

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. M. POIARES MADURO

presentadas el 10 de noviembre de 2005 ¹

1. La sumisión de una entidad al Derecho comunitario de la competencia depende de su consideración como empresa. Aun cuando el Tratado CE se refiere a este concepto en numerosas ocasiones no lo define, por lo que ha sido precisado por la jurisprudencia, que le atribuye un contenido funcional. Se ha declarado que cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación, constituye una empresa en el sentido de los artículos 81 CE a 86 CE.² Si bien se admite que ciertas misiones de interés general, como el mantenimiento y la mejora de la seguridad de la navegación aérea³ o la protección del medio ambiente,⁴ no tienen carácter económico, no es tan sencillo discernir cuándo otras actividades, relacionadas con el funcionamiento del sistema de seguridad social nacional, pueden calificarse de no económicas, puesto que la jurisprudencia opera en este ámbito examinando en cada caso si el principio de solidaridad debe excluir la aplicación de las normas comunitarias sobre la competencia. No es tarea fácil enumerar las circunstancias

en las que este principio priva a una actividad de su carácter económico.

2. La cuestión fundamental que se plantea en el presente asunto versa sobre la compra de instrumentos médicos por un ente público gestor del sistema nacional de salud español (en lo sucesivo, «SNS»). Es necesario centrarse en dos aspectos. Ha de determinarse, por un lado, si la sumisión de la actividad de dicho ente al principio de solidaridad impide que se le califique de empresa y, por otro, si es posible disociar, dentro de las operaciones que efectúa, las operaciones de compra de las relativas a la prestación de servicios sanitarios.

3. La Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (en lo sucesivo, «FENIN») ha interpuesto un recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 4 de marzo de 2003, Fenin/Comisión (T-319/99, Rec. p. II-357; en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), en la que se confirmó la decisión de la Comisión de las Comuni-

1 — Lengua original: portugués.

2 — Sentencia de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979).

3 — Sentencia de 19 de enero de 1994, SAT Fluggesellschaft, denominada «Eurocontrol» (C-364/92, Rec. p. I-43).

4 — Sentencia de 18 de marzo de 1997, Diego Call & Figli (C-343/95, Rec. p. I-1547).

dades Europeas de desestimar una denuncia, por entender que al ente en cuestión no le era aplicable el Derecho de la competencia, al no tratarse de una empresa. Mediante el presente recurso de casación, se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la conformidad de esta apreciación con el concepto de empresa, tal como ha sido definido en su jurisprudencia.

I. Contexto del recurso de casación

4. De la sentencia recurrida se desprende que el litigio se originó a raíz de una decisión de la Comisión, de 26 de agosto de 1999 (en lo sucesivo, «acto impugnado»), por la que se resolvió desestimar una denuncia presentada por FENIN en la que se solicitaba que se declarase que los veintiséis entes gestores del SNS, entre los que se incluyen tres ministerios del Gobierno español, habían vulnerado el artículo 82 CE, al pagar sus facturas a FENIN con un retraso considerable, que alcanzaba una media de trescientos días.

5. FENIN es una federación que agrupa a la mayoría de las empresas que comercializan productos sanitarios en el ámbito hospitalario en España. El 12 de diciembre de 1997, FENIN presentó una denuncia ante la Comisión en la que sostenía que los entes gestores del SNS ocupaban una posición dominante en el mercado español de los productos sanitarios y abusaban de dicha posición al retrasar el pago de sus deudas. El 12 de mayo de 1998, FENIN dirigió a la Comisión un escrito de información complementaria. Mediante carta de 2 de diciembre de 1998, la Comisión comunicó a la demandante su decisión provisional de desestimar la denuncia. FENIN remitió sus

observaciones a la Comisión en un segundo escrito de 10 de febrero de 1999. En el acto impugnado, la Comisión desestimó definitivamente la denuncia de FENIN por el doble motivo de que, por una parte, «los veintiséis ministerios y organismos denunciados no son empresas cuando participan en la gestión del servicio de sanidad pública» y, por otra parte, «la posición de demandante de los veintiséis ministerios y organismos denunciados no se puede disociar de la oferta posterior». La Comisión llegó a la conclusión de que los entes en cuestión no actuaban como empresas y de que, por lo tanto, no les era aplicable el artículo 82 CE.

6. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 10 de noviembre de 1999, FENIN interpuso un recurso por el que solicitaba que se anulase el acto impugnado, alegando fundamentalmente que la Comisión había incurrido en un error manifiesto de apreciación en la aplicación de los artículos 82 CE y 86 CE. La Comisión sostuvo que había aplicado el criterio funcional de la definición de empresa para evaluar la situación del SNS, conforme a los criterios sentados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Poucet y Pistre.⁵

7. En la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia desestimó el recurso interpuesto por FENIN por entender que la Comisión había aplicado correctamente el concepto de empresa a efectos de los artículos 82 CE y 86 CE. El Tribunal de Primera Instancia llegó a esta conclusión tras efectuar un razonamiento en tres etapas. En el apartado 36 de la mencionada sentencia distinguió, en primer lugar, entre la actividad

5 — Sentencia de 17 de febrero de 1993 (asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637).

de compra y la de oferta al afirmar que «lo que caracteriza el concepto de actividad económica es la acción de ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado [...] y no la actividad de compra en cuanto tal». A continuación, el Tribunal de Primera Instancia señaló que «no procede disociar la actividad de compra del producto del uso posterior que el comprador da al producto adquirido para apreciar la naturaleza de aquella». Por consiguiente, era necesario determinar si el uso del producto adquirido tenía o no carácter económico. A results de su análisis, el Tribunal de Primera Instancia, basándose en lo declarado en las sentencias Poucet y Pistre, antes citada, y *Fédération française des sociétés d'assurance* y otros,⁶ llegó a la conclusión, en el apartado 39 de la sentencia recurrida, de que «el SNS, gestionado por los ministerios y demás entidades a que se refiere la denuncia presentada por la demandante, se rige por el principio de solidaridad tanto a la hora de obtener financiación, mediante cotizaciones sociales y otras contribuciones estatales, como a la hora de prestar gratuitamente servicios a sus afiliados sobre la base de una cobertura universal». Por lo tanto, una actividad de compra vinculada a otra actividad de carácter no económico tiene este mismo carácter. De esta circunstancia dedujo el Tribunal de Primera Instancia que los entes a que se refiere la denuncia de FENIN no son empresas en el sentido de los artículos 82 CE y 86 CE.

parte del motivo, FENIN sostiene que el Tribunal de Primera Instancia ha incurrido en un error, por un lado, al no considerar que la actividad de compra es una actividad económica y, por otro, al vincular la naturaleza de la actividad de compra a la del servicio prestado posteriormente. En la segunda parte del motivo, FENIN sostiene, con carácter subsidiario, que el Tribunal de Primera Instancia debería haber considerado que la actividad de compra es de carácter económico, dado que la actividad posterior, la prestación de servicios médicos, tiene carácter económico. En su escrito de contes-tación, la Comisión sostiene que el análisis efectuado por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia recurrida es conforme con la interpretación jurisprudencial del concepto de empresa a efectos del Derecho comunitario de la competencia. Por otro lado, la Comisión considera que la segunda parte del motivo es inadmisibile, por cuanto ha sido formulada por primera vez en casación. Además, este motivo implica cuestionar la apreciación de los hechos efectuada por el Tribunal de Primera Instancia, que no puede ser objeto de un recurso de casación. El Reino Unido y el Reino de España han intervenido en apoyo de la postura de la Comisión. Estiman que ni la compra en cuanto tal ni la prestación de servicios médicos constituyen una actividad económica.

8. El recurso de casación interpuesto por FENIN se dirige contra esta parte de la sentencia recurrida. FENIN formula un único motivo, la interpretación errónea del concepto de empresa a efectos del Derecho comunitario de la competencia por parte del Tribunal de Primera Instancia. En la primera

9. Antes de pasar a examinar sucesivamente las dos partes del único motivo formulado, conviene recordar la interpretación del concepto de empresa a efectos del Derecho comunitario de la competencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Se hará también referencia a la práctica que siguen los órganos jurisdiccionales y las autoridades en materia de competencia de los Estados miembros.

6 — Sentencia de 16 de noviembre de 1995 (C-244/94, Rec. p. I-4013).

