas contrarias a la Sherman Act.

El segundo supuesto de violación del efecto útil del artículo 85 del TCE, delimitado por el TJCE en las sentencias Van Eycke, Meng, Ohra y Reiff tiene una gran similitud con los criterios establecidos en la sentencia Midcal (27).

Sin embargo, sentencias posteriores del TSE como Hoover v. Ronwin (28) y Fisher v. City of Berkeley (29) ponen de relieve un retorno a los claros postulados de la sentencia Parker v. Brown (30). Así, en la sentencia Hoover el demandante acusaba al comité que realizaba los exámenes de admisión para el colegio de abogados de Arizona de exigir una puntuación demasiado elevada, para evitar la entrada de nuevos abogados en el colegio, que hiciesen competencia a los ya inscritos. Pero el TSE no consideró contraria a la Sherman Act la norma de Arizona, según la cual la admisión en el colegio de abogados de dicho Estado la realizaba un Comité formado por abogados inscritos en dicho colegio, bajo el control del Tribunal Supremo de Arizona. Para el TSE esta medida, con independencia de sus efectos anticompetitivos, era imputable a dicho estado en tanto que poder soberano y, por ello, inmune a la Sherman Act (31).

## VI. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS

La idea inspiradora de estas reflexiones es que el atentado al efecto útil del artículo 85 y la aplicación combinada de los artículos 3 f), 5 y

(27) En este sentido se expresa R. JOLIET: «Réglementations...», *op. cit.*, pág. 371.

(28) Sentencia de 14-5-1984, Hoover v. Ronwin, 471 U.S. 218 (1984).

(29) Sentencia de 26-2-1986, Fisher v. Berkeley, 483 U.S. 128 (1986).

(30) G. MARENCO: «Government action...», *op. cit.*, págs. 38 y ss.

(31) El TSE afirmó en Hoover que «*the reason that state action is immune from Sherman Act liability is not that the state has chosen to act in an anti-competitive fashion, but that the state itself has chosen to act (...) The only requirement is that the action be that of the state acting as sovereign*».

85 del TCE constituye una construcción jurídica residual, que se aplicará en situaciones muy específicas. Pero esta construcción, fundada en una interpretación sistemática de las normas del TCE sobre libre competencia no puede convertirse en un instrumento de fiscalización de toda la legislación económica de los Estados, que regula la actividad comercial de las empresas privadas, incidiendo sobre la libre competencia. El gran acierto de las sentencias Meng, Ohra y Reiff es precisamente que ponen de manifiesto la voluntad del TJCE de mantener este carácter residual y excepcional en la aplicación de los artículos 3 f), 5 y 85.

Dicho esto, me gustaría referirme a las dos cuestiones suscitadas por la jurisprudencia del TJCE que, a mi juicio, plantean mayores problemas jurídicos, a saber: la delegación de poder estatal, como criterio determinante de la ilegalidad de ciertas medidas estatales, y la posibilidad de elaboración por parte del TJCE de la categoría jurídica de las medidas de efecto equivalente a prácticas colusorias.

A) *El criterio de la delegación de poder estatal en las empresas privadas*

Este criterio es el utilizado por el TJCE para delimitar el segundo supuesto de violación del efecto útil del artículo 85 del TCE. Apuntado ya en las sentencias Leclerc-libros y Leclerc-gasolina, el TJCE lo consagra en la sentencia Van Eycke y lo mantiene en Meng, Ohra, Reiff y Delta.

Su similitud con los criterios expuestos por el TSE en la sentencia Midcal (política estatal claramente articulada y activa supervisión de la misma por la autoridad pública) es bastante considerable. Pero el TJCE no ha cometido el «error» del TSE, porque el criterio de la delegación de poder estatal sólo se aplica a medidas estatales con efectos anticompetitivos que no imponen o refuerzan una práctica colusoria. Este último tipo de medidas entran en el primer supuesto de violación del efecto útil del artículo 85 e infringen los artículos 3 f), 5 y 85 con independencia de que deleguen o no poderes en las empresas privadas. Ello explica las diferencias entre la solución alcanzada por el TSE en la sentencia Southern Motor Carriers y la dada por el TJCE en el asunto Asjes, pese a que las medidas se referían a la determinación de las tarifas del transporte por carretera, en un caso y aéreo en el otro, pero eran similares. En Southern Motor

Carriers el TSE aplica la jurisprudencia Midcal y concede inmunidad a los acuerdos de determinación de tarifas adoptados por las empresas del sector en cuatro estados federados, porque las autoridades habían creado este mecanismo de determinación de los precios del transporte y ejercían una supervisión efectiva. Por el contrario, la norma francesa que establecía la homologación estatal de las tarifas aéreas acordadas por las compañías del sector fue condenada por el TJCE porque reforzaba los efectos de una práctica colusoria y atentaba, por tanto, al efecto útil del artículo 85.

