

# Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 14/1996



Instituto de  
Estudios Europeos

.....



# **Cuadernos Europeos de Deusto**



# **Cuadernos Europeos de Deusto**

**Núm. 14/1996**

**Dirección y Consejo de redacción:**

Director: Nicolás Mariscal  
Director adjunto: Beatriz Pérez de las Heras  
Secretario: Francisco Rodríguez  
Consejo de redacción: Julio Arriola  
                                  Iñigo Bullain  
                                  Félix Echevarría  
                                  Carlos García Gallego  
                                  Beatriz Iñarritu  
                                  José Palacio

**Administración y suscripciones:**

Instituto de Estudios Europeos  
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao  
Tfno.: (94) 445 31 00    Fax: (94) 445 06 00

**Distribución:**

Editorial Mensajero  
Sancho Azpeitia, 2 - E48014 Bilbao  
Tfno.: (94) 447 03 58    Fax: (94) 447 26 30

**Precios de Suscripción:**

España.....	2.500 ptas (IVA incluido)
Extranjero .....	32 dólares
Número suelto .....	1.500 ptas (IVA incluido)

Publicación impresa en papel ecológico

Impreso en España/Printed in Spain

ISSN: 1130-8354

Depósito Legal: BI-620-91

Fotocomposición: IPAR, S.C.L.

Particular de Zurbaran 2-4 - 48007 Bilbao

Impresión: Artes Gráficas Rontegui, S.A.L.

Avda. Ribera de Erandio, 4 - 48950 Erandio (Bizkaia)

# Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 14/1996

## Sumario

---

### Estudios

J.R. CANEDO GIL, <i>Política Europea de puertos de mar</i>	11
PH. MORVANOU, <i>La sidérurgie européenne en marche vers la globalisation des stratégies d'entreprises</i>	43
J.L. PARRA GARCÍA, <i>Aspectos procesales de la libertad de ejercicio de la profesión de abogacía en el Derecho Comunitario Europeo</i>	73
M.L. SÁNCHEZ BARRUECO, <i>Los aspectos procesales en las cuestiones prejudiciales: última jurisprudencia del TJCE</i>	101
T. STEIN, <i>La Constitución Europea: pasado, presente y futuro</i>	155

### Jurisprudencia

M.I. ROFES I PUJOL y C. GIMENO VERDEJO, <i>Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas</i>	175
--	-----

### Crónica

B. IÑARRITU, <i>Crónica comunitaria: la economía española en el marco de la Unión Europea</i>	199
---	-----

---



# Estudios



# Política Europea de puertos de mar

por José Ramón Canedo Gil

**Sumario:** 1. LOS PUERTOS Y LOS TRATADOS.—2. LOS PUERTOS Y LAS «REDES TRANSEUROPEAS».—3. EL LARGO CLAMOR DEL PARLAMENTO EUROPEO POR UNA POLÍTICA PORTUARIA COMÚN.—3.1. **La Resolución de 1972.**—3.2. **Resoluciones posteriores.**—4. EL INFORME.—4.1. **La variedad de status jurídicos de los puertos europeos.**—4.2. **El problema de la competencia.**—4.3. **Integración de la Política portuaria en el marco de la política general de transportes.**—4.4. **Principales opciones y recomendaciones para una política portuaria común.**—5. CONCLUSIÓN: EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.

## 1. LOS PUERTOS Y LOS TRATADOS

El título de este artículo es el de un «Documento de trabajo» publicado en julio de 1993 por el Parlamento europeo<sup>1</sup>. Recoge el estudio realizado para la Institución europea por dos empresas especializadas, seleccionadas al efecto<sup>2</sup>. El Parlamento viene utilizando la misma o equivalente expresión al menos desde 1972<sup>3</sup>. Sabido es sin embargo que una tal política<sup>4</sup> no existe en el sentido y con el alcance de la Tercera Parte del Tratado. Podría considerarse como un aspecto parcial de la política de transportes; pero es menester advertir que subsiste, incluso tras el Tratado de Maastricht, la vieja redacción del párrafo primero del artículo 84, según el cual «Las disposiciones del presente Título (el IV, Transportes)

---

<sup>1</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Politique européenne des ports maritimes*, Luxembourg, 1993.

<sup>2</sup> Marconsult SPA (Italia) y Shipping Consultants (Reino Unido).

<sup>3</sup> Resolution sur la politique portuaire dans le cadre de la Communauté européenne, JO n.º C 46/4, 9-5-72.

<sup>4</sup> No hemos encontrado en parte alguna una definición del término política en el sentido del Tratado (ni tampoco, por cierto, comentario alguno al hecho de que lo que antes eran «Fundamentos de la Comunidad» hayan pasado a integrarse como Políticas). Entendemos que las notas esenciales del concepto son la delimitación de un área de la vida de relación y la producción sobre ella de un flujo de normas orientado por finalidades y principios específicos. Ello lleva consigo la asunción de competencia por parte de la Unión.

se aplicarán a los transportes por ferrocarril, carretera y vías navegables». Y por vías navegables ha de entenderse exclusivamente las interiores —transporte fluvial y por canales— ya que el párrafo segundo deja a discreción del Consejo si se adoptan y en qué medida y por qué procedimiento se adoptan «medidas apropiadas para la navegación marítima (y aérea)».

Más aún. Originariamente el incidir o no con normas comunitarias sobre la navegación marítima estaba reservado a la unanimidad del Consejo, sin que el artículo 84 previese siquiera la iniciativa de la Comisión. Fue el Acta Unica europea la que extendió a ésta como a varias otras materias el sistema de mayoría cualificada. La exigencia de unanimidad quedó reducida —por remisión al artículo 75— a los casos en que se vea gravemente afectado «el nivel de vida y empleo en algunas regiones así como la explotación del material de transporte.» La misma remisión a la norma general sobre transportes —aunque esto sólo tras el Tratado de la Unión que también modifica el 75— introduce el procedimiento de cooperación<sup>5</sup>.

Parece observarse pues una clara renuencia de las «Altas partes Contratantes» a proyectar la política de transportes —ya de suyo tímida<sup>6</sup>— sobre la navegación marítima. El Parlamento razonaba dicho deficiente desarrollo de la política de transportes en general en los siguientes términos:

«No ha sido posible hasta aquí poner en marcha una política de transportes realmente coherente, tal como la quiso el artículo 74 del Tratado de la CEE. No puede verse en ello, tras quince años de la entrada en vigor de los Tratados de Roma, otra cosa que un grave fracaso de la Comunidad.

Una de las principales razones encontradas en este campo reside en el hecho de que casi cualquier medida de política común de transportes aplicable a los ferrocarriles, a los transportes por carretera o a la navegación fluvial *repercute directa o indirectamente sobre la competencia entre los puertos marítimos*»<sup>7</sup>. (el subrayado obviamente es nuestro)

Si como se apuntará más adelante la causa del premioso desarrollo de la política de transportes es el «temor de los Estados a comprometer la

---

<sup>5</sup> El antes llamado procedimiento de cooperación no lo es realmente. Su carácter —y en cierto modo también el del de codecisión y el dictamen conforme— es marcadamente negativo. Se reduce a obligar el Parlamento al Consejo a decidir por unanimidad cuando en principio podía hacerlo por mayoría. Supuesto que en la materia que comentamos las resistencias provienen de los Estados miembros, el procedimiento resulta poco operante.

<sup>6</sup> «Un certain nombre de mesures ponctuelles ont été décidées qui ne constituent pas un politique commune au sens propre du terme» DRUESNE, G., *Droit materiel et politiques de la Communauté européenne*, París, 1986.

<sup>7</sup> De la Resolución citada en nota 3. Al no haber de ella versión oficial en castellano nos hemos visto precisados a traducir por nuestra cuenta y riesgo.

situación en la concurrencia de sus puertos», difícilmente iban a dejar en manos de la Comunidad la competencia sobre ellos con una política portuaria común.

## 2. LOS PUERTOS Y LAS «REDES TRANSEUROPEAS»

Como es más que sabido, el Tratado de la Unión ha añadido a los medios para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2 «el fomento de la creación y desarrollo de redes transeuropeas» (art. 3 h).

Interesa llamar la atención sobre el término fomento que el Tratado emplea al referirse a las redes y también a la investigación y desarrollo tecnológico. Refleja, a nuestro entender una inflexión en la línea tradicional de las políticas comunitarias que venían teniendo un carácter marcadamente «limitador»: prohibición de derechos de aduana, etc., de discriminaciones, de prácticas colusorias, de ayudas estatales... Los Tratados eran casi un conjunto de prohibiciones. Aquí, en cambio el carácter es netamente «impulsor». «La Comunidad podrá apoyar los esfuerzos financieros de los Estados miembros para proyectos de interés común financiados por los Estados miembros... (art. 129). La acción limitadora subsiste, pero pasa a un segundo plano. Actúa como limitadora a fin de garantizar la óptima aplicación de los recursos en interés común. Es primario el esfuerzo inversor público que la Comunidad apoya.

La contribución de la Comunidad, complementando el esfuerzo inversor de los Estados, afecta a «los sectores de la infraestructura del transporte, de las telecomunicaciones y de la energía.» (art. 129 B in fine). Pues bien, al término transportes se le sigue dando el mismo alcance restringido que tuvo, es decir, dejando de lado la navegación marítima y, con ella, los puertos. La política de redes venía en realidad prefigurándose desde antiguo. Ni mucho menos es insólito en la Comunidad que algo se instaure por vía de hecho y se juridice mucho más tarde. El mismo Consejo europeo o la política exterior son buenos ejemplos. En 1986 se dictó un Reglamento «relativo a la concesión de asistencia financiera a proyectos de infraestructura de transporte»<sup>8</sup>, para la cual se habían habilitado créditos el año anterior. En un apéndice del mismo en el que se enumeran proyectos de interés general, se dice: «La actividad comunitaria, *con independencia de la cuestión de determinar si se deben incluir puertos y aeropuertos en el programa a medio plazo, tendrá por objetivos...*».

---

<sup>8</sup> Reg. CEE del Consejo 4059/86 DO n.º L378/24.

En el informe presentado por el Grupo de representantes personales de los Jefes de Estado o de gobierno al Consejo europeo de Essen bajo el título «Redes transeuropeas»<sup>9</sup> ni la navegación marítima ni los puertos aparecen mencionados; sí, en cambio, algún aeropuerto. El primero de los anejos a este informe consiste en una serie de mapas. Uno de ellos, que lleva por título «Red transeuropea de transportes - Puertos, enlaces de trasbordadores y vías navegables», señala tanto los interiores como los «puertos marítimos al término de un enlace transeuropeo». Una nota en versales advierte: «ESTE MAPA TIENE CARACTER PURAMENTE INFORMATIVO. LOS PUERTOS MARITIMOS NO SON PUERTOS DE INTERES COMUNITARIO»<sup>10</sup>.

Cierto es que el mar, que *natura omnibus patet* en la expresión clásica, ni requiere ni soporta infraestructuras viarias<sup>11</sup>. (Tampoco por cierto el éter, supuesto medio por el que navegan en gran parte las telecomunicaciones). Sí, en cambio, requieren costosas infraestructuras los puertos que son esenciales al transporte marítimo. Su «interés comunitario» pudo ser menor en la nuclear Europa de los Seis; pero las ampliaciones ya producidas y las previstas hacen del cabotaje europeo, incluido el emergente tráfico *feeder*, un transporte intracomunitario de primerísimo orden. Ello sin contar con que el comercio europeo con el exterior es necesariamente marítimo. La frontera europea es el mar, salvo el irrelevante tramo asiático.

### 3. EL LARGO CLAMOR DEL PARLAMENTO EUROPEO POR UNA POLÍTICA PORTUARIA COMÚN

#### 3.1. La Resolución de 1972

El Parlamento europeo —la Asamblea todavía— comienza a manifestar su preocupación por el problema de los puertos en el contexto del mercado común desde momentos muy tempranos. En 1961, a sólo cuatro años de la firma del Tratado CEE y justo por tanto al final de la primera etapa del período transitorio para el establecimiento del mercado común, previsto por el art. 8<sup>12</sup> (doce años divididos en tres etapas de cuatro, como es sabido), se presenta en la Asamblea el «Informe

<sup>9</sup> Luxemburgo (Oficina de Publicaciones oficiales de las Comunidades europeas), 1991.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>11</sup> Cosa que debilita el argumento de los que tachan de desigual la competencia del transporte carretero porque, en general, no revierte sobre él el costo de la infraestructura viaria.

<sup>12</sup> Art. 7 tras el T. de la Unión.

Kapteyne»<sup>13</sup> que muestra ya la preocupación por el tema de los puertos.

De manera más elaborada y madura esta preocupación toma cuerpo en la «*Resolución sobre política portuaria en el marco de la Comunidad europea*» de setiembre de 1972. La fecha sigue siendo temprana. Hace escasamente tres años que la Cumbre de La Haya (diciembre de 1969) ha decidido dar por finalizado el período transitorio, con lo que se ha producido «*la entrada en vigor del conjunto de las normas previstas y la aplicación de las medidas necesarias para el establecimiento del mercado común*».

La Resolución tiene cuatro apartados. El III es simplemente una invitación a la Comisión a que presente una propuesta coherente de política portuaria común; el IV, una invitación también a «su» comisión, es decir, a la parlamentaria de transportes, a que prosiga en el examen de la cuestión y a que, si fuere necesario, elabore un nuevo informe al respecto, y el V se reduce al encargo al Presidente de transmitir la resolución al Consejo y a la Comisión. Nos interesan el I y el II, dedicados respectivamente a un examen de hechos o circunstancias («constate ce qui suit») y a los principios que, a juicio del Parlamento, deberán inspirar la propuesta que solicita.

El I puede dividirse en dos partes netamente diferenciadas: una primera (números 1 a 6) en la que se constata la ausencia de una política portuaria común y sus consecuencias (la imposibilidad de una política de transportes coherente) y causas: la reticencia de los gobiernos de los Estados miembros. Esta se explica porque las legislaciones internas contienen elementos desfavorables para algunos de sus puertos y otros destinados a compensarlas. Una tal situación —dice el Parlamento— es «incompatible con los objetivos y con determinadas disposiciones precisas de los Tratados y perpetúa incontestablemente anomalías y situaciones contrarias a la equidad (inequívocas)». Remedios simplemente parciales llevarían a la Comunidad a enfrentarse a una resistencia de intereses insuperable. La conclusión (n.º 6) es que «En el marco de la Comunidad hubiese sido necesario elaborar, desde su arranque, una política común del tráfico portuario, y, sobre esta base, examinar las diferentes propuestas en función de sus repercusiones sobre los puertos de mar.» A continuación se exponen una serie de razones actuales que hacen urgente remediar la carencia:

- a) La aparición de nuevas técnicas como el transporte en contenedores, el de plataformas rodantes o los portagabarras. Ellas propician

---

<sup>13</sup> Citado por MATTEI DAWANCE y REZENTE en su comentario a la Sentencia del T.J. de 10-12-91, as. 179/90 *Merci Convenzionali Porto di Genova / Siderurgica Gabrielli, op. et loc. cit. Ibidem.*

el carácter unitario del transporte desde el lugar de origen de la mercancía hasta su lugar último de destino.

- b) La adhesión de Gran Bretaña, Irlanda, Dinamarca y Noruega (no se ha producido aún el primer referéndum negativo en ésta) propiciarán que una parte notable del tráfico marítimo sea transporte intracomunitario.
- c) La concentración de actividades industriales y de transbordo en determinadas zonas portuarias que plantea serios problemas de protección del medio ambiente, tanto respecto a la zona terrestre como por polución de las aguas.

Resulta igualmente urgente la definición de una política común de la navegación marítima al amparo del artículo 84 del Tratado. Dicha urgencia se fundamenta en un nuevo tríptico de razones que son en parte repetición de las anteriores:

a) Las nuevas técnicas asocian indisolublemente transporte marítimo y transporte interior.

La evolución a que aquí se alude es de mucho mayor calado del que puede aparecer a primera vista y se ha acentuado notablemente desde esta primera resolución del Parlamento. El transporte marítimo y el terrestre han sido históricamente «dos» transportes, con neto predominio además del primero sobre el segundo. La «gran aventura marítima» y los costosos medios materiales y humanos que desde antiguo requirió reducían el ulterior transporte interior a la modesta condición de acarreo (o gabarraje). El transporte por excelencia era el transporte de puerto a puerto, y éste era, más que una etapa, origen y fin. Allí se contrataba un nuevo transporte fraccionario y humilde, realizado a lomos de caballerías. Las vías navegables artificiales y el ferrocarril primero y luego la construcción de grandes carreteras que exigió el motor de explosión y —efectivamente— las nuevas técnicas aludidas, amén del desplazamiento de los grandes centros industriales al interior de las tierras han propiciado que el transporte no se contemple ya como de puerto a puerto, sino de puerta a puerta.

Comienza a interesar más bien poco el que una parte del transporte se realice por uno u otro medio —vía marítima, camino de hierro, carretera o incluso aire—; interesa que la mercancía llegue. Los costos se calculan globalmente, los contratos afectan al conjunto... Hasta el ilustre derecho marítimo propende a disolverse en un derecho del transporte. Es el transporte «intermodal».

b) La política portuaria, que es objeto directo de la Resolución, no podrá constituir un verdadero todo si no se proyecta también sobre las operaciones de transporte marítimo.

c) Tras la adhesión, el tráfico de los puertos europeos y las flotas comerciales dependerán en proporción importante del tráfico intraeuropeo.

«Sin embargo —concluye esta primera parte— la política portuaria común puede y debe ponerse en marcha sin esperar una decisión de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 84», es decir, con independencia de que se incluya en la política de transportes la navegación marítima. Esta no subsidiariedad de la política portuaria respecto a la del transporte marítimo se refleja en los principios que el Parlamento preconiza para la primera. Son dieciséis que resumimos casi esquemáticamente.

1. *No discriminación.* Tanto la política de transportes interiores como la propuesta política común de puertos no deben conferir exclusivas ventajas permanentes a ninguna región de la Comunidad.
2. *Competencia.* El máximo acrecentamiento del potencial de cada puerto debe ser función de la competencia entre ellos. Ha de respetarse la división de trabajo que procede de los costos naturales, pero no introducir una división artificial cuyo efecto sea eliminar la competencia. Ello significa evitar que «compita» por obtener subvenciones. A costa de ellas se llegaría a sobredimensionamientos. Entra en juego en esta materia el artículo 92 del Tratado, es decir, la prohibición de ayudas públicas.
3. *Equilibrio tarifas-costos.* Los ingresos de los puertos deben cubrir la totalidad de sus costos. Incluso las inversiones en obra nueva han de amortizarse en un tiempo determinado.
4. *Política «activa».* La política que se pide ha de atender y contribuir a que los puertos conserven en todo momento su capacidad de absorción del tráfico en continuo crecimiento, y no producir estrangulamientos en los flujos de intercambio mundiales.
5. *Transparencia.* El primer paso debe ser que las medidas de subvención a los puertos sean transparentes. Podrá así prepararse su total abolición, en interés de los contribuyentes y, sobre todo, para aligerar la excesiva carga financiera que soportan las municipalidades de determinadas localidades portuarias.
6. *Errores de inversión y sobredimensionamiento.* La aparición de navíos gigantes (graneleros y, sobre todo, superpetroleros) obliga a costosas nuevas construcciones. Es menester evitar su multiplicación innecesaria que lleva a una infrautilización. Ello hace precisa una cooperación entre los puertos de la Comunidad que, sin coartar su libertad de acción, sino por comparación de los costos, evite los errores mencionados en el epígrafe. La aplica-

ción de las normas sobre abuso de posición dominante podría evitar que las costosas sobrecapacidades se creen con el solo fin de evitar monopolios.

7. *Armonización normativa.* Se reconoce la imposibilidad de lograr la uniformización de los diversos regímenes de administración portuaria existentes. Sin perjuicio de que en el futuro se revele imprescindible algún grado de aproximación, bastará por el momento que la Comisión fiscalice las distorsiones caracterizadas de la competencia.
8. *Adecuación precios-costos.* Las tasas y otros precios deben establecerse en función del costo de la operación correspondiente. Para ello es necesario armonizar las bases de cálculo. La Asamblea insiste con esta ocasión en el principio enunciado en 3.
9. *Veracidad de los costos y neutralidad de la competencia.* La aplicación de los principios anteriores conducirá a que las tasas portuarias se aproximen. Convendría dejar a los propios puertos la cuestión de saber si una cierta armonización de usos y estructura de tarifas podría desembocar en una simplificación de las formalidades administrativas. La Comunidad debe reducirse a velar por los principios enunciados en el epígrafe.
10. *Condiciones de trabajo.* Son factor esencial de la competencia. La rapidez y seguridad de las operaciones dependen por otra parte del «clima laboral» y del grado de formación de los operarios. Se aboga por la cualificación profesional de los trabajadores portuarios y por que la competencia no juegue en su perjuicio.
11. *Comité de expertos.* Podría crearse, bajo la supervisión de la Comisión, un comité permanente compuesto por representantes de las localidades portuarias que reuniera y estudiara las informaciones precisas, para su conocimiento público y, sobre todo, al que la Comisión pudiera consultar.
12. *Ayudas públicas.* Ha de aplicarse el principio general de su incompatibilidad con el mercado común a todo otorgamiento a las industrias portuarias de ayudas que tengan por objeto alimentar el tráfico de un puerto concreto. Sólo podrían autorizarse allí donde se produzca un fenómeno de paro local o regional o cuando se trate de compensar importantes modificaciones de infraestructura.
13. *Medio ambiente.* Aunque los poderes públicos puedan promover selectivamente tanto el acondicionamiento de puertos como el establecimiento de industrias en ellos a fin de crear polos de atracción en favor de regiones atrasadas, nada deberá hacerse

- que pueda favorecer, en las localidades portuarias ya fuertemente industrializadas, una sobreconcentración que convierta en insolubles los problemas de protección del medio ambiente.
14. *Comunicaciones terrestres*. Ha de incidirse sobre los transportes que relacionan al puerto con su hinterland con idénticos criterios que los expuestos en 1, 2, 3, etc.
  15. *Política expansiva*. También en esta última área conviene practicar, como en los puertos mismos, una política, que promueva la evacuación del tráfico portuario hacia el interior de la Comunidad.
  16. Más que principios, este último apartado sienta una serie de consecuencias:
    - a) El Consejo debería, al amparo del artículo 84, párrafo segundo, dictar disposiciones aplicables a la navegación marítima.
    - b) Aunque tales disposiciones no constituyan una «política» completa y coherente en un primer estadio, debe ponerse a la Comisión en situación de o remediar por sí determinados estados de cosas, o proponer al Consejo las medidas precisas.
    - c) Es necesario en cualquier caso que el Consejo haga depender de la competencia comunitaria los problemas de la navegación marítima, cosa que es imprescindible si se quiere definir una política del tráfico portuario homogénea.

### 3.2. Resoluciones posteriores

La extensa Resolución comentada y sus recomendaciones al Consejo y a la Comisión caen en el vacío. Únicamente la Comisión inicia el mismo año 1972 un lentísimo proceso de recogida de información. A los casi dos años, en febrero del 74, reúne a los representantes de los principales puertos de la Comunidad. «Todos los participantes estuvieron de acuerdo en que antes de proceder al examen de las acciones a emprender al nivel de la Comunidad en materia de puertos era necesario establecer un resumen lo suficientemente detallado sobre la estructura institucional y administrativa de los principales puertos de la Comunidad y concretar el contenido de ciertos términos referentes a la actividad portuaria. Con este fin se ha creado un grupo de trabajo que presentará su informe antes del fin del año 1974»<sup>14</sup>. El informe se presentó en 1977 y volvió a presentarse, ampliado, en 1986. Su contenido

---

<sup>14</sup> De Informe anual de la Comisión, 1974, 2259.

está ampliamente superado por el Documento que comentamos, por lo que prescindimos de él.

El Consejo no sólo no se ocupa para nada de los puertos sino que ni siquiera hace uso de la habilitación que le concede el artículo 84,2 para «hacer depender de la competencia de la Comunidad los problemas de la navegación marítima». Únicamente «durante la reunión de 4 de noviembre de 1976 procedió a un intercambio de puntos de vista sobre varios problemas relativos a los transportes marítimos. *Era la primera vez que este sector era examinado por el Consejo*»<sup>15</sup>. Lo hacía además no espontáneamente, sino a remolque de circunstancias ajenas a la Comunidad, concretamente de la Convención de las Naciones Unidas sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas. Suscrito este Convenio por algunos Estados miembros, entraba en colisión con la normativa comunitaria sobre competencia, libre prestación de servicios, etc. Tan era así que la Comisión estuvo a punto de iniciar el procedimiento en falta de Estado contra los Estados miembros signatarios. Sólo se abstuvo de hacerlo ante el compromiso de no ratificar el Convenio y de buscar una aproximación común en el marco comunitario<sup>16</sup>.

En el plano normativo, el reflejo de este intercambio de puntos de vista fue la Decisión del Consejo de 13 de setiembre de 1977 «que establece un procedimiento de consulta en lo concerniente a las relaciones entre Estados miembros y países terceros en materia de transportes marítimos así como a las acciones relativas a esta materia en el seno de organizaciones internacionales»<sup>17</sup>.

El Parlamento reacciona a la sesión del Consejo de noviembre del 76 con una «Resolución, de mayo de 1977, sobre los problemas de la navegación marítima en el marco de la Comunidad»<sup>18</sup>. Tras manifestar su inquietud por la falta de normas comunitarias aplicables a la navegación marítima y felicitarle de que el Consejo haya decidido introducir el procedimiento de consulta en esta materia y la Comisión, encargada efectuar encuestas, enuncia una serie de principios que deberán regir las propuestas que solicita. Un primer apartado de ellos se refiere al papel de la navegación en el comercio exterior de la Comunidad. Se aboga en él por la definición de una actitud común de todos los Estados miembros en el seno de las organizaciones internacionales que tratan de los problemas de la navegación, con respecto a las discriminaciones por pabellón, a los pabellones de conveniencia, a los países con comercio de Estado, etc. Entiende

---

<sup>15</sup> Boletín CE 11/1976, punto 2284, p. 65. El subrayado es nuestro.

<sup>16</sup> *Ibid.* p. 257.

<sup>17</sup> J.O. n.º L 239/23, 17-9-77.

