

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MARCO DARMON
presentadas el 14 de julio de 1993 *

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

a la fijación de las tarifas (apartado 3 del artículo 21 a de la GüKG).

1. ¿Se opone el Derecho comunitario de la competencia a que un Estado miembro haga obligatorias, aprobándolas mediante Decreto ministerial, tarifas de transporte de mercancías por carretera fijadas por comisiones cuyos miembros son nombrados por la autoridad pública a propuesta de los transportistas?

3) El Ministro Federal de Transportes aprueba las tarifas de conformidad con el Ministro Federal de Economía. Mediante Decreto Ministerial dichas tarifas adquieren carácter obligatorio y general (apartados 2, 3 y 6 del artículo 20 a de la GüKG).

2. Esta es, esencialmente, la cuestión planteada al Tribunal de Justicia en el presente asunto y de la que procede recordar los antecedentes de hecho.

4. Cuando el interés general así lo exija los citados Ministros pueden fijar las tarifas en lugar de las Comisiones Tarifarias (apartado 4 del artículo 20 a de la GüKG).

3. La Güterkraftverkehrsgesetz (Ley alemana de Transporte de mercancías por Carretera; en lo sucesivo, «GüKG») establece un procedimiento de fijación de tarifas que comprende tres etapas:

5. Las tarifas así fijadas (con sus precios mínimos y máximos) son obligatorios para las empresas (artículo 22 de la GüKG).

1) Comisiones de Tarifas integradas por expertos propuestos por empresas o asociaciones del sector y nombrados por el Ministro Federal de Transportes (artículo 20 a y apartado 2 del artículo 21 de la GüKG) fijan las tarifas.

2) Comités Consultivos, integrados por representantes de los cargadores, emiten un dictamen antes de cada reunión de las Comisiones de Tarifas en el curso de la cual debe adoptarse una decisión relativa

6. Si el precio del transporte es inferior al de la tarifa fijada, la empresa de transporte debe reclamar la diferencia. De no hacerlo, el Bundesanstalt für den Güterfernverkehr (en lo sucesivo, «Bundesanstalt») oficina federal de Derecho público,¹ se subroga en sus derechos y debe reclamar esta diferencia, denominada «crédito de compensación», a la empresa por cuya cuenta se efectuó el transporte.²

* Lengua original: francés.

1 — Cuya misión legal es garantizar la observancia de las tarifas, de los requisitos del transporte y de las disposiciones relativas a las autorizaciones (artículo 54 de la GüKG).

2 — Apartado 3 del artículo 23 de la GüKG.

7. Los hechos que dieron origen al procedimiento principal son los siguientes: con ocasión de una inspección, el Bundesanstalt comprobó que la empresa de transporte Neukirch y su cliente, Reiff, fabricante de materiales de construcción, no habían respetado las tarifas aplicables.

8. El 13 de junio de 1989 el Bundesanstalt reclamó a esta última, en virtud de su derecho de subrogación, la diferencia entre el precio convenido y la tarifa aprobada. Por negarse a abonar dicha diferencia, el Bundesanstalt demandó a Reiff ante los tribunales.

9. El Bundesanstalt, cuyas pretensiones fueron desestimadas en primera instancia, apeló ante el Landgericht Koblenz. Reiff alegó que los artículos 20 y siguientes de la GÜKG infringen el apartado 1 del artículo 85 y el párrafo segundo del artículo 5 del Tratado CEE y que, por consiguiente, las tarifas fijadas son nulas de pleno Derecho. El Gobierno alemán, afirma, ha infringido el párrafo segundo del artículo 5 al aprobar un acuerdo de precios prohibido por el Derecho comunitario y, de esta forma, ha privado de eficacia al artículo 85.³

10. El Landgericht Koblenz considera que la fijación de tarifas no corresponde únicamente al Ministro Federal de Transportes, sino también a las Comisiones de Tarifas que trabajan de manera independiente y autónoma respecto a los organismos públicos: «en principio, la facultad para fijar las tarifas del transporte corresponde a las Comisiones de Tarifas». ⁴ Solicita que se opere una distinción entre las decisiones de Derecho privado adoptadas por las Comisiones de Tarifas y el procedimiento reglamentario que incumbe al

Ministro de Transportes y considera que el artículo 85 también se aplica a los acuerdos tarifarios privados que preceden a una aprobación administrativa.

11. El órgano jurisdiccional nacional plantea una cuestión prejudicial cuyo texto figura en el informe para la vista ⁵ y que tiene por objeto saber si el procedimiento de fijación de las tarifas aplicables en la República Federal de Alemania, establecida por los artículos 20 y siguientes de la GÜKG es compatible o no con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 5 y en los apartados 1 y 2 del artículo 85.

12. Recordaré que, aunque el Tribunal de Justicia no pueda pronunciarse en el marco del artículo 177 del Tratado, sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con las disposiciones del Derecho comunitario, es competente

«para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar la compatibilidad de estas normas con la normativa comunitaria». ⁶

13. Previamente procede comprobar si las normas comunitarias relativas a la competencia se aplican a los transportes.

14. El Título IV del Tratado, relativo a los transportes, no incluye disposiciones especiales en materia de competencia. Ahora

3 — Resolución de remisión, p. 4.

4 — *Ibidem*, p. 7.

5 — Punto III-4.

6 — Sentencia de 12 de julio de 1979, Grosoli (223/78, Rec. pp. 2621 y ss., especialmente p. 2630).

bien, es sabido que cuando el Tratado ha querido sustraer ciertas actividades a la aplicación de las normas sobre competencia, ha previsto una excepción expresa a tal efecto.⁷

15. Adoptado en aplicación de los artículos 75 y 87 del Tratado, el Reglamento (CEE) n° 1017/68 del Consejo, de 19 de julio de 1968, por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable⁸ aplicó al sector de los transportes los principios fundamentales establecidos por los artículos 85 y 86. Así, sus artículos 2 y 7 reproducen las prohibiciones de prácticas colusorias en los mismos términos que los apartados 1 y 2 del artículo 85.

16. En la sentencia Asjes⁹ el Tribunal de Justicia señaló que los objetivos del Tratado, que pretende, especialmente, que la competencia no se falsee en el mercado común, tienen validez igualmente para el sector de los transportes.

17. De ello se deduce que tanto el artículo 85 del Tratado como el artículo 2 del citado Reglamento son, en principio, aplicables a los transportes de mercancías por carretera.

18. No obstante, las normativas nacionales que tienen un efecto restrictivo de la competencia no pueden analizarse directa y exclusivamente desde el punto de vista de los artículos 85 y 86, que sólo se refieren a los

comportamientos de las empresas y no generan ninguna obligación directa a cargo de los Estados miembros. En tal caso, también habrá que recurrir al artículo 5.

