

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. GEORGES COSMAS

presentadas el 21 de septiembre de 1999 *

Índice

I. Introducción	I- 8085
II. Marco jurídico	I- 8086
A. Marco jurídico comunitario	I- 8086
a) Disposiciones del Tratado y de los Reglamentos pertinentes	I- 8086
b) Disposiciones del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo, «EF») y de la Reglamentación común en el marco del RCAM	I- 8087
B. Marco jurídico nacional	I- 8088
a) El Seguro de Enfermedad-Maternidad para los afiliados al régimen nacional ...	I- 8088
b) El Seguro de Enfermedad-Maternidad para los no afiliados al régimen nacional	I- 8090
III. Hechos	I- 8091
IV. Cuestión prejudicial	I- 8092
V. Respuesta a la cuestión prejudicial	I- 8094
A. Sobre la formulación de la cuestión prejudicial	I- 8094
B. Sobre la prohibición de las discriminaciones por razón de la nacionalidad	I- 8095
a) Sobre la base jurídica de la prohibición de las discriminaciones por razón de la nacionalidad	I- 8096
aa) Sobre la aplicación del Reglamento nº 1408/71	I- 8096
ab) Sobre la aplicación del artículo 48 del Tratado CEE y del Reglamento nº 1612/68	I- 8098
ac) Sobre la aplicación del artículo 7 del Tratado CEE	I- 8102
ad) Conclusión sobre la elección de base jurídica	I- 8108
b) Sobre el trato diferente dispensado a situaciones comparables	I- 8108
ba) El objeto de la diferencia de trato	I- 8109
bb) La semejanza entre las situaciones tratadas desigualmente	I- 8110
c) Sobre la justificación objetiva de la diferencia de trato	I- 8113
d) Conclusión sobre la prohibición de las discriminaciones por razón de la nacionalidad	I- 8114

* Lengua original: griego.

C. Sobre la protección de la competencia	I-8115
a) Sobre la existencia de una empresa y asociación de empresas	I-8116
b) Sobre la existencia de un acuerdo, decisión de asociación de empresas o práctica concertada	I-8118
c) Sobre si se impide, restringe o falsea el juego de la competencia	I-8119
d) Sobre la incidencia en el comercio intracomunitario	I-8120
e) Sobre el grado considerable de restricción de la competencia y de incidencia en el comercio intracomunitario	I-8122
f) Conclusión sobre la protección de la competencia	I-8124
VI. Conclusión	I-8125

I. Introducción

1. Mediante la presente petición de decisión prejudicial, planteada con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), el Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Sala Octava) sometió al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la interpretación, por un lado, de los artículos 7 y 48 del Tratado CEE;¹ del Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad,² en su versión modificada por el Reglamento (CEE) n° 312/76 del Consejo, de 9 de febrero de 1976,³ y del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los traba-

adores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión codificada y actualizada por el Reglamento (CEE) n° 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983,⁴ y, por otro, del artículo 85, apartado 1, del Tratado CEE. Concretamente, se solicita al Tribunal de Justicia que declare si son compatibles con la prohibición de las discriminaciones entre nacionales de los Estados miembros de la Comunidad y la protección de la competencia, por una parte, una normativa nacional luxemburguesa y, por otra, una circular de la Unión des caisses de maladie (en lo sucesivo, «UCM») y una decisión de la Entente des hôpitaux luxembourgeois (en lo sucesivo, «EHL»), como consecuencia de las cuales se aplican tarifas distintas de asistencia médica y hospitalaria según se trate de personas afiliadas al régimen nacional de Seguridad Social de Luxemburgo o de personas no afiliadas a dicho régimen, como son, en el presente caso, los funcionarios de las Comunidades Europeas afiliados al Régimen Común del Seguro de Enfermedad de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo, «RCAM»).

1 — El órgano jurisdiccional remitente se refiere a los correspondientes artículos del Tratado CE. No obstante, habida cuenta de la época en que tuvieron lugar los hechos del litigio principal, debe estimarse que la respuesta a la cuestión prejudicial ha de referirse a la interpretación de los artículos del Tratado CEE.

2 — DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77.

3 — DO L 39, p. 2; EE 05/02, p. 69.

4 — DO L 230, p. 6; EE 05/03, p. 53.

II. Marco jurídico

ción por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.»

A. Marco jurídico comunitario

a) Disposiciones del Tratado y de los Reglamentos pertinentes

4. Por otra parte, con arreglo al artículo 7 del Reglamento n° 1612/68, antes citado:

2. El artículo 7, párrafo primero, del Tratado CEE (que pasó a ser el artículo 6, párrafo primero, del Tratado CE; actualmente artículo 12 CE, párrafo primero, tras su modificación) dispone lo siguiente:

«1. En el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente que los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo.»

«En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.»

3. El artículo 48, apartado 2, del Tratado CEE (que pasó a ser el artículo 48, apartado 2, del Tratado CE; actualmente artículo 39 CE, apartado 2, tras su modificación) dispone:

2. Se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales.

«La libre circulación [de los trabajadores] supondrá la abolición de toda discrimina-

[...]

5. El artículo 2 del Reglamento nº 1408/71, antes citado, en su versión codificada y actualizada por el Reglamento nº 2001/83, dispone:

«El presente Reglamento se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros y que sean nacionales de uno de los Estados miembros, o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes.

[...]

6. Por otra parte, con arreglo al artículo 3, apartado 1, del citado Reglamento:

«Las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento, estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en el presente Reglamento.»

7. Por último, el artículo 85, apartado 1, del Tratado CEE (que pasó a ser el

artículo 85, apartado 1, del Tratado CE; actualmente artículo 81 CE, apartado 1) dispone:

«Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

[...]

- b) Disposiciones del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo, «EF») y de la Reglamentación común en el marco del RCAM

8. En virtud de los artículos 64 y 72 del EF, los funcionarios de las Comunidades Europeas pagan cotizaciones al RCAM, que se hace cargo de la cobertura de los gastos médicos. Con arreglo al artículo 72, apartado 1, del EF, el cónyuge del funcionario

estará cubierto contra los riesgos de enfermedad previstos en dicho artículo.

9. Con la finalidad concreta de aplicar las disposiciones antes citadas se adoptó la correspondiente Reglamentación común relativa a la cobertura de los riesgos de enfermedad de los funcionarios de las Comunidades Europeas. Con arreglo al artículo 2 de la Reglamentación común, los funcionarios de las Comunidades están afiliados al RCAM. Por otra parte, el artículo 3 de la misma Reglamentación contempla la afiliación a dicho régimen de los cónyuges de los referidos funcionarios, estableciendo una serie de requisitos que, en el presente caso, concurren indudablemente en la persona de la esposa del Sr. Ferlini.

10. Con arreglo al artículo 72 del EF, a los artículos 1, 2 y 3 de la Reglamentación común, así como al Título VIII del Anexo I de la misma Reglamentación, durante el período en el que tuvieron lugar los hechos del litigio principal, en caso de hospitalización por razón de parto, los gastos asumidos por el RCAM eran los honorarios médicos, de asistencia de comadrona y de anestesia, así como los gastos de sala de partos, de asistencia de fisioterapeuta y todos los demás gastos referidos a prestaciones directamente relacionadas con el parto, en un porcentaje del 100 % y hasta un determinado límite máximo. Los gastos de estancia en un establecimiento hospitalario se devolvían al 85 %, también con un límite máximo.

11. El artículo 9, apartado 2, de la Reglamentación común dispone que «las Instituciones se esforzarán, en la medida de lo posible, en negociar, con los representantes del cuerpo médico y/o las autoridades, asociaciones y establecimientos competentes, determinados convenios por los que se fijen los índices aplicables a los beneficiarios, habida cuenta de las condiciones locales y, en su caso, de los baremos que ya se hallen en vigor, tanto desde el punto de vista médico como desde el punto de vista hospitalario».

12. De los elementos obrantes en los autos se desprende que, en el período en que tuvieron lugar los hechos del litigio principal, no se había celebrado un convenio alguno entre el RCAM y la EHL, a pesar de las actuaciones emprendidas por las Comunidades para ello.⁵

B. Marco jurídico nacional

a) El seguro de enfermedad-maternidad para los afiliados al régimen nacional

13. Como se refiere en la resolución de remisión, la normativa nacional aplicable a

5 — Según el Sr. Ferlini, las Comunidades Europeas reclamaban la misma nomenclatura de actos médicos, los mismos baremos de cotizaciones y las mismas tarifas que se aplicaban a los afiliados al régimen de Seguridad Social de Luxemburgo. No obstante, los círculos profesionales de dicho Estado miembro se oponían a estas peticiones, deseosos de tarificar los servicios médicos en función de los ingresos, supuestamente elevados, de los funcionarios de las Comunidades y de la naturaleza de los servicios prestados.

los afiliados a las Cajas del Seguro de Enfermedad luxemburguesas en la época en que se produjeron los hechos controvertidos en el litigio principal estaba contenida, básicamente, en los artículos 308 *bis* a *quater* del code des assurances sociales.⁶

14. Habida cuenta de la naturaleza del sistema de Seguridad Social deseado por el legislador luxemburgués, las tarifas aplica-

6 — Como refiere, en particular, el Juez nacional, antes de 1925, la legislación sobre Seguridad Social no preveía la libre elección de médico. Recomendaba pero no imponía la celebración de convenios entre las Cajas del Seguro de Enfermedad y los prestadores de servicios médicos. Por consiguiente, si existían tales convenios, éstos eran de naturaleza puramente convencional.

La Ley de 17 de diciembre de 1925 estableció una regulación general de las tarifas médicas, aunque con un margen de fluctuación muy amplio (hasta el triple de la tarifa mínima). Por otra parte, dado que esta Ley fijaba las cotizaciones máximas que las Cajas podían exigir a sus afiliados, quienes tendrían en lo sucesivo la posibilidad de elegir médico libremente, se hizo necesario celebrar convenios, a pesar de que todavía no eran obligatorios. Además, la propia naturaleza de la Seguridad Social exigía la existencia de tarifas uniformes para todos los afiliados pertenecientes a una misma categoría profesional.

Mediante la Ley de 6 de septiembre de 1933 se introdujo en el code des assurances sociales el artículo 308 *bis*, que establecía que, a falta de convenio, un organismo paritario adoptaría una resolución a la que el Gobierno dotaría de carácter obligatorio.

Los convenios colectivos y las resoluciones de la comisión adquirían fuerza obligatoria tras ser homologados por el Gobierno.

A partir de 1951, la cobertura del seguro de enfermedad se hizo extensiva a toda la población. La asociación de médicos reclamó cierta libertad a la hora de fijar sus tarifas en función de los ingresos del paciente. Esta petición fue atendida, en cierta medida, por la Ley de reforma de 24 de abril de 1954.

Mediante la Ley de reforma de 2 de mayo de 1974, el Gobierno impuso una nomenclatura y una tarifa uniformes para los actos médicos, con independencia de los ingresos del asegurado y del nivel de cualificación del prestador del servicio.

En efecto, desde la aprobación de esta Ley existen cuatro tipos de normas reguladoras de este sector: los convenios colectivos dotados de carácter obligatorio por Orden Ministerial; las resoluciones de la commission de conciliation et d'arbitrage a falta de convenios colectivos, también dotadas de carácter obligatorio por Orden Ministerial; las normas de carácter puramente convencional y, por último, las normas estrictamente legales o reglamentarias.

Las prestaciones médicas a las que pueden aplicarse tarifas negociadas de forma colectiva o establecidas por resolución de la comisión paritaria son, en principio, solamente aquellas que figuran en una nomenclatura establecida por Orden Ministerial, que forma parte del estatuto de las Cajas del Seguro de Enfermedad luxemburguesas.

Mediante la Ley de Presupuestos de 20 de diciembre de 1982, el legislador intervino directamente fijando las tarifas de determinadas prestaciones. Esta misma práctica se ha venido reiterando en cada una de las Leyes de Presupuestos posteriores.

das a los actos médicos son totalmente uniformes. Se establecen únicamente en función de la naturaleza de la prestación y no dependen ni de los ingresos del paciente ni de la cualificación del prestador de los servicios médicos.

15. Por lo que se refiere al seguro de enfermedad-maternidad, las personas cubiertas deben estar obligatoriamente afiliadas a Cajas del Seguro de Enfermedad, establecimientos públicos autónomos dotados de personalidad jurídica que se encuentran bajo la supervisión del Gobierno. La financiación de las Cajas del Seguro de Enfermedad se realiza principalmente a través de cotizaciones, directas o indirectas.

16. Como señalan tanto el Sr. Ferlini como la Comisión, el régimen aplicable a las prestaciones por maternidad era distinto del que se aplicaba a las prestaciones por enfermedad. En el período en el que tuvieron lugar los hechos del litigio principal, el régimen aplicable a estas últimas contemplaba la celebración de convenios colectivos entre las Cajas del Seguro y las distintas categorías de personas que prestaban servicios, sin distinción entre los sectores hospitalario y no hospitalario. Dichos convenios adquirieron carácter obligatorio mediante Órdenes Ministeriales con efecto *erga omnes*, incluso con respecto a los prestadores de servicios no pertenecientes a la asociación que hubiera celebrado el convenio.⁷ Por el contrario, el régimen que se aplicaba al seguro de maternidad se basaba en el pago por el Estado de una

7 — La Comisión indica que, en la actualidad, el sistema no se ha modificado de forma fundamental, salvo por el hecho de que, a efectos de los convenios, se distingue entre el sector hospitalario y el no hospitalario.

cantidad global. Según el Sr. Ferlini, en realidad dicho régimen parecía pertenecer al ámbito de las prestaciones familiares más que al del seguro de enfermedad.

17. Como se indica en la resolución de remisión, en virtud de la legislación aplicable en la época en que se produjeron los hechos (Leyes de 27 de junio de 1983 y de 3 de julio de 1975), las aseguradas disponían, con ocasión del parto, de la asistencia de una comadrona, asistencia médica, estancia en una maternidad o clínica, productos farmacéuticos y productos dietéticos para lactantes. Dichas prestaciones estaban cubiertas por el Estado mediante el reembolso de una cantidad global fijada por *réglement grand-ducal* (Reglamento granducal), teniendo en cuenta cada prestación por separado.

18. El Reglamento granducal vigente en la época en que se produjeron los hechos del litigio principal era el Reglamento granducal de 31 de diciembre de 1974,⁸ en su versión modificada, que tenía por objeto la determinación de las prestaciones en especie en caso de enfermedad o maternidad, en desarrollo de los artículos 6 y 13 del *code des assurances sociales*. El artículo 12 de dicho Reglamento fijaba la cantidad global, a la vez que detallaba los distintos componentes de dicha cantidad y el precio correspondiente a cada uno de ellos.