<sup>18</sup> J.O. n.º C 118/41, 15-7-77.

que los Estados miembros deben adherirse, por una decisión común, a la convención sobre el código de conducta de las conferencias marítimas sin aplicar entre ellos las disposiciones sobre reparto de tonelaje, y esforzarse en la próxima conferencia de revisión por conseguir mejorar dicho acuerdo, lo que supone un acuerdo básico sobre política de navegación marítima en el seno de la Comunidad. Sólo tras haber agotado sin resultado alguno todas las posibilidades de negociación, la Comunidad adoptará medidas de retorsión contra las prácticas discriminatorias y otras trabas a la navegación.

El segundo apartado se refiere al papel de la navegación marítima en los transportes intracomunitarios. Se aboga aquí por la supresión de la reserva de cabotaje entre los países miembros y por la armonización de los factores que influyen sobre los costos y falsean la competencia. Las medidas de armonización de legislaciones y de factores de costo deben contribuir a que la competencia entre los armadores comunitarios y entre la navegación costera y los medios de transporte terrestre jueguen en favor del medio de transporte más favorable para la economía general.

Es el tercer apartado el que se refiere, conjuntamente, a la importancia de la política de la navegación para los puertos y para la construcción naval. «La política común de la navegación marítima —dice— debe ser concebida de manera que tenga en cuenta la política portuaria deseada por el Parlamento europeo».

El cuarto y último hace referencia a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en la materia. Presta especial atención a las condiciones de trabajo de los hombres de mar, la composición de las tripulaciones, la formación profesional y el reconocimiento de títulos, la seguridad social... La armonización debe hacerse sin atentar contra la libertad de las partes en los convenios colectivos. Deben igualmente armonizarse las disposiciones fiscales aplicables a las empresas marítimas, las condiciones de amortización y las ayudas directas o indirectas, teniendo en cuenta la situación de competencia con países terceros. Insiste especialmente en la armonización de las normas técnicas aplicables en materia de seguridad, construcción, armamento, arqueo y registro, en tanto que no sean ya objeto de acuerdos internacionales; en este caso conviene velar por una interpretación común. Deben apoyarse por acciones comunes los esfuerzos internacionales para luchar contra la polución de los mares.

Un año más tarde, con ocasión de emitir su dictamen consultivo<sup>19</sup> sobre el Reglamento de Consejo referente a la ratificación por los Estados

---

<sup>19</sup> D.O. n.º C 131/34, 5-6-78.

miembros o su adhesión al Convenio sobre el Código de Conducta de las Conferencias Marítimas antes aludido<sup>20</sup>, el Parlamento lamentará que su resolución anterior no haya tenido respuesta.

Pasados otros cuatro, en 1983, vuelve a la carga el Parlamento con una Resolución «sobre el papel de los puertos en la política común de transportes»<sup>21</sup>. Se manifiesta en ella «profundamente decepcionado al constatar que, a pesar de su resolución de 1972, ningún progreso se ha hecho en el área de la política portuaria común». Reconoce las dificultades que los dispares sistemas de administración portuaria existentes en los diversos Estados miembros plantea para el desarrollo de una acción específica. Sin embargo, de ellas, y en el estado actual de cosas, pueden lograrse progresos significativos. En consecuencia invita a la Comisión a otorgar una atención mayor a los problemas portuarios y a tener principalmente en cuenta en todas sus proposiciones referentes a la política común de transportes, la incidencia de las mismas sobre la competencia entre los puertos, especialmente en lo que concierne a armonización de tasas, de disposiciones en materia social y técnica, traslado a las tarifas de los costos de infraestructura, política de infraestructuras, política de tarifas de los transportes interiores, eliminación de los obstáculos fronterizos... Invita igualmente a la Comisión a tener en cuenta la incidencia sobre la competencia entre puertos de las propias aportaciones de la Comunidad destinadas a financiar inversiones con cargo a los diversos fondos, principalmente el regional, y a elaborar eventualmente un esquema global para estas contribuciones financieras, en el marco de propuestas concernientes al conjunto de puertos de determinadas regiones, a los de concretas zonas litorales, o al conjunto de la Comunidad.

Aunque se volverá sobre el tema, hemos de hacer aquí algunas consideraciones que permitan atisbar la profundidad de los problemas que subyacen en esta recomendación. Las asignaciones de fondos comunitarios, principalmente del FEDER, se hacen al Estado; es cada Estado el que las distribuye a su discreción. Como consecuencia de provenir de la Comunidad, no se consideran ayudas estatales a efectos del artículo 92 y 93 del Tratado, pero es el Estado el que las da y le ofrecen la posibilidad de distorsionar la competencia concretamente entre sus propios puertos, sin cargo, además, a su presupuesto. (No deja de ser una incongruencia —y lo hemos oído— invocar por un lado la autofinanciación de los puertos sin ayudas estatales, y, por otro y simultáneamente, el haber *conseguido* aportaciones a fondo perdido o préstamos favorables procedentes de la Comunidad). No es ociosa por tanto la sugerencia de que la Comisión

---

<sup>20</sup> D.O. n.º L 121, 17-5-78.

<sup>21</sup> D.O. n.º C 99/117.

elabore «esquemas globales», que, referidos al conjunto de la Unión, constituirían un auténtico «plan de puertos» europeo. Esta, como veremos, es una de las tesis que se mantienen, no sólo para las ayudas comunitarias, sino también para autorizar las estatales —tan públicas las unas como las otras. La tesis opuesta aboga por la identificación de proyectos concretos de interés común. Sobre todo tras la puesta en marcha del programa comunitario de contribuciones financieras en favor de proyectos de infraestructura, se invita a la Comisión a contemplar los puertos no sólo bajo el ángulo de su función específicamente portuaria, sino también bajo el de su conexión con su zona de influencia por ferrocarril, carretera y vías navegables.

El resto de la resolución es bastante repetitivo. Se insiste de nuevo en el principio de la libre competencia entre puertos que debe alentarse «porque es la condición esencial de una productividad creciente», se encarece la atención a las ayudas estatales, se pide una «política global del mar» que tenga especialmente en cuenta el problema de la contaminación de los que bañan la Comunidad... Y se concluye pidiendo un Servicio especial que dentro de la dirección general de transporte de la Comisión, estudie todos los aspectos de la política portuaria.

Es menester citar la larga y compleja Resolución de 1986. En ella se contiene el dictamen consultivo del Parlamento sobre el memorándum n.º 2 de la Comisión al Consejo titulado «Avance hacia una política de transportes común: transporte marítimo» y sobre las propuestas de cuatro Reglamentos, una Decisión y una Directiva<sup>22</sup> que constituyen prácticamente todo lo existente en materia de política comunitaria del transporte marítimo. Es ciertamente muy poco, pero —permítasenos esta reflexión— es necesario tener en cuenta el hecho de que el comercio marítimo, ecuménico por esencia, siempre ha soportado mal su regulación por soberanía alguna. No es ajena a esta dificultad la Comunidad europea, que sigue siendo un ámbito de soberanía limitado. El comercio marítimo se regula de hecho por pacto tácito —eso es más que otra cosa

---

<sup>22</sup> Se trata de los Reglamentos n.º 4055/86 «relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros», n.º 4056/86 «por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos», n.º 4057/86 «relativo a las prácticas de tarifas desleales en los transportes marítimos» y n.º 4058/86 «sobre acción coordinada con objeto de salvaguardar el libre acceso al tráfico transoceánico». Todos ellos son del Consejo, de la misma fecha (22-12-86) y están publicados en DOCE n.º L de 31 del mismo mes. La Decisión modifica la antes aludida sobre el establecimiento de un procedimiento de consulta (vid. supra, nota 32) y la Directiva es «relativa a una interpretación común del concepto de «compañía naviera nacional».

la costumbre— o expreso, es decir, por convenios internacionales inducidos a su vez por la práctica mercantil transnacional. Buena prueba de ello es que las disposiciones comunitarias en esta materia tienen un carácter marcadamente reactivo ante prácticas o normas ajenas: conferencias marítimas, pabellones de conveniencia, convenios internacionales...

La Resolución se ocupa de variados problemas relacionados con la navegación marítima. A pesar de su interés, el carácter y la extensión de este trabajo nos obliga a ocuparnos únicamente de lo que dice «Con relación a una política de puertos comunitaria»<sup>23</sup>.

Por enésima vez insiste el Parlamento en su elaboración aduciendo ahora que es indispensable para el cumplimiento de las seis propuestas del tercer memorándum y su papel en el fomento de modalidades de transporte combinado. En el contexto de la política de puertos pide propuestas relativas a un sistema de control costero estatal para controlar a los barcos que transportan cargas peligrosas y a la creación de un servicio de recepción de residuos petrolíferos y químicos de acuerdo con el convenio MARPOL. Tras lamentar que en el tercer memorándum no se hayan realizado propuestas concretas que apunten a la armonización de la competencia entre los puertos comunitarios, pide a la Comisión que presente de manera que

- a) Se eliminen las perturbaciones artificiales provenientes de las discrepancias existentes en la regulación de los mercados a causa del transporte desde los puertos al interior y viceversa (tarifas especiales en dicho transporte, sobre todo ferroviario, destinadas a favorecer el tráfico en determinados puertos), y
- b) se armonicen las disposiciones existentes en los diversos Estados miembros para la concesión de los sistemas de ayuda portuaria, de modo que se eliminen sus efectos sobre la competencia entre los puertos.

Conviene anotar que en esta Resolución el Parlamento se muestra dispuesto a hacer uso de su papel emergente en la producción normativa comunitaria. Dice así: «51.— *Se reserva el derecho de iniciar el procedimiento de conciliación, tal como se instituyó en el Acuerdo de las tres instituciones de 4 de marzo de 1975, si el Consejo pretende apartarse de este dictamen consultivo.*»

---

<sup>23</sup> Los restantes apartados llevan por rúbrica: «Con relación a la seguridad en el mar y la contaminación marina»; «Con relación a los aspectos sociales del transporte marítimo»; «Con relación a los pabellones de conveniencia»; «Con relación al concepto de compañía naviera nacional».

La siguiente Resolución del Parlamento Europeo es de 1988. Se trata de una Resolución espontánea, es decir no inducida como la anterior por actos de otras Instituciones y versa directa y exclusivamente «sobre una política portuaria europea»<sup>24</sup>. Es la que invoca, aunque no pueda asegurarse que responda por entero a su espíritu, nuestra Ley de Puertos y de la Marina Mercante<sup>25</sup>. Lleva esta Resolución una serie de considerandos, signados de la A a la Q, seguidos de unas conclusiones, en número de 12, casi todas peticiones a la Comisión o sugerencias a la Comunidad en general. Intentaremos un resumen lo más breve y coherente que nos sea posible.

La primera consideración hace referencia al mercado unificado previsto para 1992, que creará una situación nueva en la economía y en el sector de los transportes y que afectará a los puertos. Invoca después la evolución experimentada en el último decenio por los sistemas de transporte, que obliga a una adaptación de los puertos comunitarios con el consiguiente ejercicio de opciones de carácter financiero y técnico. Recuerda a seguido que el desarrollo económico de la Comunidad depende de su capacidad de exportación e importación. El tráfico comunitario con el resto del mundo pasa, en una parte sustancial, por sus puertos, por lo que la eficacia de los mismos constituye un elemento importante para la reducción de costos y ahorro de tiempo en el transporte. Subraya el papel de «bisagra» de los puertos entre el transporte marítimo y el terrestre, agudizado por el hecho de que los nuevos sistemas tienden a crear una cadena que, sin solución de continuidad, vaya del productor al consumidor. Esto lleva a tomar en consideración la competencia no sólo entre puertos, sino también entre los diversos medios de transporte (marítimo, fluvial, ferroviario, por carretera y, también, por tuberías). Apunta el riesgo de que la potenciación de los enlaces terrestres de un puerto capaz de asegurar un flujo ininterrumpido de mercancías traiga consigo la concentración del tráfico en un número excesivamente reducido de grandes centros portuarios. Una tal concentración es, a juicio del Parlamento, indeseable, porque por una parte no ofrecen ventajas económicas de carácter global y, por otra, aumentaría los desequilibrios estructurales de las distintas zonas de la Comunidad. A esta consideración habría que añadir —la resolución lo hace en otro lugar— los problemas de contaminación tanto del medio marino como del terrestre.

El remedio a estos riesgos vuelve a ser la libre y leal competencia que lleve a cada zona portuaria a desarrollarse según sus propias y reales capacidades. El principio de libre competencia aparece matizado por la

---

<sup>24</sup> DOCE n.º C 362/61 ss, 19-12-88.

<sup>25</sup> Vid. Preámbulo de la citada Ley, 1, párrafo quinto.

afirmación de que el proceso de reestructuración de los puertos «debiera verse acompañado por medidas compensatorias, complementarias de las nacionales, decididas y financiadas por la Comunidad...». Parece pues claro que las ayudas públicas no sólo no están proscritas en esta materia (ya el artículo 77 del Tratado prevé un tratamiento especial de los transportes) sino que se alientan para corregir desigualdades estructurales y también el desempleo en algunas regiones.

Lo que se concluye de las anteriores consideraciones adolece de una cierta imprecisión y, a pesar de aparecer en párrafos numerados, los contenidos de éstos se solapan y resultan repetitivos.

Comienza pidiendo a la Comisión que dedique a los puertos más atención que en el pasado teniendo en cuenta la evolución técnica de los medios de transporte y la incidencia del mercado interior único. Le pide igualmente que insista en la eliminación de las distorsiones de la competencia y, en particular, en la armonización de las cargas fiscales que gravan el transporte, según el principio de que cada medio de transporte debe cubrir los costos de construcción y mantenimiento de la infraestructura que utiliza y al menos una parte de las cargas sociales estimadas. (Cumple decir al respecto que los puertos que se autofinancian se sienten discriminados por la carretera).

Como principios de la política portuaria considera básicos los siguientes:

- Autonomía de los entes portuarios. (El preámbulo de nuestra Ley, que cita precisamente este párrafo<sup>26</sup>, le añade autonomía *de gestión*).
- Libre competencia entre los puertos marítimos.
- Cobertura de costos, transfiriéndolos a cargo de los usuarios.
- Ausencia de discriminación (que nuestra citada Ley omite).

Aunque de ello nos ocuparemos al analizar el «Estudio» realizado por encargo del Parlamento, creemos necesario adelantar que estos cuatro principios, aparte de estar íntimamente ligados son, tanto en su singularidad como en su conjunto, altamente conflictivos. En torno a ellos gira la dificultad de una política común portuaria.

La autonomía propende a entenderse, sobre todo en el área latino mediterránea, como autonomía respecto al Estado, que sigue siendo el titular del demanio portuario. De acuerdo con esta concepción, formas de titularidad o gestión portuaria, como la de los Consulados; su pretendida y en algunos casos parcialmente real herencia por las Cámaras de Comercio; las persistentes titularidad y gestión municipal propia de la tradición

---

<sup>26</sup> Vid. ante, nota anterior.

hanseática; el puerto en manos de una empresa (o grupo) distinta, como pudo ser una sociedad ferroviaria... se consideran autónomas. Sólo la estatal no lo es. Creemos necesario afirmar que no lo son ni la una ni las otras. La autonomía —el término es equívoco— de los puertos nada tiene que ver con autonomías territoriales. Se trata de una autonomía de carácter «personal» empresarial. Un puerto es autónomo en la medida en que un abanico —que puede ser más o menos amplio— de sus funciones específicas se convierte en centro de imputación de derechos y deberes, es decir, se personifica. Deja de haber autonomía, en cambio, en el momento en que la «persona» es otra que la constituida por funciones específicamente portuarias. Sea la que fuere. La autonomía —que está lejos de ser un dogma, no deja de ser una opción política— implica otros problemas. La función portuaria es múltiple y variopinta, ¿cuáles de sus aspectos se «personalizan» y cuáles son susceptibles de quedar en manos de otras empresas? Por otra parte, difícilmente la autonomía puede ser completa; entra en colisión con el carácter de servicio y dominio público. Derivando de ellos, los entes portuarios realizan un ejercicio de poder público que resulta impropio de una empresa mercantil.

La competencia entre puertos sólo es viable con algún grado de autonomía. Si están integrados en la esfera jurídica de otra personalidad será ésta la que actúe con finalidades y medios propios. Estados, municipios, empresas...

El principio de libre competencia entra en colisión con otro: el de «sistema portuario». Un puerto no es simplemente un punto de contacto entre vías de transporte; su influencia se extiende sobre una zona terrestre amplia de la que se sirve y a la que sirve. Los *hinterland* de los puertos son susceptibles de solaparse de manera indeseable desde el punto de vista económico y estratégico. Si por un lado la competencia tiende a un abaratamiento de los costos al ser el acicate por excelencia para la mejora de la eficacia, es evidente también que una multiplicidad excesiva de centros portuarios conlleva gastos de infraestructura, tanto portuaria como del transporte hacia el interior, que necesariamente acabarán revirtiendo sobre los precios y sobre el conjunto de la economía, tanto de un país como de la propia Comunidad. Ello puede aconsejar un «plan» de conjunto. Fue sin duda una de las razones que llevaron a los países de «familia jurídica francesa» —que no siempre coincide con la latina— a la centralización operada bajo las monarquías administrativas decimonónicas. En relación con la Comunidad, nos remitimos a la «opción B» a que se hace referencia en el apartado 4.4.

La transferencia de costos a cargo de los usuarios puede igualmente entrar en colisión con las nociones de obra pública y de servicio público. Aun aceptado como principio con mayor o menor alcance, tiene proble-

mas de identificación de cada coste concreto (no es lo mismo un dique rompeolas que una grúa), del concreto usuario sobre el que se ha de revertir (empresa portuaria, empresa naviera) y de los modos de reversión (cánones, tarifas, alquileres, plazos de amortización...). La Resolución se limita a enunciar el principio. Alguna precisión mayor encontraremos en el Informe.

En cuanto a la ausencia de discriminación, hay que convenir en que puede significar demasiadas cosas. No es momento ni lugar de entrar en disquisiciones.

Esta Resolución anuncia ya la siguiente «*sobre las medidas comunitarias encaminadas a evitar las distorsiones de la competencia en perjuicio de los puertos de mar o de las empresas de navegación de la Comunidad europea en relación con la realización del Convenio MARPOL*». El Convenio a que se alude tiene por finalidad el establecer, a nivel internacional, medidas para evitar la contaminación marina. Su diverso grado de aplicación en los países que lo han suscrito y el que otros no lo hayan hecho provoca efectivamente distorsiones en la competencia tanto entre puertos como entre empresas navieras. Las causas concretas son: la falta de instalaciones para la neutralización de residuos en muchos puertos y las diferencias tanto en la cuantía como en la imputación de los gastos inherentes a la misma; la disparidad en la frecuencia e intensidad de los controles portuarios; las distintas normativas existentes en cuencas vecinas; la no aplicación de las anejos facultativos en algunos puertos, y la competencia de buques bajo pabellón de Estados que no son parte en el Tratado. Lo que la Resolución pide puede resumirse en la aplicación uniforme por todos los Estados miembros del convenio y sus anejos y la exención de derechos a título de la utilización de las instalaciones de neutralización de residuos. Deberá determinarse en qué cuantía el costo revierte sobre los derechos generales de puerto y en cuál ha de ser asumido colectivamente.

#### 4. EL INFORME

El estudio realizado por encargo del Parlamento al que se hace referencia al inicio de este trabajo consta de *un Informe Principal* de casi doscientas páginas y una serie de anejos de extensión ligeramente menor. El informe se divide en seis capítulos. El primero está dedicado a la evolución del tráfico marítimo y su proyección sobre los puertos; el segundo estudia las características institucionales de los puertos europeos; el tercero está íntegramente dedicado a los problemas de la competencia, sus distorsiones y las actuaciones viables a nivel comunitario a fin de asegu-

rar una libre y leal competencia; el cuarto estudia el papel de los puertos dentro de una política general de transportes; el quinto trata de problemas conexos, principalmente la seguridad y el medio ambiente; el sexto, por último, presenta las líneas directrices de una eventual política común de puertos y las actuaciones posibles para su realización.

Vamos a prescindir del capítulo primero. Su contenido es perfectamente conocido en los medios marítimo-portuarios y presenta escaso interés para los no integrados en ellos.

#### 4.1. La variedad de status jurídicos de los puertos europeos

La gran variedad de status institucionales y jurídicos de los puertos europeos lleva al intento de establecer una tipología. La más obvia es la que distingue entre:

- a) Puertos gestionados por el Estado, que se dice característica de las naciones latinas y de Grecia.
- b) Puertos gestionados por los municipios, que es la habitual en los grandes puertos del norte de Europa y puede considerarse herencia de la tradición hanseática.
- c) Puertos gestionados de manera autónoma, de tradición inicialmente británica, y
- d) Puertos enteramente privados.

La descentralización funcional que se viene operando en los países sureños —advierten los informantes— tiende a acercar los modelos a) y c). Sin embargo creemos necesario apuntar que la reunión de un determinado número de puertos o de todos los comerciales, como es el moderno caso español bajo un único organismo rector descentralizado a su vez, podría dar lugar a un nuevo tipo. Aunque la creación de entes instrumentales también se realiza por administraciones distintas de la estatal, esto no está ocurriendo con respecto a los puertos municipales. Por otra parte, es necesario advertir que la clase d), es decir el puerto empresa privada no cuenta en la actualidad más que con un único espécimen puro entre los puertos comerciales, el de Felixtowe<sup>27</sup>.

Esta clasificación, que por obvia es la primera que se intentó, no tiene excesivo interés práctico. Atiende fundamentalmente a la titularidad

---

<sup>27</sup> El otro ejemplo que suele citarse, Zeebrugge, adopta la forma de Sociedad de responsabilidad limitada fundada por un convenio entre la comunidad flamenca, la villa de Brujas y empresarios privados bajo la supervisión del Ministerio de Obras Públicas. También merece citarse el proceso privatizador británico que está dando entrada al capital privado en los puertos.

de los puertos respecto a la que en la Comunidad impera el principio de neutralidad del artículo 222 del Tratado de Roma.

Más importante que el quién es el cómo se administran los puertos. El organismo de gestión, sea cual fuere, tiene en unos casos una vocación absorbente sobre la totalidad de las actividades que en una zona portuaria se ejercen; en otros se tiende, por el contrario, a dejar el máximo posible de dichas actividades en mano de la varia iniciativa privada. El informe recurre para designar dichas situaciones extremas a las locuciones inglesas *Comprehensive port authority* y *Landlord port authority* respectivamente.

Se conecta el primero de los modelos, es decir el puerto como organización total, con una hipertrofia de la noción de servicio público, propia también de los países latinos<sup>28</sup>. Sin negar que ésta exista<sup>29</sup> y que pueda ser discutible, no creemos que sea la única razón. La gestión múltiple (y en mano privada) surge más espontáneamente en los puertos de estuario que son originariamente una yuxtaposición de explotaciones en una amplia zona naturalmente propicia, mientras que hay una mayor propensión a la unitaria cuando el puerto ha debido construirse (y en mano del constructor, que acostumbra a ser el poder público). Históricamente y por razones geográficas los puertos estuario predominaron en las recortadas costas del norte, mientras que las macizas mediterráneas exigieron construcciones artificiales ya desde la antigüedad. Inicialmente además la dispersión en el primer caso se produce por zonas (terminales), mientras que en el segundo se dispersan los servicios (carga-descarga, utillaje en manos de las Cámaras en Francia...). Las influencias históricas y su cristalización en un determinado momento son muy complejas.

Como en la clasificación anterior, se trata de modelos ideales que no son frecuentes en la realidad. El único caso de organización total plenamente subsistente que se cita es el de El Pireo. En los países donde ha predominado la gestión unitaria cada día es mayor la presencia de empresas privadas mediante el sistema de concesiones o contratos; los puertos yuxtapuestos propenden a unificarse bajo una «Autoridad» que afronte las modernamente imprescindibles obras de utilización común y se encargue de regular y controlar el conjunto.

Mención aparte merecen las, en denominación española, organizaciones de trabajadores portuarios. En la mayor parte de los puertos examinados —dice el informe— existen todavía formas de protección de los *dockers*. En no pocos el sistema había cristalizado en un auténtico

---

<sup>28</sup> «Dans ces pays (Informe, pag 23) le concept de service public a peut-être pris une étendue contestable».

<sup>29</sup> Vid. el art 66 de la Ley de Puertos del Estado.

monopolio de las operaciones de carga y descarga sustraído tanto a las autoridades portuarias, incluso a las de carácter más totalizador, como a las empresas usuarias de los puertos. Incluso nuestra actual Ley, en virtud de la cual las Autoridades portuarias españolas han absorbido competencias tradicionalmente en manos de las Autoridades de la Armada, dice, en su artículo 66, dedicado a los servicios portuarios, que «las labores de carga y descarga, estiba, desestiba y transbordo (...) se regularán y ejercerán de acuerdo con su normativa específica». «Verosímelmente —dice el informe— la débil productividad de los puertos mediterráneos pueda explicarse en gran parte por esta situación». Apunta sin embargo que dichas organizaciones regidas por criterios ajenos a los económico-empresariales<sup>30</sup>, generalmente sobredimensionadas y poco eficaces, tienden a reconvertirse.

Los criterios de clasificación aplicados, básicamente la titularidad del organismo rector de los puertos y la extensión de sus funciones y competencias, no bastan para orientar la eventual política común europea; otros aparecerán en el apartado siguiente dedicado a la competencia. Es aventurado por otra parte ligar cualquiera de los tipos resultantes con la prosperidad y eficacia de los puertos en términos de causa a efecto. El informe aduce los casos de Singapur y Hong Kong, ambos reputados universalmente por su gran eficacia. En el primero la Autoridad Portuaria local absorbe la totalidad de las operaciones mientras que en el segundo únicamente gestiona el territorio estando la organización del tráfico en manos privadas. No son tan nítidos los actuales ejemplos europeos. Cabría sin embargo recordar que la administración descentralizada, que se ofrece a menudo como la panacea para las dolencias que aquejan a los sistemas portuarios mediterráneos, tuvo su modelo inicial en el puerto de Génova, no precisamente modélico en cuanto a funcionamiento. Las Juntas españolas —anteriores por cierto en un cuarto de siglo— pasaron por épocas de gestión brillante —sí que más como constructoras de obras que como gestoras de servicios— y, en otras recibieron críticas furibundas<sup>31</sup>.

La conclusión del Capítulo es que no sería razonable perseguir un sistema organizativo rigurosamente uniforme de los puertos europeos. Es

---

<sup>30</sup> Vid. Sent. *Merci Convenzionali* citada.