19. Así, el Tribunal de Justicia ha declarado:

«si bien es cierto que estas normas se refieren al comportamiento de las empresas y no a las medidas legislativas o reglamentarias de los Estados miembros, éstos estarán obligados sin embargo, con arreglo al párrafo segundo del artículo 5 del Tratado, a no obstaculizar mediante su legislación nacional la aplicación plena y uniforme del Derecho comunitario y el efecto de los actos de ejecución del mismo, y a no adoptar o mantener en vigor medidas, incluso de carácter legislativo o reglamentario, que puedan privar de eficacia a las normas sobre la competencia aplicables a las empresas».¹⁰

20. Para comprobar si a la normativa controvertida le es aplicable esta construcción jurisprudencial que combina la letra f) del artículo 3¹¹ y los artículos 5 y 85, procede, en primer lugar, precisar su ámbito de aplicación material. Por otra parte, este extremo ha centrado el debate en las fases escrita y oral del procedimiento, especialmente en esta última a partir de la reapertura de los debates.

21. Para alcanzar el objetivo que se ha señalado, es decir, «el establecimiento de un

7 — Véase la sentencia de 30 de abril de 1986, Asjes (asuntos acumulados 209/84 a 213/84, Rec. p. 1425), apartado 40.

8 — DO L 175, p. 1; EE 08/01, p. 106.

9 — Sentencia citada en la nota 7, apartados 36 y 42. Sobre el transporte aéreo véase también la sentencia de 11 de abril de 1989, Ahmed Saeed Flugreisen y otros/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (66/86, Rec. p. 803). Véase, asimismo, la sentencia de 4 de abril de 1974, Comisión/Francia (167/73, Rec. p. 359), apartado 32.

10 — Sentencia de 10 de enero de 1985, Leclerc/Au blé vert (229/83, Rec. p. 1), apartado 14; Jurisprudencia reiterada. Sentencias de 16 de noviembre de 1977, Inno/ATAB (13/77, Rec. p. 2115), apartado 31; de 30 de abril de 1986, Asjes, antes citada, apartado 71; de 1 de octubre de 1987, VVR (311/85, Rec. p. 3801), apartado 10; de 3 de diciembre de 1987, BNIC/Aubert (136/86, Rec. p. 4789), apartado 23, y de 21 de septiembre de 1989, Van Eycke (267/86, Rec. p. 4769), apartado 16.

11 — Señalaré que la cuestión prejudicial no cita este artículo.

mercado común» (artículo 2), el Tratado define algunos medios de acción de la Comunidad entre los que se encuentra «el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior» [letra f) del artículo 3].¹²

22. El Tribunal de Justicia ha señalado el vínculo entre las normas de competencia y el objetivo de integración y de unificación del mercado: «El artículo 85 [...] debe ser situado en el contexto de las disposiciones del Preámbulo del Tratado que lo aclaran». ¹³ En términos particularmente claros el Tribunal de Justicia afirmó ya en la sentencia de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión: ¹⁴

«el Tratado, cuyo Preámbulo y texto normativo tratan de suprimir las barreras entre Estados y que, en numerosas disposiciones, demuestra severidad con respecto su reaparición, no podía permitir a las empresas reconstruyeran tales barreras». ¹⁵

23. A menudo se ha señalado ¹⁶ que para la Comunidad la libre competencia no es un fin en sí mismo sino uno de los elementos de una «política económica de conjunto que contiene aspectos de política industrial,

estructural y de integración [...] llevada por una autoridad política que no tiene objeciones de principio respecto a las intervenciones en el mecanismo de mercado». ¹⁷

24. Así se ha podido hablar de «la tradición europea de benevolencia respecto a la concentración industrial y las intervenciones gubernamentales». ¹⁸

25. Las amplias facultades de exención reconocidas a la Comisión por el apartado 3 del artículo 85, la neutralidad del Tratado respecto al régimen de la propiedad ¹⁹ y el amplio margen dejado a las intervenciones gubernamentales relativizan el peso de los artículos 85 y 86.

26. Como ha señalado el Gobierno italiano, ²⁰ en materia de competencia, no existe un sistema normativo unitario que imponga las mismas normas y las mismas obligaciones a las empresas y a los Estados miembros, sino, por el contrario, «dos subsistemas».

12 — Este artículo no impone a los Estados miembros una prohibición general de restringir la competencia (véase, en este sentido, Marenco, G.: «Le traité CEE interdit-il aux États membres de restreindre la concurrence?», CDE 1986, p. 285, y Waelbroeck, D.: «Application des règles de concurrence du traité de Rome à l'autorité publique», *Revue du marché commun*, enero de 1987, n° 303, p. 25).

13 — Sentencias de 13 de julio de 1966, Italia/Consejo y Comisión (32/65, Rec. pp. 563 y ss., especialmente p. 589), y de 7 de junio de 1983, Pioneer (asuntos acumulados 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825), apartado 107.

14 — Sentencia en los asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. p. 429.

15 — *Ibidem*, p. 494.

16 — Véase, por ejemplo, Wils, G.: «La "rule of reason" en droit de la concurrence de la CEE», CDE, 1990, p. 19, punto 16 o Marenco, G., *op. cit.*, p. 289.

17 — Wils, G., *op. cit.*, punto 16. Véase asimismo la introducción al décimo cuarto informe sobre la política de la competencia, 1985, p. 11: «Por tanto, la política de la competencia tiene como objetivo, permitir al proceso competitivo desarrollar sus efectos benéficos y colaborar, de esa forma, a la consecución del mercado común. Esto no significa que el mercado deba constituir, en cualquier circunstancia, el modo de regulación exclusivo de la actividad económica: por lo demás, la evolución espontánea de las fuerzas del mercado puede, en algunos casos, reducir o incluso suprimir la competencia. La política de la competencia debe buscar un equilibrio para que el libre juego del mercado, provisto de intervenciones selectivas cuando sean necesarias, garantice el mantenimiento de una competencia no falseada», citado por Wils, G., *op. cit.*, p. 37.

18 — Fox, E.: «Monopolization and Dominance in the U. S. and the E. C. Efficiency, Opportunity and Fairness», *Notre Dame Law Review*, 1986, p. 982, citado por Wils, G., anteriormente citado, punto 15.

19 — Véase el comentario al artículo 222 en Constantinesco, V. y otros, «Commentaire du traité CEE, article par article».

20 — Respuesta a las preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia.