En el asunto Reiff, muy parecido a la sentencia Southern Motor Carriers, el TJCE señaló que no existía práctica colusoria alguna en el seno de las comisiones de precios y, por ello, admitió la legalidad de la normativa alemana. Pero si hubiera existido acuerdo de establecimiento de tarifas contrario al artículo 85, el TJCE hubiese considerado que la norma alemana violaba el efecto útil del artículo 85 sin necesidad de aplicar el test de la delegación de poder estatal, a diferencia de lo que hizo el TSE en Southern Motor Carriers.

Pese a que el TJCE utiliza, como vemos, el criterio de la delegación de poder estatal con más coherencia que el TSE, su aplicación genera algunos problemas, entre los que destaca su compatibilidad con la vinculación que en todo momento debe existir entre la medida y prácticas colusorias de las empresas, de cara a la posible violación del efecto útil del artículo 85. Ciertamente, se puede argumentar que una medida estatal que delega poderes en las empresas privadas, como la ley francesa sobre el precio del libro, autoriza por anticipado la conclusión de prácticas colusorias contrarias al artículo 85. Pero en muchos casos, la delegación de poderes en las empresas es imprescindible para la regulación de determinados sectores, como el del libro, que por su heterogeneidad no permiten una intervención directa de la autoridades públicas.

En todo caso, si el TJCE mantiene este segundo supuesto de violación de los artículos 3 f), 5 y 85 del TCE como hipótesis teórica y hace un uso comedido del mismo, el criterio de la delegación de poder estatal puede disuadir a los Estados de conceder impunemente a las empresas la posibilidad de alterar la competencia en un sector con el único objetivo de aumentar su beneficio y sin buscar la protección de intereses sociales esenciales.

B) *Medidas de efecto equivalente a prácticas colusorias*

Además de las reglamentaciones que favorecen, imponen o refuerzan prácticas colusorias y de las que delegan poderes de intervención económica en las empresas, existen otro tipo de medidas estatales con efectos anticompetitivos, de las que no habla el TJCE en las sentencias Meng, Ohra, Reiff y Delta, pero que generan un interesante problema jurídico, planteado por el TJCE en las preguntas formuladas a las partes en la reapertura de los debates de estos tres asuntos y abordado por los abogados generales Tesouro y Darmon en sus conclusiones generales. Se trata de medidas estatales desvinculadas totalmente de prácticas colusorias, pero que ejercen efectos restrictivos sobre la competencia, al condicionar el ejercicio de las actividades comerciales de las empresas. La denominación más apropiada que se me ocurre para ellas es la de *medidas de efecto equivalente a prácticas colusorias* (MEE a prácticas colusorias, en adelante).

Buenos ejemplos de medidas de este tipo son las normas alemana y holandesa sobre la prohibición de la cesión de comisiones en los contratos de seguros, examinadas por el TJCE en los asuntos Meng y Ohra, las reglamentaciones alemanas relativas a la determinación de las tarifas del transporte de mercancías por carretera y del transporte fluvial, analizadas en las sentencias Reiff y Delta, la ley francesa referente al precio del libro, fiscalizada en la sentencia Leclerc-libros, o la norma belga sobre exoneración fiscal de los depósitos de ahorro de la sentencia Van Eycke.

Excepción hecha de la sentencia Leclerc-libros en la que se apunta la posible ilegalidad de estas medidas, el TJCE no ha admitido en ninguna sentencia que eliminen el efecto útil del artículo 85 y violen, por tanto, los artículos 3 f), 5 y 85 del TCE. Ahora bien, el mayor interés jurídico de los asuntos Meng, Ohra y Reiff radica en que el TJCE formuló a las partes una serie de cuestiones referidas a la legalidad de estas MEE a prácticas colusorias, lo que denota que la jurisprudencia del TJCE sobre el alcance de los artículos 3 f), 5 y 85 aún no está consolidada.