II. Cuestión previa: el concepto de empresa

10. Como se ha señalado anteriormente, la consideración de una entidad como empresa a efectos del Derecho comunitario depende de la naturaleza económica de la actividad que ejerza. Puesto que el análisis de la naturaleza de una entidad ha de realizarse actividad por actividad, es perfectamente posible que se considere que una misma entidad constituye una empresa cuando efectúa algunas de sus actividades, mientras que, al realizar otras, queda fuera del Derecho de la competencia.⁷ Para distinguir entre actividades económicas y no económicas, la jurisprudencia parte de criterios concurrentes que se aplican acumulativa o alternativamente; es necesario reproducirlos aquí, puesto que FENIN basa su recurso de casación en la alegación de que el Tribunal de Primera Instancia aplicó erróneamente esta jurisprudencia.

A. La jurisprudencia sobre el concepto de empresa

11. El uso de un criterio comparativo, del que arranca la concepción funcional y extensiva del concepto de empresa, se inicia con la sentencia Höfner y Elser, antes citada. El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión

de que la actividad de que se trataba tenía carácter económico, puesto que «las actividades de colocación no siempre han sido ni son ejercidas necesariamente por entes públicos».⁸ Siguiendo el mismo razonamiento, el Abogado General Tesaurio, en las conclusiones que presentó en el asunto Poucet y Pistre, antes citado, estimó que la actividad controvertida en aquel caso únicamente podía ser desarrollada por un organismo público y no era comparable a la actividad aseguradora de las empresas privadas, lo que le llevó a considerar que la entidad de que se trataba no era una empresa.⁹ La sentencia Ambulanz Glöckner constituye un ejemplo más del modo en que el Tribunal de Justicia ha aplicado el criterio comparativo. En ella se consideró que determinadas organizaciones de asistencia sanitaria que prestaban servicios en el mercado del transporte de urgencia y del transporte de enfermos eran empresas, ya que «tales actividades no siempre han sido desempeñadas por estas organizaciones o por las autoridades públicas y tampoco es necesario que sea así».¹⁰

12. Si no hay un mercado en el que varias empresas compitan entre sí, no es tan sencillo determinar el carácter económico de una actividad ni aplicar el criterio comparativo. Por este motivo, y al objeto de impedir que la inexistencia de competencia efectiva en un mercado suponga su exclusión automática del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia, el criterio comparativo tiende a incluir en el concepto de actividad económica toda actividad que pueda ser ejercida por una entidad

7 — Sentencia de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia (118/85, Rec. p. 2599), que enuncia, en su apartado 7, que «el Estado puede actuar ya sea ejerciendo la autoridad pública ya sea ejerciendo actividades económicas de carácter industrial o comercial consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado».

8 — Apartado 22 de la sentencia Höfner y Elser, antes citada.

9 — Punto 12 de las conclusiones presentadas en el asunto Poucet y Pistre, antes citado.

10 — Sentencia de 25 de octubre de 2001 (C-475/99, Rec. p. I-8089), apartado 20.

con ánimo de lucro.¹¹ Aun cuando el Tribunal de Justicia no efectúe sistemáticamente esta comparación, sí que se ha venido remitiendo en la práctica totalidad de sus sentencias sobre el concepto de empresa a la sentencia Höfner y Elser, antes citada, que sigue siendo la premisa de su razonamiento. Sin embargo, si se aplica literalmente, este criterio comparativo permite incluir cualquier actividad en el ámbito de aplicación del Derecho de la competencia.¹² En efecto, casi todas las actividades pueden ser ejercidas por operadores privados. Así, nada se opone en teoría a que la defensa de un Estado sea subcontratada, como atestigua la Historia. Por tal razón, el Tribunal de Justicia precisó este concepto en posteriores sentencias, vinculándolo a la participación en un mercado.

13. El segundo criterio elaborado por la jurisprudencia para calificar de económica una actividad consiste en determinar si existe participación en un mercado o si se ejerce una actividad en un contexto de mercado. Aun cuando en la sentencia Höfner y Elser, antes citada, la naturaleza económica de la actividad sólo se deriva implícitamente de la participación en un mercado, ya que el Estado aceptaba la participación en el mercado de empresas privadas, el Tribunal

de Justicia ha establecido en otras sentencias un vínculo claro entre participación en un mercado y ejercicio de una actividad económica. En efecto, para llegar a la conclusión de que los agentes de aduanas italianos son empresas, el Tribunal de Justicia describe su actividad en los siguientes términos: «éstos ofrecen, mediante retribución, servicios consistentes en efectuar las formalidades aduaneras, relativas, sobre todo, a la importación, exportación y tránsito de mercancías, así como otros servicios complementarios, como servicios propios del ámbito monetario, comercial y fiscal».¹³ En sentencias posteriores, el Tribunal de Justicia equipara claramente la participación en un mercado y el carácter económico de la actividad ejercida. De este modo, en las sentencias Pavlov y otros y Ambulanz Glöckner afirmó que «constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado».¹⁴ Lo decisivo no es simplemente que, en teoría, la actividad pueda ser ejercida por operadores privados, sino el hecho de que se ejerza en condiciones de mercado. Lo que caracteriza tales condiciones es un comportamiento que persigue un objetivo de capitalización, en vez de regirse por el principio de solidaridad. Este rasgo permite determinar si existe o no un mercado, aun cuando las disposiciones legales vigentes impidan que se entable en él una verdadera competencia. En cambio, si el Estado permite que se desarrolle una competencia parcial, la actividad de

11 — Véanse los puntos 67 y 27, respectivamente, de las conclusiones presentadas por el Abogado General Jacobs en los asuntos Ambulanz Glöckner, antes citado, y AOK-Bundesverband y otros (sentencia de 16 de marzo de 2004, asuntos acumulados C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, Rec. p. I-2493).

12 — Véase Chérot, J.Y.: «Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel?», en *L'ordre concurrentiel: mélanges en l'honneur d'A. Pirovano*, 2003, donde se critica este método de comparación subrayando que, «por una parte, en teoría, la iniciativa privada puede ejercer cualquier actividad; por otra, la experiencia demuestra que la iniciativa privada ha ejercido, en un momento u otro de la Historia, todas las actividades» (p. 569). Véase también Idot, L.: «La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel», en la misma obra: «con esta definición, todo está destinado a convertirse mañana en "actividad económica"» (p. 528).

13 — Sentencia de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia (C-35/96, Rec. p. I-3851), apartado 37. Puede también citarse jurisprudencia más antigua, como la sentencia de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia, antes citada, apartado 3, en la que el Tribunal de Justicia afirma que «no se discute que la Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato [...] toma parte en la actividad económica, en el sentido de que ofrece, en el sector de los tabacos manufacturados, bienes y servicios en el mercado».

14 — Sentencias de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros (asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Rec. p. I-6451), apartado 75; Ambulanz Glöckner, antes citada, apartado 19. Véase también la sentencia de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros (C-309/99, Rec. p. I-1577), apartado 47, y la sentencia de 24 de octubre de 2002, Aéroports de Paris/Comisión (C-82/01 P, Rec. p. I-9297), apartado 79.

que se trate implica necesariamente la participación en un mercado.

14. Encuadradas en este contexto, pueden entenderse las referencias de la jurisprudencia a la posibilidad de que se cometan infracciones del Derecho de la competencia, utilizada como argumento para determinar si una entidad constituye una empresa.¹⁵ Aunque no se persiga ningún fin lucrativo, puede darse una participación en un mercado potencialmente contraria a los objetivos del Derecho de la competencia. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no se deriva que este criterio baste para otorgar la calificación de empresa, pero refuerza la conclusión de que debe aplicarse el Derecho de la competencia.