27. En primer lugar, la Sección Primera del Capítulo 1 del Título I de la Tercera Parte del Tratado CEE, contiene las «Disposiciones aplicables a las empresas». ²¹

28. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia recuerda constantemente que los artículos 85 y 86 «se refieren al comportamiento de las empresas y no a medidas legislativas o reglamentarias de los Estados miembros». ²² La aplicación de estos artículos presupone la prueba de un *comportamiento de las empresas* contrario a la competencia preciso, bien se trate de una práctica colusoria o de un abuso de posición dominante, sobre un mercado identificable.

29. El sistema de control y de sanción establecido por los artículos 87 a 89 del Tratado y los Reglamentos adoptados para su aplicación se ha concebido exclusivamente para las empresas. El Reglamento n° 17 ²³ sólo permite imponer multas a las empresas. Estas son las únicas obligadas a notificar a la Comisión si desean acogerse al apartado 3 del artículo 85 (artículo 4 del citado Reglamento).

30. El Estado miembro puede verse afectado por las prohibiciones de los artículos 85 y 86 en su condición de propietario de empresas o si dispone de determinado control sobre éstas. Fundamentalmente, *en la medida en que interviene en el ámbito económico*, y no simplemente como autoridad normativa, debe velar por que las empresas públicas no lleven a cabo, basándose en sus prerrogativas, acuerdos o prácticas concertadas que infrinjan los citados artículos (apartado 1 del artículo 90).

31. En segundo lugar, el Tratado contiene diversas disposiciones *dirigidas a los Estados*, que contribuyen también a la realización del mercado común. Tanto los artículos 30, 52 y 59 como las disposiciones relativas a las ayudas de Estado, entre otras, contribuyen a la constitución de un gran mercado en el que la competencia no debe ser falseada.

32. No obstante, el Tratado no contiene ninguna disposición general que prohíba a los Estados adoptar una normativa que limite la competencia. Cuando concorra con otros objetivos, el establecimiento de un régimen de competencia no falseado puede pasar a un segundo plano. Así, el artículo 37 y el apartado 1 del artículo 90 reconocen el derecho de los Estados miembros a crear monopolios nacionales —que constituye la forma extrema de restricción de la competencia— aunque no se les pueda negar el derecho a poner en práctica restricciones menos radicales.

33. Esta distinción fundamental se basa en la diferencia de los papeles que desempeñan en el mercado, respectivamente, el Estado y las empresas.

34. El Estado determina su política social, económica y monetaria. Adopta necesariamente, en ese concepto, medidas que restrinjan la competencia: citaré, por ejemplo, la fijación de un interés básico por parte del banco central que da lugar a que las entidades de crédito del Estado miembro aproximen sus tipos de interés, o las normativas relativas a la protección de los trabajadores, de los consumidores o del medio ambiente. Estas normativas están destinadas a servir el interés general.

35. La empresa obedece a una lógica completamente distinta: la del beneficio y la salvaguardia de intereses privados.

21 — El subrayado es mío.

22 — Apartado 10 de la sentencia de 1 de octubre de 1987, VVR, antes citada.

23 — Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

36. Esta distinción se encuentra realmente en la base del Tratado.

37. La misma explica que la normativa nacional que fija un precio mínimo de venta de carburantes al por menor no se analice desde el punto de vista de los artículos 85 y 86, relativos a las restricciones de la competencia, mientras que un acuerdo sobre precios celebrado entre compañías petroleras lo sea.²⁴ Sin embargo, esta normativa debe cumplir el artículo 30.

38. Dicha distinción también explica que el acuerdo mediante el que todos los supermercados de un Estado miembro convinieran en adoptar el mismo día semanal de descanso, de manera que ninguna empresa obtuviera ventajas competitivas si ejerciera sus actividades siete días a la semana, estaría incluido en el ámbito de aplicación del artículo 85 mientras que, por el contrario, una normativa nacional que prohibiera la apertura en domingo del comercio no infringe ninguna norma comunitaria en materia de competencia.²⁵

39. Aunque no se pueda confundir el comportamiento de empresas, por una parte, y la actividad normativa del Estado, por otra parte, debe reconocerse que uno y otra pueden estar estrechamente entrelazadas. Así sucede, por ejemplo, en el caso de una normativa que confirme una práctica colusoria o, por el contrario, en el caso de un acuerdo de empresas que sustituya a una disposición normativa.

40. Por tanto, el Estado no debe legitimar un comportamiento de empresas contrario a la

competencia ni facilitar la infracción de los artículos 85 u 86 por parte de los operadores económicos.

41. El artículo 5 impone a los Estados miembros la obligación de abstenerse de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del Tratado. De él no se deduce que los Estados miembros no puedan, en ningún caso, restringir la competencia. El artículo 5 simplemente les impide debilitar el alcance de las prohibiciones impuestas a las empresas por el Tratado.

42. Así, el Tribunal de Justicia considera que la letra f) del artículo 3 en relación con los artículos 5 y 85 se opone a una normativa estatal que impone un acuerdo entre empresas o que lo favorece o facilita su celebración.

43. En el citado asunto *Asjes*, el código francés de aviación civil establecía que las compañías aéreas, directamente o a través de una asociación profesional, podían presentar propuestas de tarifas de transportes aéreos para su aprobación por la administración. Tales propuestas podían ser objeto de concertaciones, o incluso de prácticas colusorias, en el seno de una organización profesional. Así, aunque las disposiciones de este código no hicieran ninguna referencia a una concertación tarifaria, producían el efecto de tolerar, o incluso facilitar, prácticas colusorias y de confirmarlas.

44. Lo mismo sucede cuando, mediante un decreto de extensión, el Ministro de Agricultura refuerza los efectos de acuerdos celebrados en el seno del *Bureau National Interprofessionnel du Cognac*.²⁶ Un Real Decreto belga que refuerza los efectos propios de acuerdos entre agentes de viaje y operadores

24 — Véase la sentencia de 29 de enero de 1985, *Cullet* (231/83, Rec. p. 305), apartado 13.

25 — Véase la sentencia de 28 de febrero de 1991, *Marchandise* (C-332/89, Rec. p. I-1027), apartado 22.