19. De conformidad con la circular de la UCM de 1 de diciembre de 1988, citada en la resolución de remisión, relativa al

reparto de los elementos que componen las cantidades globales por gastos de maternidad a partir del 1 de enero de 1989,⁹ en la práctica, el régimen que imponían la legislación vigente en la época en que se produjeron los hechos controvertidos y el Reglamento granducal de 31 de diciembre de 1974 aplicable contemplaba un cálculo basado en tres componentes, a saber, la asistencia médica, los gastos de maternidad y los productos dietéticos.¹⁰

b) El seguro de enfermedad-maternidad para los no afiliados al régimen nacional

20. Como señalan el Gobierno luxemburgués y la Comisión, las tarifas previstas en Luxemburgo para las prestaciones de asistencia en favor de las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 1408/71 son las mismas que se aplican a los afiliados al régimen nacional. Por otra parte, dichas personas están expresamente comprendidas en el ámbito de aplicación de los convenios colectivos en materia de enfermedad. En consecuencia, debe admitirse que también con respecto al seguro de maternidad se aplicaba a tales personas la cantidad global prevista en el Reglamento granducal de 31 de diciembre de 1974.

9 — El texto de dicha circular se adjunta como anexo a las observaciones escritas presentadas por el Sr. Ferlini.

10 — El Sr. Ferlini, refiriéndose al texto de la circular de la UCM, afirma que el primero de dichos componentes se tarificaba con arreglo al convenio entre la UCM y la *Association des médecins et médecins-dentistes* (en lo sucesivo, «AMMD»), mientras que la tarificación de los componentes segundo y tercero se realizaba con arreglo a un convenio entre la UCM y el EHL.

El Sr. Ferlini subraya asimismo que, en la actualidad, el nuevo régimen legal se ha adaptado a esta práctica, consistente en remitir a las tarifas reguladas convencionalmente para todos estos componentes de la cantidad global prevista.

8 — *Mémorial A* n° 95, de 31 de diciembre de 1974, p. 2398.

21. Por el contrario, en lo que respecta a las restantes personas no afiliadas al régimen nacional de Seguridad Social, parece ser que las normas y los convenios colectivos antes mencionados no se aplicaban y que, sin perjuicio de las disposiciones legales o reglamentarias o de los compromisos internacionales de Luxemburgo, los prestadores de asistencia gozaban de plena libertad en materia de fijación de tarifas.

Ferlini y su esposa poseen la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad.¹¹

24. Dada su condición de funcionario de las Comunidades Europeas, tanto el propio Sr. Ferlini como su esposa están afiliados al RCAM.

22. Así, a falta de convenio entre el RCAM y la EHL, esta última fijó unilateralmente las tarifas de asistencia hospitalaria aplicables a partir del 1 de enero de 1989 a las personas no afiliadas al régimen nacional de Seguridad Social, incluidos los funcionarios de las Comunidades, que estaban afiliados al RCAM.

25. Entre el 17 y el 24 de enero de 1989, la esposa del apelante en el procedimiento principal permaneció en el Centre hospitalier de Luxembourg (en lo sucesivo, «CHL») por razón de parto. En la resolución de remisión se indica que el CHL es un establecimiento público.

26. El 24 de febrero de 1989, el CHL remitió al apelante en el procedimiento principal la factura correspondiente a los gastos de hospitalización, por importe de 73.460 LUF.

III. Hechos

23. El Sr. Ferlini es funcionario de la Comisión de las Comunidades Europeas y trabaja en Luxemburgo. Sin embargo, en la resolución de remisión no se precisa si el Sr.

27. El Sr. Ferlini formuló oposición contra el mandamiento de pago condicional dictado en su contra el 22 de abril de 1993, por el que se le conminaba a pagar la cantidad antes citada al CHL.

¹¹ — En las observaciones que presentó el Sr. Ferlini se afirma que este último posee la nacionalidad italiana.

28. Mediante sentencia de 24 de junio de 1994, el Tribunal de paix de Luxembourg, pronunciándose en materia civil y en procedimiento de oposición, declaró infundada la oposición y condenó al Sr. Ferlini a pagar al CHL la cantidad antes mencionada, más los intereses legales correspondientes.

29. El 5 de octubre de 1994 el Sr. Ferlini interpuso recurso de apelación contra la sentencia antes citada.

30. Como se refiere en la resolución de remisión, según el apelante en el procedimiento principal, la facturación realizada por el CHL resulta, por una parte, de la aplicación de las tarifas hospitalarias fijadas por la EHL, aplicables a partir del 1 de enero de 1989 a las personas y entidades no afiliadas al régimen nacional de Seguridad Social, y, por otra, de la aplicación de las tarifas aplicables a los afiliados a las Cajas del Seguro de Enfermedad, resultantes de la circular de la UCM de 1 de diciembre de 1988. Pues bien, dichas tarifas superaban ampliamente las que se aplicaban a los afiliados al régimen nacional de Seguridad Social y, a su juicio, eran discriminatorias.

31. En apoyo de su recurso de apelación, el Sr. Ferlini adujo que la determinación de los gastos de asistencia hospitalaria realizada por el CHL era contraria al principio de igualdad. Acto seguido, el apelante sostenía que el sistema de fijación de tarifas de asistencia hospitalaria aplicado a los funcionarios de las Comunidades Europeas,

resultante de un convenio entre los hospitales luxemburgueses celebrado en el marco de la EHL, es contrario al artículo 85, apartado 1, del Tratado.

32. Con carácter subsidiario, el apelante estima que la cantidad reclamada es excesiva y desproporcionada en relación con los servicios prestados.

33. El CHL, parte apelada, solicita la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia de primera instancia, así como una indemnización por gastos procesales. El CHL afirma, fundamentalmente, que la situación de los funcionarios comunitarios no es comparable a la de las personas afiliadas al régimen nacional de Seguridad Social. Los primeros no pagan impuestos ni cotizaciones al régimen nacional de Seguridad Social, sus ingresos son más elevados y, por otra parte, en la época en la que tuvieron lugar los hechos del litigio principal, el RCAM no había celebrado ningún convenio con la EHL. Por último, el CHL sostiene que en el presente caso no concurren los requisitos previstos en el artículo 85 del Tratado.

IV. Cuestión prejudicial

34. Según el órgano jurisdiccional remitente, el artículo 48 del Tratado y los

Reglamentos nº 1408/71 y nº 1612/68 se refieren únicamente a los nacionales comunitarios que acceden, en otro Estado miembro, a un empleo o a una cobertura social que se rige por la legislación del Estado miembro de que se trate. No obstante, en la medida en que los funcionarios de las Comunidades residen en un Estado miembro distinto del suyo precisamente debido a sus funciones, no cabe admitir que sean colocados en una situación menos favorable que la de cualquier otro trabajador por cuenta ajena nacional de un Estado miembro. Por el contrario, deben disfrutar de todas las ventajas derivadas del Derecho comunitario para los nacionales de los Estados miembros en materia de libre circulación de personas, de libertad de establecimiento y de protección social.

35. El Juez nacional estimó asimismo que las cuestiones suscitadas por el apelante y las objeciones formuladas por el apelado no podían resolverse sin una interpretación de los principios que rigen el Derecho de la competencia, en particular en lo que respecta a la cuestión de la competencia de los Estados miembros en materia de ordenación de sus respectivos sistemas de Seguridad Social, al régimen particular de las empresas y de las prestaciones de que se trata y a la incidencia en el mercado común.

36. Basándose en lo que antecede, el Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

(Sala Octava) decidió plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«Teniendo en cuenta el principio de no discriminación entre nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, consagrado en los artículos 6 y 48 del Tratado CE y, en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, en el Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, modificado por el Reglamento (CEE) nº 312/76 del Consejo, de 9 de febrero de 1976, y, en el ámbito de la Seguridad Social, en el Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) nº 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983,

y

teniendo en cuenta el artículo 85, apartado 1, del Tratado CEE, que prohíbe todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común,

¿son compatibles con el Derecho comunitario el Reglamento granducal de 31 de diciembre de 1974 (*Mémorial* A n° 95 de 31 de diciembre de 1974, p. 2398), en su versión modificada, que desarrolla los artículos 6 y 13 del Código de la Seguridad Social y cuyo objeto es la determinación de las prestaciones en especie en caso de enfermedad y maternidad; las tarifas hospitalarias aplicables a partir del 1 de enero de 1989 a las personas y organismos no afiliados al régimen nacional de Seguridad Social; la circular de la UCM de 1 de diciembre de 1988 relativa al reparto, a partir del 1 de enero de 1989, de los elementos que componen las cantidades globales por gastos de maternidad, y las prácticas de la EHL consistentes en aplicar a las personas y organismos no afiliados al régimen nacional de Seguridad Social y a los funcionarios de las Comunidades Europeas afiliados al RCAM tarifas uniformes por gastos médicos y hospitalarios superiores a las aplicadas a los residentes afiliados al régimen nacional de Seguridad Social?»

V. Respuesta a la cuestión prejudicial

37. Mediante la cuestión prejudicial que plantea el Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Sala Octava), se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la prohibición de las discriminaciones por razón de la nacionalidad (B) y la protección de la competencia (C), habida cuenta de la determinación en un Estado miembro de las tarifas de asistencia médica y hospitalaria en caso de maternidad aplicables a los no afiliados al régimen nacional de Seguridad Social, entre ellos los funcionarios de las

Comunidades que, debido a sus funciones, trabajan y residen en dicho Estado aunque están afiliados al RCAM. Examinaré estas dos cuestiones tras efectuar, previamente, una breve observación relativa a la formulación de la cuestión prejudicial (A).

A. Sobre la formulación de la cuestión prejudicial

38. Habida cuenta de la formulación de la cuestión prejudicial, desearía recordar que en el marco del artículo 177 del Tratado el Tribunal de Justicia, no se pronuncia sobre la interpretación o la validez de disposiciones nacionales ni sobre la compatibilidad de dichas disposiciones con las disposiciones del Derecho comunitario, sino que proporciona al órgano jurisdiccional remitente todos los elementos de interpretación necesarios para permitirle apreciar si una disposición de Derecho interno es compatible o no con las normas comunitarias.¹²

39. En consecuencia, debe considerarse que la cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional nacional se refiere a la cuestión de si los artículos 7 y 48 del Tratado CEE y las disposiciones de los Reglamentos

12 — Véanse, a título indicativo, las sentencias de 22 de octubre de 1974, Demag (277/74, Rec. p. 1037), apartado 8; de 28 de enero de 1992, Bachmann (C-204/90, Rec. p. 1-249), apartado 6; de 29 de octubre de 1980, Boussac (22/80, Rec. p. 3427), apartado 5, y de 7 de marzo de 1990, Krantz (C-69/88, Rec. p. 1-583), apartado 7.

nº 1612/68 y nº 1408/71 deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una serie de normas nacionales y prácticas de asociaciones de prestadores de servicios médicos y asistencia hospitalaria en caso de maternidad que producen el efecto de aplicar a las personas y entidades no afiliadas al régimen nacional de Seguridad Social, incluidos los funcionarios de las Comunidades afiliados al RCAM, por la referida asistencia tarifas más elevadas que las que se aplican a los residentes afiliados al régimen nacional de Seguridad Social.

B. Sobre la prohibición de las discriminaciones por razón de la nacionalidad

40. La prohibición de las discriminaciones por razón de la nacionalidad constituye el contenido negativo del principio de igualdad de trato de los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad —ahora ciudadanos de la Unión— y una manifestación del principio general de igualdad, que es un concepto básico del Derecho comunitario.

41. Dicha prohibición, precisada en numerosas disposiciones del Derecho comunitario, no se opone con carácter general a la existencia de distinciones, que pueden con-

sistir en la aplicación de normas diferentes a situaciones similares o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes.¹³ A lo que se opone dicha prohibición es a las distinciones arbitrarias que pueden detectarse, comprobando el carácter objetivo de su justificación.¹⁴

42. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la prohibición de las discriminaciones por razón de la nacionalidad se refiere no sólo a las discriminaciones directas, sino también a las indirectas o encubiertas, que, pese a no basarse directamente en el criterio prohibido de la nacionalidad, se basan en otros criterios que producen resultados idénticos o, al menos, análogos a aquellos a los que conduce la aplicación del criterio de la nacionalidad.¹⁵ En este punto procede señalar que, en el presente asunto, la discriminación controvertida constituye un ejemplo característico de discriminación indirecta por razón de la nacionalidad. La aplicación del criterio de la afiliación al régimen nacional de Seguridad Social, criterio sobre el que se basa la diferenciación de las tarifas de asistencia médica y hospitalaria, constituye una aplicación encubierta del criterio de la nacionalidad, en la medida en que, como

13 — A propósito de la distinción entre discriminación formal y material, véase, a título indicativo, la sentencia de 17 de julio de 1963, Italia/Comisión (13/63, Rec. p. 337), en especial el apartado 4 a).

14 — A propósito del artículo 7 del Tratado, véase, a título indicativo, la sentencia de 10 de febrero de 1994, Mund & Fester (C-398/92, Rec. p. I-467), apartado 17. En lo que respecta al artículo 48 del Tratado y al artículo 7 del Reglamento nº 1612/68, véase, a título indicativo, la sentencia de 27 de noviembre de 1997, Meints (C-57/96, Rec. p. I-6689), apartado 45.

15 — Véanse, a título indicativo, las sentencias de 23 de febrero de 1994, Scholz (C-419/92, Rec. p. I-505), apartado 7, y de 24 de septiembre de 1998, Comisión/Francia (C-35/97, Rec. p. I-5325), apartado 37.

subraya la Comisión, la mayor parte de los afiliados al régimen nacional son nacionales de Luxemburgo, mientras que la inmensa mayoría de los no afiliados a dicho régimen, en particular los funcionarios de las Comunidades, son nacionales de otros Estados miembros.¹⁶

a) Sobre la base jurídica de la prohibición de las discriminaciones por razón de la nacionalidad

aa) Sobre la aplicación del Reglamento n° 1408/71

43. Hechas las observaciones preliminares que anteceden, estimo que, habida cuenta de las distintas disposiciones del Derecho comunitario que ha de interpretar el Tribunal de Justicia, deben examinarse sucesivamente las cuestiones siguientes. En primer lugar, con el fin de apreciar si en el presente asunto estamos en presencia de un caso de discriminación por razón de la nacionalidad contraria al Derecho comunitario (d), procede, a la luz de los hechos del litigio principal, determinar la base jurídica de la prohibición de dicha discriminación y examinar los requisitos específicos para la aplicación de dicha prohibición (a). A continuación, deben realizarse determinadas observaciones referentes a la concurrencia, en el presente caso, de los citados requisitos y, más concretamente, a propósito de la existencia de un trato diferente dispensado a situaciones similares en el marco de los hechos del litigio principal y de los datos del Derecho nacional luxemburgués (b). Por último, deberá examinarse si la diferencia de trato está objetivamente justificada (c).

44. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «una persona tiene la condición de trabajador en el sentido del Reglamento n° 1408/71 por estar asegurada, aunque sólo sea contra una contingencia, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo en el marco de un régimen general o particular de Seguridad Social mencionado en la letra a) del artículo 1 del Reglamento n° 1408/71, y ello con independencia de la existencia de una relación laboral».¹⁷

45. No parece que los funcionarios de las Comunidades, como el Sr. Ferlini, pese a estar afiliados a un régimen específico como es el RCAM puedan ser considerados trabajadores por cuenta ajena a efectos de la definición precedente.

46. Como indica de forma característica el Abogado General Sr. Lenz en sus conclusiones en el asunto Schmid,¹⁸ «una defini-

16 — Véase, a título indicativo, la sentencia Meints, citada en la nota 14 *supra*, apartados 45 y 46. Como, por otra parte, subraya la Comisión, la circunstancia de que en la categoría favorecida puedan existir nacionales de los otros Estados miembros o que en la categoría desfavorecida puedan existir nacionales luxemburgueses no impide para que exista una discriminación indirecta. Véase, a título indicativo, la sentencia de 7 de junio de 1988, Roviello (20/85, Rec. p. 2805), apartado 16.

17 — Véase la sentencia de 12 de mayo de 1998, Martínez Sala (C-85/96, Rec. p. I-2691), apartado 36.

18 — Sentencia de 27 de mayo de 1993 (C-310/91, Rec. p. I-3011).

ción del concepto de trabajador por cuenta ajena [debe hacerse] en función de los objetivos y del objeto material del Reglamento». ¹⁹ Dicho de otro modo, la concurrencia de la calidad de trabajador por cuenta ajena depende, fundamentalmente, de la posibilidad, con carácter general, de aplicar el Reglamento.

dores nacionales de otros Estados miembros. Por consiguiente, no cabe calificar al Sr. Ferlini como trabajador por cuenta ajena a efectos del Reglamento n° 1408/71.

47. A este respecto, debe recordarse que, aunque el Reglamento n° 1408/71, que fue adoptado sobre la base del artículo 51 del Tratado CEE (que pasó a ser el artículo 51 del Tratado CE; actualmente artículo 42 CE, tras su modificación), guarda relación con el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, su objetivo fundamental es, no obstante, coordinar las distintas legislaciones nacionales en materia de prestaciones sociales, de tal manera que la libre circulación de los trabajadores no produzca el resultado de colocar a los trabajadores que hagan uso de dicha libertad en posición desfavorable frente a los trabajadores que ejerzan su actividad dentro de un solo Estado miembro.

49. La razón por la cual el Sr. Ferlini no puede ser considerado como trabajador «por cuenta ajena» a efectos del Reglamento n° 1408/71 guarda relación también con la razón para no aplicar al presente caso el Reglamento n° 1408/71, que deriva directamente de lo dispuesto en su artículo 2, apartado 1. Con arreglo a esta disposición, el Reglamento n° 1408/71 «se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros y que sean nacionales de uno de los Estados miembros, o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes». En el presente caso, el Sr. Ferlini, en su calidad de funcionario de la Comisión de las Comunidades Europeas, está afiliado al régimen RCAM. En consecuencia, como se desprende de los elementos obrantes en los autos, ni él mismo ni su esposa están sometidos a una legislación nacional en materia de Seguridad Social, tal como exige el artículo 2, apartado 1, del Reglamento n° 1408/71.

48. En el presente caso, como subraya también la Comisión en sus observaciones, no concurren los requisitos generales para la aplicación del Reglamento n° 1408/71, puesto que no se trata de la coordinación de regímenes nacionales de Seguridad Social, sino de prestaciones de asistencia médica y hospitalaria en el interior de un Estado miembro y de la aplicación de diferentes tarifas por dichas prestaciones en perjuicio de una categoría de personas integrada, fundamentalmente, por trabaja-

50. A la luz de lo que antecede, ni el Sr. Ferlini ni su esposa pueden estar comprendidos en el ámbito de aplicación personal

19 — Punto 44.

del Reglamento n° 1408/71.²⁰ Sin embargo, en la medida en que el concepto de trabajador en Derecho comunitario no es unívoco, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate,²¹ no cabe excluir que el Sr. Ferlini y su esposa estén comprendidos en el ámbito de aplicación personal de otras normas del Derecho comunitario, como el artículo 48 del Tratado o el Reglamento n° 1612/68.

ab) Sobre la aplicación del artículo 48 del Tratado y del Reglamento n° 1612/68

51. Si se tiene en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad que son empleados de organizaciones internacionales en general,²² debe considerarse que, con mayor razón, los

funcionarios de las Comunidades, como el Sr. Ferlini, conservan la condición de trabajador que les permite, tanto a ellos mismos como a los miembros de sus familias, estar comprendidos en el ámbito de aplicación personal del artículo 48 del Tratado CEE y del Reglamento n° 1612/68.

52. No obstante, cabe preguntarse si el trato dispensado al matrimonio Ferlini está comprendido en el ámbito de aplicación material de dichas normas comunitarias.²³ En concreto, debe examinarse si la aplicación de unas tarifas de asistencia médica y hospitalaria en caso de maternidad más elevadas que las que se aplican a los afiliados al régimen nacional de Seguridad Social afecta a una «condición de trabajo» a efectos de lo dispuesto en el artículo 48, apartado 2, del Tratado y en el artículo 7, apartado 1, del Reglamento n° 1612/68, o a una «ventaja social» a efectos de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 2, del mismo Reglamento.

20 — A este respecto, procede señalar que el artículo 16, apartado 3, del Reglamento n° 1408/71 contempla, específicamente para los agentes auxiliares de las Comunidades Europeas, la posibilidad de optar entre determinados regímenes nacionales de Seguridad Social. De la limitación de dicha posibilidad de elección se desprende, indirectamente, que el propio Reglamento admite que los funcionarios de las Comunidades no están sometidos a los regímenes nacionales ni, por tanto, están comprendidos dentro de su ámbito de aplicación.

Según el Gobierno luxemburgués, el RCAM, que está basado en los derechos estatutarios de los funcionarios de las Comunidades, no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 1408/71, en la medida en que contempla un nivel de protección al menos equivalente a las medidas de coordinación adoptadas con arreglo al artículo 51 del Tratado.

21 — Véase la sentencia Martínez Sala, citada en la nota 17 *supra*, apartado 31.

22 — Véase, de forma característica, la sentencia de 15 de marzo de 1989, Echernach y Moritz (asuntos acumulados 389/87 y 390/87, Rec. p. 723), en la cual el Tribunal de Justicia declaró que: «el nacional de un Estado miembro que ocupa en otro Estado miembro un empleo regulado por un estatuto especial de Derecho internacional, como un empleo en la Agencia Espacial Europea, debe ser considerado trabajador de un Estado miembro en el sentido de los apartados 1 y 2 del artículo 48 del Tratado, de manera que tanto a él como a los miembros de su familia les corresponden los derechos y privilegios establecidos por dichas disposiciones y por las del Reglamento n° 1612/68» (apartado 15). Véase también la sentencia Schmid, citada en la nota 18 *supra*, apartado 20.

53. El concepto de «condición de trabajo» empleado en las disposiciones citadas parece comprender elementos directamente vinculados al contrato de trabajo, como la retribución, el despido, el cálculo de la antigüedad, la reintegración profesional o el nuevo empleo. A este respecto, es significativo que el Tribunal de Justicia examinara, con el fin de apreciar si un régimen que garantizaba el pago de las cotizaciones al seguro complementario de vejez y supervivencia cuando el trabajador prestaba su

23 — A propósito de la cuestión —distinta— del efecto directo horizontal del artículo 48, véase el punto 77 *infra*.

servicio militar afectaba a una «condición de trabajo», si dicho pago constituía una *obligación legal o contractual que incumbe al empleador*.²⁴

54. En el presente asunto, estimo que la aplicación de tarifas más elevadas de asistencia médica y hospitalaria en caso de maternidad no puede introducirse en el campo semántico del concepto de «condición de trabajo». Como observa la Comisión, prescindiendo de que dicha aplicación pueda gravar la renta neta de los no afiliados al régimen nacional de Seguridad Social de Luxemburgo, puesto que cabe que estos últimos sean obligados a pagar cantidades de dinero adicionales por no poder cubrir sus entidades aseguradoras la totalidad de las tarifas exigidas, debe admitirse, no obstante, que dicho gravamen se relaciona sólo de manera indirecta e hipotética con las «condiciones de trabajo» y, en particular, con la retribución de los citados trabajadores. La postura opuesta conduciría, en realidad, a adoptar la concepción simplificadora según la cual debe considerarse que toda forma de fijación de los precios de productos o servicios que produce un incremento de los gastos extraordinarios, como son los gastos de asistencia médica y hospitalaria en caso de maternidad, influye en la retribución de los trabajadores, sea ésta contractual o fijada por disposición legal.

55. Dado que no parece que pueda admitirse que la cuantía de las tarifas de asistencia médica y hospitalaria en caso de maternidad esté comprendida en las «condiciones de trabajo», deberá examinarse si la fijación de dichas tarifas reúne las características de una «ventaja social» a efectos de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68. Según reiterada jurisprudencia, dichas ventajas se definen como «todas las ventajas que, con independencia de que estén vinculadas a un contrato de trabajo o no, se reconozcan con carácter general a los trabajadores nacionales en virtud de su condición objetiva de trabajadores o por el solo hecho de residir en el territorio nacional, y cuya extensión a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros parezca, en consecuencia, apropiada para facilitar su movilidad dentro de la Comunidad».²⁵

56. Según la Comisión, habida cuenta de la definición que antecede, no cabe excluir que pueda considerarse que la garantía, en el caso de las prestaciones médicas de un nivel de precios razonable y basado, con arreglo a los principios del sistema luxemburgués, en el coste efectivo de dichas prestaciones, constituye una ventaja social que debe concederse a todas las personas que trabajan en Luxemburgo.

57. Según el Sr. Ferlini, la cantidad global que paga el Estado luxemburgués en caso

25 — Véanse, a título indicativo, las sentencias de 14 de enero de 1982, Reina (63/81, Rec. p. 33), apartado 12; de 27 de marzo de 1985, Hoeckx (249/83, Rec. p. 973), apartado 20; de 6 de junio de 1985, Frascogna (157/84, Rec. p. 1739), apartado 30, así como las sentencias Schmid, citada en la nota 18 *supra*, apartado 18, y Meints, citada en la nota 14 *supra*, apartado 39.

24 — Véase la sentencia de 14 de marzo de 1996, de Vos (C-315/94, Rec. p. I-1417), apartado 18.

de parto constituye, indiscutiblemente, una «ventaja social», puesto que no se distingue de manera fundamental del subsidio por maternidad, que ha sido considerado como tal por el Tribunal de Justicia.²⁶ La determinación de las tarifas de las prestaciones comprendidas en dicha cantidad global constituye uno de sus elementos fundamentales, que debería pagarse a todas las personas que disfrutan del derecho a la libre circulación de personas en Luxemburgo. En la práctica, los funcionarios de las Comunidades no disfrutaban de dicha ventaja constituida por la cantidad global, pero esta cuestión no se suscitó en el litigio principal. No obstante, el Sr. Ferlini alega que es posible invocar el carácter de ventaja social de la cantidad global con el fin de solicitar, al menos, la igualdad en la fijación de las tarifas de asistencia médica y hospitalaria en caso de maternidad.

58. Tanto la Comisión, que invoca un derecho a unas tarifas razonables y correspondientes al coste efectivo, como el Sr. Ferlini, que invoca la cantidad global que se paga en caso de parto, tratan de atribuir un contenido positivo al derecho a la igualdad de trato en lo que respecta a las tarifas de las prestaciones de que se trata, de manera que la calificación de dicho derecho como «ventaja social» sea compatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que califica como «ventajas sociales», princi-

palmente, prestaciones de contenido positivo.²⁷ Sin embargo, de la información que proporciona la resolución de remisión, no parece desprenderse de manera totalmente clara que durante el período en que tuvieron lugar los hechos del litigio principal la fijación de las tarifas aplicables a los afiliados al régimen nacional de Seguridad Social respondiera al coste de las prestaciones, a diferencia de lo que sucedía en el caso de las tarifas aplicadas a los no afiliados y, en particular, a los funcionarios de las Comunidades, ni que la cantidad global para la cobertura de los servicios de asistencia en caso de parto ni, con mayor razón, la fijación de las tarifas de tales servicios tuviesen la misma naturaleza que el subsidio por maternidad. Corresponde pues al Juez nacional, que conoce en profundidad el Derecho nacional y los hechos del litigio principal, dilucidar si las alegaciones que anteceden son correctas.

59. No obstante, estimo que cabe considerar que la controvertida fijación de las tarifas de asistencia médica y hospitalaria en caso de maternidad pertenece al ámbito de aplicación material del principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 7 del Reglamento n° 1612/68, sin necesidad de dilucidar si se trata de una prestación o de una ventaja de contenido

27 — Véanse, a título indicativo, las sentencias de 15 de octubre de 1969, Ugliola (15/69, Rec. p. 363), relativa a la protección contra las desventajas derivadas del cumplimiento de las obligaciones militares; de 13 de diciembre de 1972, Marsman (44/72, Rec. p. 1243), relativa a medidas de protección contra el despido; de 12 de febrero de 1974, Sorgiu (152/73, Rec. p. 153), relativa al «complemento por separación familiar» concedido a los trabajadores destinados a un lugar distinto del de su domicilio; de 30 de septiembre de 1975, Cristini (32/75, Rec. p. 1085), relativa a la tarjeta de descuento expedida por una empresa de ferrocarriles; de 12 de julio de 1984, Prodest (237/83, Rec. p. 3153), relativa al derecho al mantenimiento de la afiliación al régimen de Seguridad Social del Estado miembro en que está establecida la empresa, y de 11 de julio de 1985, Mutsch (137/84, Rec. p. 2681), relativa a la posibilidad de emplear la lengua materna en un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que reside el trabajador.