<sup>31</sup> El Decreto de 27 de octubre de 1932 decía en su preámbulo: «En el funcionamiento actual de las juntas de obras de puertos, las ventajas aparecen eclipsadas por los inconvenientes» y aducía como causas la desatención de los miembros de las juntas, ocupados en sus propios negocios; los intereses de los mismos frecuentemente contrapuestos a los del puerto, y favoritismos «rayanos en el cacicazgo» que «determinan aumentos en el personal acordados más por deseos de otorgar prebendas que por verdaderas exigencias del servicio».

necesario sin embargo un conocimiento lo más exhaustivo posible de las distintas realidades y no puede considerarse inadmisibles toda intervención de la Comunidad tendente a que se respeten sus principios inspiradores.

A pesar de esta afirmación de neutralidad, el informe se decanta claramente por la existencia en los puertos de un organismo especializado con funciones de coordinación y planificación (al que se opondrían —añadimos— tanto la administración centralizada estatal como la municipal y la completa independencia de los diversos terminales o las empresas).

Los argumentos en favor de dicho organismo de carácter público son los siguientes:

- Los derechos de propiedad. (Los puertos implican estructuras que se extienden por tierra y sobre el mar y que tienen consecuentemente regímenes jurídicos diferentes.)
- La necesidad de planificación. (Difícilmente logvable por un conjunto de operadores independientes.)
- El suministro de bienes y servicios de carácter público (que deben estar a disposición de todos en régimen de igualdad).
- La promoción y el mantenimiento de la competencia dentro del propio puerto.

Todo ello aboga por la existencia de una organización de carácter público y dotada de un cierto grado de autonomía, al menos presupuestaria. Esta última afirmación se justifica por al menos tres razones:

1. La posibilidad de controlar las corrientes financieras, o, en otros términos la necesidad de transparencia de las relaciones financieras entre los Estados y sus empresas, sobre todo públicas, exigida por la Directiva 80/723<sup>32</sup>.
2. La clarificación de la línea divisoria entre el sector público y el privado. Los informantes opinan que el puerto como tal no debe ser privatizado y sí, en cambio las actividades comerciales que se desarrollan en la zona portuaria.
3. Las características de las actividades portuarias. Este razonamiento se resume en las siguientes palabras textuales que chocan con las argumentaciones al uso —al menos en nuestro país: «Se habla mucho de la necesidad de organizar los *puertos como empresas*; de hecho, al menos para los puertos principales, el problema no

---

<sup>32</sup> Esta directiva excluía de su regulación a las empresas de transportes, pero su modificación por la 85/413 ha eliminado dicha exclusión.

debiera formularse en tales términos sino como *creación de las condiciones necesarias para que las empresas se organicen en el seno de los puertos*» (los subrayados son del original). Efectivamente —opinamos—, lo que distingue Empresa y Administración a efectos de eficacia es el acicate del mercado. Si tal acicate no existe las técnicas empresariales no habrán servido más que para la creación de «taifas». La Administración es Administración aunque «se vista de paisano». No es el remedio disfrazarla sino que se reduzca a sus límites propios.

#### 4.2. El problema de la competencia

El Capítulo dedicado a la competencia comienza por observar que ésta puede situarse en diversos niveles:

- Competencia entre grupos de puertos de un mismo rango. Así por ejemplo Trieste, Génova, Marsella y Barcelona pueden considerarse en competencia con los puertos nórdicos.
- Competencia entre puertos de países distintos (belgas, alemanes y holandeses).
- Entre puertos de un mismo país, por ejemplo Génova y La Spezia en Italia o Hamburgo y Bremen en Alemania (o Bilbao y Santander o Algeciras).
- Entre empresas usuarias de un mismo puerto.
- Entre empresas que operen en puertos diversos.

El marco se completa con otras consideraciones distintas de los sujetos en competencia:

- La progresiva elasticidad del tráfico o, en otros términos, disminución de los tráficos cautivos propiciada por la evolución hacia un concepto de transporte global (desde el productor hasta el consumidor) y favorecida en la Comunidad por el abatimiento de las fronteras interiores.
- La importancia del sistema logístico en el que el puerto se integra y que es ajeno a sus competencias.
- El hecho de que la competitividad no es única ni principalmente un problema de costo o de precio de las operaciones portuarias, sino de eficiencia y calidad del servicio (períodos de espera de embarcaciones y mercancías, seguridad, regularidad del flujo ...).
- Los factores geográficos, como la insularidad, los puertos estuario o los artificiales, la orografía circundante...

Se subraya, por último, que puede darse una competencia entre medios de transporte (cabotaje *versus* transporte terrestre) que en cierto modo convierte a la carretera y el ferrocarril de auxiliares en competidores de los puertos.

El Estudio afirma que —salvo en los casos de puerto empresa total— la competencia no se establece entre puertos, sino entre empresas que operan en ellos y que la competitividad de dichas empresas es evidente que viene influenciada por las condiciones logísticas, jurídicas y organizacionales en que trabajan.

Es más que dudoso que esto sea un hecho y no un simple deseo o una simplificación. Con la misma o mayor exactitud podría decirse que —salvo en el caso de una Autoridad portuaria pura, es decir limitada a regular y vigilar el cumplimiento de las reglas— los puertos compiten. El problema es precisamente que las distintas organizaciones reales oscilan entre los dos modelos ideales.

Partiendo del supuesto —que puede aplicarse a los puertos mismos en tanto sean empresas públicas—, se afirma que no todas las circunstancias susceptibles de influir sobre la competitividad de una empresa pueden considerarse contempladas en las normas del Tratado respecto a la competencia ni justificar en concreto una actuación correctora de la Comunidad.

- a) Es claro en primer lugar que no debe entrar en consideración una situación geográfica más o menos ventajosa. La sana lógica económica exige que las mercancías transiten por donde encuentran condiciones más favorables. Una situación de desventaja no justifica en principio medidas compensatorias.
- b) Tampoco se justifican éstas cuando la situación de desventaja proviene del sistema logístico, jurídico u organizativo en que el puerto se incardina. La razón que se da es que también la competencia entre sistemas es consecuencia del mercado común. Lo que ocurre en estos casos es que el problema se sitúa en otro nivel, el del sistema de que se trate.
- c) Caso asimilable a los anteriores es el que se produce cuando un operador del transporte conjunto o plurimodal dirige a sus clientes a través del puerto que le resulta más conveniente, compensando los costos (y otros criterios como la seguridad, celeridad, etc.) de los diversos modos de transporte que utiliza.

Esta puntualización sobre lo que es imputable a las empresas portuarias y lo que han de considerarse circunstancias ajenas a ellas, no es una categorización puramente académica; es decisiva a la hora de aplicar los artículos 85 y ss y 92. (No así —a nuestro juicio— el 86 que prohíbe el *abuso* de posición dominante).

Es precisamente a esos artículos a los que se refiere el informe en su «Breve resumen de la normativa aplicable». Comienza diciendo que los acuerdos entre empresas que digan referencia al artículo 85 no parecen muy frecuentes en el ámbito portuario<sup>33</sup>, en cambio atribuye gran importancia al artículo 86. La diferenciación no parece del todo afortunada, si ambos artículos se ponen en conexión entre sí y con el artículo 90 que se refiere expresamente a todas las normas sobre competencia y al artículo 7 prohibiendo a los Estados adoptar o mantener medidas contrarias respecto a las empresas públicas y a aquéllas a las que concedan derechos exclusivos o especiales. El Abogado General Van Gerven establecía dicha conexión en los siguientes términos:

*De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (de la que hace copiosas citas) relativa a la aplicación, a las medidas de las autoridades públicas, de las disposiciones del apartado 1 del artículo 90 en relación con los artículos 85 u 86, se desprende que el artículo 90 se refiere a cualquier intervención de los poderes públicos respecto a las empresas contempladas en ese artículo que, o bien haga obligatoria una práctica de empresa prohibida por el artículo 85 o el artículo 86, o bien la favorezca o la haga inevitable, o incluso confiera a algunas empresas competencia para intervenir en lugar de los poderes públicos.*

Es decir que las prácticas pueden resultar concertadas en virtud o al amparo de un regulación del mismo modo que de ella puede surgir una posición dominante.

La extensión y el carácter de este trabajo aconseja no entrar en el tema general de las ayudas públicas. Nos limitaremos a enunciar las formas de ayuda que, aparte la subvención directa y puntual que tiene menos importancia, acostumbra a darse en los puertos:

- a) Compensación de las pérdidas de explotación.
- b) Préstamos en condiciones ventajosas.
- c) Renuncia al rendimiento normal de los fondos públicos empleados.
- d) No sujeción al impuesto sobre el beneficio empresarial.
- e) Arrendamiento de espacios en condiciones ventajosas.
- f) Prestación de servicios técnicos o administrativos gratuitos.
- g) Tarifas especiales en los transportes terrestres ligadas a la utilización de un puerto concreto.

Una consideración especial merecen para el informe las subvenciones para infraestructuras portuarias. Estas pueden considerarse como

---

<sup>33</sup> Podría verse una excepción, añade, en los acuerdos de las Conferencias sobre líneas regulares, pero esto se sale por una parte del problema de la competencia entre puertos y tiene su regulación específica en el Reglamento 4056/86.

inversiones que aprovechan al conjunto de la comunidad, cosa que además puede estimarse tanto respecto a la comunidad nacional como a la europea.

El informe dice ser cierto para determinadas infraestructuras de acceso y de protección y que se confirma por el hecho de que numerosos puertos del norte perderían dinero si dichas infraestructuras corrieran a su cargo. Esta consideración ha pesado sin duda en la afirmación de la Comisión de que la financiación por parte de las autoridades públicas de las infraestructuras que tradicionalmente se han realizado con fondos públicos no constituyen ayudas en el sentido del art. 92 del Tratado.

El problema es arduo. Se trata ni más ni menos que de la delimitación del concepto de servicio público en función de su pago a cargo del sistema fiscal general o de quien lo utiliza. Parece claro que las autoridades públicas han de encargarse de las grandes obras de infraestructura como pueden ser los rompeolas (protección) o los canales de acceso. Difícilmente pueden dejarse a la responsabilidad privada en razón de datos jurídicos (dominio público marítimo y marítimo-terrestre), administrativos (utilización común) y financieros (gran concentración de capital amortizable a muy largo plazo). Ello aboga por su consideración como servicio público, de interés general y de pago por la generalidad. Pero esas instalaciones sirven directamente a unos usuarios perfectamente identificables que realizan operaciones de naturaleza comercial con intensidad también verificable.

La tendencia más actual bascula decididamente a hacer recaer el costo sobre los usuarios directos. Ello no excluye sin embargo la posibilidad de subvenciones públicas, que deberían evaluarse con los mismos criterios que rigen la normativa general al respecto. Para asegurar el necesario control, de nuevo se aboga por unas Autoridades públicas independientes, responsables de la construcción y de la obtención de un rendimiento razonable de los capitales invertidos y cuyas cuentas sean perfectamente transparentes.

### **4.3. Integración de la Política portuaria en el marco de la política general de transportes**

El Capítulo 4 del Informe está dedicado, como se dijo, a considerar la política portuaria en el marco general de los transportes comunitarios, y comienza examinando los fundamentos de la misma en cuanto a oportunidad y legitimidad.

Como ya se ha insinuado, una objeción a la política comunitaria común podría encontrarse en el art. 84 que, indudablemente, excluye de la

regulación de los transportes el transporte marítimo. Sin embargo, arguye el informe, está generalmente aceptado que la Comunidad tiene el derecho de intervenir allí donde los principios generales del Tratado resultan cuestionados y alude en apoyo de esta afirmación a la Sentencia del T.J. de 4 de abril de 1974<sup>34</sup>. A pesar de que como hemos dicho la jurisprudencia del Tribunal es escasa en esta materia, no es ésta la única sentencia que puede aducirse<sup>35</sup>.

Por otro lado habría que dilucidar si los puertos han de considerarse parte de la navegación marítima o bien de la red de transporte terrestre. Su opinión —que compartimos— es que constituyen una parte esencial del sistema de transporte europeo terrestre. A ello hay que añadir la importancia creciente del cabotaje que, sin duda, es navegación marítima, pero también transporte intraeuropeo alternativo a las vías terrestres. Cabría analizar si en la redacción del artículo 84 fue el medio marino lo que se tuvo en cuenta o el carácter externo de la navegación marítima.

En cuanto a la oportunidad, ésta ya se manifestó, como puso de relieve el Parlamento, con la primera ampliación que integró en la Comunidad dos países isleños. Ahora puede considerarse ya una necesidad dado el interés de la Unión por sus países periféricos y por incluir en su nueva política de redes transeuropeas a los que todavía no forman parte de ella.

Tras examinar los fundamentos jurídico y teleológico de la iniciativa comunitaria el informe pasa a considerar sus aspectos operacionales haciendo observar que:

- a) La atribución de fondos —principalmente comunitarios— para un proyecto concreto debe subordinarse a que:
  - Sea coherente con las líneas directrices de la construcción comunitaria.
  - Sea económicamente rentable.
  - Presente un interés común.

---

<sup>34</sup> Se trata de la sentencia dictada el asunto 167/73, Comisión/Rep. Francesa, Rep. 359 ss. que dice: «Que, concebidas para ser aplicables al conjunto de las actividades económicas, estas reglas fundamentales (hace referencia a los «Fundamentos de la antigua Segunda Parte del Tratado y los Principios de la primera) no pueden ser descartadas más que en virtud de derogaciones expresas del Tratado» y que «lejos de descartar la aplicación del Tratado a estas materias (los transportes marítimos) prevé solamente que las disposiciones del título relativo a los transportes no se aplicarán allí de pleno derecho».

<sup>35</sup> Vid v.g. la *Merci Covenzionali* (1179/90 Rep. p. 1783) que sienta la aplicabilidad a las empresas portuarias de las normas sobre competencia; la *Corsica Ferries* (18/93, p. 1783) y la también *Comisión/Francia* 381/93 p. 5145 (ésta posterior al informe) que lo hace respecto a la libre prestación de servicios.

- b) Supuesto que en una política de esta índole son actores la propia Comunidad, los Estados, la administración local o regional, los organismos rectores de los puertos e incluso las empresas usuarias, debe perseguirse que cada uno de ellos desempeñe su propio papel.
- c) Consecuentemente también debe definirse la respectiva participación financiera.

El resto del capítulo está dedicado a poner de relieve la necesidad de «una actitud sistemática respecto a los puertos» es decir de su consideración no como establecimientos empresariales aislados, sino como elementos del sistema logístico paneuropeo agudizada por la política de redes y por la necesidad de integración de los países periféricos. Una parte importante se dedica a estudiar el desequilibrio existente entre el Norte y el Sur de Europa.

No vamos a entrar en los detalles del Capítulo 5. Se ocupa de problemas fundamentalmente técnicos relacionados con la seguridad y la protección del medio ambiente. Ambas son susceptibles de impulsarse «en» y «desde» los puertos. Nos remitimos a lo que sobre ello se dice en el apartado siguiente.

#### **4.4. Principales opciones y recomendaciones para una política portuaria común**

Los problemas analizados permiten concluir que existe base jurídica y argumentos sólidos en pro de una política comunitaria de puertos. Para su definición —dice el informe— caben tres opciones básicas:

- A. Un acercamiento minimalista totalmente respetuoso con los diversos modos de organización y gestión existentes. Con tal postura resulta incluso difícil la aplicación de los principios básicos del Tratado y es incompatible con un sistema de transportes sustancial para el mercado común. Cabría añadir que el sistema de redes transeuropeas querido por el Tratado de Maastricht quedaría mutilado.
- B. Un control centralizado de los puertos, ejercido por las autoridades comunitarias. A primera vista podría considerarse como el medio más seguro para evitar sobredimensionamientos indeseables, la congestión de determinadas zonas y el desequilibrio Norte-Sur, así como para orientar a voluntad la participación en el transporte intraeuropeo del cabotaje y las vías de entrada y salida de los flujos mercantiles con países terceros y con los periféricos

comunitarios. Un tal enfoque es ya dudoso que pueda encontrar base jurídica en los Tratados; pugna con los principios de la propia Comunidad —más si se recurre al principio de subsidiariedad—; incluso en el supuesto, improbable visto lo sucedido hasta ahora, de que su propuesta fuese aceptada por los Estados, eliminaría el acicate de la competencia y se estima por ello contraproducente para la necesaria modernización y eficacia de los puertos.

C. Una vía intermedia que pasara por:

1. La aplicación de las normas comunitarias sobre competencia.
2. La comunicación y autorización de las ayudas públicas.
3. La identificación y financiación de proyectos de interés común.
4. La posibilidad de realizar estudios comparativos de manera que se mejore el conocimiento de la situación real.
5. El desarrollo de programas de formación profesional y planes de desarrollo conjunto.

Resulta innecesario decir que el estudio se decanta por esta vía intermedia que intenta precisar recurriendo a analizar: (A) sus Principios generales, (B) sus Líneas directrices y a hacer (C) un Resumen de las principales opciones y recomendaciones.

A. *Principios generales*

Los enunciados son:

1. Disponibilidad y modernización de la capacidad portuaria europea.
2. Competencia libre y leal en todos los niveles en que ésta puede situarse.
3. Integración en una política general de transportes.
4. Aceptación social.

B. *Líneas directrices*

a) Orientación de las inversiones de manera no obligatoria (en aplicación del principio 1 y la vía intermedia propugnada).

b) Definición de una política de infraestructuras y superestructuras (tendente a conjugar los principios 1 y 2).

c) Aplicación de las reglas de competencia (principio 2) que requiere:

—Control de las ayudas y subvenciones a puertos y sociedades usuarias para lo que es condición previa la transparencia de las cuentas y la definición preconizada en b) y

—Efectiva represión de las prácticas contempladas en los artículos 85 y ss. del Tratado, que puede llegar a declarar incompatible con el Tratado una normativa nacional.

—Estímulo de una filosofía común en materia de gestión de puertos, que, a juicio de los informantes, debería acercarse al modelo de «Landlord port Authority», con un número de empresas privadas dedicadas a las operaciones, suficiente para garantizar la competencia entre ellas.

d) Visión sistemática (aplicación del principio 3, es decir consideración de los puertos como elementos de la red total de transportes).

e) Promoción de un mejor equilibrio entre el Norte y el Sur. (El desequilibrio es un hecho comprobado y provocado por causas varias: de situación geográfica, de concentración humana e industrial en los respectivos hinterlands, barreras orográficas interiores, insuficiencias del sistema logístico... y mala organización en general de los del Sur. Ninguna de estas causas justifica medidas de ayuda financiera. Sin embargo es preciso distinguir entre mala gestión o prácticas operativas ineficaces con falta general de disponibilidad de inversiones. Son prioritarias las acciones tendentes a la búsqueda de competitividad y fiabilidad a las que han de subordinarse las ayudas).

f) Gestión de los problemas de empleo. (Esta línea, como las dos siguientes se enmarca en el principio de aceptación social. Afecta principalmente al problema de los trabajadores portuarios que va resolviéndose en los países donde como en el nuestro era particularmente agudo. Los puertos, dice el Informe, no pueden desempeñar el papel de defensores del empleo directo, por lo que los sistemas que sobrepasan lo razonable no deben mantenerse).

g) Mejora de la seguridad. (Es menester no confundir seguridad portuaria y seguridad de los buques. Con respecto a la primera, sería preciso identificar los sistemas más aconsejables. Por lo que atañe a la segunda sería de desear que se estableciesen en los puertos europeos sistemas de control de los buques que permitiesen bloquearlos en caso de incumplimiento de las normas internacionales vigentes).

h) Protección del medio ambiente. Esta «línea» no difiere de la anterior en sus dos aspectos.

El Resumen de las principales opciones y recomendaciones con que el informe termina es una lista tan larga como imprecisa y repetitiva respecto a lo dicho. No vamos a reproducirla.

## 5. CONCLUSIÓN: EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

En el momento actual sigue sin existir nada que pueda parecerse a una política portuaria común. No ya en el sentido de flujo de normas —ningu-

na específica se ha dictado—, sino ni siquiera en el más lato de actitud definida de los poderes comunitarios al respecto. No contradice esta afirmación el *largo clamor* del P.E. al que no hemos venido refiriendo. A pesar de su papel emergente en la producción normativa comunitaria el Parlamento no tiene más que un poder (?) de solicitud (Art. 138 B, 2) y de oposición, no decisiva en el procedimiento del 189 C y decisiva en el del 189 B, pero nunca un positivo poder de decisión.

El Consejo no tiene trazas de que se haya ocupado del asunto; más bien puede colegirse que —como ya afirmaba el Parlamento en su resolución de 1972— lo que hay por parte de la representación gubernamental es una postura positivamente de rechazo. Lo abona el hecho de que en un tema conexo, el de la navegación marítima, sólo haya actuado forzado por la incidencia de normas internacionales y únicamente en la medida en que ha resultado forzado.

La Comisión, dentro de su función impulsora de la producción normativa, no ha respondido a las sugerencias del Parlamento más que con la creación, ya desde 1972, de grupos de estudio que no resultaron excesivamente operantes. En su otra función de «guardiana de los Tratados» tampoco puede decirse que se haya mostrado activa, lo que ha provocado la escasa actividad en esa materia del Tribunal.

Este, el Tribunal —aparte de que parece haberse retraído un tanto de la postura beligerante en la construcción jurídica comunitaria que en principio adoptó—, no puede actuar más que a partir de una norma existente y a iniciativa ajena.

Las normas aplicables a puertos son, de acuerdo con la Sentencia de 4-4-74 «las concebidas para ser aplicables al conjunto de las actividades económicas»<sup>36</sup> y las de competencia, aplicables a las empresas en general, incluidas las públicas. También alguna de derecho derivado, como por ejemplo la Directiva sobre transparencia.

La Comisión únicamente ha dado al Tribunal ocasión de pronunciarse con respecto a materias portuarias en dos ocasiones: la que dio lugar a la sentencia antes citada y la también Comisión c/ Rep. francesa de 5-10-94<sup>37</sup>. Ninguna de las dos se refería directamente a puertos. Por la otra vía posible, la del art. 177, no han llegado hasta el Tribunal más que asuntos que podríamos llamar marginales (empresas estibadoras, prácticos, trabajadores portuarios); nunca uno en que estuviese implicada una Autoridad portuaria<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Vid ante, nota 34.

<sup>37</sup> Vid. nota 35.

<sup>38</sup> El asunto 286/92, Doman /Reino de España, suscitado en el puerto de Bilbao, se archivó por auto de 16 de octubre del mismo año, sospechamos que por haberse renunciado a cobrar la discriminatoria tarifa de cabotaje que dio lugar al litigio «a quo».

Como consecuencia de ello tampoco existe lo que con alguna impropiedad podría llamarse *política jurisprudencial* portuaria.

Una nueva perspectiva se está abriendo a raíz de la aparición en el Tratado de la Unión del «*fomento de la creación y desarrollo de las redes transeuropeas*» como uno de los medios previstos para alcanzar los fines propios de la Comunidad. Ciertamente que la nueva política apunta a favorecer la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales así como el acceso a dichas redes, es decir mira al interior de la propia Comunidad y no a sus relaciones con el mundo exterior. Incluso, según el artículo 129 C, 3 parece que la cooperación con terceros países para el fomento de proyectos de interés común y para garantizar la interoperabilidad de las redes, se deja a una decisión ulterior de una manera paralela a lo hecho por el antiguo artículo 84 con la navegación marítima.

Sería un grave error de óptica —en el que pudo caerse en un principio (vid. 2)— deducir del carácter transeuropeo de las redes la exclusión de los puertos. Su calidad de elementos infraestructurales básicos de cualquier sistema de transportes; la emergencia del cabotaje intraeuropeo como alternativa a las rutas terrestres y también como vía de acceso a ellas; la necesidad de conexión con las regiones insulares y periféricas... lo demuestran palmariamente.

Consecuente con ello la Comisión ha creado un nuevo grupo de trabajo, el denominado *Member States Group on Ports & Maritime Transport* a fin de realizar un estudio sobre los puertos y el transporte marítimo en los Estados de la Unión y países terceros vecinos para su integración en las redes transeuropeas. Para la realización de dicho estudio se han establecido cuatro regiones: Báltica, del Mar de Norte, Atlántica y Mediterránea. Hemos tenido ocasión de ver el informe ya presentado por los encargados de esta última que —sin sus voluminosos anejos (1.500 páginas)— ha sido publicado por el Boletín de Información de Puertos del Estado. De él puede inducirse que se están contemplando con minuciosidad los aspectos técnico económicos del problema; que se hace bajo una perspectiva integradora de los puertos en un sistema de transporte, y que se atiende adecuadamente a los aspectos conexos de la seguridad y la protección del medio ambiente, es decir tres de los aspectos contemplados en el estudio encargado por el Parlamento. Parecen sin embargo soslayados los otros dos: el de la estructura jurídico administrativa de los puertos y el de la competencia, ligados ambos, ambos particularmente vidriosos, y en los que el Parlamento había puesto tanto énfasis.

Se está de nuevo en fase previa de recogida de datos. No sería de extrañar que el Parlamento haya de seguir clamando (en desierto?) por una política portuaria común.

# La sidérurgie européenne en marche vers la globalisation des stratégies d'entreprises

por Philippe Morvanou

Consultor de Syndex y responsable del Centre  
d'Intervention Socio-Economique de París

**Sumario:** INTRODUCTION.—I. LA RECONFIGURATION À CHAUD DE LA SIDÉRURGIE EUROPÉENNE SOUS L'ÉGIDE DE LA COMMISSION EUROPÉENNE.—1. **L'analyse de la crise et les solutions mises en oeuvre.**—2. **La double dérégulation technique et économique.**—3. **Un sentiment d'échec qui cache le succès des objectifs de mise en compétitivité des sidérurgies européennes.**—4. **La privatisation comme modalité de dérégulation accélérée.**—5. **Des réductions de capacités à la globalisation des marchés.**—6. **L'érosion de la sidérurgie européenne.**—II. LES TRANSFORMATIONS DES SIDÉRURGIES NATIONALES EN EUROPE.—1. **British Steel.**—2. **U+S.**—3. **Les restructurations allemandes.**—4. **Les sidérurgies espagnoles.**—5. **La sidérurgie italienne.**—6. **Les évolutions récentes des emplois.**

## INTRODUCTION

À l'horizon des années 1980, la sidérurgie mondiale restait un secteur industriel marqué par une politique économique et donc sociale particulière. On pouvait parler à juste titre d'exception sidérurgique. La configuration du secteur était à l'image de son processus de production où l'unité centrale était constituée de l'ensemble cokerie —haut fourneau— aciérie concentré sur un territoire restreint.