26 — Sentencia *BNIC/Aubert*, antes citada, apartado 23.

turísticos también es contrario a esta disposición.²⁷

45. El Tribunal de Justicia ha señalado que, dando forma normativa a una medida puramente contractual en su origen y contraria a las normas de la competencia, la regla estatal refuerza el efecto entre las partes de los acuerdos «en el sentido de que la regla adquiere un carácter permanente y no puede ser derogada por la voluntad de las partes».²⁸

46. El Tribunal de Justicia no ha excluido que puedan tenerse en cuenta otras situaciones. Así, en la sentencia *Leclerc/Au blé vert*, el Tribunal mencionó, sin tener que pronunciarse, la cuestión de si una normativa nacional que haga innecesarios los comportamientos de empresas del tipo prohibido por el artículo 85, menoscaba la eficacia de este artículo.²⁹

47. Esta cuestión anuncia la sentencia *Van Eycke* y el empleo del criterio de «*delegation of state power test*» que contiene.³⁰

48. En efecto, recordaré el comentario del Profesor Joliet a la sentencia *Leclerc*: «El Tribunal de Justicia no ha condenado todas las medidas legislativas que, eliminando el juego de la competencia entre empresas, hacen superfluo celebrar acuerdos. Simplemente ha formulado una objeción de principio respecto a medidas legislativas mediante las que un Estado renuncia a desempeñar el papel que le es propio y confiere a las empresas la

facultad necesaria para poner en práctica su política.»³¹

49. Desde la sentencias *Van Eycke*³² y *Marchandise*,³³ el Tribunal de Justicia ha contemplado una hipótesis nueva: menoscaba la eficacia a las normas de competencia aplicables a las empresas el Estado miembro que priva a su propia normativa del carácter estatal delegando en operadores privados la responsabilidad de adoptar decisiones de intervención en materia económica.

50. De esta forma aplicó el Tribunal de Justicia el citado concepto de «*delegation of state power test*». En la sentencia *Van Eycke* el Tribunal de Justicia consideró que una normativa reviste carácter estatal cuando las autoridades públicas se reservan la facultad de fijar ellas mismas los tipos máximos de retribución de los depósitos de ahorro y no han delegado esa responsabilidad en ningún operador privado. Este carácter no puede ser cuestionado por el simple hecho de que la normativa haya sido adoptada previa concertación con los representantes de las asociaciones de las entidades de crédito.³⁴ En la sentencia *Marchandise*, el Tribunal de Justicia analizó la normativa nacional que prohíbe emplear trabajadores por cuenta ajena en los comercios al por menor en domingo después de las doce para señalar, en definitiva, que ninguno de los elementos de dicha normativa era de tal naturaleza que pudiera privarle de su carácter estatal.³⁵ Ya en la sentencia *Cullet*,³⁶ el Tribunal de Justicia declaró que un régimen público de precios impuestos que confía la fijación directa de los precios a la autoridad pública no pierde su carácter estatal aunque, entre los elementos que se tengan

27 — Sentencia *VVR*, antes citada, apartado 23.

28 — *Ibidem*.

29 — Sentencia antes citada, apartado 16.

30 — 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*» (1990) 1 *ECLR*, p. 22.

31 — *Fordham International Law Journal*, vol. 12, pp. 163 y 172.

32 — Sentencia antes citada, apartado 16.

33 — Sentencia de 28 de febrero de 1991, antes citada.

34 — Véase la citada sentencia *Van Eycke*, apartado 19.

35 — Apartado 23.

36 — Sentencia de 29 de enero de 1985, antes citada, apartado 17.

en cuenta para fijar el precio de venta al por menor, figuren los precios de devolución fijados por los proveedores.

51. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia efectúa una distinción entre dos tipos de normativas estatales.

52. Por una parte se encuentra la legislación que, aunque se haya adoptado previa concertación, no asocia a los operadores económicos al proceso de adopción de decisiones y no produce el resultado de confirmar, favorecer o reforzar acuerdos entre empresas (que no son más que reflejo de intereses privados). Semejante legislación tiene, indudablemente, carácter estatal y no puede ser impugnada desde el punto de vista de la letra f) del artículo 3, del párrafo segundo del artículo 5 o de los artículos 85 y 86 del Tratado.

53. Por otra parte se encuentran los dos supuestos —distintos del presente asunto— a que se refiere la sentencia Van Eycke.³⁷ El primero de ellos se refiere a una medida estatal que refuerce los acuerdos preexistentes entre empresas. El segundo se refiere a la normativa que prevé y autoriza previamente una práctica colusoria que produce efectos restrictivos de la competencia.

54. ¿Puede este último supuesto incluir una normativa que delega en manos de un operador económico la facultad de determinar los precios unilateralmente, al margen de cualquier práctica colusoria?

55. La sentencia Van Eycke se basa en la combinación de la letra f) del artículo 3 y de los artículos 5 y 85 del Tratado. Por consiguiente, únicamente puede referirse a los comportamientos de empresas contemplados por este último artículo y excluye, así, comportamientos unilaterales.

56. La *ratio* de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es evidente. Respecto al comportamiento de las empresas en materia de competencia, siempre que un Estado miembro interviene incumpliendo las obligaciones que le imponen la letra f) del artículo 3 y el párrafo segundo del artículo 5, su intervención puede privar a los particulares de derechos que, en su caso, pudieran deducir del Tratado y a las Instituciones de la Comunidad del ejercicio de las prerrogativas que éste les confiere. La protección de los derechos individuales de los particulares y la aplicación de las normas de competencia por parte de la Comisión se pondrían en peligro si los Estados miembros pudieran permitir a las empresas hacer lo que los artículos 85 y 86 les prohíben: «Las finalidades y el sistema del Tratado prohíben pues a cualquier Estado falsear el juego normal de la competencia, abriendo la posibilidad a los operadores económicos de substraerse a la misma.»³⁸

57. A riesgo de verse completamente privada de coherencia jurídica, la construcción jurisprudencial que combina la letra f) del artículo 3 y los artículos 5 y 85 supone la existencia de un acuerdo de empresas. Si no hay práctica colusoria ¿no queda el artículo 85 privado de contenido?

58. Como he señalado, son numerosas las normativas estatales que producen efectos restrictivos de la competencia. ¿Deben quedar sometidas, aun a falta de acuerdo y únicamente debido a sus efectos, a un examen desde el punto de vista de la letra f) del artículo 3 y de los artículos 5 y 85? A falta de práctica colusoria identificable ¿puede especularse sobre si un acuerdo habría podido, en

37 — Véase el apartado 16.

38 — Véanse mis conclusiones en el asunto Leclerc/Au blé vert, antes citado, punto 8.

abstracto, producir los mismos efectos que la normativa de que se trate?

59. Indudablemente la cuestión de la aplicación de la letra f) del artículo 3 en relación con los artículos 5 y 85 a las normativas estatales adoptadas a falta de acuerdo pero que produzcan un efecto restrictivo de la competencia debe responderse negativamente.

60. Si todas las normativas estatales restrictivas de la competencia se declararan contrarias al Tratado debido únicamente a sus efectos, ¿seguirían teniendo razón de ser los artículos 30 y 59? ¿Las prohibiciones impuestas por estos artículos no se verían absorbidas por la prohibición más general de restringir la competencia? Tomemos el ejemplo de la normativa nacional que prohíbe determinadas formas de publicidad, como la que dio origen a la sentencia de 18 de mayo de 1993, Yves Rocher.³⁹ Dicha normativa, que fue declarada contraria al artículo 30, ¿no producía un efecto restrictivo de la competencia?