15. Junto a los criterios expuestos anteriormente, que han llevado al Tribunal de Justicia a concluir en diversos asuntos que se hallaba en presencia de una empresa, también conviene examinar la jurisprudencia en la que ciertas actividades han recibido la calificación de «no económicas». Esta calificación permite delimitar *a contrario* el ámbito de aplicación del Derecho comunitario de la competencia. El Tribunal de Justicia examina la naturaleza de la actividad,

su objeto y las normas que la rigen.¹⁶ A raíz de este examen, ha excluido del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia misiones de interés general como el mantenimiento de la seguridad aérea¹⁷ o la protección del medio ambiente,¹⁸ por considerar que figuran entre las funciones esenciales del Estado.¹⁹ De modo más general, se excluyen del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia todas las manifestaciones de ejercicio de la autoridad pública con las que se pretenda regular el mercado, pero no participar en él.²⁰

16. Aunque el ámbito sanitario se ha ido abriendo a la competencia, en la mayoría de los casos por iniciativa del legislador nacional,²¹ todavía sectores enteros del mismo quedan englobados en su totalidad en la actividad del Estado. Sea como fuere, el Derecho de la competencia sólo puede aplicarse en este ámbito en la medida en que no predomine en él la solidaridad. Para determinar el grado de solidaridad existente, el Tribunal de Justicia se ha basado, en las sentencias que ha dictado sobre esta materia, en un conjunto de indicios que permiten comprobar si la afiliación obligatoria a fondos de pensión o a regímenes de seguro o de jubilación es conforme con el Derecho

15 — Sentencia *Fédération française des sociétés d'assurance* y otros, antes citada, apartado 21, donde se afirma que «el mero hecho de que CCMSA no persiga fines lucrativos no priva a la actividad que ejerce de su carácter económico, ya que [...] dicha actividad puede dar lugar a conductas que las normas en materia de competencia tienen por objeto reprimir». Véanse también las conclusiones presentadas por el Abogado General Jacobs en el asunto *Cisal* (sentencia de 22 de enero de 2002, C-218/00, Rec. p. I-691), que precisan, en su punto 71, que «la cuestión subyacente es la de si dicha entidad está en condiciones de producir los efectos que las normas sobre la competencia pretenden impedir».

16 — En el apartado 30 de su sentencia *Eurocontrol*, antes citada, el Tribunal de Justicia declara que, «tomadas en su conjunto, las actividades de Eurocontrol, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas» no tienen carácter económico. Véase también el apartado 23 de la sentencia *Diego Cali & Figli*, antes citada, en el que se afirma que una actividad semejante, «por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que está sujeta», está vinculada al ejercicio de prerrogativas del poder público.

17 — Sentencia *Eurocontrol*, antes citada.

18 — La sentencia *Diego Cali & Figli*, antes citada, se refería a la prevención de la contaminación en el puerto de Génova.

19 — La prueba de que una actividad forma parte de las misiones de interés general puede ser corroborada por su inscripción entre los principios constitucionales del Estado miembro de que se trate. Véase el apartado 22 de la sentencia *Diego Cali & Figli*, antes citada.

20 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2004, *Meca-Medina y Majcen/Comisión* (T-313/02, Rec. p. I-3291), apartado 41.

21 — Véanse, por ejemplo, los hechos expuestos en la sentencia *AOK-Bundesverband* y otros, antes citada, y *Hervey, T.*, y *McHale, J.*: *Health Law and the European Union*, Cambridge, 2004, p. 136.

de la competencia. En dos casos ha declarado que la actividad en cuestión no tenía naturaleza económica, mientras que ha llegado a la conclusión contraria en otros tres asuntos.

17. En el asunto Poucet y Pistre, antes citado, se planteaba la cuestión de la compatibilidad con el Derecho de la competencia de la afiliación obligatoria a un régimen de seguridad social. Dado que no se trataba de ninguna actividad en particular, el Tribunal de Justicia se refirió a la naturaleza de las entidades en cuestión. En el fallo de la sentencia se declara, en efecto, que «en el concepto de empresa, en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado, no están comprendidas las entidades encargadas de la gestión de los regímenes de seguridad social, como las descritas en las resoluciones de remisión». Para llegar a esta conclusión, el Tribunal de Justicia señaló que «estos regímenes persiguen una finalidad social y se inspiran en el principio de solidaridad»,²² sin precisar la importancia que concedía a cada uno de estos elementos considerados individualmente. La lista de las diferentes manifestaciones del principio de solidaridad constituía el contexto en que debía procederse a la calificación,²³ mientras que el carácter «exclusivamente social» de la función que ejercen dichos organismos se deducía del hecho de que dicha función «se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa». El Tribunal de Justicia precisó que «las prestaciones que se abonan son prestaciones legalmente determinadas e independientes de la cuantía de las cotizaciones».²⁴

18. En el asunto Císal, antes citado, se discutía si la afiliación obligatoria a un régimen nacional de seguro contra accidentes laborales y enfermedades profesionales era conforme con los artículos 82 CE y 86 CE. En la sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que el organismo de que se trataba, l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (Instituto nacional italiano de seguro de accidentes laborales; en lo sucesivo, «INAIL»), se regía por el principio de solidaridad²⁵ y quedaba sometido al control del Estado, que fijaba el importe de las cotizaciones e imponía la afiliación obligatoria. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia excluyó que el INAIL ejerciera una actividad económica, lo que suponía la inaplicabilidad del Derecho de la competencia.

19. La cuestión planteada al Tribunal de Justicia en el asunto Fédération française des sociétés d'assurance y otros, antes citado, versaba sobre un monopolio de gestión de un régimen de seguro de vejez, atribuido a una mutualidad. Tras efectuar su análisis, el Tribunal de Justicia consideró que los organismos gestores del régimen de pensión complementario y facultativo debían calificarse de empresas. El Tribunal de Justicia insistió en que la afiliación al régimen de pensión era facultativa, en que éste se gestionaba conforme al principio de capitalización y en que las prestaciones se calculaban en función de las cotizaciones. De este

22 — Apartado 8 de la sentencia Poucet y Pistre, antes citada.

23 — Apartado 16 de la sentencia Poucet y Pistre, antes citada.

24 — Apartado 18 de la sentencia Poucet y Pistre, antes citada.

25 — En los apartados 38 a 40 de la sentencia Císal, antes citada, se precisa que la solidaridad se manifiesta en que las cotizaciones no son estrictamente proporcionales al riesgo del asegurado y en que las prestaciones pagadas tampoco son estrictamente proporcionales a los ingresos del asegurado.

modo, se reconocía implícitamente la existencia de una competencia con las compañías de seguro de vida. Por último, aun cuando pudieran advertirse elementos de solidaridad, el Tribunal de Justicia consideró que no eran «suficientes para desvirtuar» la calificación de empresa.

20. En la sentencia Albany,²⁶ el Tribunal de Justicia consideró también que un fondo sectorial de pensiones neerlandés constituía una empresa en el sentido del Derecho de la competencia. Se mencionaban tres aspectos, el carácter facultativo de la afiliación al fondo, la gestión conforme al principio de capitalización y la proporcionalidad entre las prestaciones y las cotizaciones abonadas, de los que se deducía que existía cierta competencia entre el fondo y las compañías privadas de seguro de vida. La finalidad social, la falta de fin lucrativo, la exigencia de solidaridad y las restricciones legales no bastaban para privar a la actividad ejercida de su carácter económico. La solidaridad establecida por el fondo era, en efecto, limitada, puesto que sólo beneficiaba a sus afiliados.

21. Es similar el razonamiento seguido en la sentencia Pavlov y otros, antes citada. Tras enumerar los elementos que aproximaban el fondo de pensiones complementarias de los médicos neerlandeses a una compañía privada de seguro de vida, el Tribunal de Justicia excluyó que las exigencias de solidaridad que recaían sobre el organismo pudieran alterar su naturaleza de empresa.

22. Por último, debe hacerse referencia a la sentencia AOK-Bundesverband y otros, antes citada, en la que el Tribunal de Justicia no examinó la afiliación a una caja de pensiones o a un fondo, sino la fijación de importes máximos para la contribución de las cajas de enfermedad alemanas a los costes de los medicamentos. Aunque hubiera podido hacerlo así, el Tribunal de Justicia no excluyó calificar de empresas a las cajas basándose en que ejercían una función de ordenación del mercado. La justificación elegida se basó en el concepto de solidaridad aplicada por el Estado, dado que los rasgos de competencia presentes en el sector del seguro de enfermedad no bastaban para crear las condiciones de un mercado. Sin embargo, no hay que olvidar que en el apartado 58 de esta sentencia se admitió expresamente la posibilidad de que las entidades en cuestión actúen como empresas cuando «efectúen operaciones con una finalidad que no sea social».

B. El criterio seguido a nivel nacional

23. Un análisis de Derecho comparado permite demostrar que el Derecho nacional de los Estados miembros emplea criterios próximos a los desarrollados por el Tribunal de Justicia. Merece la pena detenerse en algunos ejemplos, que ilustran cómo las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales interpretan el concepto de empresa. En

26 — Sentencia de 21 de septiembre de 1999 (C-67/96, Rec. p. I-5751).

la práctica decisoria alemana²⁷ y española²⁸ se encuentran criterios utilizados por el juez comunitario. Al parecer, un organismo estatal se considera empresa a efectos del Derecho de la competencia cuando ejerce en un mercado una actividad capaz de producir efectos contrarios a la competencia.