26 — Véase la sentencia de 10 de marzo de 1993, Comisión/Luxemburgo (C-111/91, Rec. p. I-817).

positivo. Basta con seguir un razonamiento *a maiori ad minus*. Puesto que la igualdad de trato se aplica a las «ventajas sociales», debe admitirse que se aplica a toda norma que, pese a no constituir *stricto sensu* una ventaja de contenido positivo, afecta a la situación social de los trabajadores —con independencia de si está vinculada o no a un determinado contrato de trabajo—, se aplica con carácter general a los trabajadores nacionales, principalmente debido a su condición objetiva de trabajadores o por el solo hecho de residir en el territorio nacional, y cuya extensión a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros parece, en consecuencia, apropiada para facilitar su movilidad dentro de la Comunidad. Es manifiesto que la fijación de las tarifas de asistencia médica y hospitalaria en caso de maternidad reúne todos los elementos de la definición que antecede.

60. Si se admite que los hechos del litigio principal están comprendidos en el ámbito de aplicación material del artículo 7, apartado 2, del Reglamento n° 1612/68, debe señalarse una última cuestión. De conformidad con la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia, una normativa nacional que entra en el ámbito de aplicación del artículo 48 del Tratado y del artículo 7, apartado 2, del Reglamento n° 1612/68, que impide o disuade a un nacional de un Estado miembro de abandonar su país con el fin de ejercer su derecho a la libre circulación, se considera contraria al artículo 48 del Tratado sin que sea necesario examinar si existe una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad.²⁸ De dicha jurisprudencia parece desprenderse

que el supuesto del impedimento o la disuasión de la libre circulación de los trabajadores es distinto de la existencia de una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad en el marco de esa misma libertad. En concreto, parece que el ámbito de aplicación del impedimento o la disuasión es más amplio que el de la discriminación por razón de la nacionalidad y se basa en una simple presunción.²⁹

61. No obstante, en el presente asunto no resulta fácil afirmar que, además de crear una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad, la aplicación en un Estado miembro de unas tarifas de asistencia en caso de maternidad más elevadas que las aplicadas a los asegurados por el régimen de Seguridad Social de dicho Estado miembro impediría o disuadiría en general a un nacional de otro Estado miembro de trabajar, especialmente en calidad de funcionario de las Comunidades, en el primer Estado. Llego a esta conclusión tras tener en cuenta el carácter extraordinario, relativamente previsible y limitado de los gastos de asistencia en caso de maternidad, habida cuenta también de las amplias posibilidades de seguro y cobertura de los gastos de asistencia en caso de maternidad en diversos Estados miembros que ofrece el RCAM. Por el contrario, si se demostrase que en un Estado miembro, como en el presente caso en Luxemburgo, la fijación de tarifas entraña dicha discriminación con respecto a la totalidad —o a una parte sustancial— de las prestaciones de asistencia médica y hospitalaria en general, cabría

28 — Véase la sentencia de 26 de enero de 1999, Terhoeve (C-18/95, Rec. p. I-345), apartado 41.

29 — *Ibidem*, apartado 40.

en efecto sostener que tal circunstancia podría eventualmente disuadir al nacional de un Estado miembro de abandonar su Estado miembro de residencia para trabajar como funcionario de las Comunidades en el primer Estado.

ac) Sobre la aplicación del artículo 7 del Tratado CEE

62. El artículo 7 del Tratado, con arreglo al cual «en el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad», sólo puede aplicarse de manera independiente en situaciones regidas por el Derecho comunitario para las cuales el Tratado no prevea normas específicas contra la discriminación.³⁰

63. En consecuencia, en la medida en que el principio que prohíbe las discriminaciones por razón de la nacionalidad se reafirma en el artículo 48 del Tratado, debe, admitirse que, en el presente caso, no cabe aplicar el artículo 7 del Tratado salvo si no son aplicables el artículo 48 y el Reglamento nº 1612/68. Sobre la base de los análisis que anteceden, cabe, pues, plantear la

30 — Véanse, a título indicativo, las sentencias de 30 de mayo de 1989, Comisión/Grecia (305/87, Rec. p. 1461), apartado 13, y de 17 de mayo de 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Rec. p. I-1783), apartado 19. A propósito del denominado carácter subsidiario del artículo 6 del Tratado CE (actualmente artículo 12 CE, tras su modificación), véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. La Pergola (puntos 10 y ss.) en el asunto en el que recayó la sentencia de 26 de septiembre de 1996, Data Delecta y Forsberg (C-43/95, Rec. p. I-4661).

cuestión de la aplicación del artículo 7 en caso de que el Tribunal de Justicia estime bien que el Sr. Ferlini no reúne la condición de trabajador a efectos del artículo 48 y del Reglamento nº 1612/68, bien que la diferencia controvertida no está comprendida en el ámbito de aplicación material de dichas normas, es decir, que no afecta ni a «condiciones de trabajo» ni a «ventajas sociales».

64. En tal caso, deberá examinarse si los hechos del litigio principal están comprendidos en el ámbito de aplicación del Tratado, presupuesto del que depende la aplicación del principio de no discriminación contemplado en el artículo 7 del Tratado.

65. En este punto, debe subrayarse que el Tribunal de Justicia parece admitir una interpretación amplia del contenido de dicho presupuesto, reconociendo que también están comprendidas en el ámbito de aplicación del Tratado las situaciones que, pese a no estar directamente vinculadas a las libertades fundamentales consagradas por el Derecho comunitario, inciden indirectamente en el ejercicio de dichas libertades.³¹ Dicho de otro modo, la determinación del ámbito de aplicación del Tratado, a efectos del artículo 7, presenta una dinámica que permite introducir gradualmente en tal ámbito una serie de cuestiones que no son ajenas al Derecho comunitario o que se

31 — Véase, de forma característica, la sentencia Data Delecta y Forsberg, citada en la nota precedente, apartados 14 y 15, relativa a disposiciones legales nacionales comprendidas en el ámbito de aplicación del Tratado debido a su incidencia, incluso indirecta, en los intercambios intracomunitarios de bienes y servicios.

regular, aunque sea de forma parcial, por este último.³²

derecho de matrícula que no exige a sus propios nacionales, para poder tomar parte en estos cursos constituye una discriminación por razón de la nacionalidad, prohibida por el artículo 7 del Tratado».³⁵

66. Más concretamente, en lo que respecta a los funcionarios de las Comunidades, en la sentencia Forcheri, que, como sucede en el presente asunto, versaba sobre la situación de la esposa de un funcionario de las Comunidades Europeas,³³ el Tribunal de Justicia declaró, en primer lugar, que «la situación jurídica de los funcionarios de la Comunidad en el Estado miembro en que están destinados forma parte del ámbito de aplicación del Tratado por partida doble; por razón de su relación de empleo con la Comunidad y en tanto en cuanto deben gozar del conjunto de ventajas derivadas del Derecho comunitario para los nacionales de los Estados miembros en materia de libre circulación de personas, de establecimiento y de protección social».³⁴ Así, en la misma sentencia, examinando la cuestión más específica de si, en el caso del cónyuge de un funcionario de las Comunidades que no posee la nacionalidad del Estado miembro en que está establecido con aquél, el pago de un derecho de matrícula está comprendido en el ámbito de aplicación del Tratado y es compatible con el Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia estimó que «cuando un Estado miembro establece cursos de enseñanza en materia de formación profesional, el hecho de exigir al nacional de otro Estado miembro, lícitamente instalado en el primer Estado, un

67. En la sentencia antes citada, anterior a las sentencias Echternach y Moritz, citada en la nota 22 *supra*, y Schmid, citada en la nota 18 *supra*, el Tribunal de Justicia, considerando tácitamente que un funcionario de las Comunidades, nacional de un Estado miembro de la Comunidad, no es un trabajador a efectos del artículo 48 del Tratado y del Reglamento n° 1612/68, aunque admitiendo que no cabe denegarle los derechos que reconocen dichas normas comunitarias, decidió fundamentar su sentencia en el artículo 7 del Tratado. Así pues, la cuestión que se planteaba era la de la determinación de las personas que, sin ser trabajadores a los efectos antes indicados, podían estimarse comprendidos en el ámbito de aplicación del Tratado. Para responder a dicha cuestión, el Tribunal de Justicia acudió al criterio del «nacional de otro Estado miembro lícitamente instalado en el primer Estado miembro». Asimismo, mientras que en los fundamentos de Derecho de la sentencia parece que la esposa del Sr. Forcheri obtiene su derecho a la igualdad de trato por su condición de cónyuge de un funcionario de las Comunidades, circunstancia que hace que esté lícitamente instalada en el Estado miembro de acogida, en el fallo el Tribunal de Justicia parece referirse de forma general al requisito del establecimiento lícito, con independencia del caso particular de los cónyuges de los funcionarios de las Comunidades. Ello condujo a los comentaristas de la sentencia a referirse a una nueva perspectiva abierta por el Tribunal de Justicia al Derecho

32 — En relación con la formación profesional, véanse, a título indicativo, las sentencias de 13 de febrero de 1985, Gravier (293/83, Rec. p. 593), y de 2 de febrero de 1988, Blaizot y otros (24/86, Rec. p. 379).

33 — La esposa del Sr. Forcheri tenía indiscutiblemente la nacionalidad italiana.

34 — Sentencia de 13 de julio de 1983, Forcheri (152/82, Rec. p. 2323), apartado 9.

35 — Apartado 18.

comunitario; en otras palabras, desde el momento en que un nacional de la Comunidad, aun cuando no sea un trabajador a efectos del artículo 48 y del Reglamento n° 1612/68, esté lícitamente establecido en el territorio de un Estado miembro, tendrá derecho a la igualdad de trato en todas las materias comprendidas en el ámbito de aplicación del Tratado.³⁶

68. En este punto, procede señalar que dicha perspectiva, abierta en 1983 en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se encuentra ahora consagrada en los artículos 8 (actualmente artículo 17 CE, tras su modificación) y 8 A (actualmente artículo 18 CE, tras su modificación) del Tratado CE.³⁷ Como se ha declarado en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «el apartado 2 del artículo 8 del Tratado atribuye a la condición de ciudadano de la Unión los derechos y deberes previstos por el Tratado, entre ellos el de no sufrir discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado, previsto en el artículo 6. De ello se deduce que un ciudadano de la Unión Europea que, como

la demandante en el procedimiento principal, reside legalmente en el territorio del Estado miembro de acogida puede invocar el artículo 6 del Tratado en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho comunitario [...]».³⁸ La semejanza entre esta interpretación de los artículos 8 y 8 A del Tratado, por un lado, y la jurisprudencia Forcheri, por otro, es más que manifiesta. En consecuencia, aunque los artículos citados no pudieran aplicarse en la época en que tuvieron lugar los hechos controvertidos en el litigio principal, esta interpretación que de ellos ha hecho el Tribunal de Justicia puede aclarar el sentido y el significado de la jurisprudencia Forcheri.

69. Aplicando dicha jurisprudencia al presente asunto, debe admitirse que, puesto que la esposa del Sr. Ferlini era nacional de un Estado miembro de la Comunidad —circunstancia que debe comprobar el Juez nacional— y estaba lícitamente establecida en Luxemburgo en tanto que cónyuge de un funcionario de las Comunidades que trabajaba en este Estado, no podía sufrir una discriminación por razón de la nacionalidad, prohibida por el artículo 7 del Tratado, en todos los casos comprendidos en el ámbito de aplicación de este último. Es asimismo patente que las tarifas de asistencia médica y hospitalaria afectan a servicios que, como indica la Comisión en sus observaciones, estaban y están comprendidos, sin género de dudas, en dicho ámbito,³⁹ sin que sea necesario comprobar

36 — Véase Starkle, G., «Extensión du principe de non-discrimination en droit communautaire au ressortissant d'un État membre licitement installé dans un autre État membre», observaciones sobre la sentencia Forcheri, antes citada, *Cahiers de droit européen*, 1984, pp. 672 y ss. Asimismo, según el Abogado General Sr. Darmon, con la sentencia Forcheri «el Tribunal de Justicia consagra aparentemente el derecho de todo nacional comunitario, con independencia de un vínculo de empleo con la Instituciones comunitarias, a gozar de “todas las ventajas que el Derecho comunitario establece”, en particular en materia de libre circulación de los trabajadores» (véanse las conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia Echternach y Moritz, citado en la nota 22 *supra*, punto 37).

37 — El artículo 8 dispone:
«1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro.
2. Los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado.»

Por otra parte, con arreglo al artículo 8 A, apartado 1, «todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».

38 — Véase la sentencia Martínez Sala, citada en la nota 17 *supra*, apartados 62 y 63.

39 — A propósito de los servicios médicos, la Comisión se remite a la sentencia de 31 de enero de 1984, Luisi y Carbone (asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec. p. 377), en la que se declaró que «los turistas, los beneficiarios de cuidados médicos [...] deben ser considerados como destinatarios de servicios» (apartado 16).

si afectan a «condiciones de trabajo» o a «ventajas sociales», como sucedería en caso de aplicación del artículo 48 del Tratado y del Reglamento n° 1612/68.⁴⁰

70. La esposa del Sr. Ferlini posee el citado derecho de manera autónoma. En todo caso, lo obtiene como consecuencia de su condición de cónyuge de un funcionario de las Comunidades nacional de un Estado miembro de la Comunidad —condición que debe asimismo comprobar el órgano jurisdiccional nacional—, cuya situación jurídica está comprendida, de conformidad con lo que antecede, en el ámbito de aplicación del Tratado y que, junto con su familia, debe disfrutar de todas las ventajas derivadas del Derecho comunitario para los nacionales de los Estados miembros en materia de libre circulación de personas, de libertad de establecimiento y de protección social.

71. La última cuestión, aunque no la menos importante, que debe examinarse en el marco de la interpretación del artículo 7 del Tratado se refiere a la posibilidad de aplicar dicho artículo no sólo en contra de las discriminaciones producidas por la actuación de las Instituciones de la Comunidad o de los Estados miembros, sino también contra las discriminaciones que tienen lugar en las relaciones entre particulares. Habida cuenta de los hechos del litigio principal, este interrogante se suscita en caso de que se considere que la discriminación es imputable a actividades de personas jurídicas de Derecho privado; dicho de otro modo, en caso de que se considere que la discriminación es impu-

table al CHL, a la EHL o a la UCM, y se estime que dichas personas jurídicas son personas jurídicas de Derecho privado. En este punto, procede señalar que, salvo la simple indicación en el sentido de que el CHL es un establecimiento público, la resolución de remisión no contiene información suficiente para decidir sobre el carácter público o privado de dichas personas jurídicas. Corresponde, pues, al Juez nacional, quien conoce el Derecho nacional, dilucidar este extremo.

72. Estimo que, pese a las serias vacilaciones que en alguna ocasión ha expresado la doctrina,⁴¹ la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia permite, en el presente asunto, dar una respuesta afirmativa a la cuestión de si el artículo 7 puede tener lo que habitualmente se denomina «efecto directo horizontal».