61. ¿Cómo aplicar el artículo 85 a hechos en los que falta uno de sus elementos esenciales —la existencia de un comportamiento de empresas—? No lo considero posible. De hecho, el artículo 85 sólo se invoca porque parece evidente que la letra f) del artículo 3 y el artículo 5 no bastan por sí solos para crear obligaciones a cargo de los Estados. Es preciso demostrar la existencia de una práctica colusoria.

62. Además, no creo que el razonamiento que el Tribunal de Justicia aplicó a los artículos 86 y 90 pueda trasladarse a la letra f) del artículo 3 y a los artículos 5 y 85.

63. El apartado 1 del artículo 90 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 sin infringir lo dispuesto en el artículo 86.⁴⁰

64. Sin embargo, de esta sentencia no se deduce que dichos Estados miembros estén sometidos a la misma prohibición cuando se trate de una normativa aplicable a un sector económico en el que operen empresas privadas. En efecto, si fuera así, cualquier medida estatal que impusiera restricciones a los comportamientos comerciales correría el riesgo de estar incluida en la prohibición de la letra f) del artículo 3 y de los artículos 5 y 85.

65. El artículo 90 no constituye la aplicación a las empresas públicas de un principio general de restricciones a la competencia impuesto a los Estados miembros, al que, como he señalado, éstos no están sometidos. Y la sentencia GB-Inno-BM,⁴¹ que sólo se refiere a una empresa titular de derechos exclusivos, no puede considerarse que vaya en tal dirección, sin interpretarlo abusivamente.

66. Por último, si la existencia de un comportamiento de empresas es un criterio claro, que permite identificar las normativas estatales a las que se pueden aplicar la letra f) del artículo 3 y los artículos 5 y 85, ¿qué sucedería a falta de tal comportamiento? ¿Cual

39 — Sentencia de 18 de mayo de 1993 (C-126/91, Rec. p. I-2361). Se trata del artículo 6 de la Ley alemana de competencia desleal.

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

41 — Sentencia antes citada en la nota 40.

sería el criterio que permita distinguir, entre las normativas estatales que produzcan el mismo efecto contrario a la competencia que una práctica colusoria ilegal, las intervenciones del Estado contrarias a la letra f) del artículo 3 y a los artículos 5 y 85 y las que, justificadas por un interés superior, no serían proscritas por dichos artículos?

67. Cuando exista un acuerdo entre empresas, éste puede ser objeto de una exención por la Comisión, con arreglo al apartado 3 del artículo 85.

68. El apartado 1 del artículo 85 es aplicable a normativas estatales. Su apartado 3 también. Por otra parte, ¿cómo podría cumplirse el requisito a que se refiere la letra b) del apartado 3 del artículo 85 si la normativa estatal elimina la competencia entre todos los productos de que se trate?

69. A falta de una posibilidad de «eximir» a una normativa, ¿cómo «salvarla» de la letra f) del artículo 3 y de los artículos 5 y 85?

70. El artículo 104 del Tratado, relativo a las competencias de los Estados miembros en materia económica puede ser, ciertamente, invocado con objeto de inmunizar algunas normativas de los efectos de estas disposiciones.⁴²

71. La especificidad de un producto o la falta de una política común sectorial pueden ciertamente invocarse con objeto de escapar al ámbito de aplicación de las normas de

competencia, como demuestra el asunto Leclerc/Au blé vert.

72. Sin embargo, tratándose de normativas estatales, es inútil buscar disposiciones justificativas que desempeñen, en materia de competencia, el papel conferido a los artículos 36 y 56 en materia de libre circulación de mercancías y de libre prestación de servicios.

73. No considero posible que, en materia de competencia, el Tribunal de Justicia aplique sus propios criterios y, de alguna manera, se constituya en legislador. Incluso en el supuesto de que el Tribunal de Justicia opinara que el artículo 85 puede aplicarse a las normativas estatales sin que existan acuerdos de empresas, no creo que corresponda al Tribunal de Justicia declarar que una normativa que fija las tarifas de transporte de mercancías por carretera pueda escapar a la aplicación del párrafo segundo del artículo 5 y del artículo 85 en nombre de un interés superior, cuyo contenido definiría el propio Tribunal.

74. Es otro motivo suplementario el que me hace considerar que, analizados en conjunto, la letra f) del artículo 3 y los artículos 5 y 85 sólo pueden y deben contemplar las normativas estatales innegablemente vinculadas a un comportamiento de empresas. Este vínculo es el único que permite probar que éstas fueron adoptadas con el objeto de substraer a determinadas categorías de operadores privados a las normas de competencia.

75. Es más conforme tanto con el tenor literal como con el espíritu del Tratado examinar las normativas estatales que restringen la competencia, sin que exista un comportamiento de empresas, desde el punto de vista

42 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Mancini en el citado asunto Van Eycke, especialmente el punto 3.

de los artículos 30 y 36 o 56 y 59. El Tribunal de Justicia dispone así de criterios claros para determinar si tal o cual intervención estatal es contraria o no al Derecho comunitario.⁴³

76. Por último, desligar la combinación de la letra f) del artículo 3 con los artículos 5 y 85 de cualquier comportamiento de empresa constituiría, en mi opinión, una fuente de inseguridad jurídica y abriría la vía a violaciones no intencionadas del Tratado por parte de los Estados miembros. Se podría impugnar sistemáticamente la conformidad con el Derecho comunitario de normativas en materia económica.

77. Antes de concluir este examen, efectuaré una última consideración. No considero que dos situaciones jurídicas que produzcan los mismos efectos deban necesariamente estar reguladas por las mismas normas. Así, el Tribunal de Primera Instancia ha declarado que no corresponde a una empresa que ocupa una posición dominante adoptar, por iniciativa propia, medidas destinadas a eliminar los productos que considera, con razón o sin ella, peligrosos o, como mínimo, de una calidad inferior a la de sus propios productos. Este comportamiento fue declarado contrario a las normas de competencia.⁴⁴ Por el contrario, una normativa estatal que tenga el mismo contenido no estaría incluida en el ámbito de aplicación de estas normas. De la misma forma, las empresas no pueden adoptar acuerdos de precios horizontales sin infringir el artículo 85, mientras que una legislación que establezca un control de pre-

cios por motivos de interés general no es necesariamente contraria al Derecho comunitario.⁴⁵

78. Volvamos al asunto Reiff.

79. Por consiguiente, la cuestión central es la siguiente: ¿estamos en presencia de un procedimiento cuyo carácter estatal no queda menoscabado por la concertación organizada con los representantes del sector económico de que se trata, o bien ante un procedimiento que sólo es estatal en la forma y mediante el que estos representantes fijan las tarifas aplicables mediante una práctica concertada aprobada por la autoridad pública?