24. Es especialmente interesante la sentencia dictada por el Competition Commission Appeal Tribunal inglés en el asunto *Better-Care c/ The Director of Fair Trading*.²⁹ El North & West Belfast Health & Social Services Trust (en lo sucesivo, «N&W») estaba obligado por ley a garantizar servicios de enfermería y residencia a los ancianos. N&W poseía varias residencias, algunas de las cuales eran gestionadas por empresas privadas. Una de estas empresas, BetterCare, denunció que N&W había cometido un abuso de posición dominante, dado que, al ser el único comprador de sus servicios, la había obligado a aceptar unos precios muy bajos. Conforme a lo expuesto por el juez inglés, parece que el punto decisivo fue que N&W celebraba transacciones comerciales en el sector de los servicios con las empresas privadas que gestionaban residencias, lo que confería a sus actividades un carácter

comercial. El mencionado Tribunal declaró también que el sector privado desarrollaba actividades de gestión de residencias y de prestación de servicios de enfermería y que, en este contexto, el N&W competía con operadores privados. Por último, señaló que N&W podía vulnerar el Derecho de la competencia.

25. En Derecho finlandés, el hecho de que una actividad sea ejercida por un organismo estatal en virtud de una disposición legal puede contribuir a que pierda su carácter económico. Sin embargo, la autoridad en materia de competencia ha estimado que un hospital público al que se imputaba la práctica de precios predatorios para los servicios de laboratorio y de radiología en el mercado privado podía considerarse sometido al Derecho de la competencia.³⁰ También en la jurisprudencia sueca, el ejercicio de la autoridad pública queda fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia, siempre que se base en una ley.³¹ En cambio, las autoridades irlandesas se limitan a distinguir entre las actividades económicas y el ejercicio de funciones de naturaleza normativa o de ordenación de las relaciones industriales. La autoridad en materia de competencia irlandesa ha considerado de este modo que una autoridad sanitaria encargada de la administración de servicios sanitarios y de la prestación de servicios hospitalarios en una zona geográfica ejercía una actividad económica al alquilar bienes inmuebles.³²

27 — Véase Van de Gronden, J. W.: «Purchasing Care: Economic Activity or Service of General (Economic) Interest?», ECLR 2004, n° 2, pp. 87 y ss., especialmente p. 90. La situación de las cajas de enfermedad es distinta, puesto que dejaron de estar sometidas al Derecho de la competencia desde la entrada en vigor, el 1 de enero de 2004, de una ley de modernización del seguro de enfermedad. Véase, a este respecto, Jaeger, W.: «Die gesetzlichen Krankenkassen als Nachfrager im Wettbewerb», ZWetR 2005, n° 1, p. 31.

28 — Mediante decisión de 29 de enero de 1997 «Cruz Roja Española» (Expte R 179/96), el Tribunal de Defensa de la Competencia estimó que la Cruz Roja Española actúa como un operador económico cuando traslada a los enfermos en ambulancia, ya que propone estos servicios en un contexto de libre competencia y no se limita a gestionar subvenciones públicas con fines caritativos.

29 — Asunto n° 1006/2/1/01 [2002] Competition Appeal Reports 299.

30 — Kilpailuvirasto, 17 de marzo de 2000, dnro 343/61/1997.

31 — La Dirección nacional de la competencia ha estimado, por ejemplo, que las decisiones por las que la Oficina nacional de medicamentos autoriza un medicamento se incluyen en esta categoría.

32 — Decisión n° 358 de la autoridad de la competencia, FDB/Southern Health Board, de 12 de octubre de 1994.

C. El criterio aplicable

26. Cuando intenta determinar si una actividad asumida por el Estado o por un organismo estatal tiene carácter económico, el Tribunal de Justicia se adentra en un terreno peligroso, puesto que debe encontrar un equilibrio entre la necesidad de proteger una competencia no falseada en el mercado común y el respeto de las competencias de los Estados miembros.³³ El poder del Estado, que se ejerce en la esfera política, está sometido al control democrático. El control que se impone a los operadores económicos que actúan en un mercado es distinto: su actuación se rige por el Derecho de la competencia. Pero cuando el Estado actúa como operador económico, no parece justificado que su actuación se desarrolle al margen de todo control. Por el contrario, en tal caso tiene que respetar las mismas reglas. Por lo tanto, es indispensable elaborar un criterio claro para determinar cuál es la línea divisoria a efectos de la aplicación del Derecho de la competencia. En principio, las normas del Derecho de la competencia sólo se aplican a los operadores económicos que participan en un mercado y no a los Estados, salvo en los casos en que otorgan ayudas a

las empresas (artículos 88 CE a 92 CE). Sin embargo, la coherencia exige que si el Estado ratifica decisiones adoptadas por las empresas³⁴ o si actúa de hecho como un operador económico, pueden serle de aplicación los artículos 81 CE a 86 CE. Debe añadirse que el artículo 86 CE, apartado 2, perdería todo efecto útil si se excluyera la aplicación del Derecho de la competencia tan pronto como un Estado esté presente en un mercado.³⁵

27. Es cierto que establecer requisitos propios de la competencia en sectores que no reúnen los rasgos de un mercado carece de sentido. Ello podría llevar a exigir a los Estados miembros que justificaran sistemáticamente su actuación a la luz del artículo 86 CE, apartado 2, y equivaldría a extender sin límites el ámbito de aplicación del Derecho de la competencia. Ante todo, el Estado no actúa principalmente como un operador de mercado, ya que una de sus funciones fundamentales es la de aplicar dispositivos de redistribución. En este contexto, como la actuación del Estado sólo persigue un objetivo de solidaridad, resulta ajena a la lógica del mercado. El Derecho de la competencia sólo le es aplicable en la medida en que las entidades encargadas de cumplir los objetivos de solidaridad se consideren empresas. Por el contrario, si el ejercicio de la actividad de que se trate no persigue ningún objetivo de capitalización y, por lo tanto, no se rige por la lógica de

33 — Conforme al artículo 152 CE, apartado 5, «la acción comunitaria en el ámbito de la salud pública respetará plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica». Por lo que se refiere a la organización de la seguridad social, el artículo 137 CE, apartado 4, dispone que «las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo [...] no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste». Véanse también las sentencias de 7 de febrero de 1984, Duphar y otros (238/82, Rec. p. 523), apartado 16, y de 28 de abril de 1998, Kohll (C-158/96, Rec. p. I-1931), apartado 41. El artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DO 2000, C 364, p. 1) dispone también que «la Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión».

34 — Sentencias de 3 de diciembre de 1987, BNIC (136/86, Rec. p. 4789), y de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia (C-35/96, Rec. p. I-3851).

35 — Aunque el artículo 16 CE insiste en la necesidad de garantizar el funcionamiento de los servicios de interés económico general, no supone una restricción del ámbito de aplicación del artículo 86 CE, apartado 2, sino que más bien proporciona una orientación para interpretar dicha disposición.

mercado, no se aplicará tal Derecho. No por ello deja de estar sometido el Estado al criterio de coherencia: sólo puede excluir del mercado ciertas actividades si aplica efectivamente el principio de solidaridad y adopta políticas de redistribución. Esta afirmación equivale a reconocer que el Estado asume dos papeles distintos, según actúe como operador de mercado o lleve a cabo una acción política basada en la solidaridad. Sin embargo, no puede parapetarse tras el pretexto de la solidaridad para hacer que determinados operadores económicos escapen de la autoridad del Derecho de la competencia.

ción se viera vulnerado por empresas privadas.³⁶ El Estado tiene la posibilidad de modificar las condiciones de mercado en este sector imponiendo restricciones, como por ejemplo la obligación de prestar un servicio universal.³⁷ En tal caso, las entidades controladas por el Estado se considerarán empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, tal como se definen en el artículo 86 CE, apartado 2. Habrá que verificar si se reúnen los requisitos exigidos en dicho artículo, es decir, si la aplicación de las normas de competencia no impide el cumplimiento de la misión que se les ha asignado. Ésta es la fase en la que se tendrán en cuenta las exigencias sociales a la luz del objetivo de mantenimiento de una competencia no falseada.³⁸

28. Deben distinguirse dos casos. Por una parte, si empresas privadas y entidades públicas ejercen la misma actividad, puede entablarse una competencia entre ellas, aun cuando sea limitada y condicionada. El hecho de que la actividad efectuada por ambos tipos de entidades sea idéntica implica que los servicios prestados son semejantes y que responden a la misma demanda del mercado. El Tribunal de Justicia no concibe el criterio comparativo como un medio para exigir la liberalización de toda actividad en la que intervenga el Estado, pero vela sin embargo por evitar que las entidades públicas puedan competir con las empresas al tiempo que invocan una inmunidad con respecto al Derecho de la competencia. La sentencia Höfner y Elser, antes citada, puede interpretarse a la luz de estas pautas. Un elemento determinante del razonamiento del Tribunal de Justicia parece haber sido la incapacidad del Estado para satisfacer la demanda del mercado, dado que toleraba, de hecho, que su derecho exclusivo en materia de coloca-

29. Por otro lado, cuando el Estado se ha reservado el monopolio legal de ejercicio de una actividad, lo que implica que no pueda desarrollarse ninguna competencia efectiva, no se excluye, sin embargo, que actúe como un operador de mercado, puesto que la existencia de dicho monopolio no cambia la naturaleza de la actividad de que se trate.³⁹ En este contexto, será preciso comprobar, a

36 — Apartado 25 de la sentencia Höfner y Elser, antes citada.