Las MEE a prácticas colusorias no pueden encuadrarse, en principio, en ninguna de las normas de competencia previstas en el TCE. En efecto, se trata de actos del poder público y, por ello, no entran en el ámbito de aplicación de los artículos 85 y 86 del TCE, que contemplan sólo prácticas de empresas privadas. Tampoco encuentra acomodo esta categoría jurídica entre las normas de competencia del TCE dirigidas a los poderes

públicos (32), a saber: el artículo 90, que se refiere a las prácticas colusorias de las empresas públicas y de las empresas beneficiarias de derechos especiales o exclusivos, los artículos 92-94, que regulan las ayudas otorgadas por los Estados, y los artículos 101 y 102, referentes a las distorsiones de competencia provocadas por las divergencias entre las normas de los diferentes Estados.

Como las MEE a prácticas colusorias no están vinculadas con comportamientos anticompetitivos de empresas privadas, no afectan en modo alguno al efecto útil de los artículos 85 y 86 y no les es aplicable, tampoco, la fórmula combinada de los artículos 3 f), 5 y 85 del TCE, desarrollada por la jurisprudencia del TJCE.

Por ello entiendo, con el Abogado General Tesouro (33), que la fiscalización de este tipo de medidas sólo podría realizarse mediante una aplicación combinada de los artículos 3 g) y 5, cimentada en una interpretación sistemática del conjunto de las normas de competencia del TCE. El artículo 3 g) establece que la consecución de los fines del artículo 2 del TCE requiere, entre otras acciones, *«un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior»*, pero este régimen se realizará *«en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado»*. Como puede apreciarse, el artículo 3 g) es la norma general que está en la base de todos los preceptos del TCE referentes a la libre competencia, que, en definitiva, desarrollan ese precepto, imponiendo obligaciones concretas a los Estados y a las empresas privadas.

Pese a este carácter genérico, podría argumentarse que las MEE a prácticas colusorias atentarían contra el efecto útil del artículo 3 g), constituyendo una violación de la obligación de fidelidad comunitaria impuesta a los Estados miembros por el párrafo segundo del artículo 5 del TCE. Esta construcción jurídica es muy criticable, como después veremos, pero aún en el caso de admitirla, los problemas para aplicarla a las MEE a prácticas colusorias son numerosos. En mi opinión, los dos principales serían:

- a) La determinación de las medidas estatales que pueden catalogarse

---

(32) Sobre esta cuestión. véase P. PESCATORE: «Public and Private Aspect of European Community Competition Law», *Thirteen Annual Fordham Corporate Law Institute*, 1987, págs. 383 y ss.

(33) Conclusiones de las sentencias Meng y Ohra, *cit.*, pág. I-5785.

como MEE a prácticas colusorias (34). En este punto, cabe optar por un concepto amplio de estas MEE, similar al adoptarlo por el TJCE en la sentencia Dassonville en relación con la noción de MEE a restricciones cuantitativas, o bien, defender un concepto más estricto de MEE a práctica colusoria, como sugiere M. Waelbroeck.

La concepción amplia de estas MEE supondría, como han advertido algunos Abogados Generales (35) y parte de la doctrina (36), que cualquier reglamentación nacional que discipline el ejercicio de las actividades económicas de las empresas privadas produciría un efecto anticompetitivo equivalente al de una práctica colusoria. Con este concepto se cuestionaría la legalidad de muchas reglamentaciones comerciales de los Estados miembros.

Por el contrario, M. Waelbroeck (37) propone un concepto más restringido de las MEE a acuerdos o prácticas prohibidas por el Derecho comunitario. Para este autor, si bien es cierto que todas las intervenciones estatales alteran la libre competencia, ello no supone que produzcan efectos idénticos a los de un acuerdo o práctica contrarios a los artículos 85 y 86 del TCE (38). Este sería el caso de las normas nacionales sobre bloqueo de precios o determinación de precios máximos. Pero Waelbroeck no señala ninguna precisión adicional sobre este concepto restringido de MEE a práctica colusoria.

b) El TJCE se vería irremisiblemente abocado a utilizar la técnica de la apreciación de los intereses en juego (*balancing test*) para determinar la compatibilidad de estas MEE a prácticas colusorias con los artículos 3 f) y 5 del TCE, porque es impensable que las considerase todas ilegales, ya que muchas de estas medidas protegen intereses sociales fundamentales.

---

(34) La tercera pregunta planteada por el TJCE a las partes en los asuntos Meng y Ohra recababa precisamente su opinión sobre esta cuestión, *Rec.* 1993, pág. I-5765.

(35) En este sentido se expresa el Abogado General Tesaro en las conclusiones a las sentencias Meng y Ohra, *cit.*, págs. I-5787.