80. En otras palabras, ¿el procedimiento objeto de examen presenta las características de un acuerdo de empresas en el sentido del artículo 85? ¿El papel que desempeña el Estado en este procedimiento permite considerar que se ha desprendido de sus facultades en beneficio de operadores privados?

81. El presente asunto mide la importancia práctica de la cuestión sometida al Tribunal de Justicia. Un procedimiento de adopción de tarifas como el previsto por la GüKG, ¿asocia a los operadores económicos en mayor medida que una simple «concertación», que el Tribunal de Justicia consideró compatible con la letra f) del artículo 3 y con los artículos 5 y 85 en la sentencia Van Eycke?

82. Dos elementos pueden hacer pensar en la existencia de una práctica colusoria: la composición de las Comisiones de Tarifas y el hecho de que puede constituir una práctica colusoria un acuerdo de empresas no

43 — Véase, en este sentido, Ehrlicke, U.: «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, n° 1, pp. 79-102.

44 — Sentencia de 12 de diciembre de 1991, Hilti (T-30/89, Rec. p. II-1439), apartado 118. Esta sentencia ha sido recurrida en casación ante el Tribunal de Justicia.

45 — Sentencia de 18 de octubre de 1979, Buys (5/79, Rec. p. 3203), apartado 30.

ejecutivo por sí sólo, sino sometido a aprobación. Por tanto, existe un «riesgo de práctica colusoria» real, que examinaré en una primera parte.

83. Una normativa que

1) reserva al Estado miembro la determinación de criterios que sirven para definir el contenido de las decisiones de las Comisiones de Tarifas y garantiza la observancia de estos criterios mediante un control administrativo y jurisdiccional y

2) garantiza el control por parte del Estado en todas las fases del procedimiento,

proporciona a este Estado los medios de neutralizar tal riesgo. Semejante procedimiento de fijación permite excluir la formación de una práctica colusoria. Este será el objeto de la segunda parte de mi análisis.

84. Me detendré un instante en el modo de nombramiento de los miembros de las Comisiones de Tarifas.

85. En la sentencia BNIC/Clair, el Tribunal de Justicia declaró:

«procede interpretar el artículo 85 en el sentido de que se aplica a tal acuerdo puesto que éste ha sido negociado y celebrado por personas que, aunque hubieran sido nombradas por la autoridad pública, habían sido objeto, a excepción de las dos nombradas directamente por el Ministro, de propuestas de designación por parte de las organizaciones profesionales directamente afectadas y que, por consiguiente, debían ser consideradas, *de hecho*, como representantes de estas organi-

zaciones en la negociación y la conclusión de dicho acuerdo». ⁴⁶

86. El Tribunal de Justicia tuvo en cuenta prioritariamente la situación de hecho y consideró que los miembros propuestos por estas organizaciones eran, ante todo, los representantes de las mismas y, por consiguiente —añadiré— los defensores de intereses puramente privados de asociaciones de empresas.

87. A tenor del apartado 2 del artículo 21 de la GüKG, los miembros de las Comisiones de Tarifas son expertos en tarifas del sector interesado del transporte de mercancías y son nombrados por el Ministro de Transportes entre las personas que le son propuestas por las entidades o asociaciones del sector de transporte de mercancías. No obstante, el Ministro puede participar en las reuniones de la Comisión o hacerse representar en las mismas. ⁴⁷

88. ¿Qué se entiende por «experto en tarifas»? De hecho, el Bundesverband Deutscher Fernverkehr (BDF), ⁴⁸ en el seno del que se reúnen las empresas de este sector, es quien propone al Ministro, para su nombramiento, a los miembros de la Comisión. A este respecto no carece de interés señalar que, entre 1988 y 1991 varios de estos miembros ejercían funciones en el seno de la BDF y que los demás eran exclusivamente propietarios, gerentes y miembros de la dirección de empresas de transporte. ⁴⁹ En una resolución

⁴⁶ — Apartado 19; el subrayado es mío.

⁴⁷ — Apartado 3 del artículo 21 b de la GüKG, *vide infra*.

⁴⁸ — Federación alemana del transporte de mercancías por carretera a larga distancia.

⁴⁹ — *Ibidem*, Anexo 6.

de 24 de enero de 1992,⁵⁰ el Bayerisches Oberstes Landesgericht indica que «a decir verdad, no se trata de peritos imparciales capacitados por su conocimiento especial de la materia para desempeñar, por ejemplo, esa función en el ámbito judicial, sino de personas propuestas al Ministro Federal de Transportes por miembros o agrupaciones de la industria del transporte de mercancías y que se consideran como expertos debido exclusivamente a su actividad empresarial en dicho sector».⁵¹

89. Es cierto que, jurídicamente, los miembros de las Comisiones no son mandatarios de las empresas o asociaciones que los han propuesto. Ni mucho menos están vinculados a un mandato imperativo.⁵² Sin embargo, ¿son independientes de éstas?

90. Recordaré, aquí también, las palabras de la misma resolución del Bayerisches Oberlandesgericht: «El valor (del apartado 2 del artículo 21 de la GüKG) no debe sobreestimarse, habida cuenta del natural interés de cada uno de los miembros de dicho gremio. A través del nombramiento para formar parte de la Comisión de Tarifas, efectuado por el Ministro federal de Transportes, se forma un grupo de empresarios, que integran una unidad organizadora cuya tarea es elaborar un régimen que regule la actividad de un sector.»⁵³

91. La Comisión opina⁵⁴ que, por su composición, las Comisiones de Tarifas están «predestinadas» a representar los intereses de la industria del transporte de mercancías a larga distancia.

92. Estos datos son elementos que el órgano jurisdiccional nacional tendrá en cuenta para calificar el concepto de «experto en tarifas» en el sentido de su ley nacional.

93. Por último, como ya he señalado, estos miembros a veces son propuestos por organizaciones compuestas, a su vez, de empresas.

94. Como puso de manifiesto el Abogado General Sir Gordon Slynn en sus conclusiones en el asunto BNIC/Clair,⁵⁵

«el apartado 1 del artículo 85 no debe interpretarse de manera restrictiva, en el sentido de que se refiere únicamente a “asociaciones de empresas”. Incluye las “asociaciones de asociaciones de empresas”. En caso contrario, a las empresas les resultaría fácil substraerse a la aplicación de las normas de competencia».⁵⁶

50 — Que planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia (Wimmer, C-48/92).

51 — P. 9.

52 — No reciben mandato ni instrucciones (cuarta frase del apartado 2 del artículo 21 de la GüKG).

53 — P. 9.