37 — Véanse las sentencias de 24 de abril de 1994, Almelo (C-393/92, Rec. p. I-1477), que señala, en su apartado 48, que «una empresa de este tipo debe garantizar el suministro ininterrumpido de energía eléctrica, en la totalidad del territorio asignado, a todos los consumidores, distribuidores locales o usuarios finales, en las cantidades que se demanden a cada instante, a tarifas uniformes y en condiciones que sólo pueden variar con arreglo a criterios objetivos aplicables a todos los clientes», y de 19 de mayo de 1993, Corbeau (C-320/91, Rec. p. I-2533).

38 — Véase Baquero Cruz, J.: «Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law», Collected Courses of the Academy of European Law, vol. XIV/2, EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity, editado por G. de Burca, Oxford, 2005.

39 — La difusión de programas audiovisuales, por ejemplo, estaba anteriormente reservada a entidades estatales, mientras que en la actualidad se efectúa también por operadores privados.

partir de los indicios pertinentes, si la actividad se ha organizado de tal modo que responde de modo preponderante a exigencias de solidaridad o si, por el contrario, obedece a una lógica de mercado, con un objetivo de capitalización. El hecho de que a la entidad de que se trate le resulte imposible alcanzar el equilibrio financiero sin la aportación del Estado a su presupuesto será un indicio de que se trata del primer supuesto.

30. Cualquiera que sea el sector afectado, la solidaridad aplicada por el Estado puede ser más o menos importante. En el sector de los seguros, como el Tribunal de Justicia ha declarado en su jurisprudencia relativa a la afiliación a fondos o a cajas de pensiones o de enfermedad, el grado de solidaridad puede medirse a partir de tres elementos: el carácter obligatorio de la afiliación, la vinculación entre las cotizaciones exigidas y el riesgo de los asegurados, o bien por el contrario, en una perspectiva de solidaridad, entre las cotizaciones y sus ingresos, y, por último, la relación entre las prestaciones recibidas por los asegurados y las cotizaciones que abonaron.⁴⁰

31. Los parámetros pertinentes varían cuando se trata de medir el grado de solidaridad en la prestación de un servicio. Garantizar un acceso universal a los usuarios, ya sea en el ámbito de la salud, de las telecomunicaciones o de la energía, constituye una expresión de solidaridad, en la medida en que se prescinde de las diferencias

de coste real en aras de un precio uniforme. Sin embargo, la restricción que supone el acceso universal no puede, por sí sola, privar a la actividad de que se trate de su carácter económico. El grado de solidaridad es mayor cuando el servicio en cuestión es gratuito, puesto que en tal caso no existe relación alguna entre el coste de la prestación y el precio abonado por el usuario. Hay un último requisito determinante para concluir que un sector no se rige por la lógica de mercado. En efecto, si las entidades públicas y privadas prestan los mismos servicios, deberá efectuarse un análisis a la luz de lo dispuesto en el artículo 86 CE, apartado 2. En cambio, si las prestaciones sanitarias sólo pueden realizarlas los establecimientos controlados por el Estado, que están obligados a atender gratuitamente a todos los pacientes que lleguen, la lógica de mercado desaparece y la actividad responde únicamente al principio de solidaridad.

32. Aun cuando el presente asunto se refiere al sector sanitario, difiere sin embargo de las sentencias anteriormente mencionadas. De la sentencia recurrida se desprende que, si bien el SNS gestiona el régimen del seguro de enfermedad en España, también está encargado de prestar servicios sanitarios a sus afiliados. Si se discutiera acerca de las relaciones entre los beneficiarios de las prestaciones sanitarias y el organismo gestor del sistema nacional de salud, procedería aplicar los criterios que permiten determinar el grado de solidaridad del régimen, tal como han venido siendo desarrollados por el Tribunal de Justicia desde la sentencia Poucet y Pistre, antes citada. Sin embargo, la cuestión que se suscita en el presente recurso de casación es otra, ya que se trata de

40 — Véase, a este respecto Winterstein, A.: «Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law», [1999] ECLR, nº 6, p. 324; Mossialos, E., y McKee, M.: *EU Law and the Social Character of Health Care*, Bruselas, P.I.E.-Peter Lang, 2002, p. 34.

determinar la naturaleza económica o no, por una parte, de la prestación de servicios sanitarios gratuitos a sus afiliados y, por otra, de la compra de material sanitario a sus proveedores (apartado 40 de la sentencia recurrida). Para responder a esta cuestión, habrá que determinar, conforme al análisis antes desarrollado, si es correcta la conclusión de la sentencia recurrida en el sentido de que estas actividades no tienen naturaleza económica.

III. Apreciación del motivo invocado en el recurso de casación

33. Tras descartar las objeciones de la Comisión a la admisibilidad, analizaré en primer lugar la segunda parte del recurso de casación, ya que si el Tribunal de Primera Instancia se hubiera equivocado al calificar la actividad de prestación de servicios sanitarios desarrollada a título gratuito por el SNS de no económica, esta circunstancia repercutiría en su conclusión. En segundo lugar, me centraré en el vínculo entre la operación de compra y el uso al que se destina ésta, que constituye el objeto de la primera parte del recurso de casación.

A. Admisibilidad

34. La Comisión señala que la segunda parte del motivo formulado por FENIN es inadmisibile, por cuanto no se invocó en primera instancia y versa sobre consideraciones de hecho.

35. A juicio de la Comisión, FENIN no discutió en los escritos que presentó ante el Tribunal de Primera Instancia que la actividad ejercida por los entes gestores del SNS como prestadores de servicios sanitarios no constituye una actividad económica.

36. Sin embargo, debe señalarse que, en respuesta a una pregunta que le dirigió el Tribunal de Primera Instancia el 8 de febrero de 2002 acerca de la sentencia Smits y Peerbooms,⁴¹ la demandante se pronunció sobre el carácter económico de las prestaciones sanitarias efectuadas a título gratuito. Por tanto, dado que el Tribunal de Primera Instancia incluyó en el debate la calificación de esta actividad del SNS, ha de considerarse que formaba parte del objeto del litigio de que conocía.

37. Además, el Tribunal de Primera Instancia zanja esta cuestión en el apartado 40 de su sentencia al declarar que la actividad de que se trata no tiene carácter económico. Como es sabido, una parte puede impugnar la motivación en la que se basa la resolución de la sentencia.⁴² Por consiguiente, procede declarar la admisibilidad de la segunda parte del motivo de casación.

⁴¹ — Sentencia de 12 de julio de 2001 (C-157/99, Rec. p. I-5473).

⁴² — Artículo 113 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Sin embargo, los motivos que versen sobre una motivación reiterativa son inadmisibles: sentencias de 18 de marzo de 1993, Parlamento/Frederiksen (C-35/92 P, Rec. p. I-991); de 22 de diciembre de 1993, Pincherle/Comisión (C-244/91 P, Rec. p. I-6965), apartado 25, y de 16 de junio de 1994, SFEE y otros/Comisión (C-39/93 P, Rec. p. I-2681), apartado 23.

38. La calificación de una actividad de económica o de no económica, como la efectuada en el apartado 39 de la sentencia recurrida en lo relativo a la prestación gratuita de servicios sanitarios, es una operación sometida al control del Tribunal de Justicia en el marco del recurso de casación, y no una apreciación de hecho.⁴³

Por lo tanto, ninguno de los motivos de inadmisibilidad invocados por la Comisión impide que se examine la segunda parte del motivo de casación.