73. Dicha respuesta puede basarse en el hecho de que una actuación de personas

41 — Los principales argumentos que justificaban dichas vacilaciones eran los siguientes: a) el sistema general del Tratado se basa en obligaciones dirigidas a los Estados miembros, excepto en los poquísimos casos en que el Tratado impone expresamente obligaciones a los particulares, principalmente a las empresas, en aras de la protección de la competencia; b) otras disposiciones del Tratado con una formulación indefinida, como el artículo 48, apartado 2, del Tratado, no tenían efecto directo horizontal; c) el control del cumplimiento de las obligaciones dimanantes del Tratado es, en principio, responsabilidad de la Comisión, que únicamente puede interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia contra un acto imputable a un Estado miembro. Véase, a este respecto, Durand, C.-F.: «Les principes», en *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE*, t. I *Préambule. Principes. Libre circulation des marchandises*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Études européennes, 2.º ed., 1992, p. 60.

40 — Véanse los puntos 52 y ss. *supra*.

jurídicas de Derecho privado, incompatible con el Derecho comunitario por operar una discriminación por razón de la nacionalidad, se imputa al propio Estado miembro.

74. En el marco de la regulación de las relaciones laborales, el Tribunal de Justicia ha admitido este tipo de imputación cuando ha estimado que la actuación de las personas jurídicas de Derecho privado tiene un carácter cuasirreglamentario, que la asimila a la actuación del propio Estado. Así, en lo que respecta a los artículos 7 y 48 del Tratado, el Tribunal de Justicia ha declarado que «los artículos 7, 48 y 59 tienen en común el hecho de prohibir, en su ámbito de aplicación respectivo, todas las discriminaciones por razón de la nacionalidad; [...] la prohibición de estas discriminaciones no sólo se impone a la actuación de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena y las prestaciones de servicios». ⁴² En lo que respecta, más concretamente, al artículo 48 del Tratado, este Tribunal de Justicia ha estimado asimismo que «la eliminación, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera ser neutralizada con obstáculos derivados de actos realizados en ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones y organismos que no están sometidos al Derecho público [...]. Además, [el Tribunal de Justicia] observó que las condiciones de trabajo se rigen, en los diferentes Estados miembros, bien por disposiciones de carácter legislativo o reglamentario, bien por

convenios y otros actos celebrados o adoptados por personas privadas. Por consiguiente, si el objeto del artículo 48 del Tratado se limitara a los actos de la autoridad pública, ello podría crear desigualdades en su aplicación». ⁴³

75. No obstante, si en el presente asunto se considerase que la discriminación se debe a las decisiones y prácticas de la UCM o la EHL, no cabría aplicar la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia y declarar así aplicable al presente caso el artículo 7 del Tratado, puesto que, al margen del carácter público o privado de las mencionadas personas jurídicas, su actuación en general persigue regular, de forma colectiva, la Seguridad Social en el Gran Ducado. Es cierto, como se desprende de la resolución de remisión y de las observaciones de las partes, que dichas personas jurídicas participan de manera activa en las negociaciones colectivas referentes a la determinación de las tarifas de asistencia médica y hospitalaria y, por tanto, desempeñan en el marco de la Seguridad Social una función análoga a la de las organizaciones sindicales representativas de los trabajadores y de los empresarios en el marco de la regulación de las relaciones laborales por medio de convenios colectivos. Así pues, consideradas a la luz de sus competencias generales, dichas personas constituyen entidades con una función reguladora en el ámbito de la Seguridad Social, circunstancia que dota a su actuación general de un carácter cuasirreglamentario. No obstante, en el caso del litigio principal, la fijación por la EHL de las tarifas de asistencia médica y hospitalaria en caso de maternidad con respecto a los no afiliados al régimen nacional de Seguridad

42 — Véase la sentencia de 12 de diciembre de 1974, Walrave y Koch (36/74, Rec. p. 1405), apartados 16 y 17. Véase también la sentencia de 14 de julio de 1976, Donà (13/76, Rec. p. 1333), apartados 17 y ss.

43 — Véase la sentencia de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartados 83 y 84.

Social no está comprendida en la regulación, adoptada de manera colectiva, de la Seguridad Social, puesto que, por un lado, dicha fijación es unilateral y no colectiva y, por otro, se refiere a los no afiliados al régimen nacional de Seguridad Social.⁴⁴ Estos dos elementos no permiten estimar que la actuación de la EHL controvertida en el procedimiento principal deba concebirse, en realidad, como actuación del propio Estado.

76. Sin embargo, estimo que la conclusión precedente no es obstáculo para que pueda imputarse al Estado miembro la responsabilidad de la discriminación por razón de la nacionalidad que resulta de la actuación de las personas jurídicas de Derecho privado.

77. En efecto, en el presente asunto, el origen de las discriminaciones por razón de la nacionalidad parece situarse en el marco jurídico nacional (artículos 6, 13 y 308 *bis* y siguientes del code des assurances sociales), que contemplaba la posibilidad de regular mediante convenios colectivos las tarifas de asistencia médica y hospitalaria, así como en la adopción del Reglamento granducal de 31 de diciembre de 1974, por el que se establecieron las prestaciones en especie en caso de parto. Es precisamente en la esfera de la interpretación de dicho marco legal y reglamentario, manifiestamente imputable al Estado miembro, donde reside la falta de aplicación extensiva de las tarifas aplicables a los afiliados al régimen nacional de Seguridad Social a los nacionales de otros Estados miembros de la Comunidad no afiliados a dicho régimen. Este marco legal y reglamentario parece

permitir, sin fijar directamente unas tarifas más elevadas a cargo de esta segunda categoría de personas, tal fijación por parte de las entidades competentes. Dicho de otro modo, la discriminación resultante no de una acción positiva, sino del hecho de privar de protección a una categoría determinada de personas o, al menos, de admitir la posibilidad de dispensarle un trato distinto, se sitúa, en primer lugar, en la esfera del citado marco legal y reglamentario. Así, si la conducta de las personas jurídicas que prestan servicios de asistencia hospitalaria y fijan las tarifas de dicha asistencia entraña una discriminación por razón de la nacionalidad, ello se debe, ante todo, al hecho de que dicho marco legal y reglamentario les conceda la posibilidad de actuar de ese modo.

78. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el hecho de que un Estado miembro se abstenga de actuar o, en su caso, siga sin adoptar medidas suficientes para impedir que se vulneren de las libertades comunitarias salvaguardadas en el ámbito del mercado único sin fronteras interiores, vulneración creada especialmente por acciones de particulares en su territorio, puede tener consecuencias tan graves como un acto positivo de vulneración de dichas libertades. En este contexto, los Estados miembros están obligados no sólo a no adoptar ellos mismos actos o comportamientos que puedan constituir un obstáculo a las libertades fundamentales, sino también, en relación con el artículo 5 del Tratado CEE (que pasó a ser el artículo 5 del Tratado CE, actualmente artículo 10 CE), a tomar todas las medidas

44 — Véanse los puntos 113 a 115 *infra*.

necesarias y adecuadas para garantizar en su territorio el respeto de dichas libertades.⁴⁵

79. Habida cuenta de la mencionada imputación a un Estado miembro de la discriminación debida a la actuación de particulares en su territorio, es sin duda posible aplicar a las relaciones entre dichos particulares no sólo el artículo 48 del Tratado y el artículo 7 del Reglamento n° 1612/68, sino también el artículo 7 del Tratado, en especial en la medida en que las obligaciones que dimanar de dicho artículo son claras y precisas. A este respecto, no es en absoluto paradójico que, en relación con el artículo 119 del Tratado CEE (que pasó a ser, posteriormente, el artículo 119 del Tratado CE; los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE), se admita actualmente que, dado el carácter vinculante de dicho artículo, la prohibición de discriminación entre trabajadores y trabajadoras no sólo se impone respecto a las actuaciones de las autoridades públicas, sino que se extiende también a todos los convenios colectivos relativos al trabajo por cuenta ajena, así como a los contratos entre particulares.⁴⁶ Teniendo en cuenta esta circunstancia, sería realmente difícil imaginar que, mientras que en un contrato de trabajo entre particulares, con arreglo al artículo 119 del Tratado, debe respetarse el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras, fuera posible no respetar el principio de igualdad de trato entre nacionales de los Estados miembros

de la Comunidad, con arreglo al artículo 7 del Tratado, en el caso de un convenio relativo a la prestación de servicios de asistencia médica y hospitalaria. En consecuencia, aun cuando se considerase que la discriminación por razón de la nacionalidad se debe a la facultad discrecional de un hospital aislado, como es el CHL, o a la aplicación por este último de una decisión de una agrupación de hospitales, como es la EHL, y que dichas personas jurídicas son personas de Derecho privado, debería admitirse también que se aplica el artículo 7 del Tratado.

ad) Conclusión sobre la elección de base jurídica

80. Sobre la base de lo que antecede, propongo, pues, al Tribunal de Justicia, en lo que respecta a la base jurídica de la prohibición de las discriminaciones por razón de la nacionalidad, que declare que el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar a los hechos del litigio principal el artículo 7, apartado 2, del Reglamento n° 1612/68. Si, no obstante, este Tribunal de Justicia estimase que tales hechos no pertenecen al ámbito de aplicación material de dicho Reglamento, puede sin ningún problema considerar aplicable el artículo 7 del Tratado.

b) Sobre la aplicación de un trato diferente a situaciones similares

81. Habida cuenta de los hechos del litigio principal, es oportuno realizar determina-

45 — Véase la sentencia de 9 de diciembre de 1997, Comisión/Francia (C-265/95, Rec. p. I-6959), apartados 30 a 32, que se refiere, en particular, a la libre circulación de mercancías.

46 — Véase, a título indicativo, la sentencia de 31 de mayo de 1995, Royal Copenhagen (C-400/93, Rec. p. I-1275), apartado 45.

das observaciones relativas, por un lado, a la existencia y, en especial, al objeto de la discriminación (ba) y, por otro, a la semejanza entre las situaciones tratadas de forma desigual (bb).

liados al RCAM, se aplicaban unas tarifas unitarias de asistencia médica y hospitalaria en caso de maternidad más elevadas que las que se aplicaban a los residentes afiliados al régimen nacional de Seguridad Social.

ba) El objeto de la diferencia de trato

82. En la resolución de remisión, el Juez nacional no indica con precisión con respecto a qué elementos concretos de los gastos de asistencia hospitalaria en caso de parto existe un trato diferente, en las tarifas aplicadas, entre los afiliados al régimen nacional de Seguridad Social y los no afiliados a este último. Los únicos datos numéricos concretos que se indican en la resolución de remisión pertenecen más bien al marco de la descripción de las alegaciones de la parte apelante,⁴⁷ pero en ningún caso se indica qué normas, contratos o decisiones precisos se utilizaron como base para determinar cada una de las tarifas mencionadas. El único dato que puede extraerse de la resolución de remisión y, más concretamente, del tenor de la cuestión prejudicial, que puede ser útil para delimitar la respuesta del Tribunal de Justicia es que, de todas las normas vigentes en Luxemburgo en la época en que tuvieron lugar los hechos del litigio principal se desprende que, para las personas y entidades no afiliadas al régimen nacional de Seguridad Social, así como para los funcionarios de las Comunidades Europeas afi-

83. No obstante, procede señalar que, como sostiene el Sr. Ferlini y parece desprenderse de los documentos que acompaña en anexo, a la luz de las tarifas aplicadas en realidad, la diferencia de trato se refiere únicamente a determinadas prestaciones hospitalarias y, en especial, a los gastos generales relacionados con el parto, que fueron regulados mediante decisión unilateral de la EHL con respecto a los no afiliados al régimen nacional. Según el Sr. Ferlini, en el caso de algunas otras prestaciones de asistencia distintas de los gastos de parto y estancia hospitalaria, la EHL decidió, también unilateralmente, aplicar a los no afiliados al régimen nacional de Seguridad Social las tarifas uniformes acordadas mediante el convenio entre la UCM y la EHL, de 31 de diciembre de 1974, relativo a los gastos cubiertos por la cantidad global en caso de parto prevista para los afiliados a las Cajas de Seguro luxemburguesas. También en opinión del Sr. Ferlini, el citado convenio se adoptó probablemente teniendo en cuenta el convenio celebrado entre la UCM y la AMMD.

47 — Como indica el Juez nacional, «así, según el apelante, en el momento de la hospitalización de la Sra. Ferlini, la Caja del Seguro de Enfermedad luxemburguesa reembolsaba una cantidad a tanto alzado de 36.854 LFR, a saber, 4.645 LFR por asistencia médica, 29.949 LFR por gastos de maternidad y 2.260 LFR por productos dietéticos, mientras que el apelante y el RCAM debían pagar la cantidad de 59.306 LFR por los mismos servicios, es decir, un importe superior en un 71,43 % a la tarifa nacional».

84. En todo caso, no corresponde al Tribunal de Justicia sino al Juez nacional, que conoce el Derecho nacional y los hechos del litigio principal, determinar el objeto de la

diferencia de trato, así como el alcance y las particularidades del mecanismo que conduce a dispensar dicho trato.

85. Sin embargo, procede señalar que, en caso de que el Tribunal de Justicia admita que la diferencia de trato y, en consecuencia, la discriminación son imputables al marco legal y reglamentario más general del Gran Ducado de Luxemburgo,⁴⁸ no reviste especial importancia precisar con respecto a qué tarifas concretas y sobre la base de qué decisiones, acuerdos o prácticas concretos, destinados a especificar dicho marco legal y reglamentario, se aplica la discriminación. Esta última existe en tanto que resultado de la aceptación de la posibilidad de dispensar un trato diferente y contrario al Derecho comunitario, que tiene lugar en la esfera del citado marco legal y reglamentario, con independencia de que los responsables de aplicar el referido marco, por cualquier razón, se sirvan o no, en un momento dado, de dicha posibilidad.

bb) La semejanza entre las situaciones tratadas desigualmente

86. Habida cuenta de los hechos del litigio principal, cabe preguntarse si las dos categorías de personas, a saber, por un lado, los afiliados al régimen nacional de Seguridad Social de Luxemburgo y, por otro, los no afiliados a dicho régimen, entre los cuales

se cuentan los funcionarios de las Comunidades, afiliados al RCAM, se encuentran en situaciones similares, de tal manera que la aplicación de tarifas diferentes de asistencia hospitalaria en caso de parto a cada una de dichas categorías constituya una discriminación. Estimo que la respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa, pese a las alegaciones formuladas por el Gobierno de Luxemburgo y el CHL, parte apelada en el procedimiento principal.