(36) Véase G. MARENCO: «Competition between national economies and competition between business - A Response to Judge Pescatore», *Fordham International Law Journal*, 1987, pág. 421.

(37) M. WAELBROECK: «Les rapports...», *op. cit.*, págs. 795 y 796.

(38) En parecidos términos se expresa Joliet al afirmar que «*C'est une exagération grossière de dire qu'ils agit de déterminer les limites du pouvoir réglementaire étatique dans le domaine économique ou d'expliquer que*» *the effects of virtually all economic legislation are comparable to those of an agreement in restraint of trade*» (R. JOLIET, *op. cit.*, pág. 365).

Además, existen prácticas colusorias de las empresas privadas que encuentran justificación en el artículo 85.3 del TCE.

La quinta pregunta del TJCE a las partes en los asuntos Meng y Ohra se refiere precisamente a las posibles razones de interés general que el TJCE podría utilizar para justificar las MEE a prácticas colusorias. En las respuestas se mencionaron los motivos de los artículos 85.3, 90, 36, así como las exigencias imperativas reconocidas por el TJCE en su jurisprudencia sobre la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios.

La teoría sobre las MEE a prácticas colusorias y su posible incompatibilidad con los artículos 3 f), 5 del TCE, deducida de la realización de un balancing test entre la protección de exigencias imperativas y la preservación de la libre competencia, nos parece una construcción jurídica seductora, pero inconsistente con las disposiciones del TCE, que el TJCE ha hecho bien en no acoger en las sentencias Meng, Ohra y Reiff. Entre los motivos principales que nos llevan a esta conclusión se encuentran los siguientes:

1. La generalidad de los artículos 3 f) y 5 del TCE, que contienen disposiciones capaces de imponer obligaciones a los Estados únicamente en conexión con otros preceptos del Tratado. Si el artículo 3 f) pudiera por sí mismo producir efecto directo, las restantes normas del TCE sobre libre competencia que lo desarrollan se eclipsarían (39).

2. La jurisprudencia del TJCE sobre el artículo 90.1 del TCE no es extrapolable a las MEE a prácticas colusorias de empresas privadas (40). En la sentencia RTT se afirmó que *«dicha disposición prohíbe a los Estados miembros que coloquen a las empresas públicas y a aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, mediante la adopción de medidas legales, reglamentarias o administrativas, en una situación en la que no puedan colocarse ellas mismas a través de comportamientos autónomos a través de lo dispuesto en el artículo 86»* (41). Esta sentencia admite implícitamente la existencia de MEE a prácticas

(39) Esta idea es expuesta con claridad por Y. GALMOT y J. BIANCARELLI: «Les réglementations nationales en matière de prix au regard du droit communautaire», *R.T.D.E.*, 1985, núm. 2, págs. 266-269.

(40) A esta cuestión se refiere la sexta pregunta planteada por el TJCE a las partes en los asuntos Meng y Ohra, *cit.*, I-5770 y ss.

(41) Sentencia del TJCE de 13-12-1991, asunto C-18/88 RTT, *Rec.* 1991, pág. I-5980.

colusorias de empresas públicas o empresas beneficiarias de derechos especiales o exclusivos, señalando su incompatibilidad con el artículo 90.1.

El párrafo citado de la sentencia RTT se explica porque el artículo 90.1 se refiere expresamente a las medidas estatales con efectos anticompetitivos que se adoptan en beneficio de las empresas públicas. Sin embargo, el párrafo segundo del artículo 5 sólo obliga a los Estados a no atentar contra el efecto útil de las disposiciones del Tratado y no se puede entender que impone a los Estados en relación con las prácticas colusorias de empresas privadas una obligación idéntica a la del artículo 90.1. Como afirma el Abogado General Darmon en las conclusiones a la sentencia Reiff (42), el artículo 90 no es la aplicación a las empresas públicas de un principio general de prohibición de las restricciones de la competencia, que deban respetar los Estados. Por tanto, el párrafo segundo del artículo 5 y el artículo 90.1 no son preceptos equiparables y si el Tratado recoge este último precepto referente a medidas relacionadas con las empresas públicas hay que entender que realiza una opción de política económica que la jurisprudencia del TJCE no puede desdibujar forzando una interpretación extensiva del artículo 5 (43).