Le développement des échanges entre pays puis entre zones, la plus grande proximité recherchée des clients et la nouvelle disponibilité des matières premières et des demi-produits avaient déjà éloigné progressivement les sources de matières premières, fer et charbon, ainsi que les parachèvements. Les aciers spéciaux et inox avaient gagné une certaine autonomie basée sur des unités plus réduites, centrées sur l'aciérie électrique. C'est aujourd'hui de plus en plus le cas pour les produits longs

courants qui représentent de gros tonnages. La remise en cause du caractère hautement stratégique de l'industrie de l'acier se couple ainsi, à la chaleur de la crise conjoncturelle de la fin de la dernière décennie, avec cette nouvelle donne industrielle. Les progrès techniques, la diversification des approvisionnements en matières premières, l'innovation de la brame mince annonciatrice de nouveaux bouleversements offrent la possibilité de nouvelles concurrences.

La libéralisation des échanges, la recherche d'investisseurs sans critère de nationalité, trouvent dans la sidérurgie un nouveau terrain d'application. Les monstres industriels avec leurs concentrations de salariés et leurs infrastructures onéreuses sont mis au défi de la modernité par de nouveaux acteurs qui se font fort de prendre des parts de marché grâce à des organisations industrielles et des spécialisations technico-commerciales simplifiées. L'onde de choc s'appelle NUCOR et entraîne nombre d'imitateurs, elle menace les positions les mieux acquises et introduit la nouvelle mobilité géographique des productions. Elle est contemporaine avec l'entrée des pays de l'est sur le marché mondial, qui du fait de leur mode de développement antérieur, peuvent peser lourd comme nouveaux concurrents sur le marché des aciers. La politique économique européenne de l'acier voit ainsi s'ouvrir une nouvelle frontière à l'est.

Pour le Japon ou pour les Etats-Unis, cette nouvelle frontière peut recouvrir respectivement les couleurs coréenne et mexicaine.

Ainsi, au-delà de la progression des échanges de produits sidérurgiques déjà fort développés, c'est une véritable redéfinition et recomposition des intérêts de chaque état et de chaque acteur privé à laquelle nous assistons aujourd'hui dans la sidérurgie.

Le désengagement des pouvoirs publics au travers du mouvement de privatisation doit être compris dans ce contexte influencé par cette double dérégulation technique et économique. Elle entraîne une forte dérégulation sociale marquée, dans la période de transition, par d'importantes suppressions d'emplois et contient en germe une régression sociale notable dans les régions où la production d'aciers structure encore l'insertion des populations, la vie économique et politique du pays.

La production d'acier a sans aucun doute présidé au développement de ces régions. Sa reconversion technico-économique porteuse de redéfinition stratégique risque simultanément de se traduire par une régression aux multiples dimensions.

En Europe, cette transition se réalise au travers de la fin programmée de la CECA au terme de son cinquantième anniversaire en 2002. Elle a permis d'engager un processus concerté de réduction des capacités et de mise en compétitivité des firmes européennes face à une internationalisation des productions et des capitaux. L'étape de la globalisation, saisie

comme rupture des liens entre intérêt des états et intérêt des firmes à l'avantage de ces dernières, constitue la prochaine étape.

### Le volet externe

---

La Commission Européenne a agréé la requête des sidérurgistes européens de compléter les mesures d'accompagnement du processus de restructuration par des mesures extérieures, afin que les efforts de restructuration envisagés ne puissent être compromis par des facteurs perturbant les échanges communautaires. Ces mesures sont les suivantes:

- reprise dans les meilleurs délais, des négociations pour la conclusion d'un accord multilatéral de l'acier acceptable, dans le cadre ou non du GATT;
  - utilisation de tous les moyens dans les enceintes appropriées pour éviter la mise en place définitive des mesures commerciales protectionnistes abusives et injustifiées adoptées récemment par les Etats-Unis (ce contentieux met en cause 2 millions de tonnes d'acier européen et 1 milliard de dollars);
  - prolongation des mesures de surveillance a priori et a posteriori des importations;
  - actualisation des prix de base à l'importation et étude permanente de l'évolution des marchés et des tendances des prix;
  - établissement par la Commission de programmes prévisionnels semestriels avec des indications trimestrielles concernant la production et les livraisons dans la Communauté, ventilées par catégorie de produits. Ces indications seront transmises à toutes les entreprises, en les invitant à informer la Commission quant à la manière dont elles entendent s'y conformer sur une base volontaire;
  - négociation avec les PECO, pour les produits sensibles, des conditions d'un accès progressif au marché communautaire, en établissant des contingents tarifaires adéquats tout au long de la période 1993-1995, assortie d'une clause périodique de revue à la lumière des développements intervenus de la situation dans l'industrie sidérurgique de la Communauté européenne, en tenant compte généralement des progrès de la restructuration en cours;
  - prolongation pour 1994 et 1995, i.e. pendant la phase de restructuration, des contingents communautaires instaurés le 01.01.1993 envers certaines importations provenant des républiques de la CEI (ex-URSS).
- 

## I. LA RESTRUCTURATION À CHAUD DANS LA SIDÉRURGIE EUROPÉENNE

### 1. Analyse de la crise et les solutions mises en oeuvre

Le retournement conjoncturel de la production d'acier en France et en Europe, sensible à partir de 1990, provoque une restructuration lourde du

secteur et modifie à terme les données fondamentales du jeu concurrentiel entre les firmes.

Cette phase de récession, commencée en 1990, provoquera une baisse des prix et des résultats financiers des entreprises sidérurgiques européennes. En 1992, les pertes cumulées des entreprises sidérurgiques ont avoisiné 25 milliards de francs dont la moitié pour les seules entreprises publiques italiennes et espagnoles. La baisse des prix atteint 20% en moyenne et 30% pour certains produits longs entre fin 1989 et fin 1991 pour atteindre *un prix plancher, en 1992, très proche des prix mondiaux*. Cette situation a été aggravée par la forte pression exercée sur les prix par certaines importations de produits longs provenant des PECO. En l'absence de perspectives notoires à moyen terme de reprise de la demande européenne d'acier et face à un marché mondial excédentaire et de plus en plus concurrentiel, une remontée durable des prix n'était guère attendue.

Par conséquent, les entreprises ont décidé d'inscrire leur stratégie dans un cadre caractérisé par des volumes et par des prix relativement inélastiques, ce qui les oblige à réduire sensiblement les coûts afin de rester compétitives.

Plus que la baisse de la production et du taux d'utilisation des capacités de production, c'est la diminution durable des prix qui a provoqué des résultats d'exploitation négatifs pour l'ensemble des entreprises sidérurgiques européennes, en 1992 et 1993, et qui rend très pessimistes les anticipations des patrons sidérurgistes européens sur l'évolution du marché, plus encore que les prévisions des principaux centres de prévision (BIPE, OCDE, IISI...).

Face à cette situation de crise, la Commission Européenne, en accord avec le Conseil des Ministres des 12, a donc décidé de mettre en oeuvre, entre 1993 et 1995, un programme de mesures de stimulation et d'accompagnement du processus de restructuration de la sidérurgie communautaire, comportant un volet externe et interne.

- Le volet externe (voir encadré ci-contre) inscrivait clairement la restructuration de l'industrie sidérurgique européenne dans le mouvement de libéralisation des échanges mondiaux de marchandises et de services qui a abouti à la signature du GATT et à la naissance de l'OMC. Des mesures transitoires de surveillance et de protection, notamment des importations des pays de l'est, devaient permettre à l'industrie européenne de conduire sa restructuration dans un environnement stable.
- Le volet interne prévoyait des mesures industrielles et sociales d'accompagnement des réductions de capacités qui pouvaient se traduire par des fermetures de sites industriels.

Ainsi, contrairement à la crise précédente du début des années 80, dont la mesure principale avait consisté à geler les capacités existantes, la Commission Européenne engageait un plan global de réduction des capacités guidé par le rapport BRAUN adopté au Conseil des Ministres du 25 février 1993.

Ce plan laissait aux seules entreprises l'initiative des restructurations dans le respect des règles de la concurrence et de la réglementation européenne en matière d'aides d'Etat.

Les surcapacités européennes identifiées par le rapport BRAUN atteignaient entre 19 et 30 millions de tonnes qui comprenaient:

- 19 à 26 millions de tonnes de capacité (11 à 15% des capacités totales) dans les produits laminés à chaud, dont près des 2/3 dans les produits longs. 17,9 millions de tonnes concernent des fermetures acquises, probables ou potentielles, dont 5,2 millions de tonnes de produits plats et 12,7 millions de tonnes de produits longs.
- Plus de 30 millions de tonnes de capacité (16 à 23% des capacités) dans la fabrication d'acier brut.
- 2 millions de tonnes dans les produits à froid et revêtus.

Les perspectives de rationalisation au niveau des aciéries traduisent, selon la mission BRAUN, un large potentiel de réduction des coûts, étant donné qu'une partie déterminante des frais fixes du cycle de production y trouve son origine. En effet, le coût de la phase liquide étant particulièrement sensible au taux d'utilisation, en particulier dans les aciéries intégrées à l'oxygène et leur amont (haut-fourneau et agglomération).

Quant à l'emploi, la mission a suggéré d'abord des pertes d'emplois directs pour 45.000 postes auxquelles s'ajoutent des pertes d'emplois pour les postes administratifs, soit 50.000 emplois supprimés sur 350.000 emplois que compte le secteur sidérurgique européen.

## 2. La double dérégulation technique et économique

Cette dérégulation, dont la phase transitoire a été gérée avec plus ou moins de succès dans la Commission Economique Européenne, prend en compte un double mouvement de dérégulation qui touche aujourd'hui de plein fouet le secteur sidérurgique.

### *La nouvelle donne technologique*

- Elle introduit de façon radicale plusieurs options dans la production de matières premières nécessaires à la fabrication d'aciers et

de ses produits dérivés —fonte, ferraille, minerai pré-réduit, carbure de fer—. Les possibilités techniques se sont multipliées ces dernières années et recouvrent de façon très imparfaite le choix traditionnellement simplifié entre voie fonte et voie électrique.

- Elle abaisse considérablement (de 1 à 4) les coûts d'investissement par l'extension des productions accessibles par la voie électrique. Longtemps cantonnée à la production d'aciers spéciaux en petites quantités, puis aux produits en aciers courants peu élaborés, l'aciérie électrique investit actuellement des productions aux caractéristiques techniques de plus en plus élevées (produits plats). Mais au-delà des capacités techniques, la réduction du coût des investissements conjuguée avec un choix croissant des matières premières enfournables baisse considérablement les coûts d'entrées pour de nouveaux acteurs dans un secteur où la durée de vie des outils de production était autrefois un facteur discriminant.
- Elle raccourcit notablement les étapes de laminage. L'extension rapide des laminoirs à brames minces, voire dans un horizon inférieur à 10 ans à bandes minces, réduit également le coût d'investissement dans une unité de production sidérurgique.

*La dérégulation commerciale et financière* rompt le lien historique entre les unités de production sidérurgiques et leurs marchés d'implantation. Elle se traduit par :

- une internationalisation croissante des approvisionnements comme des ventes de demi-produits et de produits finis;
- une concentration des capitaux et des firmes qui permettent la rationalisation des productions et des carnets et une extension de leurs surfaces industrielles, commerciales et financières;
- un maillage mondial des firmes opérant sur un marché saisi comme de plus en plus global qui permet, à l'instar d'autres secteurs, de répartir des frais fixes de R&D sur des productions plus importantes et de s'approcher au plus près des besoins des clients par spécialisation et standardisation croissante des productions. Prises de participations croisées, redéfinition des périmètres stratégiques, investissements communs, accords de R&D, autant de modalités de recomposition du secteur déjà à l'oeuvre depuis dix ans dans les industries des secteurs déréglementés et plus avancés dans la globalisation de leurs gestions industrielles et commerciales qui touchent aujourd'hui la sidérurgie.

### **Le plan sexenal de POSCO (Pohang Iron and Steel Company - Corée du sud)**

---

La Corée du sud a produit, en 1993, 33 millions de tonnes d'acier brut (+ 5 MT/1992) couvrant la plus forte croissance mondiale. 22,5 MT sont fabriqués par le seul POSCO pour une capacité totale de 28,4 MT.

Le plan à six ans, présenté au mois de juillet 1994 qui couvre la période 1995-2001 hissera le sidérurgiste sud coréen au premier rang mondial devant NIPPON STEEL. Le plan d'investissement prévoit de faire face au déficit de capacité actuel et prévisionnel de l'approvisionnement des industries de transformation coréenne dans les plats et les fils essentiellement. Son coût global est estimé à 15,6 milliards de war (soit ?)

Pour l'approvisionnement métal, il comprend la poursuite de la diversification des procédés par la construction d'unités de réduction directe et une extension du recours au procédé de fusion directe (Corex) dont la première installation doit démarrer en novembre 1995.

En aval, les investissements dans la phase de laminage augmenteraient les capacités de la firme en produits plats de:

- 3,8 millions de tonnes pour la phase à chaud, dont 2 MT seraient issus d'un laminoir à brames minces;
- 2,4 MT de laminage à froid.

Avec les compléments réalisés dans le domaine des fils et des aciers inox, POSCO augmenterait ainsi ses capacités totales de production d'acier de plus de 5 millions de tonnes, malgré la fermeture simultanée d'équipements arrivés en fin de vie.

POSCO pour financer partiellement ses prochains investissements émettra pour 700 millions de dollars d'actions cotées à la bourse de New-York au cours des deux prochaines années. Le montant équivalent à 5% de la capitalisation boursière de POSCO ne remet pas en cause son statut de groupe public.

---

Historiquement, ce processus prend naissance avec l'ouverture des pays de l'Est qui a signifié l'arrivée sur le marché mondial de nouveaux producteurs sidérurgiques. Disposant d'importantes capacités de production même obsolètes, leur localisation à l'est de l'Europe leur confère un poids tant économique que politique digne de considération. L'intégration de l'est de l'Allemagne (ex-RDA) constitue l'exemple le plus achevé de l'impact de leur insertion dans des équilibres industriels de l'ensemble l'Europe de l'ouest.

Cette dérégulation à double face aboutit également à des créations de nouvelles usines dans le monde industrialisé. Phénomène radicalement nouveau dans les sidérurgies des Etats-Unis comme de l'Europe de l'ouest,

on assiste aujourd'hui à la naissance de nouvelles installations sidérurgiques qui se caractérisent par:

- l'emploi des technologies de fusion et de laminage les plus récentes;
- des investissements dans l'environnement immédiat de l'usine très réduits;
- une spécialisation produits très ciblée;
- un personnel calculé au plus juste;
- une organisation du travail dédiée strictement aux fonctions de production et de réaction;
- une taille plus réduite.

NUCOR fut sans doute le précurseur de ce type d'installation, se réclamant de la production au plus juste (Lean Production), ARVEDI en Italie, SESTAO en Espagne constituent (ront) les exemples européens les plus achevés avant la fin du siècle et avant la naissance de ce type d'usine à l'Est de l'Europe.

### **3. Un sentiment d'échec apparent qui cache le succès de l'objectif de mise en compétitivité des sidérurgies européennes**

La fin du plan acier annoncée officiellement le 25 octobre 1994 par la Commission européenne sur les propositions des commissaires chargés de la concurrence et de l'industrie, Karel VAN MIERT et Martin BANGEMANN et entérinée le 8 novembre, recensait des réductions de capacités de 11 millions de tonnes auxquelles viendraient s'ajouter 5 millions de tonnes provenant des fermetures des sidérurgistes italiens, les BRESCIANI (!!)

Ce résultat qui n'atteignait pas les objectifs quantitatifs fixés par le plan n'empêchait pas la Commission Européenne de maintenir, en 1995, le volet social d'aide à la reconversion des salariés, ni les quotas d'importations de produits sidérurgiques en provenance des républiques tchèque et slovaque comme de la CEI.

Seules étaient supprimées deux séries de mesures:

- le volet industriel qui subventionnait les démantèlements de capacité;
- les évaluations trimestrielles du marché européen.

Les résistances au processus de réduction de capacité ont fait l'objet tout au long de sa mise en oeuvre de tensions parfois vives entre les entreprises publiques de la sidérurgie et la Commission Européenne et

les entreprises privées, ainsi que les entreprises à capitaux publics mais gérant une phase transitoire vers la privatisation qui sont favorables à la restructuration du secteur.

En fait d'un point de vue stratégique, ce plan de restructuration constitue un enjeu majeur formé par le passage d'un marché encadré et protégé qui est la CECA à une insertion dans le marché mondial sans CECA.

Il est clair que ce plan de restructuration de l'acier européen sera le dernier mis en oeuvre par la Commission, et doit marquer l'extinction progressive et irréversible de la CECA (qui fut créée en 1951 et dont la disparition est prévue en 2002), ce qui explique l'ampleur du budget affecté à ce dernier plan de restructuration qui liquidera toutes les réserves accumulées de la CECA.

L'enjeu est donc d'impulser une nouvelle donne structurelle de la sidérurgie européenne à coups de concentrations et de réduction du nombre des acteurs, de spécialisation, de compression des coûts, d'optimisation des processus de production en opérant des mutations technologiques et des conversions de filières (de la filière intégrée à la filière électrique rénovée), avec des modes de gestion et d'organisation souples et décentralisés, des investissements de productivité et finalement des suppressions d'emplois massives. Ce scénario de la Commission Européenne doit permettre aux entreprises survivantes de ce secteur de voler de leurs propres ailes, d'être rentables et compétitives comme n'importe quelle entreprise de l'industrie.

L'extinction de la CECA marque le début d'une nouvelle ère de la sidérurgie européenne qui va devenir de moins en moins européenne, mais de plus en plus mondiale, les entreprises non européennes vont pouvoir s'implanter en Europe sans investissements lourds grâce à l'implantation de mini-aciéries ultra modernes, ce qui va pousser ou contraindre les entreprises européennes à se délocaliser, si elles ne veulent pas périr face à la concurrence de ces nouveaux acteurs perturbants sur leur propre territoire.

#### **4. La privatisation comme modalité particulière de dérégulation accélérée**

Dans de nombreux pays européens, l'activité sidérurgique est encore contrôlée, sinon soutenue par la puissance publique depuis de nombreuses décennies. Facteur majeur de la puissance militaire d'un pays, la production d'acier était directement ou indirectement administrée par les Etats. C'est pourquoi, les restructurations antérieures ont conjugué le

maintien des capacités de production avec les fermetures d'unités au rythme des gains de productivité.

La période, qui s'ouvre avec la crise conjoncturelle des années 1990-1993, est porteuse d'une remise en cause des modes de gestion antérieurs par la volonté d'insertion du secteur sidérurgique dans une économie ouverte aux échanges extérieurs marquée par une mise en compétitivité des firmes.

Dans ce nouveau cadre, l'actionnaire public comme son soutien financier peuvent être perçus comme des handicaps dans l'accès aux marchés extérieurs. La politique nord américaine de limitation des ventes sur son marché pour cause de subventions a constitué un aiguillon très fort pour les firmes européennes au cours de ces dernières années pour un désengagement des puissances publiques du continent.

Il en est attendu un assainissement des marchés par l'élimination des unités les moins performantes qui ne survivaient depuis plusieurs années que grâce au soutien de l'Etat, comme dans le cas des sidérurgies italienne et espagnole. A l'origine, limité à la Grande-Bretagne lors de la privatisation de BRITISH STEEL, le désengagement de l'état actionnaire se poursuit actuellement dans nombre de pays européens:

France	USINOR SACILOR	privatisation annoncée
Italie	ILVA	privatisation en cours
Autriche	VOEST ALPINE	privatisation annoncée
Portugal	SIDERURGE NACIONAL	privatisation annoncée
Espagne	ENSIDESA AHV	privatisation en cours
Suède	SSAB	privatisation en cours
Allemagne	EKOSTAHL	privatisation en cours

Il subsisterait au terme de ce processus de privatisation des participations minoritaires des états dans les groupes de sidérurgie des pays du Bénélux: ARBED au Luxembourg avec sa filiale SIDMAR en Belgique flamande, HOOGOVS aux Pays-Bas et COCKERILL SAMBRE en Belgique wallonne.

S'il convient de distinguer les groupes suivant leur mode de gestion —privée à la manière d'U+S ou administrative à la manière d'ILVA— il n'en demeure pas moins que le renforcement des contraintes sociales est commun à tous les groupes contrôlés par les pouvoirs publics.

C'est aussi le cas des entreprises allemandes, même si l'apparition de l'actionnaire public majoritaire s'est révélé seulement lors de l'intégration de l'ex-Allemagne de l'Est à l'économie administrée. Ainsi, au-delà de la privatisation saisie comme changement d'actionnaire, c'est plutôt vers un changement de type de régulation industrielle et sociale que s'orientent les entreprises sidérurgiques européennes: une régulation nationale qui change d'horizon avec l'interpénétration croissante des entreprises sidérurgiques qui se réalise selon deux modalités:

- la concentration par famille de produits et par segment de marché,
- la globalisation des territoires et des marchés européens.

La privatisation permet en quelque sorte d'accélérer ce processus par la réduction des coûts de sortie (plan sociaux).

Ceci dit, on peut au cours de ces dernières années distinguer d'un point de vue stratégique:

- les cessions de métier qui traduisent le désengagement d'un groupe d'une type de production —une famille de produit— au profit d'un de ses concurrents —la concentration qui en résulte se trouve à l'origine de la rationalisation des unités;
- l'acquisition d'unités annonciatrice de leur plus grande spécialisation.

Deux modalités de concentration compétitive qui poursuivent le même objectif d'un accroissement de la segmentation des marchés comme contrepartie à leur mondialisation.

## **5. Des réductions de capacités à la globalisation des marchés**

En fait le thème des réductions de capacité n'a plus trouvé d'écho favorable auprès des sidérurgistes européens lorsque la reprise de la demande permettait celle de la production d'acier à partir du premier trimestre de l'année 1994 dans l'ensemble des pays européens. Elle donnait la possibilité à la totalité des sidérurgistes européens de poursuivre la hausse des prix initiée à partir du second trimestre 1993. Cette remontée des prix, après leur forte chute qui avait conduit la valorisation marchande des produits sidérurgiques au point bas du premier trimestre 1993, s'avère depuis continue et générale pour les produits plats, plus heurtée et diversifiée mais non moins réelle pour les produits longs. Les résultats des groupes sidérurgiques européens traduisent parfaitement cette évolution (voir tableaux ci-contre).

**Sidérurgistes nord américains (intégrés)**  
Résultats du troisième trimestre (en millions de dollars)

	Profits opérationnels (pertes)		Ventes	
	1993	1994	1993	1994
US Steel	45	83	1.390	1.470
Bethlehem	32	29	1.030	1.190
LTV	1	52	1.050	1.130
National Steel	(24)	81	623	684
Inland	22	42	540	614
AK	18	50	406	502

**Sidérurgistes japonais**  
(millions de yens)

	Profits courants (pertes)		Ventes	
	1993	1994	1993	1994
Nippon	16.700	28.049	1.060.371	966.508
Kobe	8.161	9.525	544.625	524.265
NKK	15.402	37.905	537.340	506.876
Sumitomo	9.010	24.184	507.983	475.914
Kawasaki	8.314	18.930	522.289	441.675

**Sidérurgistes européens**

	Résultat avant impôt		Ventes	
	1993	1994	1993	1994
Usinor Sacilor (MFF)	(3.095)	1.020	39.742	39.837
British Steel (M£)	27	159	1.965	2.197
Thyssen (MDM)	(515)	(182)	5.168	5.138
Fried Krupp (MDM)	(324)	(47)	3.388	3.485
Preussa* (MDM)	115	121	2.042	2.240
Hoogovens (MF)	(70)	163	1.924	2.176
Arbed (MF Lux)*	(2.100)	(1.400)	98.600	105.200
SSAB (MKr) <sup>(1)</sup>	355	1.390	9.377	11.212
Rantarmikki Oy (Fm Fm)	66	315	2.499	2.681

\* Comprend des activités hors sidérurgie.

<sup>(1)</sup> Huit premiers mois.

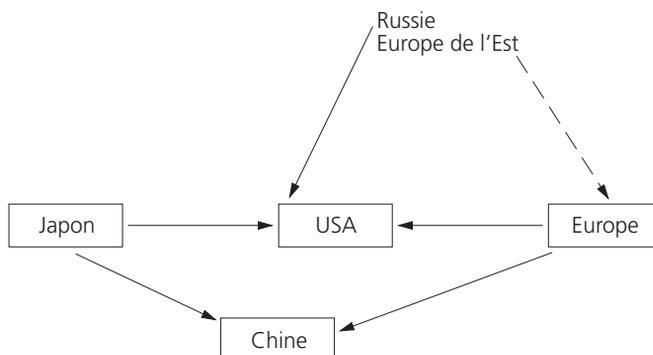
Source: MB 29/11/94.

**Evolution de la production mondiale d'acier brut  
et participation européenne et française**

(en millions de tonnes)	1980	1982	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994
Production mondiale d'acier brut	716	645	713	736	780	786	770	736	722,7	725,3	730
Production communautaire européenne d'acier brut CEE 12	141,9	125	125,7	126,5	137,8	140	136,7	137,4	132,2	132,2	135
Production France d'acier brut	nd	18,4	17,8	17,7	19,1	19,3	19,0	18,4	18,0	17,1	18

La sidérurgie confirme ainsi son caractère hautement cyclique qui invite certains opérateurs à considérer une part croissante des produits en acier comme des commodités et non plus comme des produits dont l'application est dédiée, c'est-à-dire bénéficiant d'un prix spécifique. Cette reprise de la demande, sensible dès 1993 aux Etats-Unis, ne s'est pour l'instant pas étendue au Japon dont les producteurs d'aciers connaissent des difficultés similaires à celles des européens avec un décalage de près de 18 mois. Si l'on considère les trois grandes zones consommatrices et productrices d'acier dans le monde, on constate les flux d'échanges de produits sidérurgiques suivants:

**Schématisation des principaux échanges mondiaux  
de demi produits et de produits en acier**



Les USA constituent un important débouché pour les sidérurgies européennes et dans une moindre mesure japonaises et de plus en plus pour les pays tiers (Mexique - Russie).