54 — Véanse, a este respecto, las observaciones de la Comisión, p. 13. Véase, también, en este sentido, Dolfen, «Der Verkehr im europäischen Wettbewerbsrecht», 1991, p. 163, que también señala que pierden su función los miembros de las Comisiones de Tarifas que hayan dejado de pertenecer a la asociación que les ha propuesto.

55 — Asunto 123/83, Rec. 1985, pp. 391 y ss., especialmente p. 396.

56 — *Ibidem*.

95. El Tribunal de Justicia ha declarado que el apartado 1 del artículo 85 del Tratado se aplica a un acuerdo entre asociaciones de empresas en la medida en que su actividad propia o la de las empresas que la integran tenga por objeto producir los efectos a que se refiere dicho artículo.⁵⁷

96. Pasemos al carácter necesario de la aprobación.

97. El Bundesanstalt señala que la decisión de las Comisiones de Tarifas no tiene, *per se*, ninguna fuerza obligatoria.⁵⁸ Tampoco estamos en presencia de un acuerdo que tenga tal fuerza obligatoria entre las partes que lo hayan celebrado. Es precisamente el acto estatal de aprobación el que le confiere fuerza de ley.⁵⁹

98. Tal era, en resumen, la situación en el asunto Asjes, en el que la concertación entre empresas sólo producía un efecto obligatorio entre las partes tras su aprobación.⁶⁰ Asimismo, en el asunto BNIC/Aubert, el acuerdo relativo a las cuotas de producción sólo tenía sentido y eficacia tras su extensión, mediante decisión estatal, a todas las empresas del sector de que se trataba.⁶¹

99. Para aplicar la letra f) del artículo 3 en relación con los artículos 5 y 85 el Tribunal de Justicia no exige la prueba de una práctica colusoria «perfecta»: una práctica colusoria celebrada bajo la condición suspensiva de su aprobación, que es el único acto que la hace obligatoria, no deja de estar prohibida por

este último artículo. En efecto, no sería lógico que una concertación entre empresas, hecha obligatoria mediante decisión estatal, escape a la letra f) del artículo 3 y a los artículos 5 y 85 únicamente por el hecho de que no produce efectos por sí sola.

100. Por definición, el interés de una normativa es, en el presente asunto, conferir efecto general y obligatorio a un acuerdo que está desprovisto del mismo. Por tanto, el hecho de que una decisión carezca, por sí sola, de efecto obligatorio, no basta para permitir que escape a la calificación de práctica colusoria.⁶²

101. Lejos de ser meros dictámenes, estas decisiones de las Comisiones de Tarifas son obligatorias para las empresas y las asociaciones de empresas que han propuesto sus miembros, así como para las demás empresas del sector, bajo la condición suspensiva de su aprobación por los ministros competentes.

102. De ello se deduce que la aprobación hace obligatorio y efectivo el acuerdo celebrado en el seno de la Comisión de Tarifas frente a las empresas y asociaciones de empresas del sector a que se refiera.

103. Por último, los gastos de personal y de funcionamiento originados por la actividad de las Comisiones de Tarifas y de los Comités de Transportistas no corren a cargo del Gobierno federal,⁶³ lo que hace pensar que estos organismos disponen de cierta independencia frente a este último.

57 — Sentencia de 15 de mayo de 1975, Frubo/Comisión (71/74, Rec. p. 563), apartado 30.

58 — Véanse sus observaciones, p. 10.

59 — Apartado 6 del artículo 20 a de la GüKG.

60 — Véanse las notas de Gyselen, L.: «State action and the Effectiveness of the EEC Treaty's Competition Provisions» (1989) CMLR, punto 3.2.1.

61 — Gyselen, L., *op. cit.*, punto 3.2.3.

62 — Véanse las observaciones del Bundesanstalt, p. 6.

63 — Véase el Decreto de 21 de noviembre de 1969 del Ministro federal de Transportes, Anexo 2 de las observaciones de la Comisión.

104. ¿Las decisiones de estas Comisiones son, por ello, decisiones de asociaciones de empresas en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado? ¿El papel del Estado no es, en tal caso, preponderante hasta el punto de que la normativa conserva un carácter estatal, que excluye la aplicación de la letra f) del artículo 3 y de los artículos 5 y 85?

105. Considero que tal procedimiento de fijación de tarifas proporciona al Estado los medios de prevenir el riesgo de práctica colusoria. Ese es, por lo demás, uno de los objetivos de una normativa de este tipo, puesto que permite privar de eficacia cualquier decisión de la Comisión de Tarifas que tenga en cuenta intereses privados y reconoce al Estado un poder real de supervisión y decisorio.

106. De este aspecto trataré en esta segunda parte.

107. Cuando

— el Estado conserva el control del contenido de las decisiones sobre tarifas fijando sus criterios y

— un control tanto administrativo como jurisdiccional permite comprobar su observancia o penalizar su infracción

no se puede considerar que exista delegación por parte de la autoridad pública de la facultad decisoria en manos de organismos compuestos de representantes de la profesión.

108. Analicemos estos dos aspectos.

109. Al definir sus objetivos, en los apartados 1 y 2 del artículo 7, la GüKG establece que «el Ministro Federal procurará aproximar las condiciones de competencia de los modos de transporte y garantizar un *reparto de tareas* económicamente razonable mediante precios de mercado y una *competencia leal entre los distintos modos de transporte*» (apartado 1 del artículo 7). «El Ministro federal de Transportes armonizará las prestaciones y los precios de los *distintos modos de transporte*» (apartado 2 del artículo 7).⁶⁴

110. Conviene llamar la atención sobre el hecho de que, estableciendo un sistema de precios máximos y mínimos en materia de transporte de mercancías por carretera y, por tanto, reduciendo la competencia de precios en el transporte, un Estado persiga, en el presente asunto, el objetivo de regular la competencia entre los modos de transporte.

111. El Estado regula y desplaza las condiciones de competencia en nombre, entre otros, de la salvaguardia de los intereses de los transportes fluviales o por ferrocarril.

112. La determinación por parte del Estado del precio del transporte también está destinada a permitir tener en cuenta los intereses del sector agrícola, de la mediana empresa y de las regiones económicamente débiles o menos favorecidas y las situadas en lugares de difícil acceso.⁶⁵

113. Como se ve, si el Estado no deja jugar libremente a la competencia sobre precios e interviene en el mercado para regularlas, lo

⁶⁴ — El subrayado es mío.

⁶⁵ — Apartado 1 del artículo 22 de la GüKG.

hace en salvaguardia de intereses de política económica, social y de medio ambiente.

114. Así, decisiones como las adoptadas por las Comisiones de Tarifas no pueden ser acuerdos de voluntades libres, mediante los que los «representantes» de los transportistas de un sector determinado hagan prevalecer sus intereses propios sobre los intereses generales, que son la razón de ser de una normativa de este tipo.