3. Las MEE a prácticas colusorias afectarán, en la mayoría de los casos al comercio entre los Estados miembros y generarán obstáculos a las libertades de circulación de mercancías y servicios en el mercado interior. Por tanto, estas medidas estatales normalmente serán contrarias a los artículos 30 o 59 del TCE. Estos preceptos contienen prohibiciones de comportamientos proteccionistas de los poderes públicos y contemplan excepciones a las mismas, que el TJCE ha desarrollado en una abundante jurisprudencia. La aplicación de los artículos 3 f) y 5 del TCE a las MEE a prácticas colusorias vaciaría, en gran medida, de contenido a los artículos 30 y 59.

4. El TCE no contiene ninguna obligación general para los Estados que les prohíba intervenir en el mercado, restringiendo la libre competencia. Es más, los artículos 37 y 90.1 permiten la existencia de monopolios, que suponen la negación total de la competencia, y empresas públicas o beneficiarias de derechos especiales o exclusivos (44). Además, el

---

(42) Conclusiones del Abogado General Darmon en la sentencia Reiff, *cit.*, pág. I-5831.

(43) Véanse las conclusiones del Abogado General Tesauo en las sentencias Meng y Ohra, *cit.*, págs. I-5786 y I-5787.

(44) G. MARENCO: «Le Traité...», *op. cit.*, pág. 295.



artículo 222 establece que el Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros. En todo caso, los efectos liberalizadores imputables al derecho comunitario están provocados por la consecución del mercado interior, que exige la eliminación de formas de intervención estatal incompatibles con él, que, si no son sustituidas por una intervención coordinada a nivel comunitario, disminuyen el intervencionismo estatal en la economía (45).

Por ello, entendemos que son lícitas las MEE a prácticas colusorias, siempre que no estén vinculadas con comportamientos anticompetitivos de empresas privadas, porque con ellas los Estados miembros realizan una opción de política económica en la que sacrifican la libre competencia con objeto de proteger determinados intereses sociales que se consideran más importantes.

5. Por último, la principal objeción contra la aplicación de los artículos 3 f) y 5 a las MEE a prácticas colusorias reside en la limitación injustificada que generaría sobre el poder de los Estados miembros para regular la actividad económica de las empresas privadas. Todas las normas que regulan los procesos productivos restringen la competencia, porque obligan a los agentes económicos a atenerse a sus disposiciones con objeto de proteger intereses sociales esenciales, y la mayor parte de ellas producen efectos equivalentes a los de una práctica colusoria prohibida por el Derecho comunitario. Por tanto, sería necesario que la legislación económica de los Estados pasara el filtro del *balancing test* o *rule of reason*, que conllevaría la aplicación de los artículos 3 f) y 5 del TCE. Las tres consecuencias más negativas de ello serían:

— La avalancha de recursos ante los tribunales nacionales por parte de las empresas privadas contra cualquier medida estatal de carácter económico, que limitase su capacidad de intervención en los mercados.

— La inseguridad jurídica que se cerniría sobre la legislación económica de los Estados, dado el margen de discrecionalidad judicial que siempre conlleva la utilización de técnicas como el *balancing test* o la *rule of reason*.

— La reducción de las posibilidades de intervención pública en la economía, ya que no es imaginable una sustitución de las medidas estata-

---

(45) Sobre este tema, véanse las reflexiones de M. WAELBROECK: «Le Traité CEE est-il neutre à l'égard des politiques économiques des Etats membres?», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco Vallejo*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 1297 y ss.

les por medidas comunitarias. Esta reducción dependería de los resultados del *balancing test* que, en principio, debería ser sólo un control marginal de las medidas estatales basado en la proporcionalidad de las mismas, esto es, en la relación entre los intereses sociales protegidos y los medios utilizados.

En todo caso, entiendo que la aplicación de los artículos 3 f), 5 y 85 a las MEE a prácticas colusorias supone una alteración de la delimitación vertical de competencias entre la CE y los Estados miembros en materia económica (46). En el TCE no existe fundamento jurídico suficiente para que el TJCE elabore esta jurisprudencia y, si lo hiciera, estaría sobrepasando su función de aplicar e interpretar el derecho comunitario y realizando tareas legislativas, que exceden los poderes que le ha atribuido el TCE.

---

(46) Según la Comisión en su respuesta a la sexta pregunta planteada por el TJCE en los debates de las sentencias Meng y Ohra, «*On aboutirai par cette voie à un bouleversement profond de l'équilibre institué par le traité entre la communauté et les Etats membres pour ce qui est du contrôle de la légalité communautaire de la législation économique des Etats membres*» (Rec., 1993, pág. I-5772).