Les soldes commerciaux pour les trois grandes zones de production et de consommation montrent bien par grande famille de produits les excédents européens et japonais face aux déficits récurrents des Etats-Unis. Attribués à certains retards technologiques couplés avec des insuffisances de capacité imputables à des investissements insuffisants des sidérurgistes intégrés, ils s'avèrent structurels en période de haute conjoncture comme c'est le cas depuis 1993.

Les sidérurgies européennes ont ainsi pu, face à la chute de la demande intérieure, accroître notablement leurs exportations vers les Etats-Unis de 21,5 millions de tonnes en 1992 au record de 32 millions de tonnes en 1993, un chiffre qui devrait être difficilement dépassé en 1994 suite à la saturation des unités de production. Ainsi SOLLAC (U+S) comme SIDMAR (ARBED) annonçaient au mois de septembre 1994 l'arrêt de leurs exportations de demi produits aux Etats-Unis pour satisfaire leurs propres besoins.

#### **Evolution des productions et des livraisons pour les principaux produits aciers par grand marché**

	Production (1) Europe (12)			Livraisons USA (2)			Livraisons Japon (2)		
	1992	1993	1994(E)	1992	1993	1994	1992	1993	1994
Coils à chaud	59,6	57,8	61,6	15,9	16,4	18,6	6,9	8,5	7
Plats laminés à froid	15,2	14,3	15,8	11,8	12,6	13,1	8	8,6	8,2
Profilés lourds	7,7	7,9	7,8	5,2	5,3	5,5	10,4	9,5	9,2
Fils machine	15,2	15,3	16,5	4	4,3	4,2	3,4	4	3,9
Barres marchandes	9,8	8,9	9,7	6,2	6,6	7,4	15,4	15,1	15,5

#### **Solde commercial par grande zone au troisième trimestre**

(KT)	1993	1994	1993	1994	1993	1994
Coils à chaud	+1.400	+1.350	-496	-1.272	+497	+309
Plats laminés à froid	+172	+70	-235	-627	+877	+718
Profilés lourds	+504	+400	-3	-41	+333	+234
Fils machine	+536	+550	-397	-431	+418	+263
Barres marchandes	+656	+650	-136	-204	+149	+153

(1) Total des productions.

(2) Ventes de coils par les usines de laminage à chaud (hors consommations internes).

Il en résulte plusieurs constatations:

- 1) En premier lieu les exportateurs européens ont pu accroître leurs ventes aux Etats-Unis malgré la concurrence des pays à bas salaires.

- 2) Les producteurs sidérurgiques des Etats-Unis, s'ils ont instruit nombre de plaintes anti-dumping et anti-subsidies sur les produits finis souffrent d'un réel manque de capacités de production de demi-produits (billettes et brames). Ils ont importé 2 millions de tonnes de demi-produits en 1992, 5 millions en 1993 et 3,7 millions pour le seul premier semestre 1994.
- 3) Les prix des demi-produits flambent car aux besoins structurels des Etats-Unis se sont ajoutés de nouveaux besoins en Europe suite à des problèmes techniques sur des capacités de production devenues insuffisantes.
- 4) Certains observateurs posent la question d'une pénurie de brames dans les prochaines trois années qui mettrait en difficulté les producteurs nord américains.
- 5) Les unités de production russes suppléent partiellement à ce déficit de capacité en Europe (Italie et Allemagne) et surtout aux Etats-Unis où le tonnage importé de Russie est passé de 4.000 tonnes en 1992 à 200.000 tonnes en 1993 et à près de 1,8 million de tonnes selon les estimations en 1994.
- 6) La Turquie et l'Ukraine ont également fortement accru leurs exportations aux Etats-Unis en 1994.
- 7) Et nombre de producteurs canadiens, nord-américains investissent en cette période de haute conjoncture dans la phase amont et particulièrement dans les nouvelles techniques de production de matières premières et de laminage pour pallier à ce déficit.

Ces investissements se situent dans une perspective de substitution d'importations qui aurait atteint le record de 28 millions de tonnes en 1994 dépassant le précédent de 26 millions de 1984.

Le commerce de l'acier avait atteint 190 millions de tonnes en 1993, soit 31% de la production annuelle totale, nul doute que ce chiffre sera dépassé en 1994.

Ainsi, le débat posé en termes de surcapacités sur un marché mondial en pleine recomposition évolue progressivement vers celui de la compétitivité des unités sidérurgiques. Les Etats-Unis, en 1993 et 1994, la Chine en 1993 ont bouleversé les prévisions de débouchés même si le relèvement des prix de vente n'a pas immédiatement coïncidé avec la reprise de la demande. Ce bouleversement de la localisation de l'offre comme de la demande de produits sidérurgiques est un processus et il vient seulement de s'engager avec:

- l'ouverture progressive aux produits des pays de l'Est,
- la montée en puissance de nouveaux producteurs dans les pays industrialisés de la triade comme dans les pays dits du sud,

—la percée de la zone asiatique où l'IISI<sup>1</sup> voit l'essentiel de la croissance de la demande à l'horizon des cinq prochaines années (voir tableau ci-contre).

Les USA comme les européens, les premiers par les plaintes anti-dumping et anti-subsidations, les seconds par les mécanismes de la CECA et par les contingentements des importations des pays de l'Est gèrent une transition où la libéralisation des échanges paraît comme un processus lent. L'acier a, pour cette raison, été exclu des accords du GATT signé fin 1994 et les négociations entre européens et nord-américains à propos de l'Accord Multilatéral sur l'Acier (AMA) ne semblent pas devoir déboucher rapidement. En ce sens, la globalisation des stratégies et des productions des entreprises sidérurgiques, si elle paraît largement engagée, n'est nullement achevée.

#### Evolution de la consommation prévisionnelle apparente d'acier

Millions de tonnes	1994	1995	2000
Union Européenne	99,5	103,9	110
Autres pays européens de l'Ouest	20,4	21,7	23
Europe de l'Est	13,8	15,4	19
CEI	54	53	60
Canada	12,4	12,6	13
USA	98,7	98	93
Amérique Latine	28,7	30,2	38
Chine	95	101	140
Japon	73,2	74,6	80
Autres pays asiatiques	104,2	110,3	140
Australasie	6	6	6
Afrique	13,7	14	15
Moyen Orient	9,7	10,1	11
Total Monde	629,3	650,8	748

Source: IISI.

## 6. L'érosion de la position de la sidérurgie européenne

Flux du commerce extérieur de la sidérurgie européenne avec le reste du monde

<sup>1</sup> International Iron and Steel Institute.

**Tableau 1**

Evolution des exportations mondiales d'acier (FINI) (en millions de tonnes)

1970	1976	1980	1984	1985	1988	1991	1992	1993
90,1	126,2	141,0	158,4	170,4	169,3	168,4	175	190

En 1992, les exportations mondiales représentent 1/4 de la production mondiale.

En 1993, les exportations de la CEE représentent 18% de la production de la CEE. Autrement dit, la CEE exporte moins que la moyenne mondiale par rapport à son niveau de production (en tonnage d'acier fini).

**Tableau 2**

Exportations de la CEE vers le reste du monde (en millions de tonnes)

1970	1976	1980	1984	1985	1988	1991	1992	1993
17,9	21,6	33,0	38,3	39,1	29,6	25,8	25,7	25,3

**Tableau 3**

Importations de la CEE provenant du reste du monde (en millions de tonnes)

1970	1976	1980	1984	1985	1988	1991	1992	1993
10	9,5	13,4	11,8	10,2	14	12,1	14	15

**Tableau 4**Solde net du commerce extérieur de l'acier CEE  
(Exportations-Importations en millions de tonnes)

1970	1976	1980	1984	1985	1988	1991	1992	1993
+7,9	+12,1	+19,6	+26,5	+28,9	+15,6	+13,7	+11,7	+10,3

**Tableau 5**Exportations d'acier de la CEE vers les Etats-Unis (produits)  
(en millions de tonnes)

1980	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993
2,3	5,4	5,5	5,4	5,1	5,2	4,2	4,1	3,5

**Tableau 6**  
 Importations d'acier de la CEE en provenance des Etats-Unis  
 (en millions de tonnes)

1980	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993
0,6	0,1	0,1	0,2	0,5	0,3	0,3	0,2	0,2

**Tableau 7**  
 Exportations d'acier de la CEE vers le Canada (en millions de tonnes)

1980	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993
1,0	1,2	1,3	1,2	0,5	0,6	0,4	0,5	0,4

**Tableau 8**  
 Importations d'acier de la CEE en provenance du Canada (en millions de tonnes)

1980	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993
0,12	0,07	0,07	0,06	0,2	0,3	0,1	0,3	0,3

**Tableau 9**  
 Exportations d'acier de la CEE vers les pays asiatiques\*  
 (exclu la Chine) en millions de tonnes

1980	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993
1,5	2,3	3,4	2,9	2,6	2,8	3,6	3,2	2,5

**Tableau 10**  
 Importations d'acier de la CEE en provenance des pays asiatiques  
 (exclu la Chine) en millions de tonnes

1980	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993
0,4	0,2	0,2	0,2	0,2	0,3	0,17	0,3	0,5

\* Pays comprenant: Corée du Sud, Taïwan, Singapour, Indonésie, Thaïlande, Malaisie.

La détérioration du solde net du commerce international de l'acier CEE se fait sentir, depuis 1985, date à laquelle le solde positif était de 28,9 millions de tonnes et qui est tombé en 1993 à 10,3 millions de tonnes. Cette érosion rampante depuis 8 ans est due principalement à 3 types de flux:

1. La croissance forte des importations en provenance des PECO (Pays d'Europe Centrale et Orientale) et la baisse substantielle des exportations de la CEE vers ces pays (voir tableau).
2. La baisse des exportations de la CEE vers les USA et le Canada (Amérique du Nord)

Cette tendance à la baisse est rampante depuis 1987 et s'est accentuée par l'adoption par les USA de procédures de pénalisation anti-dumping et anti-subsidiation des produits sidérurgiques européens. (voir tableaux ci-dessous et le dossier de travail intitulé «la fermeture du marché sidérurgique américain: ses enjeux et son issue»).

3. La baisse inattendue des exportations des produits sidérurgiques de la CEE vers les pays asiatiques (exceptée la Chine dont le marché interne et les importations sont en expansion soutenue), mais aussi la croissance des importations (+74% en 1992 et +65% en 1993).

Cette détérioration du solde extérieur de la CEE vis-à-vis de ces pays est due au triplement des livraisons de la Corée du Sud, qui a subi de plein fouet la chute de ses exportations (-22 % en 1992) vers le Japon (qui voit son marché intérieur chuter depuis deux ans) et donc qui a cherché à compenser cet aléa fâcheux.

Cette baisse substantielle du marché du Japon, qui devait pourtant être redynamisé par des mesures de relance de son économie, a intensifié la pression des pays asiatiques (Corée et Taïwan notamment) sur le marché mondial et européen (voir tableaux).

### **Les dix premiers groupes européens de la sidérurgie** (millions de tonnes)

	1992	1993
USINOR SACILOR (France)	21,10	17,60
BRITISH STEEL (Grande-Bretagne)	12,39	12,33
ILVA (Italie)	10,60	9,80
THYSSEN (Allemagne)	6,92	5,62
KRUPP-HOESCH (Allemagne)	10,13	9,58
HOOGOVENS (Pays-Bas)	5,20	5,80
COCKERILL SAMBRE (Belgique)	4,35	3,90
PREUSSAG (Allemagne)	4,09	4,09
RIVA (Italie)	4,30	5,40
ENSIDESA (Espagne)	3,42	3,92
Total	82,5	78,04
Total Europe (12)	132,2	132,4

## II. LES TRANSFORMATIONS DES SIDÉRURGIES NATIONALES EN EUROPE

### 1. British Steel

Après avoir fermé l'unité de Ravenscraig et recentré ses activités sur la production d'acier BRITISH STEEL recouvre une situation bénéficiaire en 1994 et annonce d'importants programmes d'investissements aux Etats-Unis dans sa filiale TUSCALOOSA STEEL (Etat d'Alabama) et participe à hauteur de 25% à l'alliance LTV (50%) et SUMITOMO METAL INDUSTRIE (25%) dans la société TRICO STEEL. Au total, plus de 1,2 milliard de francs d'investissements (150 millions de livres sterling) sont programmés aux USA à l'horizon 1996 pour la création de nouvelles capacités de production. Ces annonces récentes avaient été précédées de l'alliance avec le groupe malaysien ZELLECO HOLDINGS pour une usine de profilés à Kuala Lumpur. Dans les cas précités, les investissements réalisés par BRITISH STEEL ont un impact direct sur l'évolution de l'emploi en Grande-Bretagne.

- L'investissement dans un four électrique de 140 tonnes et dans une unité de production de pré-réduits est destiné à remplacer les productions de brames en provenance des usines de Teeside (nord de l'Angleterre) et de Port Talbot (Pays de Galles) à hauteur de 250 KT/an.
- Celui en Malaisie s'il procurera de l'activité à Port Talbot en supprimant à Newton Aycliffe (nord de l'Angleterre) dont la fermeture a été annoncée pour cause de surcapacité de production en Angleterre. Rappelons à ce sujet, que BRITISH STEEL avait acquis, début 1994, deux sociétés auprès de RTZ sur ce même segment de marché d'aciers plats pour la construction situées à Swansea (European Profiles) et à Cheltenham (Precision Metal forming).

Dans le même temps, le groupe sidérurgique anglais accroît sa participation dans AVESTA SHEFFIELD, société commune créée en 1993 de 40 à 49,9% et confirme son rôle d'opérateur industriel unique dans l'industrie des aciers inox au nord de l'Europe.

Enfin Allied Steel and Wire (ASW) acquérait la SAM filialisée en 1994 par UNIMETAL composée des unités des Neuves Maisons et Montereau et des filiales de parachèvement ACOR (France), Ludwig (Allemagne) et ILRO (Italie).

BRITISH STEEL très dépendant de son marché intérieur, depuis sa privatisation diversifie, à la faveur de la reprise, ses marchés en concentrant ses investissements sur certaines familles de produits: les plats aux Etats-Unis sur la base de l'utilisation des nouvelles techniques de production, les fils bétons et les inox en Europe.

## 2. U+S

Tout d'abord si le groupe se différencie de ses concurrents par la part significative de son implantation aux USA (notamment par ses acquisitions dans les inox J&L), il intervient comme la plupart des groupes européens sur les principaux segments de marché: produits plats, inox et produits longs. Toutefois, à l'inverse des groupes allemands, il apparaît relativement peu diversifié et peu intégré en aval.

Enregistrant de lourdes pertes en 1993 le groupe annoncera des bénéfices en 1994. En peu de temps U+S s'est recentré sur deux branches principales: les aciers plats (SOLLAC) et les Inox (UGINE). La création de la troisième branche (ASTER) regroupant des productions diversifiées, si elle permet une meilleure visibilité globale des activités du groupe, n'en relève pas moins de la gestion stratégique d'un portefeuille d'activités diverses rassemblant:

- ce qui subsiste de l'ancienne branche produits longs regroupé auparavant par UNIMETAL et ASCOMETAL,
- des intérêts dans le négoce (SMS) et dans les aciers très spéciaux (CREUSOT LOIRE INDUSTRIE).

Cette situation, clarifiée et organisée autour de trois branches d'activités, résulte d'une intense restructuration réalisée sans contrainte financière qui a vu U+S :

- fermer UNIMETAL NORMANDIE et réduire fortement les capacités d'UNIMETAL Gandrange, suite à l'accord passé avec le groupe luxembourgeois ARBED;
- céder les laminés marchands (LME) à l'italien BELTRAME;
- céder très récemment la SAM à ASW (ALLIED STEEL AND WIRE - BRITISH STEEL ) dans les fils et barres pour béton précontraints;
- après s'être désengagé de SAARSTAHL (fils principalement) en Allemagne pour un coût estimé à près de 2,5 milliards de francs.

Les cessions et réductions de capacité concentrées dans les produits longs en acier au carbone ont été complétées par la cession de la majorité du capital de NOZAL à HARDY TORTUAUX pour créer ARUS dont ARBED est majoritaire. Après une phase d'expansion marquée par de nombreuses acquisitions aux Etats-Unis à la faveur des résultats bénéficiaires de la fin des années 1980, le groupe U+S a dû se rétracter fortement en 1993 et 1994, essentiellement en Europe, mais en cédant également des participations récemment acquises aux Etats-Unis avec des plus-values:

- Georgetown (UNIMETAL),

- cession de 50% de J&L (UGINE),
- cession de 50% de Edgcomb (SOLLAC).

### 3. Les restructurations allemandes

La sidérurgie allemande ressort durablement transformée de la dernière période, même si nombre d'unités sont encore dans une situation instable où leur avenir n'apparaît pas défini.

Tout d'abord, il convient de distinguer d'une part les restructurations des usines de l'ouest de celles de l'est. Les premières de gestion privée mais soutenues par les autorités locales (villes, lander) ont mis en oeuvre un processus de redéfinition stratégique de leurs carnets et de leurs productions. Les secondes ont simplement été privatisées par la TREUHAND, l'organisme chargé de la vente des actifs industriels négociables de l'ex-Allemagne de l'Est.

Soulignons d'abord que la dernière crise de la sidérurgie allemande a vu la sortie d'un acteur de premier plan: KLOCKNER au travers de la cession des usines de Georgsmarienhutte à un cadre et de Brême à SIDMAR.

Prévue dans un premier temps pour être fermée, l'usine intégrée KLOCKNER de Brême a finalement été reprise par SIDMAR, filiale du groupe luxembourgeois ARBED, à hauteur de 25% avec engagement de monter à 50% du capital. Le groupe KLOCKNER ne possède plus que 25% du capital et le solde est détenu par la ville de Brême (via Hiberger) et des industriels locaux parmi lesquels figurent les chantiers Navals Bremer Vulkan.

La reprise de Brême par SIDMAR-ARBED, dont la raison sociale est devenue STAHLWERKE BREMEN, a initié une vaste réorganisation des productions entre la filiale allemande, l'usine SIDMAR de Gand et les installations intégrées d'ARBED au Luxembourg. Schématiquement le maintien d'une capacité de 3,4 millions de tonnes d'acier par an en Allemagne est conditionnée à la fermeture du haut fourneau de Esch-Belval au Luxembourg et de son laminoir à chaud (660 KT/an de capacité) et celle d'un laminoir à brame à Gand, SIDMAR Gand bénéficiant en retour d'un transfert de Brême de travaux de laminage à froid (0,5 million de tonnes par an).

SIDMAR avec cette acquisition double sa taille qui atteint 6,5 millions de tonnes d'acier par an. Le groupe luxembourgeois renforce ainsi notablement ses positions en Europe compte tenu:

- de l'accord avec U+S sur les produits longs,
- de la reprise de KLOCKNER Brême,
- de la reprise de MASCHÜTTE UNTERWELLENBORN en Allemagne de l'Est, devenue STAHLWERK THÜRINGEN.

Le second événement marquant fut la reprise d'EKOSTAHL par le groupe belge COCKERILL SAMBRE appelée abusivement une privatisation, compte tenu du poids du gouvernement wallon dans l'actionnariat du sidérurgiste. La vente s'est révélée difficile après la défection de l'italien RIVA et les controverses multiples menées par les sidérurgistes privés à propos du montant des subventions accordées au repreneur. COCKERILL SAMBRE accroît ainsi ses capacités de production d'acier de 25% en acquérant 1 million de tonnes supplémentaires au travers de la modernisation du haut fourneau et de la construction d'un laminoir à chaud à Eisenhuttenstadt. Dans le cas d'EKOSTAHL, comme d'autres producteurs d'aciers de l'est de l'Allemagne qui ont trouvé un repreneur, les subventions accordées par les régions ont fait l'objet d'une bienveillance à coloration nettement politique de la part de Bruxelles.

Enfin, le troisième événement d'importance stratégique majeure dans la sidérurgie allemande fut, après la fusion des groupes KRUPP et HOESCH, l'alliance du nouveau groupe tissée avec THYSSEN qui touche les tôles en fer blanc, les tôles magnétiques et les produits plats inox récemment renforcés par l'acquisition d'ILVA TERNI dans le cadre de la privatisation du groupe public italien.

Les principales opérations ont consisté en :

- 1) la création de KRUPP NIROSTA (60% KRUPP/40% THYSSEN) dans les produits plats inox qui détient 60% de ILVA TERNI;
- 2) la cession de THYSSEN à KRUPP de 60% de THYSSEN STAINLESS ARM contre la vente à THYSSEN Rasselstein des tôles en fer blanc et des tôles magnétiques.

Cette concentration des unités par famille de produits de la part des deux premiers groupes germaniques modifie considérablement les données concurrentielles suite au pouvoir de marché que cette organisation leur confère. Cette classification par famille de produits a été généralisée par THYSSEN qui procède dans les produits longs à la création de nombreuses filiales: demi produits en aciers courants, fil machine, demi produits-barre-produits de forge. D'autres produits tels les aciers brillants, les profilés de précision, les fils en aciers spéciaux et conducteurs chauffants, les câbles métalliques et les aciers à ressorts ont fait également l'objet et la raison industrielle de nouvelles filiales.

Il n'est pas exclu que d'autres regroupements aient lieu dans des productions actuellement partagées entre plusieurs sociétés en difficulté. Le regroupement de producteurs de fil machine, parmi lesquels, hormis THYSSEN, on compte des sociétés en difficulté telles SAARSTAHL et dans une moindre mesure la Badische Stahlwerke (BSW), serait également envisagé.

Enfin on signalera l'acquisition par le groupe indo indonésien ISPAT de la Hamburger Stahlwerke (HSW), qui comprend des installations de réduction directe, une aciérie et des laminoirs en aval.

#### 4. Les sidérurgies espagnoles

Peu concentrée, sous perfusion publique depuis plusieurs années, la sidérurgie espagnole est entrée dans un long processus de restructuration qui conjugue concentrations, alliances, réductions de capacités et privatisations partielles dans un proche avenir. Deux groupes rassemblent les intérêts de l'état espagnol dans la sidérurgie intégrée aux côtés de petits producteurs d'aciers électriques. Le premier, récemment dénommé pour la circonstance CORPORACION V, regroupe dans les aciers courants ENSIDESA et ALTOS HORNOS de VIZCAYA (AHV). Doté d'un capital de 1,4 milliard de francs par l'actionnaire public le holding est mère de 4 filiales:

- produits plats et production de base SA qui devrait regrouper les installations sidérurgiques intégrées des Asturies, Cockerie —haut fourneau— convertisseur de Gijon et le laminoir à chaud d'Aviles modernisés ainsi que SIDMED après la fermeture du laminoir à chaud d'Ansio;
- produits longs SA;
- dans les produits transformés par la fusion de Laminaciones de Lesaca et de Perfrisa;
- l'aciérie Compacta de Vizcaya, nouvelle aciérie électrique installée sur le terrain actuel de AHV à Sestao, qui sera équipée du premier laminoir à brame mince d'Europe destiné à produire des plats est d'une capacité comprise entre 0,9 et 1 million de tonnes par an. CSI participera au capital de la nouvelle société à hauteur de 30%, 4 banques 28% et le gouvernement basque 10%.

Le gouvernement espagnol recherche une alliance avec un grand groupe européen au niveau holding et avec des investisseurs privés pour chaque filiale.

Ainsi, des négociations sont engagées avec les groupes privés espagnol CELSA dans les fils et ARISTRAIN dans les profilés lourds. Rappelons que SOLLAC, filiale d'U+S détient 32% de la filiale SIDMED sise à Sagunto (laminage à froid+électrozingage).

Pour ce qui concerne le second pôle public SIDENOR, centré sur la production d'aciers spéciaux, il a deux filiales principales ACENOR et FOARSA, fusionnées dans SIDENOR avant cession. Préalablement,

ACENOR avait cédé l'usine de Larrondo à une alliance ibérico italienne (70% DIGECO, 30% RODACCIAI).

Depuis le désengagement en 1993 de la BANESTO (de 34% à 8% du capital), une des grandes banques d'affaires espagnole très proche des institutions publiques, du seul producteur espagnol de plats Inox, ACERINOX, ses deux principaux actionnaires sont NISSHIN STEEL (9,7%) et NISSHO IWAI (7,7%). Le principal investissement de cette société en 1994 a été de porter sa participation de 50 à 95% dans NORTH AMERICAN STAINLESS détenu auparavant conjointement avec ARMCO pour 450 MF.

Enfin, on se doit de citer la récente décision d'implantation du sidérurgiste privé basque Marcial UCIN à Bayonne pour son aciérie électrique d'une capacité de 0,9 million de tonnes annuelles en amont de ses unités de laminages au pays basque espagnol. Allié au japonais MITSUI (25% du capital), cette localisation de l'autre côté de la frontière est expliquée par l'industriel par un prix de l'électricité beaucoup plus bas en France et par des infrastructures portuaires et ferroviaires adaptées.

La sidérurgie espagnole connaît sans aucun doute la restructuration la plus importante et la plus rapide des pays de la communauté européenne. Elle doit partiellement son handicap au passage brutal d'une économie nationale protégée à une économie européenne en voie de mondialisation dans un laps de temps finalement très court.

Dans ce contexte, elle contribue aux plus fortes réductions de capacités de production et de ce fait a pu imposer aux autorités européennes de subventionner la création de la nouvelle usine de Sestao qui fera appel aux nouvelles techniques de production: approvisionnement en ferrailles et en minerai réduit —aciérie électrique— laminoir à brames minces pour produits plats. L'Etat espagnol par subvention et surtout par effacement de dettes contribue de façon majeure à son redressement financier pour une privatisation rapide. Il est parfois, comme c'est le cas au Pays Basque où sont concentrées beaucoup des usines sidérurgiques du pays, relayé par les autorités provinciales. Les exemples de TUBACEX ou de FEACTA respectivement producteurs de tubes et de fils, deux sociétés en faillite finalement sauvées, rappellent les différents niveaux d'intervention des pouvoirs publics dans un cadre politique décentralisé.

## 5. La sidérurgie italienne

Dans le cas du groupe sidérurgique public ILVA qui faisait face à d'importantes difficultés financières, sa privatisation s'est réalisée par unité et à ce titre peut être qualifiée de démantèlement au profit des sidérurgistes privés italiens.

Ainsi, l'usine de Cornigliano (à Gênes) a été cédée à RIVA, celle de Piombino à LUCCHINI, de Terni (IST) à NIROSTA (alliance KRUPP-THYSSEN dans les aciers spéciaux) associé à RIVA, FALCK et AGARINI et de Tarente en janvier 1995 à une cordée emmenée encore par RIVA.