87. En primer lugar, el hecho de que las dos categorías de personas estén sometidas a regímenes jurídicos diferentes de Seguridad Social no podría justificar la tesis según la cual se trata de dos situaciones que han de ser diferenciadas, a la luz del Derecho comunitario, en lo que respecta a la tarifa de asistencia médica y hospitalaria en caso de maternidad. Pese a su relativa autonomía, ni el régimen nacional de Seguridad Social de Luxemburgo ni el RCAM pueden vulnerar los principios y normas que regulan el Derecho comunitario. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, si bien «a falta de una armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar, por una parte, los requisitos del derecho o de la obligación de afiliarse a un régimen de Seguridad Social [...] y, por otra parte, los requisitos que confieren derecho a las prestaciones [...] los Estados miembros deberán sin embargo, en el ejercicio de dicha competencia, respetar el Derecho comunitario». ⁴⁹ Por otra parte, una discriminación en materia de tarifas de asistencia médica y hospitalaria en caso de maternidad difícilmente podría considerarse rela-

48 — Véase el punto 77 *supra*.

49 — Véase la sentencia de 28 de abril de 1998, Kohll (C-158/96, Rec. p. I-1931), apartados 18 y 19.

tiva a la ordenación del régimen de Seguridad Social en el sentido antes expresado. Paralelamente, el hecho de que en virtud del artículo 9, apartado 2, de la Reglamentación común relativa al RCAM, «las Instituciones se esforzarán, en la medida de lo posible, en negociar, con los representantes del cuerpo médico y/o las autoridades, asociaciones y establecimientos competentes, determinados convenios por los que se fijan los índices aplicables a los beneficiarios, habida cuenta de las condiciones locales y, en su caso, de los baremos que ya se hallen en vigor, tanto desde el punto de vista médico como desde el punto de vista hospitalario», no significa que, en el marco de dichos convenios, las referidas Instituciones puedan vulnerar el Derecho comunitario primario y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores nacionales de la Comunidad.

88. Por otro lado, la alegación según la cual los funcionarios de las Comunidades no necesitan invocar las normas del Derecho comunitario para circular libremente en el territorio de los Estados miembros de la Comunidad, puesto que disfrutan de los derechos contemplados en el Protocolo sobre los Privilegios y las Inmunidades de las Comunidades Europeas, no puede considerarse convincente. Dichos derechos se reconocen en interés de las Comunidades, para el cumplimiento de la misión de estas últimas,⁵⁰ se remiten por regla general al trato concedido a las misiones diplomáticas⁵¹ y no presentan el alcance y la dinámica de los derechos que el Derecho comunitario otorga a los nacionales de la Comunidad, ahora ciudadanos de la Unión. Así, si bien eventualmente podría formu-

larse la alegación que antecede con respecto a los funcionarios de las Comunidades que no poseen la nacionalidad de un Estado miembro,⁵² no sucede lo mismo con respecto a los funcionarios que poseen dicha nacionalidad. Tal como se desprende de las sentencias Echternach y Moritz, citada en la nota 22 *supra*, Schmid, citada en la nota 18 *supra*, y Forcheri, citada en la nota 34 *supra*, estos últimos continúan reuniendo la condición de trabajador en el sentido del artículo 48 del Tratado y disfrutando de todas las ventajas concedidas por el Derecho comunitario, con independencia de cuál sea su puesto de trabajo específico. La reducción de su situación jurídica a los límites del Protocolo sobre los Privilegios y las Inmunidades de las Comunidades Europeas constituiría, por tanto, una violación del Derecho comunitario y de los derechos que de él derivan.

89. En segundo lugar, el hecho de que, en la época en que tuvieron lugar los hechos del litigio principal, no se hubiera celebrado un convenio entre el RCAM y la EHL, cuando existían convenios análogos con la UCM, no parece ser decisivo con respecto a la existencia de una discriminación entre situaciones similares. Tal como indican la Comisión y el Sr. Ferlini, en el presente asunto se trata de tarifas de prestaciones que no son resultado de convenios, sino que se refieren a la totalidad de las prestaciones en caso de parto determinadas mediante normas legales y reglamentarias. En todo caso, debe subrayarse que, debido a su carácter obligatorio en el marco del sistema luxemburgués, los citados convenios constituyen, en realidad, una forma de normativa reglamentaria uniforme emanada del

50 — Véase el artículo 18 del Protocolo.

51 — Véase el artículo 6 del Protocolo.

52 — El nombramiento como funcionario de las Comunidades de una persona que no sea nacional de un Estado miembro es posible en virtud de la excepción prevista en el artículo 28, letra a), del EE.

Estado y distan mucho de poder ser considerados como convenios de Derecho privado, expresión de la libertad contractual de los prestadores de los servicios.

90. En tercer lugar, no pueden considerarse convincentes las alegaciones según las cuales los no afiliados al régimen luxemburgués de asistencia sanitaria, por un lado, tienen ingresos elevados y elevados límites de cobertura y de reembolso de los gastos por su régimen asegurador y, por otro, no pagan impuestos en dicho Estado, ni cotizaciones al régimen nacional de Seguridad Social.

91. En primer lugar, de conformidad con la resolución de remisión, en el régimen de Seguridad Social luxemburgués las tarifas que se aplican a los actos médicos son uniformes. Se determinan exclusivamente sobre la base de la naturaleza de la prestación y no varían en función de los ingresos del paciente ni en función de la cualificación del prestador de asistencia.

92. Por otro lado, en lo que respecta al hecho de que los no afiliados al régimen nacional de Seguridad Social no paguen impuestos, el Tribunal de Justicia ha estimado, en relación con la situación particular de un funcionario de las Comunidades y su familia, que «si bien en virtud del párrafo segundo del artículo 13 del Protocolo sobre los Privilegios y las Inmunidades de las Comunidades Europeas, [dicho funcionario], está exento de los impuestos nacionales sobre los sueldos, los salarios y los emolumentos abonados por las Comunidades, está sujeto, en contrapartida, en virtud del primer párrafo del mismo

artículo, a un impuesto sobre los sueldos, salarios y emolumentos en beneficio de las Comunidades, del que el Estado miembro de acogida, como miembro de aquéllas, se beneficia indirectamente. El hecho de que no pague un impuesto sobre su sueldo al Tesoro nacional no constituye, pues, un motivo válido para diferenciar el caso del funcionario y su familia del caso de trabajador migrante cuyos ingresos están sujetos a la fiscalidad del Estado de residencia».⁵³

93. Además, tampoco podría justificar una diferencia de trato entre las dos categorías la alegación según la cual los funcionarios de las Comunidades y, en general, los no afiliados al régimen nacional de Seguridad Social no pagan cotizaciones a este último. En primer lugar, como ya se ha mencionado, en el régimen luxemburgués las tarifas se calculan sobre la base de la naturaleza y el coste de la prestación, no en función de las cotizaciones pagadas. Además, los gastos resultantes de las prestaciones en caso de maternidad son cubiertos directamente por el Estado y no por las Cajas de Seguro, supuesto en el que podría eventualmente revestir importancia el hecho de no pagar cotizaciones sociales.

94. Como acertadamente observa la Comisión, si se admitiera la alegación antes aducida, en relación con la afirmación del CHL, parte apelada en el procedimiento principal, según la cual las tarifas que se aplican a los funcionarios de las Comuni-

⁵³ — Véase la sentencia Forcheri, citada en la nota 34 *supra*, apartado 19.

dades corresponden al valor real de las prestaciones ofrecidas, ello significaría que las tarifas que se aplican a los afiliados al régimen nacional son inferiores al coste —circunstancia que, en todo caso, corresponde dilucidar al Juez nacional— y que podría reclamarse un pago adicional a los nacionales de los demás Estados miembros, puesto que no pagan impuestos ni cotizaciones en dicho Estado. Sin embargo, ello sería contrario al principio comunitario de la libre circulación de personas, que obliga a conferir a los nacionales de otros Estados miembros los derechos previstos para los nacionales, aun cuando ello signifique un coste adicional para el Estado miembro en que dichos nacionales no pagan impuestos y cotizaciones.⁵⁴

95. Por último, como correctamente subraya la Comisión, todas las alegaciones que anteceden, que se refieren a la situación económica de los funcionarios de las Comunidades y al hecho de que éstos no paguen impuestos ni cotizaciones, si bien podrían eventualmente utilizarse con el fin de tratar de justificar la falta de cobertura y de reembolso de los gastos de asistencia por parte de las Cajas de Seguro de Luxemburgo, en ningún caso parecen constituir alegaciones adecuadas para justificar, sencillamente, el incremento de las tarifas de asistencia.

54 — Véanse las sentencias de 2 de febrero de 1989, Cowan (186/87, Rec. p. 195), apartados 15 a 17, y de 15 de marzo de 1994, Comisión/España (C-45/93, Rec. p. I-911), relativas al derecho de los turistas, nacionales de un Estado miembro de la Comunidad, a desplazarse a otro Estado miembro y recibir servicios en las mismas condiciones que se aplican a los nacionales y a las personas residentes en dicho Estado de forma permanente.

c) Sobre la justificación objetiva de la diferencia de trato

96. La diferencia de trato en cuanto a las tarifas de asistencia médica y hospitalaria que sufren los no afiliados al régimen luxemburgués de Seguridad Social no parece justificarse objetivamente, circunstancia que, entre otras, pone de manifiesto que dicha diferencia es contraria al Derecho comunitario.⁵⁵

97. Aparte del hecho de que ni el CHL ni el Gobierno luxemburgués las invoca, ninguna de las excepciones previstas en el artículo 48, apartado 3, del Tratado, ni siquiera la relativa a la salud pública, parece poder aplicarse al presente caso. Como acertadamente señala la Comisión, nadie puede imaginar razonablemente que la salud pública depende de la diferenciación de las tarifas de las prestaciones médicas entre afiliados al régimen nacional y funcionarios de las Comunidades, ni tampoco, naturalmente, que la aplicación de las mismas tarifas constituya una amenaza para la salud pública.

98. Dado que la diferencia de trato controvertida afecta a una cuestión puramente económica, cabría eventualmente afirmar que pertenece al ámbito de aplicación de la jurisprudencia Decker, según la cual «objetivos de carácter meramente económico no pueden justificar un obstáculo al principio

55 — Véase, a título indicativo, la sentencia Meints, citada en la nota 14 *supra*, apartado 45.

fundamental de libre circulación de mercancías. Sin embargo, no puede excluirse que un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social constituya una razón imperiosa de interés general que pueda justificar esta clase de obstáculo». ⁵⁶

99. Aparte de que nadie ha alegado ni se ha demostrado la existencia de un «riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social» luxemburgués, no parece que tal riesgo sea real.

100. Debe recordarse que ni el Estado luxemburgués ni las Cajas de Seguro de dicho Estado cubren los gastos de asistencia médica y hospitalaria en caso de maternidad a los no afiliados al régimen nacional y, en particular, a los funcionarios de las Comunidades, mientras que, en el caso de los afiliados, dichos gastos son cubiertos por el Estado y no por las Cajas de Seguro. En consecuencia, prescindiendo del número, tal vez elevado, de funcionarios de las Comunidades que residen en Luxemburgo, las prestaciones de asistencia médica y hospitalaria en caso de maternidad a los funcionarios de las Comunidades no parecen representar una carga especial para el régimen de Seguridad Social de dicho Estado.

101. Si se demostrase que las tarifas que se aplican a los afiliados al régimen nacional son inferiores al coste de las prestaciones,

podría eventualmente sostenerse que la aplicación de dichas tarifas a los funcionarios de las Comunidades no afiliados al régimen nacional gravaría el presupuesto estatal de financiación de la asistencia médica y hospitalaria en caso de maternidad. Sin embargo, como ya se ha indicado, por un lado, ello no es contrario al espíritu de protección de la libre circulación de personas en el interior de la Comunidad ⁵⁷ y, por otro, no cabe objetar a los funcionarios de las Comunidades que deben pagar más caros los mismos servicios, puesto que no pagan impuestos al Estado luxemburgués. ⁵⁸

102. En definitiva, nada permite sostener que, debido a sus ingresos —en su caso— comparativamente elevados o a los límites —en su caso— comparativamente elevados de cobertura y reembolso de gastos por parte de su Caja de Seguro, los funcionarios de las Comunidades y sus entidades aseguradoras deban financiar el régimen luxemburgués de Seguridad Social.

d) Conclusión sobre la prohibición de las discriminaciones por razón de la nacionalidad

103. Sobre la base de las observaciones que anteceden, estimo, pues, que el artículo 7, apartado 2, del Reglamento n° 1612/68 debe interpretarse en el sentido de que se

56 — Véase la sentencia de 28 de abril de 1998 (C-120/95, Rec. p. I-1831), apartado 39.

57 — Véase el punto 94 *supra*.

58 — Véase el punto 92 *supra*.

opone a la aplicación a los nacionales de Estados miembros que trabajan en el territorio de otro Estado miembro, como en el presente caso Luxemburgo, pero no están afiliados al régimen nacional de Seguridad Social de dicho Estado, entre los cuales se cuentan los funcionarios de las Comunidades Europeas, afiliados al RCAM, de unas tarifas de asistencia médica y hospitalaria en caso de maternidad más elevadas que las que se aplican a los residentes en dicho Estado afiliados al régimen nacional de Seguridad Social.

104. Como señala la Comisión, como consecuencia de lo anterior, debe declararse que «los miembros del grupo perjudicado deben ser tratados de la misma forma y debe aplicárseles el mismo régimen que a los demás interesados, régimen que, a falta de una correcta aplicación del Derecho comunitario, sigue siendo el único sistema de referencia válido». ⁵⁹

C. Sobre la protección de la competencia

105. En el presente asunto, la posible vulneración del artículo 85, apartado 1, del Tratado se refiere, principalmente, al hecho de que una agrupación de hospitales, como es en el presente caso la EHL, aplique a las personas y entidades no afiliadas al régimen nacional de Seguridad Social, entre las que se cuentan los funcionarios de las Comunidades Europeas, afiliados al

RCAM, unas tarifas de asistencia hospitalaria en caso de maternidad superiores a las que se aplican a los afiliados al régimen nacional de Seguridad Social.

106. Procede no obstante señalar, con carácter preliminar, que la referida vulneración, si es que existe, puede imputarse también al propio Estado miembro, cuyo marco legal y reglamentario permite este tipo de violaciones. ⁶⁰ Como ha declarado el Tribunal de Justicia, si bien es cierto que, en sí mismo, el artículo 85 del Tratado únicamente se refiere al comportamiento de las empresas y no a medidas legales o reglamentarias adoptadas por los Estados miembros, también es verdad que dicho artículo, interpretado en relación con el artículo 5 del Tratado, obliga a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, aunque sean legales o reglamentarias, que puedan desvirtuar el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas. Tal es el caso, en concreto, cuando un Estado miembro impone o favorece las prácticas colusorias contrarias al artículo 85 o refuerza los efectos de tales prácticas, o bien despoja a su propia normativa de su carácter estatal, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica. ⁶¹

107. Así pues, con el fin de apreciar si, en el presente asunto, existe un acuerdo entre

60 — Véase el punto 77 *supra*.