115. Por ese motivo la GüKG impone a las Comisiones de Tarifas la observancia de determinado número de criterios, enunciados en el artículo 7 y en el apartado 1 del artículo 22:

- conformidad de los precios con las tendencias del mercado,
- adaptación de los precios a las exigencias del interés general,
- concordancia de precios con un servicio que atienda de forma óptima el territorio,
- relación de los precios y de la situación económica de las empresas de transportes afectadas,
- salvaguardia de los intereses de los medios económicos agrícolas y de las pequeñas y medianas empresas,
- consideración de la situación de las zonas económicamente débiles y de difícil acceso.

116. Por tanto, en un procedimiento de este tipo no hay lugar, en principio, para que prevalezcan intereses privados: de esta manera no se cumple uno de los requisitos constitutivos de la práctica colusoria. El sistema se ha concebido de manera que la Comisión sea el instrumento del Estado para la puesta en práctica de objetivos definidos por éste.

117. Se pueden presentar dos supuestos teóricos.

118. O bien las decisiones obedecen a los criterios impuestos por la normativa estatal. En ese caso se producirá la aprobación.

119. O bien no respetan estos criterios y privilegian intereses privados. En ese caso se garantizará la observancia de los principios legales si existe un doble control, administrativo por una parte y jurisdiccional por otra parte.

120. El procedimiento de aprobación está precisamente destinado a comprobar que la Comisión de Tarifas ha observado los criterios legales. El Ministro debe denegar la aprobación de una decisión que no cumpla estos criterios. De esta forma, se ha denegado la aprobación de varias decisiones que perjudicaban a las pequeñas empresas.⁶⁶

121. Al margen de esta posibilidad de denegación,⁶⁷ el Ministro Federal de Transportes

66 — Véanse las solicitudes n° 1361/64 y n° 1434/85, a que se refiere el Anexo 2 de las observaciones del Gobierno alemán.

67 — Apartado 3 del artículo 20 a de la GüKG.

y el de Economía pueden fijar por sí mismos las tarifas, en lugar de la Comisión de Tarifas, si el interés general así lo exige.⁶⁸

122. Por último, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar la existencia de recursos jurisdiccionales contra la posible aprobación ministerial de una decisión no conforme con los criterios legales.

123. En ese caso, un procedimiento de fijación de tarifas como la controvertida permitirá, en cualquier caso, alcanzar su objetivo: la regulación de las condiciones de competencia en función de criterios dictados por el Estado miembro.

124. Si la Comisión de Tarifas se aparta de éstos, corre el riesgo de que se deniegue la aprobación. En efecto, el Ministro deberá denegarla si no se cumplen los criterios legales.

125. Por último, si el Ministro aprobara una decisión no conforme a los criterios, dicha aprobación podrá impugnarse por vía judicial.

126. Tal normativa no aprueba un acuerdo entre empresas preexistente. No confiere fuerza ejecutiva a un acuerdo celebrado al margen de la autoridad administrativa. Organiza, reglamenta e impone tarifas en el marco de un procedimiento *estatal*. Por tanto, la base del procedimiento es, inequívocamente, una política activa del Estado y no simplemente una iniciativa privada.

127. A diferencia de los asuntos Asjes (la administración aprueba un acuerdo de precios preexistente a su intervención) o BNIC/Aubert (la administración refuerza mediante un decreto la extensión de los efectos de acuerdos adoptados al margen de la misma relativos a cuotas de comercialización contrarias al artículo 85), o BNIC/Clair (los representantes de dos familias en el seno del BNIC estaban facultados para celebrar, en el seno de este organismo, un acuerdo de precios establecido al margen de cualquier intervención del representante del Gobierno), el Estado impone un sistema de tarifas que ha suscitado él mismo y del que comprueba su conformidad con los criterios legales.

128. En el sector del transporte de mercancías por carretera la competencia se restringe debido a la propia normativa y no a consecuencia de una iniciativa privada. Mientras que la solicitud de extensión del acuerdo en el seno del BNIC emanaba exclusivamente de las empresas representadas en el mismo, en el presente asunto el procedimiento de aprobación comienza exclusivamente a iniciativa del Estado. Ya no se está en presencia de una dialéctica entre el Estado y las empresas, en la que el primero toma el relevo de los acuerdos celebrados por los segundos.

129. Por último, un procedimiento de fijación de tarifas no puede perder su carácter estatal cuando las autoridades están presentes desde la fase esencial de la negociación y de la determinación de la tarifa. Recordaré que el Ministro federal de Transportes tiene derecho a participar en las reuniones de las Comisiones de Tarifas y de sus Comités Consultivos o a hacerse representar en ellos. Puede delegar en agentes del Bundesanstalt.⁶⁹ Por otra parte, descubro un signo de

68 — Apartado 4 del artículo 20 a de la GüKG. Los Ministros de Transportes y de Economía también pueden aplazar, *motu proprio*, las decisiones que fijen las tarifas si el interés general así lo exige (*ibidem*).

69 — Apartado 3 del artículo 21 b de la GüKG.

la presencia del Estado en la fijación de las tarifas en la carta de 19 de abril de 1991, mediante la cual los Ministros Federales de Transportes y de Economía instaban a las Comisiones de Tarifas a introducir mayor flexibilidad en las tarifas y a ampliar el margen de precios máximos y mínimos.⁷⁰

130. De ello se deduce que una normativa como la examinada en el presente asunto no parece ser contraria a lo dispuesto en la letra f) del artículo 3 en relación con los artículos 5 y 85 del Tratado, lo cual, evidentemente, no prejuzga la aplicación de otras disposiciones de Derecho comunitario.

131. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que declare, conforme a su reiterada jurisprudencia, lo siguiente:

«La letra f) del artículo 3 y los artículos 5 y 85 del Tratado CEE no se oponen a que, para fijar las tarifas de transporte de mercancías a larga distancia por carretera, una normativa nacional otorgue competencia a comisiones integradas por miembros nombrados por la autoridad pública a propuesta de empresas o de asociaciones de empresas del sector de que se trate, puesto que las decisiones de estas comisiones deben atenerse a criterios fijados por la autoridad pública, precisándose que, si no se observan estos criterios, no deberán ser aprobadas por dicha autoridad, pueden ser sustituidas por una decisión administrativa y, en cualquier caso, pueden estar sometidas a control jurisdiccional a través de acciones ante los tribunales que pueden interponerse contra la decisión de aprobación.»

70 — Véase el Anexo 3 de las observaciones de la Comisión. Añadiré que el Ministro de Transportes fija las demás condiciones determinantes del contrato de transporte (apartado 5 del artículo 20 a de la GüKG).