Après la reprise de deux laminoirs en Allemagne de l'Est (Brandenburg et Hennigsdorf) en 1993, le groupe privé RIVA, jusqu'alors spécialisé dans les produits longs, acquiert avec ILP (usine de Tarente et de Nuovi Ligure) producteur de plats, une dimension nouvelle qui le hisse parmi les dix premiers groupes sidérurgistes européens.

Il est associé dans la reprise d'ILP avec une entité dénommée TARNOFIN qui représente les intérêts des principaux fournisseurs de l'unité sidérurgique. Ainsi, dans le cas de la privatisation d'ILVA, la cession par branche d'activité a été conjuguée avec le renforcement des sidérurgistes privés les plus importants, RIVA en premier lieu et LUCCHINI ensuite. Ce dernier en prenant le contrôle en octobre 1992 de 60% du capital de la société regroupant les unités de Piombino, Sesto San Giovanni et Vertek devient le seul producteur italien de rails et le premier de fil machine et de barres. LUCCHINI devient ainsi le cinquième producteur de produits longs derrière U+S, BRITISH STEEL, ARBED et RIVA devant THYSSEN.

Au-delà des subventions accordées pour le financement des réductions d'effectifs, la restructuration de l'industrie sidérurgique italienne a permis l'annulation massive par l'Etat des dettes accumulées.

En effet, les privatisations d'ILP et IST avaient été précédées, lors de leur création, de la localisation de l'essentiel de l'endettement accumulé par ILVA dans la holding, soit 5,8 milliards de liras sur un total de 8,52 milliards de liras qui a été mis en liquidation fin 1993. Subsistaient alors comme filiale DALMINE dans les tubes et des activités diversifiées telles que SIDERMAR (chantiers navals).

A l'instar des cas allemands, les plus importantes unités ont été cédées lors d'opérations conjuguant l'acquisition d'une majorité (parfois relative) du capital par des intérêts privés avec des concentrations industrielles. D'autres producteurs moins importants ont pu être cédés à des intérêts privés sans support industriel.

La reprise du producteur d'aciers longs spéciaux COGNE ACCIAI SPECIALI par l'investisseur suisse MARZORATI rentre dans ce schéma avec le soutien du gouvernement régional de la Vallée d'Aoste.

## **6. Les évolutions récentes des emplois**

En octobre 1994 la Commission européenne estimait à 60.000 le nombre de travailleurs ayant quitté la sidérurgie européenne soit 185 millions d'ecus

**Evolution des effectifs par catégorie de la sidérurgie européenne  
par pays ouvriers (hors apprentis)**

	1991	1992	1993	1993/91 nombre	1993/91 %
Belgique	20,2	19,6	18,8	-1,4	-6,9
Allemagne	103,7	94	81,4	-22,3	-21,5
Espagne	23,6	22,5	19,7	-3,9	-16,5
France	19,1	17,8	16,2	-3,9	-15,2
Italie	42	39,5	38,2	-3,8	-9,1
Luxembourg	6,4	5,6	4,9	-1,5	-23,5
Royaume-Uni	29,9	26,7	25,5	-4,4	-14,7

**Employés**

	1991	1992	1993	1993/91 nombre	1993/91 %
Belgique	6,1	6,1	6	-0,1	-1,6
Allemagne	38,4	35,7	31,3	-7,1	-18,5
Espagne	12,4	12,2	10,4	-2	-16,9
France	26,1	26,1	24,9	-1,2	-4,6
Italie	13,4	12,3	12	-1,4	-10,5
Luxembourg	2,6	2,4	2,2	-0,4	-15,4
Royaume-Uni	15,9	14,6	14,1	-1,8	-11,3

Source: Eurostat.

**Evolution des effectifs moyens de la sidérurgie européenne par pays  
(Définition CECA)**

Milliers	1991	1992	1993 nombre	1993/91 %	1993/91
Belgique	26,5	25,9	24,8	-1,7	-6,4
Allemagne	150,5	137,4	118,9	-31,6	-21
Espagne	36,1	34,7	30,1	-6	-16,6
France	45,3	43,9	41,2	-4,1	-9,1
Italie	55,6	52	50,4	-5,2	9,4
Luxembourg	9	8,1	7,2	-1,8	-20
Pays-Bas	16,9	16,3	14,6	-2,3	-13,6
Royaume-Uni	47	42,4	40,2	-6,8	-14,5
Total CEE	396	369	335,3	-60,7	-15,3

Source: EUROSTAT.

(soit 1,24 milliard de francs) qui ont été financés par la CECA pour indemniser ces salariés remerciés et pour certains les inscrire dans un processus de reconversion-formation. Pour une part, ils viennent s'ajouter aux emplois supprimés qui en effectifs moyens atteignent 60.700 salariés et apprentis entre 1991 et 1993 (voir tableau ci-contre).

Les réductions d'effectifs ont proportionnellement touché principalement l'Allemagne (impact de l'Est), le Luxembourg et l'Espagne.

Elles se poursuivent sur 1993 et ce, malgré la reprise de l'activité sous l'impact conjugué:

- des réductions de capacités,
- des conversions à la voie électrique opérées,
- des gains de productivité physique et globaux dégagés lors des restructurations.

Concernant cette dernière dimension il est intéressant de constater, même si c'est de manière très globale, le parallélisme marqué entre d'une part la réduction des effectifs ouvriers dans leur majorité affectés directement à la production, d'autre part la non moins importante réduction des effectifs employés qui traditionnellement sont affectés plutôt aux travaux indirects.

Ce phénomène rend compte, au-delà de l'ajustement des niveaux de production, de la reconfiguration des organisations du travail dans la sidérurgie européenne. Toutefois, dans un certain nombre d'unités de production, les recours à la sous-traitance, aux heures supplémentaires ainsi qu'aux multiples emplois de nature précaire traduisent un réel déficit de personnel.

Autrement dit, les aides financières des Etats comme de la CECA destinées à alléger le coût des suppressions d'emplois ont pu être «détournées» par certaines entreprises pour accélérer le turn-over de la main-d'oeuvre et reconfigurer ainsi la structure des emplois. Ainsi, on constate, au premier semestre 1994, la poursuite de la baisse des effectifs ouvriers concomitamment avec une remontée des heures de travail effectuées par les ouvriers qui, au-delà des éléments déjà mentionnés, recouvre des mouvements de population tels que:

- 1) le transfert d'effectifs employés en effectifs ouvriers;
- 2) un accroissement des tâches prescrites au personnel ouvrier par développement de la polyvalence et par l'affectation à de nouvelles fonctions (en sus des anciennes);
- 3) un écart grandissant entre unités poursuivant leurs réductions d'effectifs et leurs restructurations et celles profitant pleinement de la reprise économique sensible dès le premier trimestre 1994.

Dans ce sens, l'apparente contradiction entre la déflation persistante des effectifs employés dans la sidérurgie européenne et la reprise de l'activité traduit ainsi une simplification croissante des organisations rendue possible par une segmentation beaucoup plus fine des unités de production.



# Aspectos procesales de la libertad de ejercicio de la profesión de abogacía en el Derecho comunitario europeo

por Javier L. Parra García

Secretario Judicial.

Máster en Comunidades Europeas por la Universidad de Carlos III

**Sumario:** CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—I. LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN EN EL TCE.—II. EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA EN EL DERECHO ORIGINARIO Y DERIVADO.—2.1. **El ejercicio profesional en el derecho originario.** 2.1.1. *Ejercicio de la Abogacía a través del D.E.*—2.1.2. *Ejercicio de la abogacía a través de LPS.*—2.1.3. *Excepciones al régimen de libertad de circulación de profesionales legales, art. 55.* 2.2. **El ejercicio profesional de la abogacía en el derecho derivado.**— 2.2.1. *Derecho derivado en materia de D.E.*—2.2.2. *Derecho derivado en materia de LPS.*— III. TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA DE LA DIRECTIVA 77/249. CONSECUENCIAS PROCESALES.—3.1. **El R.D. 607/1986, contenido y consecuencias.**—3.2. **El requisito de la concertación tras el RD 1.062/88.**—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

## CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Cabría plantear, como cuestión previa, el porqué de este tema y título. Desde 1986, aunque con ciertos períodos transitorios de adaptación, asumimos en España, de la noche a la mañana, la práctica totalidad del denominado acervo comunitario. Muchas son la áreas a que afecta esa recepción, sin embargo si vamos acotando las materias en atención a su «instrumentalidad» para el aplicador judicial del derecho, particular interés tiene un tema como el que acogemos que por su carácter procesal general es susceptible de presentarse en todos los órdenes jurisdiccionales.

Cualquier normativa comunitaria que goce de eficacia directa, puede ser alegada y acogida ante los órganos jurisdiccionales en la medida que afecte a la cuestión litigiosa, no obstante presentándose los abogados como unos cualificados «auxiliares» o colaboradores de la Admi-

nistración de Justicia<sup>1</sup>, merecen especial tratamiento las posibilidades que tienen estos profesionales de actuar ante los tribunales españoles, tanto cuando éstos ostentan una nacionalidad comunitaria distinta de la española, como cuando se trata de letrados españoles ejercientes en otro país de la Comunidad, así como el tratamiento que por los jueces nacionales debe darse a una personación, demanda, asistencia a detenidos o simple actuación realizada por letrado procedente de la Unión Europea. Aunque el presente estudio se circunscribe a la perspectiva pasiva de recepción en España de abogados comunitarios, la cuestión cobra además especial relevancia si se tiene en cuenta que nuestro país es el segundo de Europa, tan sólo por detrás de Italia, en número de colegiados ejercientes<sup>2</sup>.

En cuanto al título que para el estudio acogemos, merece una breve consideración. Como ya hemos apuntado en el presente trabajo nos limitamos a la perspectiva pasiva de la recepción en España de abogados y titulados procedentes de otros países de la Comunidad Europea, analizaremos, pues, las incidencias del Derecho comunitario en la dirección letrada y la *postulación procesal*. Y es que al juez español en su doble faceta de juez nacional y juez comunitario le corresponde apreciar la legalidad de la actuación ante su jurisdicción de profesionales procedentes de países comunitarios, toda vez que presentándose la postulación como un requisito procesal, es materia de orden público que impone su examen de oficio.

Así analizaremos en primer lugar el encuadramiento de la libertad de ejercicio de la profesión de abogacía en el sistema de libertades del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), el ejercicio al amparo de la Libertad de Establecimiento y de la Libre Prestación Servicios, normativa comunitaria y su transposición en España, para terminar con unas consideraciones sobre las perspectivas de futuro.

## I. LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN EN EL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

El Tratado de la Comunidad Europea (TCE), encuadrado, tras Maastricht, dentro del Tratado de la Unión Europea (TUE) incardina

---

<sup>1</sup> El artículo 39 del RD 2.090/1982 de 24 de julio que aprueba el Estatuto General de la Abogacía, indica que el deber del abogado como «partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella...».

<sup>2</sup> A la cantidad de 61.045 ascendía el número de colegiados en 1986 según publicaba el colegio de Abogados de Madrid, *Otrosí*, n.º 27, febrero de 1989.

las libertades de circulación y establecimiento en la segunda parte que trata de los «Fundamentos de la Comunidad». Así para la consecución de los fines de la Comunidad, que recordemos ha perdido el calificativo «económica», la acción de la Comunidad implicará «un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales» (art. 3, apart. c del TCE).

La libre circulación de mercancías, regulada en los arts. 9 a 37 del TCE, fue aquella a la que el Tratado concedió mayor dedicación en articulado, precisamente por ser el área más primariamente vinculada a la consecución del entonces Mercado Común, tratando de eliminar los obstáculos al movimiento intracomunitario de mercancías, ya sean pecuniarios o medidas de efecto equivalente. Es precisamente en esta libertad donde, desde el «leading case» *Van Gend en Loos*<sup>3</sup>, más decisiva ha sido la contribución del TJCE para su consecución.

Los trabajadores asalariados se benefician de una libertad casi efectiva y real desde la década de los setenta, gracias al amplio desarrollo realizado por el derecho derivado de los arts. 48 a 58, así como la notable labor realizada por el TJCE. Aquí, el margen de maniobra de las instituciones comunitarias ha sido mayor que en aquellos otros ámbitos, como la circulación de mercancías, sobre los cuales ha influido más «el proteccionismo congénito de los Estados y los intereses de los grupos económicos»<sup>4</sup>, no obstante, el propio desenvolvimiento histórico ha demostrado que las disposiciones sobre libertad de circulación de trabajadores, no han contribuido, especialmente, al aumento de los desplazamientos de los trabajadores comunitarios.

El desarrollo de la libertad de circulación de capitales, regulada tímidamente en los artículos 67 a 73, ofrece un ejemplo de la falta de dinamismo cuando entran en juego conflictos de intereses de Estados y operadores económicos. Se trata, además, de una libertad sometida para una plena efectividad, a la consecución de la unión económica y monetaria.

Son el derecho de establecimiento y la libertad de prestación de servicios (arts. 52 a 66), junto con la libertad de circulación de trabajadores, los que integran el contenido de la más amplia libertad de circulación de personas, y que a su vez contribuye a formar los elementos definitorios del concepto de *ciudadanía europea*, que tanto ha cooperado como motor

<sup>3</sup> STJCE de 5.2.1963, asunto 76/762, Rec. 1.

<sup>4</sup> Así se pronunciaba el Juez Mancini en una conferencia sobre la circulación de trabajadores por cuenta ajena, hoy día recogida en el libro *El Derecho Comunitario y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, p. 806.

de la «europeidad». Y es, precisamente, al amparo del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios, donde se encuadra el ejercicio transnacional de las profesiones liberales, y más concretamente la actividad de abogacía que aquí nos ocupa. Es, no obstante, preciso reseñar que los abogados asalariados pueden igualmente beneficiarse del beneficio de libre circulación en la medida que lo permita el EM de acogida respecto a sus propios nacionales.

Muchos factores han llevado a ralentizar la efectiva libertad de ejercicio de las profesiones liberales, sin embargo, nuevamente aquí, la labor realizada por el TJCE ha contribuido clarificando conceptos, delimitando las excepciones y, en muchos casos, supliendo la falta de derecho derivado, configurándose como un verdadero «praetor», puede decirse, ha forjado el derecho comunitario. El Tribunal de Luxemburgo se ha empleado a fondo, sobre todo en lo que a la amplitud de las excepciones a las libertades, se contienen en el Tratado (arts. 36, 48-2 y 55, fundamentalmente), aplicando, sobre la base del principio de la supremacía del Derecho Comunitario ante las legislaciones nacionales, un criterio *pro communitate*, con el que las derogaciones a las libertades no deben tener «un alcance que sobrepase la finalidad para la que se incluyó la cláusula de excepción»<sup>5</sup>, realizando para ello una interpretación teológica de los conceptos jurídicos, acomodada al «efecto útil» perseguido por el Tratado. De esta manera se ha garantizado una aplicación homogénea de las libertades, tratando de evitar posibles interpretaciones nacionales divergentes. Así ocurre, por ejemplo, con la expresión «ejercicio del poder público», utilizada para excluir la LPS y DE, y que como veremos más adelante, fue esgrimida para pretender excepcionar el ejercicio profesional de la abogacía de las libertades de establecimiento y LPS.

## II. EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA EN EL DERECHO ORIGINARIO Y DERIVADO

En cuanto profesión liberal, el ejercicio transnacional de la abogacía en la Unión Europea, sólo puede darse al amparo de las disposiciones contenidas en el TCE sobre DE y LPS. Sin embargo, como adelantábamos, el camino para una efectiva libertad de ejercicio, sin discriminación por razón de nacionalidad, ha sido y sigue siendo, lento y espinoso. Lo cierto es que, la exigencia de la nacionalidad para el ejercicio de la

---

<sup>5</sup> STJCE de 21.6.1974, caso *Reyners*, raz. n.º 43. López Garrido, *Código de la Comunidad Europea*, p. 1.540, Madrid, 1992.

profesión letrada, es relativamente reciente. Así, a nivel europeo, el primer país en imponer legalmente, el requisito de la nacionalidad del Estado en que se ejercía la profesión, fue Bélgica en 1919, en España no se impone legalmente hasta 1946<sup>6</sup>.

No obstante, los obstáculos al libre ejercicio transnacional, aún siguen siendo notables, y es que, junto a las reticencias corporativas nacionales que se dan en las profesiones liberales en general, en el caso de las profesiones jurídicas los problemas aumentan por la falta de uniformidad de conocimientos que se derivan de los distintos sistemas jurisdiccionales y legales de cada país. Frente a otras áreas de conocimiento, que manejan otras profesiones liberales, como la medicina, arquitectura, psicología y, en general, todas las de ciencias experimentales, el derecho varía según los sistemas nacionales, las organizaciones jurisdiccionales son nacionales y la formación de juristas no obedece a los mismos modelos, circunstancia ésta que dificulta, además, el reconocimiento de títulos entre los distintos EE.MM.

Entrados en esta altura del estudio, procede distinguir, al menos *prima facie*, las dos libertades a través de las cuales puede ejercitarse la abogacía: libertad o derecho de establecimiento (DE), y libre prestación de servicios (LPS). El DE no viene definido en el TCE, pero del art. 52, y con relación a la profesión letrada, podemos inferir que es aquel que se utiliza para el ejercicio de la actividad de abogacía en forma liberal, no asalariada, con carácter permanente en un EM distinto del que se es nacional, y en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento<sup>7</sup>. La LPS, íntimamente ligada con el DE, en cuanto que el prestador del servicio va realizar la misma actividad que efectúa en otro EM en el que haya establecido, pero de forma ocasional, sin establecerse en el país en el que se va a presentar la demanda, celebrar el juicio, asistencia o mero asesoramiento. Notas características de la LPS, son la transnacionalidad de la relación y la temporalidad u ocasionalidad del servicio. Un ejemplo práctico resulta sumamente gráfico y ayuda a comprender mejor la diferencia: un abogado alemán puede trasladarse a España para prestar sus servicios en la defensa de un cliente que figura como imputado en unas diligencias penales, permanecer en España el tiempo necesario y, una vez sobreseído o sentenciado el asunto, retornar a su despacho de Alemania; ahora bien ese mismo letrado puede también instalar su despacho en España y ejercer permanentemente.

<sup>6</sup> Es el caso del art. 7 del Estatuto General de la Abogacía de 1946.

<sup>7</sup> No obstante el DE viene reconocido en el art. 52 tanto para personas físicas como jurídicas.

## 2.1. El ejercicio profesional en el Derecho originario

Vamos a distinguir la regulación contenida en el TCE y posterior desarrollo jurisprudencial, según se refiera al DE o a la LPS, para terminar analizando las excepciones comunes a ambas libertades.

### 2.1.1. *Ejercicio de la abogacía a través del Derecho de Establecimiento*

Como veíamos el DE se regula en el TCE en los arts. 52 a 58, consagrando en este texto que tiene rango de carta constitucional europea, la libertad de establecimiento tanto de personas físicas como jurídicas, sin que puedan admitirse discriminaciones por razón de nacionalidad<sup>8</sup>. Sin embargo, a pesar de las previsiones de supresión de restricciones contenidas en el art. 54, lo cierto es que la libertad de establecimiento en materia de profesiones jurídicas, no ha sido todavía objeto de desarrollo a través de normas de derecho derivado, por lo que pronto se plantearon cuestiones acerca de las condiciones de eficacia de tal libertad.

Fue el TJCE, siguiendo la pauta ya marcada al resolver sobre la *eficacia directa* del Tratado en otros sectores del mismo<sup>9</sup>, vino a tratar directamente el tema en una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado belga, y que es conocido por el caso *Reyners*<sup>10</sup>. El TJCE resolvió a favor de la aplicación de la normativa del Tratado sobre DE, toda vez que «desde el fin del período de transición, el artículo 52 del Tratado es una norma directamente aplicable y ello, no obstante la ausencia eventual, en un ámbito determinado, de las directivas previstas en los artículos 54, apartado 2, y 57, apartado 1 del Tratado» (raz. n.º 32). Es decir, estas directivas, normas de derecho derivado o complementario estaban, y están, destinadas a favorecer el ejercicio

---

<sup>8</sup> El art. 7 del TCE recoge tal principio con carácter general para todo el Tratado: «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 nacionalidad».

<sup>9</sup> Es el caso de las SSTJCE dictadas en los asuntos *Van Gend Loos* (ver nota 3), *M.F. Costa/ENEL* (asunto 6/64, St. de 15-6064, Código de la Comunidad Europea, p. 982) y otras muchas posteriores.

<sup>10</sup> Ver nota 5. *Reyners*, que había estudiado derecho en Bélgica y obtenido el grado de doctor, conservaba en 1974 la nacionalidad holandesa de sus padres. Fue ésta la circunstancia que vetó el acceso a la profesión de abogado, ya que de acuerdo con la legislación belga era preciso la nacionalidad de aquel país, salvo que existiese reciprocidad en el país de origen, condición con la que, además, no constaba el Sr. *Reyners*, por lo que recurrió al Consejo de Estado donde finalmente se planteó la cuestión.

efectivo del derecho de establecimiento, pero en modo alguno su ausencia, pueden condicionarlo una vez que pasó el período transitorio a que se refería el art. 8<sup>11</sup>.

No obstante, en cuanto a las *condiciones de ejercicio* para el abogado comunitario que se establece en España, vienen presididas, al igual que ocurre para la LPS, por los principios de no discriminación por razón de nacionalidad y de equivalencia de condiciones de acceso, son condiciones que se determinan con arreglo a derecho interno español, es decir de conformidad con el art. 52, será preciso estar en posesión del título de licenciado en derecho, o haber obtenido la correspondiente convalidación, y encontrarse inscrito en un colegio de abogados. La equivalencia de condiciones al acceso a la profesión, como certeramente señala Abellán Honrubia<sup>12</sup>, viene dada por la conjunción de dos exigencias: la competencia que cada EM tiene para regular el acceso y ejercicio de la actividad económica en su territorio, y la necesidad de asegurar que esta diversidad de legislaciones no obstaculice la realización del DE previsto en el TCE.

### 2.1.2. *Ejercicio de la abogacía a través de la Libre Prestación de servicios*

El TCE regula la materia en los arts. 59 a 66, en un capítulo aparte, y es que si la LPS se haya vinculada al DE, en el sentido que se trata de realizar igual actividad sin discriminación de trato por razón de nacionalidad, la LPS exige como elemento definitorio, la temporalidad u ocasionalidad de la prestación. No es preciso, en el concepto general de LPS y en contexto del TCE, frente a lo que a primera vista pueda parecer, un desplazamiento real del prestador o del beneficiario, basta incluso con la mera transferencia del soporte de la prestación, como ocurre, por ejemplo, con las telecomunicaciones. En lo referente a la LPS de abogacía, se trataría de un asesoramiento, asistencia o defensa realizada por un abogado establecido permanentemente en otro EM, distinto de aquel en que de forma circunstancial actúa prestando sus servicios. Es decir, una de las características de la LPS es la *ocasionalidad* o *discontinuidad* del asesoramiento o dirección técnica realizada por el abogado prestatario, en un EM distinto del que se encuentra establecido permanentemente.

---

<sup>11</sup> El art. 8 del entonces Tratado de la Comunidad Económica Europea preveía en su párrafo primero: «El mercado común se establecerá progresivamente durante un período de doce años.»

<sup>12</sup> «El Derecho Comunitario y su aplicación judicial», *Civitas*, 1993, p. 791.

En materia de LPS, a diferencia de lo que ocurre con el DE, sí se cuenta con una directiva de desarrollo de 1977 y a la que nos referiremos más adelante. Entretanto no se publicó esta normativa, una vez que había concluido el período transitorio, y casi de forma paralela en el tiempo al caso *Reyners*, ya aludido para el DE, se planteó una prejudicial cuestionando, entre otras cosas, la eficacia directa de los artículos sobre LPS contenidos en el TCE, este caso dio lugar a la STJCE de 3-12-1974, más conocido como caso *Van Binsbergen*<sup>13</sup>. Esta vez se trataba de un procurador holandés que se establece permanentemente en Bélgica, y que pretendió continuar llevando un asunto en Holanda en régimen de LPS. El TJCE, al igual que en la sentencia que dictara el mes de junio de ese mismo año para el DE, se desmarcó de las argumentaciones que se presentaron sobre la insuficiencia del texto del Tratado para, en ausencia de directivas, garantizar el ejercicio de la libertad de prestación de servicios, y apostó por la eficacia directa sobre la base de no discriminación, respondiendo que la normas del Tratado (concretamente, los arts. 59.1 y 60.3), «tienen efecto directo y pueden, además, invocarse ante las jurisdicciones nacionales, en la medida que comprendan la eliminación de toda discriminación en contra del prestatario en razón de su nacionalidad o de la circunstancia de residir en un Estado miembro distinto a aquel en que realiza la prestación» (razonamiento n.º 27).

Interesa reseñar, antes de hablar de las condiciones de ejercicio, las notas imprescindibles que deben darse para que podamos encontrarnos ante un ejercicio en régimen de LPS, éstas son: *transnacionalidad de la relación, nacionalidad comunitaria del prestatario, establecimiento en un EM y ocasionalidad del servicio*.

La transnacionalidad de la relación es un «requisito de aplicabilidad» del derecho comunitario en esta materia, es decir, las situaciones puramente internas son irrelevantes para el aplicador comunitario, no puede invocarse la LPS, cuando la relación tiene efectos puramente nacionales. Este sería el caso los abogados españoles que quisieran ejercer ante jurisdicciones ante las cuales no se encuentran colegiados ni habilitados. La cuestión se planteó vía recurso de amparo ante nuestro Tribunal Constitucional, por la Agrupación de Abogados Jóvenes en Zaragoza en 1986, alegando, entre otros argumentos, en apoyo de sus pretensiones, la normativa comunitaria sobre LPS de abogacía, y que resultó rechazada por STC de 15-7-87<sup>14</sup>. En el ámbito del Tribunal de Luxemburgo, el tema también ha sido tratado, encontramos entre otras<sup>15</sup> sentencias, la STJCE

---

<sup>13</sup> Rec. 1974, p. 1.299, Asunto 33/74.

<sup>14</sup> Vid. STC n.º 123/87, BOE n.º 180, suplemento de 29-7-87.