61 — Véanse, a título indicativo, las sentencias de 17 de noviembre de 1993, Mengi (C-2/91, Rec. p. I-5751), apartado 14, y de 17 de junio de 1997, Sodemare y otros (C-70/95, Rec. p. I-3395), apartado 41.

59 — Véase la sentencia Terhoeve, citada en la nota 28 *supra*, apartado 57.

empresas, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada prohibidos a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado (f), se examinará a continuación si concurren los requisitos exigidos y, en concreto, si existe una empresa y una asociación de empresas (a), un acuerdo entre empresas, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada (b) que tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (c) y que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros (d) de manera significativa (e).

a) Sobre la existencia de una empresa y de una asociación de empresas

108. Están comprendidos en el artículo 85, apartado 1, los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas. En consecuencia, en primer lugar, es necesario examinar si los hospitales constituyen empresas y si una agrupación de hospitales como la EHL constituye una asociación de empresas a efectos de la citada disposición.

109. Según la jurisprudencia, el concepto de empresa «comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de

dicha entidad y de su modo de financiación». ⁶²

110. En mi opinión, no cabe duda que, en las relaciones que mantienen con los no afiliados al régimen nacional de Seguridad Social y, más concretamente, con los funcionarios de las Comunidades, relaciones que son las que nos interesan directamente en el presente caso, los hospitales de Luxemburgo, con independencia de su carácter público o privado, constituyen empresas en el sentido antes referido.

111. El CHL y los demás hospitales de Luxemburgo ejercen una actividad económica en la medida en que prestan servicios —en el presente caso, servicios de asistencia en caso de maternidad— mediante retribución. ⁶³ Estimo asimismo que, habida cuenta de la interpretación amplia dada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al concepto de actividad económica y, por consiguiente, al de «empresa», no cabe objetar que unas actividades empresariales como las relacionadas con la profesión médica están sometidas a normas singulares de deontología y fijación de honorarios, no tienen en principio carácter mercantil y, por tales razones, no pueden constituir una actividad económica sometida a las normas sobre la competencia. ⁶⁴ Esto es cierto máxime cuando, como analizaré a conti-

62 — Véanse, a título indicativo, las sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979), apartado 21, y de 17 de febrero de 1993, Poucet et Pistre (asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637), apartado 17.

63 — Véase, a propósito del concepto de actividad económica, la sentencia de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia (C-35/96, Rec. p. I-3851), apartado 36.

64 — Véase *Commentaire J. Mégret. Le droit de la CE. 4. Concurrence*; Waelbroeck, M., y Frignani, A.: *Études européennes*, colección dirigida por el Institut d'Études européennes, 2.ª ed., 1997, pp. 37 y 38.

nuación, el nexo concreto entre el objeto de la actividad examinada y el controvertido acuerdo entre empresas, decisión de asociación de empresas o práctica concertada no justifica la invocación de los motivos antes referidos, los cuales, a primera vista, dotan en efecto de singularidad a las actividades de prestación de servicios de asistencia médica y hospitalaria.

112. Por otra parte, es en principio indiferente el que un hospital sea público o privado, si bien el carácter público del hospital podría, en determinadas circunstancias que se indicarán a continuación, suscitar dudas en cuanto a su calificación como empresa.

113. Como acertadamente señala la Comisión, no cabe sostener que, en sus relaciones con los no afiliados al régimen nacional de Seguridad Social, los hospitales, aun cuando pudieran calificarse como públicos, ejercen una actividad perteneciente al ámbito de los servicios de Seguridad Social. En la medida en que los propios hospitales invocan la no afiliación de los funcionarios de las Comunidades al citado régimen de servicios, sus relaciones con estos últimos, pese a referirse a la asistencia médica y hospitalaria, no pueden por menos de calificarse en principio como económicas, ajenas a toda noción de solidaridad nacional en el marco de la Seguridad Social. En consecuencia, no cabe concebir la aplicación de la sentencia Poucet et Pistre, antes citada, en la que el Tribunal de Justicia declaró: «las Entidades Gestoras del seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de Seguridad Social desempeñan una función de carácter exclusivamente social. En efecto, tal actividad se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa. Las prestaciones que se abonan son prestaciones legalmente deter-

minadas e independientes de la cuantía de las cotizaciones. De lo anterior se deduce que dicha actividad no es una actividad económica y que, por lo tanto, las entidades encargadas de la misma no constituyen empresas en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado». ⁶⁵ Por otra parte, en el presente caso el supuesto acuerdo se refiere únicamente a hospitales y no a entidades gestoras del seguro de enfermedad o entidades aseguradoras. Además, tal como se desprende de los propios datos que figuran en la cuestión prejudicial, la EHL, en tanto que agrupación de dichos hospitales, tiene la posibilidad de fijar la cuantía de las contraprestaciones exigidas por las prestaciones de servicios a los no afiliados al régimen nacional de Seguridad Social, y ello de manera unilateral, sin acuerdo previo con las entidades aseguradoras interesadas.

114. En relación con este último elemento, que constituye también la cuestión controvertida a propósito de la eventual vulneración de las normas sobre la competencia, debe señalarse que, como también ha declarado el Tribunal de Justicia, «el concepto de empresa, situado en un contexto de Derecho de la competencia, debe interpretarse en el sentido de que designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo». ⁶⁶ Dicho de otro modo, en cada asunto el concepto de «empresa» debe concebirse en un sentido funcional, habida cuenta de la actividad relacionada con el objeto del acuerdo entre empresas, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada de que se trate.

65 — Véase la sentencia Poucet et Pistre, citada en la nota 62 *supra*, apartados 18 y 19.

66 — Véase, a este respecto, la sentencia de 12 de julio de 1984, Hydrotherm Gerätebau (170/83, Rec. p. 2999), apartado 11.

115. En el presente asunto, dicho enfoque funcional de la cuestión aconseja considerar que las relaciones entre los hospitales y los no afiliados al régimen nacional de Seguridad Social son de carácter económico-privado, y a disipar, incluso con respecto a los hospitales públicos, toda sospecha de actividad relacionada con el ejercicio de privilegios de los poderes públicos, destinada a servir al interés público o a proteger la salud pública. En efecto, como ya señalaba en un punto anterior de estas conclusiones, sería muy difícil sostener que la fijación unilateral de las citadas tarifas con respecto a los no afiliados al régimen nacional de Seguridad Social viene exigida por razones de interés público o de protección de la salud pública.

116. Dado que, en sus relaciones con los no afiliados al régimen nacional de Seguridad Social, los hospitales pueden ser calificados como empresas, parece ser que su agrupación, en el presente caso la EHL, puede constituir una asociación de empresas en el marco de las referidas relaciones. No obstante, dado que la resolución de remisión no menciona de manera pormenorizada cuáles son las normas por las que se rige la organización y el funcionamiento de la EHL, no parece que el Tribunal de Justicia pueda apreciar los datos que invoca principalmente el Sr. Ferlini, según los cuales la EHL constituye una asociación sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica propia, y debe considerarse una asociación de empresas a efectos del artículo 85, apartado 1. Corresponde al Juez nacional, que conoce el Derecho nacional, apreciar los citados datos y aplicar los criterios definidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con respecto a la existencia de una «asociación

de empresas»,⁶⁷ pudiendo en todo caso, si lo estima necesario, plantear la correspondiente cuestión prejudicial a este Tribunal de Justicia. Debe, no obstante, señalarse que cabe que sea superfluo dilucidar la cuestión referente a la existencia o inexistencia de una «asociación de empresas» habida cuenta de las observaciones que siguen a propósito de la existencia de un acuerdo entre empresas, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada.

b) Sobre la existencia de un acuerdo entre empresas, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada

117. Como observa la Comisión, la cuestión prejudicial planteada parece partir del

67 — Debe señalarse que se considera que existe una «asociación de empresas» siempre que existe un órgano de coordinación, aun cuando no haya personalidad jurídica (véase, a este respecto, *Commentaire J. Mégret, op. cit.*, pp. 133 y 134). Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado que es indiferente que la asociación tenga o no ánimo de lucro (véase la sentencia de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck y otros/Comisión, asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125, apartado 88). Asimismo, procede señalar que, a propósito de la existencia de una «asociación de empresas», el Tribunal de Justicia ha reiterado en bastantes ocasiones la idea de la representación inmediata o directa de los intereses de los empresarios de un determinado sector, definiendo los requisitos con arreglo a los cuales los miembros de determinadas comisiones a las que se confía la competencia de elaborar una tarifa aplicable a todas las empresas que ejercen una determinada actividad no pueden ser considerados como representantes de los círculos profesionales interesados. Ello sucede, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando: a) los miembros de las citadas comisiones (comisiones de tarifas) no están obligados por órdenes o instrucciones de las empresas o asociaciones que los propongan para su nombramiento, no puedan ser considerados como reuniones de representantes de las empresas del sector de que se trate y, por tanto, puedan calificarse como expertos independientes, y b) los miembros de dichas comisiones de tarifas están obligados por la ley a fijar las tarifas habida cuenta no sólo de los intereses de las empresas o asociaciones de empresas del sector que les haya designado, sino del interés público y los intereses de las empresas de otros sectores o de los usuarios de sus servicios (véanse, a título indicativo, las sentencias de 17 de noviembre de 1993, Reiff, C-185/91, Rec. p. I-5801; de 9 de junio de 1994, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, C-153/93, Rec. p. I-2517; de 5 de octubre de 1995, Centro Servizi Spediporto, C-96/94, Rec. p. I-2883, y de 17 de octubre de 1995, DIP y otros, asuntos acumulados C-140/94 a C-142/94, Rec. p. I-3257).

supuesto, si no del dato cierto, de la existencia de un acuerdo entre los hospitales de Luxemburgo para aplicar tarifas uniformes de asistencia en caso de maternidad a las personas y entidades no afiliadas al régimen nacional de Seguridad Social, así como a los funcionarios de las Comunidades Europeas, afiliados al RCAM. En el marco de dicho acuerdo parece situarse también la fijación por la EHL de las tarifas de asistencia hospitalaria aplicables a partir del 1 de enero de 1989 a las personas y entidades no afiliadas al régimen nacional de Seguridad Social. Dicha fijación de tarifas parece haber sido respetadas por los hospitales adheridos a la EHL, como el CHL.

c) Sobre la cuestión de si se impide, restringe o falsea el juego de la competencia

119. El artículo 85, apartado 1, del Tratado prohíbe todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan *por objeto o efecto* impedir, restringir o falsear el juego de la competencia.

120. Asimismo, «según la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, tomar en consideración los efectos concretos de un acuerdo es superfluo desde el momento en que resulta que tiene por objeto restringir, impedir o falsear el juego de la competencia. La misma consideración se aplica a una decisión de una asociación de empresas». ⁶⁸

121. Por otra parte, el acuerdo horizontal, la práctica concertada o la decisión de una asociación de empresas de un mismo sector dirigidos a fijar una tarifa uniforme de los servicios prestados constituye, tal como indican tanto la Comisión como el Sr. Ferlini, un ejemplo clásico de acuerdo que tiene por objeto la restricción de la competencia en el mercado de servicios de que se trate. Esta es la razón por la cual en el artículo 85, apartado 1, letra a), se contempla expresamente como supuesto prohibido de infracción de las normas sobre la libre competencia el hecho de «fijar directa

118. Dado que el artículo 85, apartado 1, del Tratado comprende las tres posibles formas de colaboración (acuerdo entre empresas, decisión de asociación de empresas o práctica concertada), el establecimiento de una distinción precisa no parece revestir gran importancia para la respuesta a la presente cuestión prejudicial. No obstante, de lo que antecede se desprende que, en el presente caso, se trata, con toda probabilidad, de una decisión de una asociación de empresas, sin que, ciertamente, pueda excluirse el caso de un acuerdo entre empresas o la existencia de una mera práctica concertada. En todo caso, sea como fuere, corresponde una vez más al Juez nacional, que conoce mejor los aspectos jurídicos y los hechos del litigio principal, efectuar la calificación adecuada, aplicando las conclusiones de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y planteando eventualmente, si lo estima necesario, una nueva cuestión prejudicial relativa a dicha calificación a este Tribunal de Justicia.

⁶⁸ — Véase la sentencia de 27 de enero de 1987, *Verband der Sachversicherer/Comisión* (45/85, Rec. p. 405), apartado 39.

o indirectamente los precios de compra o de venta» de bienes o servicios.⁶⁹

122. En el presente caso, al parecer no cabe duda de que la fijación de tarifas uniformes aplicables a las prestaciones de asistencia hospitalaria en caso de maternidad, con respecto a las personas y entidades no afiliadas al régimen luxemburgués de Seguridad Social, incurre en la prohibición de todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto restringir el juego de la competencia en el marco de la prestación de dichos servicios.

d) Sobre la incidencia en el comercio intracomunitario

123. Procede recordar que, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, el artículo 85, apartado 1, del Tratado no exige que los acuerdos contemplados en dicha disposición hayan afectado a los intercambios intracomunitarios, prueba que en la mayoría de los casos es muy difícil de aportar de modo suficiente en Derecho, sino que requiere que se demuestre que dichos acuerdos pueden tener tal efecto.⁷⁰ Asimismo, conforme a una reiterada jurisprudencia, «para que

una decisión, acuerdo o práctica concertada pueda afectar al comercio entre Estados miembros, debe permitir prever con un grado de probabilidad suficiente, sobre la base de un conjunto de elementos de Derecho o de hecho, que puede ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial, en los flujos de intercambios entre Estados miembros, hasta el punto de hacer temer que pueda obstaculizar la realización de un mercado único entre los Estados miembros».⁷¹

124. Asimismo, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «el hecho de que una práctica colusoria sobre precios como la controvertida tenga por único objeto la comercialización de los productos en un único Estado miembro no basta para descartar la posibilidad de que el comercio entre Estados miembros resulte afectado; [...] en efecto, una práctica colusoria que se extiende al conjunto del territorio de un Estado miembro puede, por su propia naturaleza, llegar a consolidar compartimentaciones de carácter nacional, obstaculizando así la interpenetración económica perseguida por el Tratado y protegiendo a la producción nacional; [...] a este respecto, deben investigarse a un tiempo los medios de que disponen quienes intervienen en una práctica colusoria para asegurar que la clientela permanezca fiel, la importancia relativa de la práctica colusoria en el mercado de que

69 — Véanse las sentencias de 3 de julio de 1985, Binon (243/83, Rec. p. 2015), apartado 44, y Verband der Sachversicherer/Comisión, citada en la nota precedente, apartado 41.