B. La naturaleza de la prestación de servicios sanitarios gratuitos a los afiliados al SNS

39. En el apartado 39 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia consideró que «el SNS, gestionado por los ministerios y demás entidades a que se refiere la denuncia presentada por la demandante, se rige por el principio de solidaridad tanto a la hora de obtener financiación, mediante cotizaciones sociales y otras contribuciones estatales, como a la hora de prestar gratuitamente servicios a sus afiliados sobre la base de una cobertura universal». Dedujo de lo anterior que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al concepto de empresa, «dichos organismos no actúan como empresas en su actividad de gestión del SNS».

40. El presente recurso de casación imputa al Tribunal de Primera Instancia la comisión de dos errores de Derecho, el primero al no haber efectuado una interpretación funcional del concepto de actividad económica y el segundo al haber interpretado de manera extensiva el principio de solidaridad.

41. Según afirma la demandante, el primer error del Tribunal de Primera Instancia consiste en no haber calificado de forma autónoma cada una de las actividades del SNS. Señala en efecto que el Tribunal de Primera Instancia calificó globalmente las actividades del SNS, sin tener en cuenta que éste, por una parte, ofrece un seguro de enfermedad obligatorio a sus afiliados y, por otra parte, está obligado a prestarles servicios sanitarios gratuitos. Aun cuando el hecho de estar asegurado implica el derecho a recibir servicios sanitarios, la prestación de estos servicios puede analizarse independientemente de la obligación de asegurarse. Cabe concebir que el seguro obligatorio se rija por el principio de solidaridad mientras que los prestadores sanitarios compiten entre sí, de modo que los asegurados sean libres de elegir entre ellos.

42. De la sentencia recurrida se desprende que el SNS se encarga efectivamente de estas dos actividades. También consta que el Tribunal de Primera Instancia, en lugar de calificar cada actividad de modo independiente, procedió a una calificación global y única del SNS.

43. Ahora bien, conforme a la jurisprudencia, es indispensable efectuar un examen

43 — Auto de 11 de julio de 1996, An Taisce y WWF UK/Comisión (C-325/94 P, Rec. p. I-3727), apartado 28; sentencia de 15 de mayo de 1997, Siemens/Comisión (C-278/95 P, Rec. p. I-2507), apartado 44.

autónomo de cada una de las actividades que asuma un organismo para poder determinar si dicha actividad constituye o no una actividad económica.⁴⁴ Resulta aún más necesario realizar una calificación autónoma actividad por actividad cuando se trata de una entidad pública, dado que ésta puede actuar como operador económico para una sola actividad y asumir, por otro lado, funciones de carácter no económico.

44. Al llevar a cabo una calificación global del SNS sin examinar individualmente la actividad de prestación de servicios sanitarios gratuitos, el Tribunal de Primera Instancia cometió, por tanto, un error de Derecho. No obstante, este error no tendría consecuencias sobre las conclusiones alcanzadas en la sentencia recurrida si la propia actividad de prestación de servicios sanitarios gratuitos debiera calificarse, de no económica.⁴⁵

45. Ahora bien, en opinión de la demandante, el Tribunal de Primera Instancia calificó erróneamente de no económica la actividad de prestación de servicios sanitarios gratuitos al efectuar una interpretación extensiva del concepto de solidaridad. Esta parte del recurso de casación hace referencia al punto principal sobre el que debe pronunciarse el Tribunal de Justicia en el presente litigio: el de determinar si la actividad de prestación de servicios sanitarios gratuitos por el SNS fue correctamente calificada de no económica.

46. Para llegar a la conclusión de que el SNS ejercía una actividad de carácter no económico, el Tribunal de Primera Instancia interpretó las sentencias, antes citadas, Poucet y Pistre, *Fédération française des sociétés d'assurance* y otros, y Albany indicando en el apartado 38 de la sentencia recurrida que «las entidades gestoras del seguro de enfermedad [...] desempeñaban una función de carácter exclusivamente social, basada en el principio de solidaridad nacional y carente de toda finalidad lucrativa, puesto que las prestaciones abonadas estaban previstas por la ley y eran independientes de la cuantía de las cotizaciones».

47. Sin embargo, el criterio establecido por el Tribunal de Justicia en las mencionadas sentencias no constituye un fundamento adecuado para determinar la naturaleza de una actividad de prestación de servicios sanitarios. En efecto, mientras que en las sentencias invocadas por el Tribunal de Primera Instancia, el Tribunal de Justicia examinaba, como se recordó anteriormente, la conformidad con el Derecho comunitario de la competencia de la afiliación obligatoria a una caja de enfermedad o a un organismo de seguros, la actividad cuya naturaleza debe determinarse en el presente asunto no es la relativa al seguro obligatorio de enfermedad, que también ejerce el SNS, sino la de prestación de servicios sanitarios. Por consiguiente, el grado de solidaridad existente en este sector debe evaluarse con arreglo a parámetros distintos de los aplicables a las actividades de una caja de enfermedad o de un organismo de seguros.⁴⁶

44 — Sentencias, antes citadas, AOK-Bundesverband y otros, apartado 58, y Comisión/Italia, de 16 de junio de 1987, apartado 7; punto 114 de las conclusiones presentadas por el Abogado General Cosmas en el asunto Ferlini (sentencia de 3 de octubre de 2000, C-411/98, Rec. p. I- 8081).

45 — Sentencias de 9 de junio de 1992, Lestelle/Comisión (C-30/91 P, Rec. p. I-3755), apartado 28, y de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brink's France (C-367/95 P, Rec. p. I-1719), apartados 46 y 47.

46 — Véanse los puntos 30 y 31 de las presentes conclusiones.

48. Como el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las actividades médicas en el contexto de la libre prestación de servicios, puede resultar útil efectuar un paralelismo con esta jurisprudencia para determinar la naturaleza de la prestación de servicios sanitarios gratuitos por el SNS a sus afiliados.

49. El artículo 50 CE prevé que, con arreglo al Tratado, «se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una retribución, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas». ⁴⁷ Con carácter más general, el Tribunal de Justicia ha declarado que «las actividades de carácter médico están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 60 del Tratado». ⁴⁸ A este respecto, debe recordarse la afirmación del Abogado General Tesouro de que el ámbito de la seguridad social no constituye «un islote al margen de la influencia del Derecho comunitario», ⁴⁹ de tal modo que las normativas nacionales sobre esta materia no quedan fuera del ámbito de aplicación de tal Derecho. Según el Tribunal de Justicia, la autonomía de los Estados miembros en materia de ordenación de su sistema de seguridad social no se opone a la aplicación de libertades fundamentales. ⁵⁰ Sin embargo, se deja a la legislación nacional la tarea de

definir, «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». ⁵¹

50. La participación del Estado en la financiación de las prestaciones médicas no excluye que una actividad médica pueda calificarse de servicio. ⁵² La jurisprudencia ha establecido igualmente que el mero hecho de que el paciente pueda recibir una prestación médica a título gratuito no basta para excluir dicha actividad del ámbito de aplicación del artículo 49 CE. En efecto, el Tribunal de Justicia declaró expresamente en la sentencia *Smits y Peerbooms* que los servicios sanitarios dispensados a título gratuito por los hospitales son servicios en el sentido del artículo 49 CE. Poco importa que no sean los beneficiarios quienes pagan el servicio, desde el momento en que «los pagos efectuados por las cajas de enfermedad [...] constituyen la contrapartida económica de las prestaciones hospitalarias y presentan indudablemente un carácter remuneratorio». ⁵³

51. A primera vista, parece deseable adoptar una solución similar en materia de libre

47 — Sentencias de 31 de enero de 1984, *Luisi y Carbone/Ministero del Tesoro* (asuntos acumulados 286/82 et 26/83, Rec. p. 377), apartado 9; de 13 de mayo de 2003, *Müller-Fauré y van Riet* (C-385/99, Rec. p. I-4509), apartado 38, y de 23 de octubre de 2003, *Inizan* (C-56/01, Rec. p. I-12403), apartado 16.

48 — Sentencia de 4 de octubre de 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, denominada «*Grogan*» (C-159/90, Rec. p. I-4685), apartado 18.

49 — Punto 17 de las conclusiones que presentó en los asuntos *Kohll*, antes citado, y *Decker* (sentencia de 28 de abril de 1998, C-120/95, Rec. p. I-1831).

50 — Sentencias, antes citadas, *Kohll*, apartado 21; *Smits y Peerbooms*, apartado 54; *Müller-Fauré y van Riet*, apartado 39, e *Inizan*, apartado 17.

51 — Sentencia *Kohll*, antes citada, apartado 18.