<sup>15</sup> SSTJCE de 19-3-1992, caso *Bastiste Morais*, asunto 60/91 y de 27-10-82, caso *Morson y Jhamjam*.

de 8-1-92, respondiendo a unas prejudiciales<sup>16</sup> planteadas precisamente por un Juzgado de lo Penal de Alicante, que ante la alegación realizada por los acusados de intrusismo profesional por ejercer como intermediarios en las transacciones inmobiliarias sin haber obtenido el título de agente de la propiedad inmobiliaria (API), de estar amparados por la normativa comunitaria, el TJCE excluye de la contestación al tema planteado por tratarse de una cuestión interna, no hay transnacionalidad, por tanto, no hay vínculos con el derecho comunitario en esta materia.

Paralelamente con lo anterior, son igualmente requisitos la nacionalidad comunitaria del prestatario y el establecimiento previo en un EM. Si la ciudadanía europea es una exigencia para el profesional que pretende ejercer en España en LPS, lo es igualmente que ese profesional esté previamente establecido en territorio de la Unión Europea, si tiene su despacho como abogado fuera de la CE, tendrá que establecerse previamente en cualquier país comunitario, para que pueda gozar de los beneficios de la LPS. Es por ello que apuntábamos acerca de la interdependencia entre la LPS y el DE.

Por último, nota imprescindible del régimen de LPS, es la temporalidad de la prestación del servicio o servicios. Es precisamente esta característica de la duración o frecuencia en el ejercicio, la principal como criterio diferenciador respecto al DE. Se trata de evitar la utilización abusiva o fraudulenta de la LPS, cuyas exigencias son menores que las previstas para ejercer permanentemente. La estancia del prestatario de los servicios es temporal<sup>17</sup>, y la instalación material que pueda llegar a necesitar para su actuación, no está destinada a permanecer una vez concluida la dirección técnica, asistencia o asesoramiento, es decir, tiene carácter precario la instalación, y ocasional o circunstancial el servicio prestado.

En cuanto a las *condiciones de ejercicio* que puedan imponerse al abogado en régimen de LPS, baste decir, sin perjuicio de lo que veremos al hablar de la directiva de 1977 y el RD de transposición español, que el abogado «podrá ejercer temporalmente su actividad en el Estado en que lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales» (art. 60 TCE, *in fine*), lógicamente, y dada la naturaleza del régimen en prestación de servicios, estas condiciones no pueden ser las mismas que las que se

<sup>16</sup> Son los casos acumulados *López Brea y Carlos Hidalgo*, casos 330-331/90.

<sup>17</sup> Acerca de la duración y frecuencia como criterios diferenciadores de la LPS y el DE, ver MARTÍN BERNAL: *Abogados y Jueces ante la Comunidad Europea*, Colex, Madrid 1990, pp. 38 a 41.

precisan para establecerse permanentemente, y así estará excluida la colegiación o residencia para los abogados<sup>18</sup>. Las condiciones establecidas por la legislación nacional, garantizando siempre los principios comunitarios de no discriminación y de equivalencia de condiciones de ejercicio de la actividad, deben limitarse a las que «sean objetivamente necesarias» para garantizar el cumplimiento de las reglas profesionales<sup>19</sup>.

### 2.1.3. *Excepciones al régimen de libertad de circulación en el ejercicio de la abogacía*

El TCE, siguiendo una sistemática que pretende abrazar los objetivos comunitarios, manteniendo el equilibrio con los intereses nacionales, admite con carácter común para el DE y la LPS (arts. 55, 56 y 66), excepciones a las libertades de establecimiento y prestación de servicios, permitiendo la inaplicación de las normas del TCE cuando se presentan ciertos ámbitos de competencia de los Estados considerados como intereses nacionales. Estas inaplicaciones se concretan en la exclusión de las actividades que participan en el ejercicio de la autoridad pública (art. 55.1), y en las excepciones justificadas por razones de orden público, seguridad pública o salud pública (art. 56). A ello habría que añadir la excepción por necesidad de salvaguardar un interés general del Estado, noción esta última creada por la jurisprudencia del TJCE<sup>20</sup>.

El orden público, seguridad pública y sanidad pública, pueden constituir excepciones a las libertades de circulación en la medida que puedan afectar al desplazamiento y residencia permitidos por la directiva 73/158CEE<sup>21</sup>, para lo cual habrá que tener en cuenta la directiva de coordinación de medidas especiales para extranjeros en materia de desplazamiento y estancia, de 25 de febrero de 1964<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> No obstante, la residencia o una infraestructura fija, se han venido admitiendo como requisito en otros sectores profesionales, cuando el EM «no disponga de otras medidas menos restrictivas», desde la STJCE *Coenen* (S. 26-11-1975, asunto 13/76, Rec. p. 1.547), en materia de seguros (S. 28-1-1992, caso *Bachmann*, asunto C-204/90, Rec. p. 249), de auditores de cuentas (S. 20-5-1992), caso *Ramrath*, asunto C-106/91, Rec. p. I-3.375).

<sup>19</sup> Caso *Ramrath*, raz. 32, citado.

<sup>20</sup> *La contribución al TJCE a la realización del derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios*, V. ABELLÁN HONRUBIA, en la obra *El Derecho comunitario y su aplicación judicial*, citado p. 789.

<sup>21</sup> DOCE: L-172 de 28-6-1973.

<sup>22</sup> JOCE n.º 56 4-4-1964. Materia toda esta, transpuesta en España por el RD 76/92, de 26-6-92 (BOE 30-6-1992).

La noción de interés general ha sido una creación jurisprudencial, aunque lo cierto es que hasta ahora se ha referido a LPS, reconociéndose que es compatible con la LPS, la exigencia a los prestatarios de los servicios del cumplimiento de ciertas condiciones restrictivas que reglamenten el ejercicio de su actividad. Estas han venido referidas a diversos ámbitos: cualificación y deontología profesional<sup>23</sup>, protección de los consumidores, protección de la propiedad intelectual... En cualquier caso, para apreciar la existencia del denominado interés general, éste habrá de ser objetivamente necesario para garantizar las reglas profesionales esgrimidas, sin que existan otros medios menos lesivos para la consecución de esos mismos fines.

Cabe decir que, en aras del expresado principio *pro communitate*, la interpretación realizada por el TJCE ha sido restrictiva<sup>24</sup>, y ha tratado, como veremos, de reducir al máximo las posibilidades de no aplicación de la liberación comunitaria.

Centrándonos en el campo específico del ejercicio profesional de la abogacía, la exclusión esgrimida se ha producido al amparo del texto del párrafo primero del art. 55: «Las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que en dicho Estado estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio de la *autoridad pública*.» Y fue precisamente una sentencia en materia de establecimiento de abogado, el reiterado caso *Reyners*, la que vino a aclarar el alcance de la expresión utilizada. Aunque, como se ha dicho<sup>25</sup>, parece que el propósito de los legisladores comunitarios al introducir esa exclusión, residía precisamente en la profesión de abogado, para excluirla totalmente del beneficio del DE y la LPS, la evolución posterior, con el proyecto de directiva en materia de LPS, que culminaría con la directiva 77/249, y más concretamente con la aludida STJE de 21 de junio de 1974, cortaron el paso a las exclusiones de estas libertades para los letrados. Se trataba de saber si los abogados, en tanto que colaboradores de la Administración de Justicia, participaban en el ejercicio del poder público, a lo que el Tribunal respondió razonando que «servicios

---

<sup>23</sup> STJCE *Binsbergen*, ya citado, con referencia al procurador holandés: «... no se pueden considerar incompatibles con el Tratado las exigencias específicas impuestas al prestatario, que se encuentran motivadas por el interés general - especialmente normas de organización, cualificación, deontológicas, de control de responsabilidades ...» (raz. n.º 12).

<sup>24</sup> Así, entre otras muchas, y con referencia al orden público, la STJCE de 2-12-74, asunto 41/74, caso *Van Duyn*, el Tribunal ya marcó esta línea de interpretación: «la noción de orden público debe de ser interpretada restrictivamente de manera que su contenido no pueda ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin control de la Comunidad».

<sup>25</sup> *Abogados y jueces ante...*, MARTÍN BERNAL, citada, p. 77.

profesionales que comportan contactos, incluso regulares y orgánicos, con los órganos jurisdiccionales, y hasta una colaboración, incluso obligatoria, en su funcionamiento, no constituyen, a pesar de ello, una participación en el ejercicio del poder público» (raz. 51), con lo que parece recoger no sólo a los abogados, sino también a otros colaboradores como procuradores, peritos, intérpretes... Pero el razonamiento siguiente, resulta mucho más explícito para la profesión que nos ocupa: «en particular, no se puede considerar como una participación en tal poder las actividades más típicas de la profesión de abogado, tales como la consulta y la asistencia jurídica, así como la representación y la defensa de las partes en la justicia, incluso cuando la postulación o la asistencia del abogado es obligatoria o constituye el objeto de una exclusividad establecida por la ley».

En la interpretación jurisprudencial de la noción «ejercicio de la autoridad pública», como exclusión a las libertades de circulación de profesionales, se produce un evidente paralelismo con la noción de «empleo en la Administración pública» del art. 48-4 del TCE, con referencia a esta última el TJCE ha precisado que las actividades a que se refiere son aquellas que «revisten el ejercicio de potestades públicas y las responsabilidades de salvaguardar los intereses generales del Estado»<sup>26</sup>; interpretación que consideramos sumamente ilustrativa para matizar la previsión del art. 55. Así entendemos, que las profesiones revestidas con mayor fuerza del imperium del Estado, como notario, juez, fiscal... quedan excluidas de la libertad de circulación (ya se pretendiera al amparo de LCT, como, eventualmente, a través de DE o LPS).

Cabe referirse, en tanto que en ocasiones las funciones de dirección técnica y representación se reúnen en una misma persona, a la situación del Procurador respecto a su participación en el concepto de actividad que participa en el ejercicio de la autoridad pública. Sólo en Portugal, Irlanda, Holanda y España, subsiste la Procuraduría como función independiente, sin embargo la típica función de representación que corresponde a los Procuradores, que se inscribe en la figura jurídica del mandato, carece de los caracteres que les inscriban dentro de los colaboradores que participen del ejercicio del poder público.

## 2.2. El ejercicio profesional de la abogacía en el derecho derivado

En el desarrollo de las previsiones de liberalización, tendentes a facilitar las libertades de circulación, se pueden distinguir dos métodos

---

<sup>26</sup> STJCE de 26-5-82, (*Comisión contra Bélgica*), asunto 149/79, rec. 1982, p. 1.845.

utilizados por la Comisión; la armonización vertical, o por sectores profesionales, y la armonización horizontal, para evitar el casuismo de prever cada profesión, una regulación general según la formación requerida. Al primer sistema responde la Directiva 77/249/CEE, «para facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados» de 22 de diciembre de 1977<sup>27</sup>, y, en cierta medida, la Propuesta de Directiva «destinada a facilitar el ejercicio permanente de la abogacía en un EM distinto de aquel en el que se expidió el título», de 21 de diciembre de 1994<sup>28</sup>. Al segundo método atiende la Directiva «relativa a un sistema general de reconocimiento de títulos de enseñanza superior que sancionen formaciones de una duración mínima de tres años», de 21 de diciembre de 1988<sup>29</sup>, directiva dentro de la cual se deben incluir las profesiones de Abogado y Procurador, según la adaptación para España aprobada por RD de 25 de octubre de 1991.

Vamos a distinguir, como hemos hecho al tratar del derecho originario, el desarrollo producido en el derecho complementario del Tratado, las directivas dirigidas a facilitar el ejercicio profesional, según se trate de DE o de LPS.

### 2.2.1. *Derecho derivado en materia de DE*

Es esta la materia que arrastra mayor atraso en lo que a derecho derivado o complementario se refiere: no se publicado hasta la fecha, ninguna directiva de las «destinadas a *favorecer* el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento»<sup>30</sup> en el campo del ejercicio profesional de la abogacía. Como hemos visto en el apartado de derecho originario, no hace poco más de 20 años, que todavía los EE.MM. se encontraban discutiendo sobre si la abogacía, como profesión liberal, estaba o no dentro del ámbito de las libertades de circulación.

Tan sólo contamos con una directiva de carácter general (89/48), de reconocimiento de títulos de enseñanza, ya referida, y que sólo aporta, como veremos, una solución parcial para las específicas necesidades, de lo que podemos llamar, mercado internacional de servicios legales. A estas exigencias responde el texto de la propuesta de directiva de diciembre de 1994, de establecimiento permanente de abogados en un EM distinto al que expidió el título.

---

<sup>27</sup> Texto modificado por la adhesión de España y Portugal, DOCE, n.º L 302 de 15-11-87, p. 160.

<sup>28</sup> Documento COM (94) 572 final.

<sup>29</sup> DOCE n.º L 19/24-1-89.

<sup>30</sup> Caso *Reyners*, citado, raz. 31. (La negrita es mía.)

En el RD español<sup>31</sup> 1665/1991, de desarrollo de la Directiva de 1989, sobre reconocimiento de títulos de enseñanza superior, en lo que a profesiones jurídicas se refiere exige una prueba de aptitud para poder obtener un reconocimiento del título de Abogado o Procurador obtenido en otro EM (art. 5 apartado a). En esta prueba de actitud se deberá tomar en consideración el hecho de que el solicitante es un profesional cualificado y se referirá a las materias que haya de elegir de entre las que figuren en una lista elaborada por el Ministerio de Justicia. Esta normativa constituye pues el marco jurídico que permite hacer efectivo el derecho a ejercer la profesión, ya sea con carácter independiente o asalariado, de forma permanente fuera del Estado miembro en que se ha obtenido la titulación.

Sin embargo, ante la insuficiencia que presenta esta normativa de reconocimiento de títulos para responder al cada vez más dinámico mercado comunitario de los servicios legales, la Comisión ha realizado al Parlamento Europeo y Consejo una Propuesta de Directiva<sup>32</sup> destinada a facilitar el ejercicio permanente de la abogacía en un Estado Miembro distinto de aquél a que se expidió el título, texto en el que se contempla el DE de abogados con una suavización o incluso dispensa de la prueba de aptitud para el establecimiento con el título profesional del EM de acogida, así como reglas sobre el ejercicio colectivo de la profesión.

La referida Propuesta aporta una «plusvalía» que mejora el marco jurídico actual en materia de DE de abogados, permitiendo a los abogados ejercientes en un EM, el acceso a la profesión en otro Estado, pudiendo actuar previamente y por un período máximo de cinco años, con su título profesional de origen.

Las condiciones de ejercicio son distintas según el grado de acceso alcanzado por el letrado. Los abogados que ejerzan con su título profesional de origen podrán prestar tanto asesoramiento jurídico como representar y defender a un cliente ante los tribunales, si bien en este último caso podrá imponerse la concertación con abogado o procurador ejerciente ante los tribunales de que se trate; tanto en uno como en otro caso, y a diferencia de lo que ocurre con el régimen de LPS, los profesionales que pretenden establecerse están obligados a colegiarse.

El profesional que se ha establecido en otro EM con su título de origen por el mencionado período máximo de cinco años, durante ese tiempo o una vez concluido el mismo, podrá tener acceso completo a la profesión, con asimilación al abogado del EM de acogida, a través de dos vías que se fijarán en función del grado de integración alcanzado

---

<sup>31</sup> BOE n.º 280, de 22-11-1991.

<sup>32</sup> COM(94)572 final, 94/0299 (COD).

por el abogado: si demuestra una actividad efectiva y permanente durante un período mínimo de tres años relacionada con el derecho del Estado de acogida, incluido el derecho comunitario, se le permitirá el acceso automático a la profesión de ese Estado; si dicha actividad efectiva y permanente de como mínimo tres años, no se ha referido al derecho nacional (incluido el derecho comunitario), la prueba de aptitud que se le pueda imponer para el pleno acceso, sólo podrá versar sobre derecho procesal y deontología del EM de acogida. Estas vías de asimilación representan una dispensa total o parcial, según el grado de integración, de las medidas compensatorias previstas en la Directiva 89/48 CEE, pero en modo alguno excluyen la posibilidad de acudir directamente al sistema de reconocimiento de títulos previsto en la referida Directiva.

La Propuesta contiene igualmente disposiciones relativas al ejercicio colectivo, regulación reiteradamente solicitada en el seno del Consejo de Colegios de Abogados de la Comunidad Europea (CCBE), permitiendo el ejercicio en grupo ya sea a través de sucursal o agencia en el EM de acogida de su grupo en el EM de procedencia o, directamente a través de las formas de sociedad accesibles a los abogados del EM de acogida, por lo que habrá que acudir a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de dicho Estado.

### 2.2.2. *Derecho derivado en materia de LPS*

La prestación ocasional de asistencia letrada fue objeto de una directiva específica (77/249/CEE), adaptada con las sucesivas adhesiones de nuevos EE.MM., normativa que ha sido objeto en 1986, de transposición a la legislación española, según veremos más adelante.

A pesar de que la directiva de 1977 se dirige específicamente a facilitar el ejercicio de las actividades del Abogado en régimen de LPS, no traza la norma criterios de distinción con la actuación al amparo del DE, para cuyo ejercicio efectivo, ya anuncia el preámbulo, «serán necesarias medidas más elaboradas». Podemos *acoger*, sin embargo, la definición que, recientemente, propuso la Comisión concretando la actividad de abogado ejercida en prestación de servicios, como aquella «actividad ejercida por un abogado cuyo principal centro de interés se encuentra en un Estado miembro distinto al de los destinatarios de las prestaciones y que se caracterice por la naturaleza temporal, precaria y discontinua de las prestaciones»<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Escrito de observaciones presentado ante el TJCE, por la Comisión el 24 de junio de 1994, en el asunto C-55/94 *Gebhard-Colegio de Abogados de Milán*.

Esta norma comunitaria dirigida a los EE.MM., sin ir acompañada de disposiciones relativas al reconocimiento de títulos, se basa en la mutua confianza que se otorgan los EE.MM., en cuanto a la cualificación profesional de las personas habilitadas en cada uno de ellos para ejercer como abogado. Es por ello que el art. 3, exige el uso del título profesional redactado en el idioma (o en uno de los idiomas del EM, como sería el caso de Bélgica), y según las denominaciones a que se refiere el art. 2, con referencia a todos los países de la Unión.

En referencia a las *condiciones de actuación* que impone o permite la directiva su imposición por los EE.MM., será preciso atender al tipo de actividad letrada ejercida.

Tratándose de actividades de representación y defensa de clientes ante los tribunales o ante las autoridades públicas, se actuará de acuerdo con las condiciones y requisitos del EM de acogida donde se actúa temporalmente, «excluyéndose cualquier condición de residencia o de inscripción en una organización profesional» (art. 4.1), no será, pues, preciso colegiación o habilitación en el colegio de abogados de donde se actúe, y ello sin perjuicio de las exigencias de presentación ante la institución que corresponda, como veremos seguidamente. En el ejercicio de esas actividades deben respetarse las normas profesionales del EM de acogida, sin perjuicio de las obligaciones que le incumban en el EM de procedencia.

Además, cuando se trata de representación o defensa de un cliente ante tribunales, el art. 5 permite la posibilidad de exigir por cada EM dos condiciones añadidas, orientadas a dar una cierta publicidad y unas garantías sobre la actuación de abogado visitante: la presentación del profesional y la concertación con abogado local. La primera posibilidad se refiere a una presentación al juez o presidente del órgano jurisdiccional de donde se vaya a actuar y, en su caso, al decano del colegio de abogados. La concertación con un letrado que ejerza ante el órgano jurisdiccional interesado, puede imponerse con el fin de garantizar una adecuada actuación ante los tribunales, respetando tanto el derecho nacional, como las normas y usos locales.

Para las actividades de asesoramiento y distintas de las de actuación ante tribunales, el abogado quedará sujeto a las condiciones y normas profesionales del EM de procedencia, sin perjuicio del cumplimiento de normas legales o deontológicas del EM de acogida, como el no incurrir en incompatibilidades, guardar el secreto profesional, que rijan las relaciones entre colegas o la publicidad. Es lo que se denomina por algunos autores la «doble deontología»<sup>34</sup>, y que expresamente reconoció el TJCE en el conocido caso Gullung<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> *Abogados y jueces ante...*, MARTÍN BERNAL, citado, p. 58.

<sup>35</sup> Vid. raz. n.º 17 de la STJCE de 19 de diciembre de 1988, asunto 292/86, Rec. 1988, p. 131.

En el capítulo de exclusiones del ámbito de la directiva, permite que queden fuera de la LPS tanto los abogados que realizan funciones notariales<sup>36</sup> (art. 1-1, párrafo 2.º), y a los abogados asalariados de empresas públicas o privadas, para las actividades de representación o defensa de la empresa ante tribunales, pero ello en la medida lo aplique el EM de acogida para sus propios nacionales (art.6).

### III. TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA DE LA DIRECTIVA 77/249. CONSECUENCIAS PROCESALES

Ante una directiva comunitaria que tiene como destinatarios a los EE.MM., se impone por parte de éstos el traslado y adecuación a la normativa interna dentro del plazo para ello fijado, y en las condiciones expresadas en la norma comunitaria. Ante el incumplimiento estatal, se derivan diversas consecuencias para el propio EM y los particulares afectados, entre ellas se encuentra la de la eficacia directa para los ciudadanos frente al Estado, en los términos fijados por la jurisprudencia: directivas precisas, claras e incondicionales.

Afortunadamente no ha sido preciso acudir al principio de eficacia directa en materia de LPS de abogacía, ya que España trasladó oportunamente la directiva de 1977, preexistente a nuestra incorporación a la Comunidad, nada más entrar, la materia fue desarrollada por RD 607/86, de 21 de marzo de 1986 (BOE 1-4-86), norma que sería parcialmente modificada dos años más tarde, a la vista de la doctrina que el TJCE arrojó en la st. de 25 de febrero de 1988, con el RD 1062/88 de 16 de diciembre.

#### 3.1. RD de 1986. Contenido y consecuencias

El RD 607/86 adapta al ordenamiento jurídico español la directiva comunitaria, facilitando la actuación ocasional en España de abogados cuyo principal centro de interés se encuentra en otro país de la Unión Europea. Esta prestación temporal, que concreta para la normativa española las disposiciones generales que contiene la Directiva europea, descansa en los siguientes *principios*:

---

<sup>36</sup> El párrafo 2.º del art. 1 contempla en este sentido a los abogados que se ocupan de «la preparación de documentos auténticos que faculten para administrar bienes de personas fallecidas o que se refieran a la creación o a la transferencia de derechos reales inmobiliarios».

- Sólo los abogados previamente establecidos en uno de los EE.MM. pueden actuar como visitantes ocasionales en España, sin que puedan abrir despacho (art. 1).
- El ámbito de prestación material de servicios comprende la consulta, el asesoramiento jurídico y la actuación en juicio. Esto último, que es lo que aquí nos interesa, deberá ser interpretado en sentido amplio comprendiendo cualquier actuación ante los órganos jurisdiccionales (art. 3).
- Los abogados comunitarios harán uso de su título expresado en la lengua del Estado de donde procedan, con indicación del Colegio u organización profesional del que dependan (art. 4).
- Como requisitos administrativos y procesales se indican: de un lado la presentación al Decano del Colegio de Abogados que corresponda a su actuación, facilitando su identificación, procedencia, y, en su caso, el abogado español con el que se concierta; el Decano dirigirá oficio al Juez o Presidente del Tribunal comunicando la actuación pretendida; de otra parte, para determinadas actuaciones, el abogado visitante deberá, además, concertarse con letrado inscrito en el Colegio en *cuyo* territorio pretenda ejercer.

Sobre la necesidad de *previo establecimiento* en otro EM, es preciso aclarar que, a pesar de los términos<sup>37</sup> en que se expresa el art. 1 del RD de 1986, el derecho a acceder al régimen de prestación ocasional de servicios, es igualmente predicable para los abogados de nacionalidad española establecidos permanentemente en otro EM. No otra interpretación cabe, toda vez que las *discriminaciones a la inversa*, contra los propios nacionales, han sido expresamente desautorizadas por la jurisprudencia del TJCE<sup>38</sup>. Lo que sí es preciso es ostentar nacionalidad comunitaria y hallarse establecido permanentemente en un EM, si falla una de estas condiciones no puede el profesional beneficiarse de la LPS. Si el nacional comunitario se encuentra establecido fuera de la CE, deberá establecerse previamente en un EM, en cambio si un nacional de tercer país establecido permanentemente en un EM pretende beneficiarse de los derechos de la LPS deberá adquirir previamente ciudadanía europea.

El *ámbito* de ejercicio liberalizado comprende la consulta, el asesoramiento y la actuación en juicio. Este último apartado se debe entender,

---

<sup>37</sup> Cuanto el art. 1, mantiene que «Los *abogados nacionales* de los Estados miembros de las Comunidades Europeas establecidos permanentemente en aquellos...» (la cursiva es mía), parece ceñir el reconocimiento del derecho al ejercicio ocasional a letrados comunitarios no españoles.

<sup>38</sup> En este sentido se han pronunciado diversas sentencias: asunto *Knoors*, (115/78) de 7-2-79, rec. 1979, p. 399; STJCE de 20-5-92, asunto *Ramrath*, citado, entre otros,

decíamos, en sentido amplio, comprendiendo tanto las *actuaciones anteriores al juicio, las propias del juicio, como las derivadas o de ejecución del mismo*. Dentro de actuación en juicio propiamente, se incluye: la firma de escritos de demanda, contestación, prueba o cualesquiera otras en el ejercicio propio de sus funciones letradas, y , en general, cualquier actuación incluida dentro de las tareas de dirección técnica que la corresponden a los abogados en los procesos, ya sean orales o escritas<sup>39</sup>. Además abarca la asistencia a imputados, detenidos y presos, y la representación del cliente ante los tribunales cuando se trate de juicios o fases procesales en que se permita la suma de funciones de defensa y representación en la persona del letrado: juicios de faltas, verbales, cognición, diligencias previas de proceso penal abreviado hasta el auto de apertura de juicio oral... todo ello con independencia de la confusión o no de funciones de representación y defensa que, con carácter general, pueda existir en la legislación nacional de procedencia del abogado visitante. Dentro del estadio procesal anterior al juicio, se integran aquellos actos procesales que puedan darse para la evitación o aseguramiento del mismo: actos de conciliación, embargos preventivos o aseguramiento de bienes litigiosos. En la ejecución de lo actuado en juicio, el letrado visitante en España, podrá actuar con la misma amplitud que los abogados españoles, interviniendo, en su caso, en los actos de apremio, pudiendo acudir, si a su derecho conviene, al procedimiento de jura de cuentas del art. 12 de la LEC.