70 — Véanse, a título indicativo, las sentencias de 30 de enero de 1985, BNIC (123/83, Rec. p. 391), apartado 22, y de 17 de julio de 1997, Ferriere Nord/Comisión (C-219/95 P, Rec. p. I-4411), apartado 19.

71 — Véanse, a título indicativo, las sentencias Ferriere Nord/Comisión, citada en la nota precedente, apartado 20; de 12 de diciembre de 1995, Oude Luttikhuis y otros (C-399/93, Rec. p. I-4515), apartado 18, y Van Landewyck/Comisión, citada en la nota 67 *supra*, apartado 170.

se trata y el contexto económico en que se sitúa dicha práctica colusoria». ⁷²

que, habida cuenta de los criterios sentados en la jurisprudencia, podrían conducir de forma positiva a dicha conclusión.

125. En el presente asunto, la incidencia en el comercio intracomunitario puede derivarse del hecho de que la aplicación de unas tarifas más elevadas de asistencia hospitalaria en caso de maternidad puede, con toda probabilidad, conducir a que los no afiliados al régimen luxemburgués deseen ser hospitalizados fuera de dicho Estado. En otras palabras, es probable que la decisión controvertida de la EHL, por la que fijaron unas tarifas más elevadas aplicables a los no afiliados al régimen nacional y a los funcionarios de las Comunidades que trabajan en Luxemburgo, que están afiliados al RCAM, desvíe de su orientación prevista el comercio relativo a la prestación de servicios de asistencia hospitalaria en caso de maternidad en el mercado de que se trata.

126. Si bien corresponde al Juez nacional, que conoce mejor el Derecho nacional y las circunstancias de hecho del asunto principal, examinar de forma pormenorizada los factores jurídicos y fácticos sobre cuya base puede considerarse probable la mencionada incidencia en el comercio intracomunitario, procede señalar determinados elementos

127. Por un lado, la fijación de tarifas superiores de asistencia hospitalaria en caso de maternidad, que afecta a la totalidad del territorio y de los hospitales de un Estado miembro, puede en general, por su propia naturaleza, producir el efecto de consolidar la compartimentación del mercado nacional, obstaculizando de este modo la interpenetración económica perseguida por el Tratado. El hecho de que, en el presente asunto, se trate del Estado luxemburgués y, principalmente, de los funcionarios de las Comunidades que trabajan en el mismo refuerza de manera importante dicha probabilidad. Dada la reducida superficie de dicho Estado miembro y su vecindad con otros tres Estados miembros (Bélgica, Francia y Alemania), cabe considerar muy probable que una gran parte de los funcionarios de las Comunidades que trabajan en Luxemburgo traten de obtener asistencia hospitalaria en dichos Estados vecinos, como también es muy probable que los funcionarios de las Comunidades que trabajan en dichos Estados miembros eviten ser hospitalizados en Luxemburgo, debido a las elevadas tarifas que se les aplican. Por otra parte, no cabe excluir la eventualidad, invocada por el Sr. Ferlini en sus observaciones, de que los hospitales de los Estados vecinos traten de adaptar sus tarifas a las elevadas tarifas fijadas por la EHL, o la invocada por la Comisión en el sentido de que las entidades en las que están asegurados los no afiliados al régimen nacional de Seguridad Social celebren convenios de preferencia con hospitales o clínicas situados en otro Estado miembro.

72 — Véase la sentencia de 26 de noviembre de 1975, *Groupement des Fabricants de papiers peints de Belgique y otros/Comisión* (73/74, Rec. p. 1491), apartados 25 a 27. Procede señalar que, en otras sentencias, el Tribunal de Justicia parece adoptar una fórmula más tajante, indicando simplemente que, «por su propia naturaleza, una práctica colusoria que se extienda a todo el territorio de un Estado miembro tiene por efecto consolidar las compartimentaciones de carácter nacional, obstaculizando de este modo la interpenetración económica perseguida por el Tratado». Véanse, a título indicativo, las sentencias de 17 de octubre de 1972, *Vereeniging van Cementhandelaren/Comisión* (8/72, Rec. p. 277), apartado 29, y de 11 de julio de 1985, *Remia/Comisión* (42/84, Rec. p. 2545), apartado 22.

128. Por otro lado, la naturaleza de los controvertidos servicios de asistencia hospitalaria en caso de maternidad contribuye aún más a reforzar la probabilidad antes mencionada.⁷³ La posibilidad de prever el desarrollo del embarazo permite, habitualmente, programar el lugar del parto. Por otra parte, podría sostenerse que las distancias similares existentes entre los hospitales belgas, franceses, alemanes y luxemburgueses permiten elegir hospital en función del precio de los servicios ofrecidos, incluso en caso de circunstancias relativamente excepcionales.

129. En este punto debe subrayarse que es posible que el Juez nacional compruebe que las probables restricciones del comercio intracomunitario antes mencionadas no se han observado todavía en la práctica —en especial en el grado considerable que exige la jurisprudencia⁷⁴—, puesto que las tarifas superiores de asistencia hospitalaria en caso de maternidad que se aplican, en particular, a los funcionarios de las Comunidades están cubiertas, en muy amplia medida, por el RCAM, circunstancia que reduce la importancia que para ellos reviste la cuantía de dichas tarifas en relación con la elección de hospital. Sin embargo, esta eventual comprobación no debería conducir a la conclusión de que no existe incidencia en el comercio entre Estados miembros a efectos de las disposiciones del Derecho comunitario. Por un lado, debe

recordarse que basta con que dicha incidencia sea probable y no se requiere que se haya concretado. Por otro, la cobertura de las tarifas elevadas por parte del RCAM constituye un factor exógeno y susceptible de ser modificado que contribuye a que dicha incidencia probable no se manifieste en la práctica, y que no puede eliminar de forma duradera y con carácter general la posibilidad de que la fijación controvertida de tarifas más elevadas afecte, por su propia naturaleza, al comercio entre los Estados miembros.⁷⁵ A este respecto, en la medida en que se estime que dicha fijación entraña una discriminación por razón de la nacionalidad y es contraria al Derecho comunitario, es muy probable que el RCAM deje de cubrir las mencionadas tarifas elevadas, en cuyo caso, si los hospitales de Luxemburgo mantienen dichas tarifas, se manifestarán en la práctica sus consecuencias en el comercio entre los Estados miembros.

e) Sobre el carácter significativo de la restricción de la competencia y de la incidencia en el comercio intracomunitario

130. Para incurrir en la prohibición enunciada en el artículo 85, un acuerdo entre

73 — No obstante, como señala la Comisión, si las controvertidas tarifas uniformes más elevadas se refieren a la totalidad de los servicios de asistencia hospitalaria y no sólo a los gastos de maternidad (véase el punto 83 *supra*), esta circunstancia deberá ser tenida en cuenta para apreciar en su totalidad la probable incidencia en el comercio intracomunitario.

74 — Véanse los puntos 130 y ss. *infra*.

75 — Procede señalar que, en su sentencia de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión (107/82, Rec. p. 3151), apartado 60, el Tribunal de Justicia declaró, en relación con los acuerdos que, por su naturaleza, pueden afectar al comercio intracomunitario, que «el mero hecho de que los comerciantes que solicitan su admisión en una red de distribución o que ya han sido admitidos en ella no efectúen operaciones comerciales intracomunitarias en un momento dado no basta para descartar la posibilidad de que las limitaciones a la libertad de acción de los distribuidores obstaculicen el comercio intracomunitario, pues la situación puede variar de un año a otro, según las modificaciones de las condiciones o de la composición del mercado, tanto en el mercado común en su conjunto como en los diferentes mercados nacionales» (el subrayado es mío).

empresas, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada debe poder afectar de manera significativa al comercio entre los Estados miembros y al juego de la competencia.⁷⁶ Sobre este extremo, el Tribunal de Justicia ha declarado que «[l]a influencia que un acuerdo puede tener en el comercio entre Estados miembros se aprecia considerando, entre otros factores, la posición y la importancia que los participantes en el acuerdo tengan en el mercado de los productos de que se trate [...]. De este modo, incluso un acuerdo que contenga una protección territorial absoluta quedará al margen de la prohibición del artículo 85 del Tratado cuando tan sólo afecte al mercado de una manera insignificante, habida cuenta de la débil posición que tengan los interesados en el mercado de los productos de que se trate [...]».⁷⁷

131. En el presente caso, corresponde al Juez nacional, que conoce mejor los factores jurídicos y fácticos del litigio principal,

76 — Véase la sentencia de 25 de noviembre de 1971, Béguelin (22/71, Rec. p. 949), apartado 16.

77 — Véase la sentencia de 28 de abril de 1998, Javico (C-306/96, Rec. p. I-1983), apartado 17.

Procede señalar que la Comisión, en un intento de fijar un determinado límite para los acuerdos de menor importancia no contemplados en el artículo 85, apartado 1, consideró que los acuerdos horizontales entran en dicha categoría cuando la cuota de mercado que poseen las empresas participantes no sea superior al 5 % de la parte del mercado común en que se aplican dichos acuerdos, o cuando el volumen de negocios total realizado por dichas empresas durante un ejercicio no rebase los 200 millones de ECU (véase la Comunicación de la Comisión, de 3 de septiembre de 1986, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea; DO C 231, p. 2). No obstante, como indica la propia Comisión en sus observaciones, en una reciente Comunicación parece no excluir la posibilidad de admitir, aun cuando las cuotas de mercado sean reducidas, es decir, inferiores a los límites antes señalados, la aplicación de la prohibición enunciada en el artículo 85, apartado 1, con respecto a determinadas categorías de acuerdos, como los que tengan por objeto la fijación de precios (véase la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea; DO 1997, C 372, p. 13).

apreciar si la decisión de la EHL afecta de forma significativa al comercio entre los Estados miembros, habida cuenta de la posición que ocupan en el mercado pertinente los hospitales de Luxemburgo. Previamente, sin embargo, debe delimitarse el mercado pertinente.

132. Desde el punto de vista del objeto, parece que el mercado pertinente comprende los servicios de asistencia hospitalaria en caso de maternidad prestados a las personas que trabajan en Luxemburgo y no están afiliadas al régimen nacional de Seguridad Social de dicho Estado. En efecto, el mercado de los servicios de que se trata parece presentar una relativa autonomía puesto que, como subraya la Comisión, se distingue del mercado correspondiente a los servicios prestados a los afiliados al régimen nacional, en el que las tarifas fueron fijadas de forma uniforme bien mediante reglamento, bien sobre la base de convenios colectivos dotados de eficacia obligatoria *erga omnes*. Además, debe señalarse que, desde la perspectiva de la demanda, es decir, desde el punto de vista de las personas que no están afiliadas al régimen nacional de Seguridad Social y necesitan servicios de asistencia hospitalaria en caso de maternidad, los servicios de que se trata no pueden ser sustituidos por otros, circunstancia que refuerza aún más la autonomía del mercado pertinente.

133. Desde el punto de vista geográfico, el mercado pertinente parece más difícil de definir. Su determinación depende del lugar de residencia de las personas que trabajan en Luxemburgo y no están afiliadas al régimen nacional de Seguridad Social, las

cuales, en su mayor parte, parecen ser funcionarios de las Comunidades. En concreto, debe tenerse en cuenta la superficie geográfica del lugar en que se encuentran los establecimientos hospitalarios que prestan servicios de asistencia en caso de maternidad y, habida cuenta de la naturaleza de dichos servicios, si están situados a una distancia adecuada del lugar de residencia de los citados destinatarios de dichos servicios. Cabría afirmar que, en líneas generales, los criterios que anteceden definen, desde el punto de vista geográfico, un mercado pertinente que abarca, en el presente caso, la totalidad del territorio de Luxemburgo y una parte adecuada del territorio de los Estados vecinos.

apartado 1, del Tratado debe interpretarse en el sentido de que prohíbe una decisión de una asociación de hospitales, como en el presente caso la decisión de la EHL, que fija para los nacionales de Estados miembros que trabajan en el territorio de otro Estado miembro, como en el presente caso Luxemburgo, pero no están afiliados al régimen nacional de Seguridad Social de dicho Estado, entre los cuales se cuentan los funcionarios de las Comunidades Europeas afiliados al RCAM, tarifas de asistencia hospitalaria en caso de maternidad más elevadas que las que se aplican a los residentes en dicho Estado que están afiliados al régimen nacional de Seguridad Social, si el Juez nacional estima que la citada decisión puede afectar de manera significativa al comercio intracomunitario.⁷⁸

134. Sobre la base de lo anterior, corresponde al Juez nacional determinar si, dentro del mercado así definido geográficamente, reviste importancia o no la cuota de mercado de los hospitales agrupados en la EHL en relación con la prestación de los servicios antes mencionados a las personas que trabajan en Luxemburgo y no están afiliadas al régimen nacional de Seguridad Social.

f) Conclusión sobre la protección de la competencia

135. Habida cuenta de las observaciones que anteceden, estimo que el artículo 85,

78 — En el marco del presente asunto, no es necesario examinar si dicha decisión de la asociación de hospitales puede acogerse a una exención en virtud del artículo 85, apartado 3, del Tratado. Sólo la Comisión tiene competencia para conceder dichas exenciones y de ningún elemento de los autos se desprende que se haya planteado la cuestión del ejercicio —ni, por tanto, del control por parte del Tribunal de Justicia— de dicha competencia exclusiva.

VI. Conclusión

136. Propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Sala Octava):

- «1) El artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación a los nacionales de Estados miembros que trabajan en el territorio de otro Estado miembro, como en el presente caso Luxemburgo, pero no están afiliados al régimen nacional de Seguridad Social de dicho Estado, entre los cuales se cuentan los funcionarios de las Comunidades Europeas, afiliados al RCAM, de tarifas de asistencia médica y hospitalaria en caso de maternidad más elevadas que las que se aplican a los residentes en dicho Estado que están afiliados al régimen nacional de Seguridad Social.

- 2) El artículo 85, apartado 1, del Tratado CEE debe interpretarse en el sentido de que prohíbe una decisión de una asociación de hospitales, como en el presente caso la decisión de la EHL, que fija para los nacionales de los Estados miembros que trabajan en el territorio de otro Estado miembro, como en el presente caso Luxemburgo, pero no están afiliados al régimen nacional de Seguridad Social de dicho Estado, entre los cuales se cuentan los funcionarios de las Comunidades Europeas, afiliados al RCAM, tarifas de asistencia hospitalaria en caso de maternidad más elevadas que las que se aplican a los residentes en dicho Estado que están afiliados al régimen nacional de Seguridad Social, si se considera que la citada decisión puede afectar de manera significativa al comercio intracomunitario.»