52 — Punto 41 de las conclusiones presentadas por el Abogado General Tesouro en los asuntos *Decker* y *Kohll*, antes citados; sentencia *Smits y Peerbooms*, antes citada, apartado 58. Puede encontrarse una opinión divergente en las conclusiones que presentó el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto *Smits y Peerbooms*, antes citado, puntos 42 a 49.

53 — Sentencia *Smits y Peerbooms*, antes citada, apartado 58.

prestación de servicios y de libre competencia, ya que estas disposiciones del Derecho comunitario pretenden alcanzar el objetivo común de la realización del mercado interior.⁵⁴ Sin embargo, el ámbito de aplicación de la libre competencia y el de la libre prestación de servicios no son totalmente coincidentes. Nada impide calificar de prestación de servicios una transacción que implique un intercambio, aunque las entidades que hayan participado en el intercambio no sean empresas a efectos del Derecho de la competencia.⁵⁵ Como se ha señalado anteriormente,⁵⁶ los Estados miembros pueden excluir del ámbito de la competencia ciertas actividades si las organizan dando prioridad al principio de solidaridad, con la consiguiente exclusión del Derecho de la competencia. En cambio, el modo en que una actividad está organizada a nivel nacional no influye en absoluto en la aplicación del principio de libre prestación de servicios. Así, aun cuando una prestación de servicios sanitarios gratuitos constituya sin duda alguna una actividad económica a efectos del artículo 49 CE,⁵⁷ no se deriva de ello necesariamente que las entidades que la ejerzan estén sometidas al Derecho de la competencia.

52. En el presente caso, no parece que la actividad de prestación de servicios sanita-

rios a sus afiliados por parte del SNS difiera en su naturaleza de la actividad de los hospitales públicos a la que se refería el asunto *Smits y Peerbooms*, antes citado. Aun cuando la actividad aquí controvertida no consista únicamente en prestaciones hospitalarias, incluye sin embargo tales prestaciones. Además, aunque los pacientes no paguen a los profesionales de la salud las prestaciones que les dispensan, no por ello éstos dejan de recibir su retribución. Pero para determinar si esta actividad debe quedar sometida al Derecho de la competencia, procede comprobar si el Estado, a fin de aplicar una política redistributiva, ha querido excluirla del mecanismo del mercado, encomendándola exclusivamente a entidades estatales guiadas sólo por consideraciones de solidaridad.

53. De la sentencia recurrida se desprende que el SNS está obligado a garantizar una cobertura universal gratuita a todos sus afiliados. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia no ha precisado si las necesidades del mercado se ven completamente satisfechas por las entidades públicas o si también participan en él entidades privadas de naturaleza empresarial. Por lo tanto, no se cuenta con la información indispensable para llegar a la conclusión de que la actividad de prestación de servicios sanitarios por parte del SNS no tiene carácter económico.

54 — Mortelmans, K.: «Towards convergence in the application of the rules on free movement and competition?» CMLRev. 2001, p. 613; punto 22 de las conclusiones presentadas por el Abogado General Van Gerven en el asunto B & Q (sentencia de 23 de noviembre de 1989, C-145/88, Rec. p. I-3851); sentencia del Tribunal de Primera Instancia Meca-Medina y Majcen/Comisión, antes citada, apartado 42.

55 — Los entes gestores del seguro de enfermedad, como en el asunto *Cisal*, antes citado, no son empresas a efectos del Derecho de la competencia, pero las normas que los regulan no podrían, sin embargo, excluir de la cobertura a los trabajadores procedentes de otros Estados miembros sin menoscabar el principio de la libre circulación de trabajadores.

56 — Véanse los puntos 27 a 29 de las presentes conclusiones.

57 — Sentencia *Smits y Peerbooms*, antes citada.

54. Es evidente que la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud,⁵⁸ autoriza al SNS a subcontratar la prestación

58 — Citada en la nota 17 del anexo V del recurso de casación (BOE n.º 100, de 26 de abril de 1997, p. 13449).

de servicios sanitarios con entidades privadas. De las respuestas del Gobierno español a la pregunta que le formuló el Tribunal de Primera Instancia el 15 de enero de 2002 se deduce también que el sector privado efectúa una parte de las prestaciones sanitarias. Por consiguiente, procede devolver el asunto al Tribunal de Primera Instancia para que realice las apreciaciones de hecho necesarias para determinar si el sector público y el sector privado coexisten en España en el ámbito sanitario o si predomina la solidaridad típica de la actividad de prestación de servicios sanitarios gratuitos.

por la aplicación del principio de libre circulación al sector sanitario. En ambos supuestos, el Derecho comunitario tiende a incluir principios de apertura y transparencia en sistemas sanitarios inicialmente concebidos a escala nacional.⁶⁰

56. Sin embargo, en el presente caso, aun cuando no cabe duda de que efectivamente se ha encomendado al SNS la prestación de servicios sanitarios gratuitos a sus afiliados sobre la base de una cobertura universal (apartados 39 y 40 de la sentencia recurrida), la función de gestión del SNS que incumbe a los ministerios y demás entidades denunciadas no ha sido claramente definida. Ahora bien, sólo puede calificarse de empresa a una entidad por las actividades económicas que ejerce si ella constituye el verdadero soporte de las actividades de que se trate.⁶¹ Así, aunque resultara indiscutible que el SNS debe calificarse de empresa a efectos del Derecho de la competencia, sería necesario asegurarse además de que los organismos denunciados por FENIN constituyen el soporte de las mencionadas actividades. Esta apreciación deberá ser efectuada por el Tribunal de Primera Instancia, en el caso de que llegue a considerar que la actividad de prestación de servicios sanitarios efectuada por el SNS tiene carácter económico.

57. Por las razones expuestas, sugiero al Tribunal de Justicia que acoja la segunda

55. En cualquier caso, si se llegara a la conclusión de que el SNS ejerce una actividad económica, ello no pondría en entredicho la finalidad social perseguida por el SNS, puesto que dicha conclusión no se opone a la aplicación del principio de solidaridad, ya en lo que respecta a la financiación mediante cotizaciones sociales y otras contribuciones estatales, ya en lo relativo a la gratuidad de los servicios prestados a los afiliados sobre la base de una cobertura universal. En efecto, no existe contradicción entre la aplicación del Derecho de la competencia y el reconocimiento de que ciertos sectores deben quedar sometidos a normas específicas. Por el contrario, el artículo 86 CE, apartado 2, tiene precisamente por objeto justificar la concesión de derechos exclusivos a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés general.⁵⁹ Los efectos que pueda provocar la sumisión al Derecho de la competencia de ciertas actividades ejercidas por empresas encargadas de la gestión de servicios de interés general no disminuyen la protección social en mayor medida que los producidos

60 — Davies, G.: *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, Kluwer, La Haya, 2003, Chapter 9, Free Movement of Welfare, especialmente pp. 183 y 184.

61 — Véanse, por analogía, las conclusiones que presenté en el asunto BBL (sentencia de 21 de octubre de 2004, C-8/03, Rec. p. I-10157), punto 16.

59 — Sentencia *Ambulanz Glöckner*, antes citada.

parte del motivo y devuelva el asunto al Tribunal de Primera Instancia, para que éste efectúe las apreciaciones de hecho necesarias a fin de determinar si la actividad de los entes gestores del SNS tiene o no carácter económico y si, por consiguiente, la decisión por la que la Comisión desestimó la denuncia presentada por FENIN era o no fundada.

C. El vínculo entre la actividad de compra y la naturaleza de las actividades a las que se destinan los productos o servicios

58. Si, en contra de lo que aquí se sugiere, el Tribunal de Justicia decidiera confirmar la sentencia recurrida en la parte en que califica de actividad no económica la prestación de servicios sanitarios a título gratuito, seguirá siendo necesario examinar la primera parte del motivo de casación, en la que se critica el vínculo establecido entre la naturaleza de la compra y el uso posterior de los bienes adquiridos.

59. En la primera parte del motivo, FENIN censura el apartado 36 de la sentencia recurrida, conforme al cual «lo que caracteriza el concepto de actividad económica es la acción de ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado [...] y no la actividad de compra en cuanto tal». En este mismo apartado, el Tribunal de Primera Instancia afirma que «no procede disociar la actividad de compra del producto del uso posterior que el comprador da al producto adquirido», de tal modo que «el carácter económico o no del uso posterior del producto adquirido determina necesariamente el carácter de la actividad de compra».

60. FENIN niega que entre la naturaleza de la compra y el uso posterior de lo adquirido exista el vínculo establecido por el Tribunal de Primera Instancia. En su opinión, este vínculo se basa en una interpretación errónea de la jurisprudencia, plantea dificultades prácticas y reduce la eficacia del Derecho comunitario de la competencia.

61. FENIN estima, en primer lugar, que la jurisprudencia sobre la que el Tribunal de Primera Instancia funda su razonamiento —en concreto, las sentencias Comisión/Italia⁶² y Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Comisión—⁶³ se limita a calificar de actividad económica la oferta de bienes o servicios en el mercado, sin pronunciarse sobre la naturaleza de la actividad de compra. Según la demandante, estas sentencias no son, por lo tanto, pertinentes para excluir que una compra constituya una actividad económica.

62. Es cierto que la participación de una entidad en un mercado constituye un criterio pertinente para calificarla de empresa. Ahora bien, un mercado se caracteriza por la existencia de intercambios entre operadores económicos, que se concretizan mediante ofertas y compras. A este respecto, no es concebible que unas estén sometidas al control del Derecho de la competencia mientras que las otras no lo están, puesto que ambas se encuentran en relación recí-

62 — Sentencia de 18 de junio de 1998, citada en la nota 13.

63 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 marzo de 2000 (T-513/93, Rec. p. II-1807).

proca. Por este motivo, tales alegaciones no bastan para invalidar el razonamiento efectuado por el Tribunal de Primera Instancia, que supedita la calificación de la compra al uso posterior de lo adquirido.

63. En segundo lugar, FENIN detecta una contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia Pavlov y otros, antes citada. En esta última sentencia, el Tribunal de Justicia declaró, para fundamentar su apreciación de que la afiliación de los médicos a una caja de pensiones tenía carácter económico, que la afiliación estaba estrechamente vinculada a la actividad profesional, de tal modo que debía considerarse integrada en dicha actividad, de carácter económico.⁶⁴ De acuerdo con la propuesta del Abogado General Jacobs,⁶⁵ el Tribunal de Justicia distinguió entre las actividades pertenecientes a la esfera personal y las correspondientes a la esfera económica de los médicos. En efecto, sólo la demanda intermedia puede adscribirse a la esfera económica, pero no la demanda final.⁶⁶ Por el contrario, la demanda de los consumidores en tanto que personas privadas, que es siempre una demanda final, no se incluye en el ámbito de aplicación del Derecho de la competencia.

64. La sentencia recurrida no contradice de ningún modo este razonamiento. En efecto, por lo que respecta a los organismos

públicos que ejerzan a un tiempo actividades económicas y actividades de otra naturaleza, sólo puede aplicarse el Derecho de la competencia a la demanda vinculada a sus actividades económicas. En cambio, las compras destinadas a actividades no económicas son equiparables a la demanda final de los consumidores y, por tanto, ajenas al Derecho de la competencia. Sin embargo, en el presente caso, la compra de material sanitario está sin duda alguna vinculada a la actividad de prestación de servicios sanitarios por parte del SNS.

65. En el recurso de casación se afirma que, para determinar si la actividad de compra del SNS tenía carácter económico, el Tribunal de Primera Instancia debería haber examinado si la misma podía producir efectos contrarios a la competencia, con el fin de no crear «zonas de inmunidad no justificadas». Sin embargo, no puede mantenerse este criterio, puesto que equivaldría a aplicar el Derecho de la competencia a cualquier compra efectuada por el Estado, por una entidad estatal o por los consumidores. Sin embargo, como señaló acertadamente la sentencia recurrida, una compra sólo se incluye en el ámbito de aplicación del Derecho de la competencia en la medida en que forme parte del ejercicio de una actividad económica. Además, si se siguiera la tesis expuesta en el recurso de casación, se menoscabaría la eficacia de las normas relativas a los contratos públicos.⁶⁷ En la motivación de la sentencia Eurocontrol, antes citada, el vínculo acreditado entre el comportamiento denunciado por las empresas y la actividad no económica del organismo de que se trataba resultó también decisivo para justificar la exclusión del Derecho de la competencia. En dicha sentencia se declaró que la percepción de tarifas por Eurocontrol no tenía carácter econó-

64 — Sentencia Pavlov y otros, antes citada, que precisa, en su apartado 79, que «la afiliación a un régimen de este tipo por parte de un médico especialista tiene su origen en el ejercicio de su profesión». En el apartado 80 se añade que «el hecho de que cada médico especialista independiente cotice al mismo régimen profesional de pensiones complementarias resulta tanto más vinculado con el ejercicio de su actividad profesional por cuanto dicho régimen se caracteriza por un elevado grado de solidaridad entre todos los médicos».

65 — Punto 115 de las conclusiones que presentó en el asunto Pavlov y otros, antes citado.

66 — Arcelin, L.: *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003, p. 223.

67 — Sentencia de 24 de septiembre de 1998, Tögel (C-76/97, Rec. p. I-5357).

mico, ya que se inscribía en el marco de una actividad no económica.

66. La sentencia *Ambulanz Glöckner*, que se cita en apoyo de las alegaciones formuladas en el recurso de casación, confirma, por el contrario, el razonamiento seguido por el Tribunal de Primera Instancia, dado que en dicha sentencia el Tribunal de Justicia excluyó que se examinara a la luz del artículo 81 CE la negativa de una autoridad pública a conceder una autorización a un transportista, por entender que esta decisión no corresponde al ejercicio de una actividad económica, sino que tiene por objeto su regulación y ordenación. De este modo, una compra puede quedar fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia, si está vinculada al cumplimiento de funciones no económicas. Esta conclusión es coherente con la teoría económica de que la existencia de un monopsonio presenta escaso riesgo para la competencia, ya que no produce necesariamente consecuencias en el mercado siguiente. Además, una empresa en posición de monopsonio no tiene interés en ejercer sobre sus proveedores una presión tal que les obligue a salir del mercado anterior.⁶⁸ Por lo tanto, en la sentencia recurrida no se ha efectuado una interpretación errónea de la jurisprudencia relativa a la calificación de las compras como actividad económica y no procede anularla por tal motivo.

67. En último lugar, FENIN alega que la interpretación del Tribunal de Primera Instancia es errónea porque provocaría

numerosas dificultades prácticas. Según las alegaciones formuladas, en el momento de la compra es prácticamente imposible distinguir entre las compras que se destinan a actividades económicas y las que se realizan en el marco de actividades no económicas.

68. Es cierto que a veces resulta difícil distinguir las actividades económicas de las que no lo son cuando un mismo organismo ejerce ambas. Sin embargo, en contra de lo que se afirma en el recurso de casación, esta dificultad no puede invalidar el criterio de aplicación del Derecho de la competencia, que es el ejercicio de una actividad económica. En efecto, la aplicación de este criterio produce la consecuencia inevitable de que las entidades que ejercen funciones mixtas sólo quedan sujetas al Derecho de la competencia por la parte de sus actividades que tenga carácter económico.⁶⁹ Si se acogieran las alegaciones formuladas el recurso de casación, tan pronto como un organismo ejerciera una actividad económica, quedaría sometido al Derecho de la competencia por la totalidad de sus actividades. Esta conclusión contradice el criterio funcional de la empresa desarrollado por la jurisprudencia.

69. Dado que ninguna de las alegaciones desarrolladas en la primera parte del recurso de casación ha demostrado que la compra de material sanitario por parte del SNS deba disociarse de su actividad de prestación de servicios sanitarios, procede confirmar la sentencia recurrida en este punto.

68 — Véase Scherer, F., y Ross, D.: *Industrial market structure and economic performance*, Boston Houghton Mifflin, 1990, p. 517, y Noll, R.: «Buyer power' and economic policy», *Antitrust Law Journal*, vol. 72, 2005, p. 589.

69 — Véanse las sentencias, antes citadas, Comisión/Italia, de 16 de junio de 1987; *Eurocontrol*; *AOK-Bundesverband* y otros, y las conclusiones presentadas por el Abogado General Jacobs en el asunto *Ambulanz Glöckner*, antes citado, punto 72.

IV. Conclusión

70. Habida cuenta de las consideraciones que preceden, propongo el Tribunal de Justicia que:

- 1) Estime la segunda parte del motivo de casación y devuelva el asunto al Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas para que éste efectúe las apreciaciones de hecho necesarias a fin de determinar si la actividad de los entes gestores del sistema nacional de salud español tiene o no carácter económico y, por consiguiente, si es o no conforme a Derecho la decisión por la que la Comisión de las Comunidades Europeas desestimó la denuncia presentada por la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN).
- 2) Desestime la primera parte del recurso de casación.