En el mismo artículo 3 que se refiere al ámbito de actuación, *excluye* el párrafo segundo «los cometidos que nutren el ejercicio de una *función pública o que sean incompatibles con el carácter ocasional de sus servicios*». Exclusión que se encuentra en correspondencia con la previsión contenida en el párrafo segundo del art. 1 de la Directiva de 1977, y que tradicionalmente se ha aplicado a la función notarial extrajudicial: notarios y corredores de comercio fundamentalmente; aunque la disyuntiva utilizada, «o que sean incompatibles con el carácter ocasional de sus servicios», nos obliga a considerar excluidas otras actuaciones que pueden tener los abogados o licenciados en derecho en España: actuar como juez, secretario judicial, o fiscal de provisión temporal, cuando no existe titular, y previo nombramiento por el Consejo General del Poder Judicial o Ministerio de Justicia, y, en su caso, baja en el ejercicio en el colegio correspondiente. Todos los mencionados son cargos públicos dentro de la Administración de Justicia, que participan del ejercicio del poder público y que, además, son incompatibles con el carácter ocasional que identifica a la LPS. Se trata de una cláusula de salvaguardia, permitida por el artículo 1 de la Directiva de 1977, y que tiene su amparo «constitucional»

<sup>39</sup> Artículo 5 del Estatuto de la Abogacía de 1982.

en el artículo 55 del TCE, cuando autoriza la exclusión de la LPS para las actividades que participan del ejercicio del poder público ubicadas dentro del denominado «círculo interior del Estado», exclusión que deberá ser matizada de acuerdo con la jurisprudencia vertida tanto en aplicación del artículo 55, ya referida como del artículo 48-4, cuando habla de trabajos dentro de la Administración pública<sup>40</sup>.

En cuanto al uso del título profesional en el *idioma* del EM de donde proceda el abogado visitante, con indicación del Colegio u Organización profesional del que dependa, es preciso señalar que el título necesariamente deberá ser alguno de los expresados en el art. 2 del RD, que recoge las denominaciones de Abogado en los diferentes EE.MM. Cuestión diferente será el derecho al uso del idioma nacional del letrado visitante en sus escritos, informes, alegaciones y exposiciones ante los órganos jurisdiccionales españoles. Nada dice al respecto el RD español, como tampoco la Directiva que le da origen, sin embargo, partiendo de la previsión contenida en el artículo 231-3 de la LOPJ de 1985, respecto al uso de lenguas de las CC.AA. por las partes intervinientes en los procesos, nos atreveríamos a decir que en el ámbito de la LPS, sería aplicable igual régimen en relación a la lengua de procedencia del profesional prestador del servicio, sobre todo si se tiene en cuenta que para la Comisión Europea, en ocasiones, la exigencia de un conocimiento del idioma nacional podría considerarse como una discriminación por razón de nacionalidad. Desde el punto de vista procesal quedaría la cuestión de determinar a quién corresponde la aportación del intérprete, cuestión que entendemos debería solventarse de oficio por el órgano jurisdiccional.

El abogado visitante, dentro de los *requisitos previos* a su actuación, debe presentarse al Decano de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados correspondiente al territorio de la jurisdicción de donde pretenda prestar sus servicios (art. 5), facilitando su identificación, título profesional, dirección profesional de procedencia y dirección durante su ejercicio en España, colegio al que pertenece y, en su caso, especificación del abogado con el que se concierta. Al Decano, facilitará igualmente, una declaración de no estar incurso en causa de incompatibilidad<sup>41</sup>. El Decano del Colegio de Abogados dirigirá oficio, comunicando la actuación

---

<sup>40</sup> Caso *Sotgiu/Deutsche Bundespost* (152/73), st. de 12-2-74, Rec. 153: asunto 149/79, *Comisión contra Reino de Bélgica* (149/79), st. de 26-5-82, entre otras.

<sup>41</sup> No se especifica en el RD sobre qué causas de incompatibilidad debe declarar el profesional visitante, por lo que entendemos que se trata de una cuestión que se determinará con arreglo a derecho nacional español, al menos en lo referente a la representación y defensa del cliente ante los tribunales, de conformidad con el art. 4-1 de la Directiva 77/249.

pretendida, al Juez o Presidente del Tribunal en que debieran actuar, comunicación cuya eventual ausencia debe considerarse un defecto subsanable a efectos procesales. Otro requisito es el de la concertación con abogado inscrito en el Colegio en cuyo territorio se pretenda actuar, exigencia que fue objeto principal de la reforma de 1988 y que estudiaremos en el apartado siguiente.

Por último, en cuanto a las *condiciones de ejercicio*, cuando de actividades de «representación y defensa ante los órganos jurisdiccionales y organismos públicos» se trata, el art. 7 del RD, reproduciendo en parte el art. 4 de la Directiva, remite al derecho nacional aplicable a los abogados españoles, con exención expresa de cualquier condición de residencia o colegiación en España. Para el ejercicio de las restantes actividades se acoge el criterio de la «doble deontología» que permite la Directiva, y al que ya nos hemos referido. Nada dice el RD sobre si subsiste para los abogados visitantes la necesidad de juramento o promesa que el art. 439 de la LOPJ exige a los letrados españoles cuando comienzan a prestar sus servicios. A este respecto, entendemos que se trata de una exigencia vinculada a la colegiación y que será, en su caso, exigible respecto al abogado comunitario que pretende beneficiarse del DE, pero no para los profesionales que utilizan ocasionalmente el régimen de LPS.

El *régimen disciplinario* de los abogados visitantes derivado de sus actuaciones ante los tribunales españoles, según el art. 8 del RD, es el mismo que el de los abogados españoles, con la única salvedad de la conversión de la sanción de suspensión o expulsión del Colegio, por la de prohibición temporal o definitiva de la prestación de abogacía en España. Aunque el mencionado artículo parece referirse tan sólo a las sanciones corporativas aplicadas por los colegios, entendemos extensible al régimen disciplinario gubernativo derivado de las facultades de presidencia o correccionales de los titulares de los órganos jurisdiccionales<sup>42</sup>. Nada dice el RD sobre la comunicación a la autoridad competente del EM de procedencia<sup>43</sup>, de las decisiones o sanciones disciplinarias recaídas sobre el abogado visitante, por lo que entendemos que, en caso de

---

<sup>42</sup> Vid. arts. 448 y ss. de la LOPJ y arts. 443 y ss. de la LEC., a donde remiten tanto LECrim. como LPL.

<sup>43</sup> El apartado segundo del art. 7 de la Directiva 249/77, prevé que en caso de incumplimiento por parte del abogado visitante de las obligaciones en vigor en el EM de acogida, «la autoridad competente de aquél determinará las consecuencias de dicho incumplimiento según sus propias normas de derecho y procedimiento, y, a tal fin, podrá hacer que se le comunique información profesional oportuna sobre quien preste los servicios. Informará a la autoridad competente del Estado miembro de procedencia de toda decisión tomada...».

tratarse de sanciones impuestas en vía gubernativa, por la autoridad judicial, bastará con que se informe al Colegio de abogados donde se haya inscrito el abogado con el que se concertó<sup>44</sup>.

### 3.2. La concertación tras el RD 1.062/88 de 16 de diciembre

Un encomiable ejemplo de aceptación legislativa de la doctrina del TJCE viene representado por el RD de 1988, texto que trae su causa directamente de la STJCE de 25 de febrero de 1988<sup>45</sup>, como expresamente reconoce el propio preámbulo del RD. Se trata de una sentencia dictada en un recurso de incumplimiento, del art. 169 TCE, contra la República Federal Alemana, como consecuencia de la ley de ese país de transposición a su derecho interno de la Directiva de abogados de 1977, y que extendía, más allá de lo permitido por las exigencias de la LPS, el requisito de la concertación a que se refiere el artículo 5 de la Directiva, es decir, para los supuestos de intervención del abogado extranjero ante los tribunales<sup>46</sup>.

El RD español deroga los artículos 6 y 9-2 del RD de 1986, dando una nueva redacción al requisito de la concertación:

1. Cuando sea preceptiva la intervención de Abogado para las actuaciones ante Juzgados o Tribunales o ante Organismos públicos relacionados con la Administración de Justicia o que ejerzan algún tipo de función jurisdiccional, así como para la asistencia, comunicación y visitas con detenidos y presos, el Abogado deberá concertarse con un abogado inscrito en el Colegio en cuyo territorio haya de actuar.
2. También será necesaria la concertación cuando no sea preceptiva la intervención de Abogado, pero la ley exige que si el interesado no interviene por sí mismo, no pueda hacerlo otra persona que no sea Abogado.

---

<sup>44</sup> Sin embargo, la redacción utilizada por el art. 7 de la Directiva, último inciso que hemos resaltado en cursiva en la nota anterior, nos lleva a considerar su posible eficacia directa, y, por tanto, la posibilidad de comunicación directa por la autoridad judicial a la autoridad competente del EM de procedencia.

<sup>45</sup> Asunto 425/85, Comisión contra RFA, Rec. 1988, p. 1.154.

<sup>46</sup> Las imputaciones de la Comisión se centraron en el ámbito de la concertación, las modalidades de la misma (prueba de la concertación, papel atribuido al abogado alemán y a la comunicación con detenidos), y a la territorialidad de la postulación procesal. Entendía el Gobierno alemán que únicamente la intervención de su abogado nacional podía garantizar la adecuada exposición de la materia litigiosa ante el Tribunal, ya que «la intervención ilimitada de Abogados extranjeros en litigios que se ventilan ante órganos jurisdiccionales alemanes podría dar lugar a dificultades originadas por la falta de adecuado conocimiento de las normas jurídicas de Derecho material y procesal aplicadas por aquellos Tribunales.» (Alegaciones del Gobierno alemán, STJCE de 25-2-88, Rec. p. 1.554.)

3. El Abogado inscrito, con el que existiese la concertación, responderá ante los órganos jurisdiccionales u organismos públicos.

El RD, además, como hemos dicho, deroga el apartado segundo del texto de 1986 que establecía el número de intervenciones máximo al año para la actuación del abogado comunitario en régimen de prestación ocasional de servicios, según se tratara de actuaciones profesionales ante Tribunales colegiados (cinco), o ante órganos unipersonales y organismos administrativos (diez); límites que, a nuestro juicio, fueron suprimidos para evitar un presumible recurso en contra por parte de la Comisión.

Pasemos a realizar, teniendo en cuenta los razonamientos de la STJCE que dio lugar a la reforma, una somera exégesis del texto de 1988.

Cuando la nueva normativa, en desarrollo del art. 5 de la Directiva, se refiere, además de juzgados y tribunales, a *Organismos públicos relacionados con la Administración de Justicia o que ejerzan algún tipo de función jurisdiccional*, nos plantea algunas consideraciones la terminología empleada, y que a la vista de la disyuntiva utilizada las analizaremos por separado. Dentro de los «Organismos públicos relacionados con la Administración de Justicia», pueden entenderse los Centros penitenciarios, los Registros civiles o Notarías, y, en menor medida, los Registros mercantiles y de la propiedad, organismos arbitrales, los servicios comunes de notificaciones a procuradores, los servicios comunes de notificaciones y embargos..., por sólo considerar los más próximos. Sin embargo, se trata de órganos ante los cuales no es preceptiva la intervención letrada, por lo que a la luz de la jurisprudencia del TJCE, no cabe imponer la concertación. Además, no podemos aceptar el cúmulo de organismos ante los cuales, conforme a esta previsión del RD, se precisaría concertación, toda vez que no puede ser esta la finalidad de una directiva que se propone facilitar la LPS de abogacía, además resulta de difícil aprobación atendiendo a la redacción del artículo 5 en la Directiva de 1977, que permite la concertación: *Para el ejercicio de las actividades relativas a la representación y defensa de un cliente ante los tribunales...*, no cabe duda que, los términos suficientemente claros y precisos de la Directiva, sólo cabe concertación para actuaciones profesionales ante tribunales<sup>47</sup>. Cabría aceptar como tribunales a estos efectos ciertos organismos de carácter administrativo, como el Tribunal

---

<sup>47</sup> Otra cosa será que razones imperativas de seguridad u orden público, como reconocía la STJCE de 25-2-88, puedan a inducir a un EM a «imponer la concertación en lo que se refiere a la comunicación con los detenidos», como exige nuestro RD, aunque esto se realice en un centro penitenciario o carcelario policial.

de defensa de la Competencia o Tribunales Económico-administrativos, o de tipo constitucional como el Tribunal de Cuentas o Tribunal Constitucional.

La segunda previsión del *reformado art. 6-1*: organismos públicos que ejerzan algún tipo de función jurisdiccional, nos remite directamente a los órganos «apoderados» constitucionalmente para ejercer funciones jurisdiccionales. Conforme al apartado tercero del art. 117 de la Constitución<sup>48</sup>, *El ejercicio de la potestad jurisdiccional, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*. Esto nos conduce a la LOPJ de 1985, según la cual, la jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esa Ley<sup>49</sup>, aunque ello sea sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos, tal es el caso de los ya citados, Tribunal de Cuentas (art. 136) y Tribunal Constitucional (art. 159).

El apartado segundo del art. 6 del RD trata, a nuestro juicio sin mucho éxito, de cubrir al máximo los supuestos en que es preciso la concertación con abogado español, teniendo en cuenta para ello, la doctrina comunitaria sentada por la STJCE de que trae causa la reforma, y que excluye la concertación para los procesos en que conforme a la legislación nacional no sea preceptiva la intervención de abogado<sup>50</sup>. Lo cierto es que la previsión del artículo comentado apenas encuentra virtualidad en nuestra legislación procesal. Sin entrar en cuestiones que puedan afectar al intrusismo profesional<sup>51</sup>, y ciñéndonos a textos procesales que se refieran a la exigencia de dirección letrada, no encontramos otros supuestos de aplicación que en materia de legislación arrendaticia el artículo 145 de la antigua LAU de 1964, y 125 de la LAR<sup>52</sup>. En la esfera de la jurisdicción contencioso administrativa, a tenor del

---

<sup>48</sup> Expresándose en similares términos el art. 2-1 de la LOPJ.

<sup>49</sup> Vid. art. 3-1 LOPJ.

<sup>50</sup> «El abogado que preste sus servicios ... no puede ser obligado... a actuar de acuerdo con un Abogado que ejerza ante el órgano jurisdiccional que conozca del asunto en los supuestos en los cuales la legislación alemana no se exige la asistencia obligatoria de Abogado», SYJCE de 24-2-88, ya citada.

<sup>51</sup> El art. 9 del Estatuto General de la Abogacía española de 24 de julio de 1982, contempla una lógica cláusula de protección corporativa: «Corresponde a la Abogacía de forma exclusiva la protección de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica».

<sup>52</sup> Los referidos artículos mantienen al tratar de la defensa y representación, y en términos prácticamente idénticos, que «cuando el interesado, en los casos en que la Ley lo autorice, no haga uso del derecho a comparecer y defenderse por sí mismo habrá de valerse por Abogado y Procurador».

artículo 33 de la LJC<sup>53</sup>, entendemos sólo cuando las partes actúen representadas por Procurador, será exigible la concertación del Abogado visitante con letrado establecido en la circunscripción, requisito que no se dará en el caso que la parte haya optado por valerse tan sólo de Abogado, ni en el supuesto que el letrado comunitario actúe en defensa y representación de funcionarios públicos en procedimientos en materia de personal.

El último apartado del comentado art. 6, contempla la responsabilidad del abogado concertado con el visitante. El abogado español responde ante los órganos jurisdiccionales, aunque sólo indirectamente ante el cliente, toda vez que la responsabilidad directa ante el arrendador del servicio recae sobre el profesional visitante.

La finalidad de la concertación es doble: de garantía de correcta actuación deontológica y procesal ante los tribunales, y de protección de los intereses de los clientes, sin embargo, esta exigencia no puede ser utilizada mas allá de los fines para los que se autoriza su inclusión desvirtualizando la LPS.

Entendemos, por último, que la concertación no implica la presencia física del letrado colegiado en el territorio de la jurisdicción ante la que se ejerce, sino que basta con la comunicación oficial que realice el Colegio de Abogados al órgano jurisdiccional, y en su caso, con la rúbrica en los primeros escritos que presente el abogado visitante. La falta de comunicación previa por parte del Colegio de Abogados al órgano jurisdiccional, en modo alguno debe implicar la inadmisión de la demanda o intervención letrada, sino a lo sumo, la suspensión del trámite en tanto no se subsane el defecto procesal.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

Como conclusiones finales, a tener en cuenta por los aplicadores del derecho en sus relaciones con profesionales procedentes de otros países de la Unión Europea, podemos entresacar las siguientes:

—Para que podamos asistir a una aplicación de las libertades comunitarias de circulación, no basta con la nacionalidad comunitaria

---

<sup>53</sup> «Art. 33.1. Las partes deberán conferir su representación a un Procurador o valerse de Abogado con poder al efecto.

Cuando actúen representadas por un Procurador, deberán ser asistidas por Abogado, sin lo cual no se dará curso a ningún escrito, salvo lo previsto en el art. 10, número 4, de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Podrán, no obstante, comparecer por sí mismos los funcionarios públicos en el procedimiento regulado en la sección primera del capítulo IV del título IV».

- de los intervinientes, sino que es necesario que estemos en presencia de un ejercicio transnacional, es decir de un traslado del servicio o del profesional. Las situaciones puramente internas resultan irrelevantes para el Derecho Comunitario.
- Los abogados, en tanto que profesionales liberales, están en disposición de beneficiarse de las libertades de circulación comunitarias, ya sea al amparo de la LPS o del DE, sin que pueda producirse discriminación por razón de nacionalidad, y en equivalencia de condiciones respecto a los abogados españoles.
  - Cuando la actuación del letrado comunitario se produce en régimen de establecimiento permanente, será preciso, en tanto no se apruebe la Propuesta de Directiva de 21 de diciembre de 1994, obtener la convalidación o reconocimiento del título de Abogado y colegiarse en un Colegio de Abogados español.
  - Cuando el ejercicio del Abogado, cualquiera que sea su nacionalidad (incluso español), colegiado en otro país de la Comunidad, se produce al amparo de la LPS, no será preciso su colegiación o residencia en España.
  - La concertación con abogado ejerciente en España, solo podrá exigirse para actuaciones ante órganos jurisdiccionales o visitas a detenidos, sin que sea admisible su imposición cuando se trate de actuaciones para las cuales la legislación procesal española no exige la dirección técnica letrada.

Como reflexiones sobre la situación presente y las perspectivas de futuro, cabe decir que muy lentamente se va liberalizando el ejercicio transnacional de la abogacía, sin embargo los requisitos que se imponen, resultan aun limitativos. Los obstáculos encuentran muchas veces su origen en las fricciones entre los países del Norte, con grandes gabinetes pluridisciplinarios de abogados, y los del Sur con una estructura que en gran medida se presenta como un «minifundismo» de despachos jurídicos. Un paso adelante lo representará, caso de resultar aprobada, la Propuesta de Directiva de ejercicio permanente de la abogacía en un EM distinto del que expidió el título, que regulariza el ejercicio colectivo.

La situación, en su conjunto, resulta insuficiente para hacer frente a las crecientes necesidades de ejercicio transnacional, así como las demandas del denominado mercado internacional de los servicios legales.

Por último, y aunque este sea un trabajo sobre las incidencias de la libertad de ejercicio de la profesión de abogacía del derecho comunitario europeo sobre el derecho procesal español, habrá que tener en cuenta la extensión de los principios de libertad de ejercicio que hemos estudiado y que habrá de producirse respecto a los países de la Asociación Europea

de Libre Cambio que ratificaron el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, firmado en Oporto el 5 de mayo de 1992, tal es el caso del Principado de Liechtenstein, Islandia, Noruega, Austria, Finlandia y Suecia, países, estos tres últimos, ya integrados en la Unión Europea.

## **Bibliografía**

- ABELLÁN HONRUBIA, y otros. *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*. (Obra dirigida por los Dres. Rodríguez Iglesias y Liñán Nogueras). Ed. Civitas, Madrid 1993.
- ADAMSON, Hamish. «Establishment Directive. Miracle of Barcelona reconfirmed in Lisbon». *Revista Lawyers in Europe*, noviembre/diciembre 1992.
- AA.VV. *Estudios de Derecho Comunitario Europeo*. CGPJ, Madrid 1989.
- BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. *Europa y las profesiones liberales*. Ed. Fundación Universidad-Empresa, Madrid 1989.
- DURÁN LÓPEZ, Federico. *Libertad de circulación y de establecimiento en la Jurisprudencia del TJCE*. Ed. La Ley, Madrid 1986.
- GARCÍA VELASCO, Inocencio. *La libertad de ejercicio de la profesión de abogacía en la CE*. Ed. L. Cervantes, Salamanca 1992.
- LIROLA, M.<sup>a</sup> Isabel. *Libre circulación de personas en la Unión Europea*. Ed. Civitas, Madrid 1994.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego. «Código de la Comunidad Europea». *Eurojuris*, Madrid 1992.
- MARTÍN, José Manuel. *Abogados y Jueces ante la CE*. Ed. Colex, Madrid 1992.
- OLESTI, Andreu. *La libre circulación de los profesionales liberales en la CEE*. Ed. PPU, Barcelona, 1992.



# Los aspectos procesales en las cuestiones prejudiciales: última jurisprudencia del TJCE

por María Luisa Sánchez Barrueco<sup>1</sup>

Diploma de Estudios Europeos por la Universidad de Deusto.  
Licence Spéciale en Droit Européen por la Université Catholique Louvain-la-Neuve.

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN.—II. ASPECTOS RELATIVOS AL LITIGIO PRINCIPAL.—A. **Noción de «jurisdicción nacional» según el art. 177 TCE.**—1. *Discusión del carácter jurisdiccional del órgano de remisión.*—2. *Ausencia de contradicción en el litigio principal.*—3. *Órgano del litigio principal incompetente.*—B. **La posición ante el TJCE de las partes del litigio principal.**—III. NATURALEZA DEL ACTO A INTERPRETAR. EN PARTICULAR, LA REFORMULACIÓN TRADICIONAL DEL ENUNCIADO DE LA CUESTIÓN CUANDO SE REFIERE A UNA DISPOSICIÓN NACIONAL.—IV. LA INADMISIBILIDAD DE LAS CUESTIONES POR SU CONTENIDO. EXAMEN DE LA PERTINENCIA DE LAS CUESTIONES.—A. **El principio de colaboración exige que el juez cumpla ciertas condiciones en el momento de plantear una cuestión prejudicial.**—B. **El principio de colaboración implica la obligación del Tribunal de proporcionar al juez nacional una respuesta útil.**—C. **El principio de colaboración implica que las relaciones entre los jueces se desarrollan sobre una base de igualdad.**—V. LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PREJUDICIALES EN EL TIEMPO.—A. **Las sentencias prejudiciales en interpretación.**—B. **Las sentencias prejudiciales en apreciación de invalidez.**—VI. CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

La cuestión prejudicial es la vía de intervención más importante ante el Tribunal de Luxemburgo a todos los niveles: desde un punto de vista cuantitativo, este procedimiento está en el origen de la mayoría

---

<sup>1</sup> La autora quisiera agradecer al Profesor D. José Ramón Canedo Arrillaga la desinteresada colaboración prestada: sus sugerencias han jugado un papel muy importante en la configuración definitiva del presente estudio.

de sentencias dictadas en el nivel comunitario<sup>2</sup>; desde un punto de vista cualitativo, la interpretación realizada por el Tribunal contribuye en cada asunto a avanzar en la construcción de un ordenamiento jurídico comunitario uniforme. El presente estudio tiene por objeto el análisis de los aspectos procesales en el procedimiento de cuestiones prejudiciales, tal como resulta del art. 177 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) y de la última jurisprudencia<sup>3</sup> del TJCE. La redacción originaria del art. 177 ha sido objeto de interpretación por parte del Tribunal en numerosas ocasiones desde su entrada en vigor; sin embargo, la generalidad de la doctrina estima que en los últimos años los aspectos procesales han cobrado una gran importancia en el procedimiento de cuestiones prejudiciales. Debe reconocerse cuando menos que la interpretación aplicada automáticamente durante años ha comenzado a ser examinada cuidadosamente por el TJCE en cada caso concreto.

Pretendemos resaltar las modificaciones operadas por la última jurisprudencia, partiendo de la postura tradicional del Tribunal en la materia. Como período de referencia en este sentido para entender qué es «última jurisprudencia» se ha tomado el que abarca las sentencias dictadas en los últimos cuatro años, desde 1992 hasta finales de septiembre de 1995. La fecha ha sido elegida arbitrariamente, pero nos permitirá llegar a conclusiones interesantes.

Nuestro objetivo no es escribir un tratado de las cuestiones prejudiciales, sino una aproximación a los aspectos objeto de discusión, incluso de giro jurisprudencial en dicho período; así sucesivamente las condiciones para que un órgano nacional pueda plantear una cuestión prejudicial y las posibilidades abiertas a las partes, en lo relativo al litigio principal (II), qué actos pueden ser sometidos al TJCE en el marco del art. 177 (III). El caso de las cuestiones planteadas por el juez nacional cuya impertinencia desemboca en inadmisibilidad ha provocado numerosas críticas desde la doctrina y se examinará en el capítulo IV. Finalmente, el efecto temporal de las sentencias prejudiciales continúa siendo un asunto complejo abierto a discusión (V).

---

<sup>2</sup> En efecto, el Informe anual de 1991 y el Informe de actividad 1992-1994 revelan que las cuestiones prejudiciales representan en 1990 el 49,81% de los asuntos resueltos por el TJCE; en 1991, el 44,36%; en 1992, el 41,21%; en 1993, el 54,82%; y en 1994, el 53,13%.

<sup>3</sup> En las citas de jurisprudencia, las referencias al Repertorio de la jurisprudencia del TJCE se harán sin mención del año, tratándose siempre del año de la sentencia.

## II. ASPECTOS RELATIVOS AL LITIGIO PRINCIPAL

La naturaleza prejudicial del procedimiento instituido por el art. 177 TCE determina que éste encuentre su razón de ser en la existencia de un proceso (llamado principal) en curso ante un juez nacional. Cuando alguna disposición comunitaria de interpretación o validez dudosa afecta al objeto de dicho litigio, el juez nacional se encuentra en situación de dictar un auto de suspensión del litigio principal y plantear preguntas con carácter prejudicial al juez comunitario.

No se puede negar que ambos procedimientos, el principal y el comunitario, están íntimamente relacionados entre sí. Aun siendo procesos distintos, determinadas circunstancias del litigio principal pueden incidir en el proceso ante el TJCE, incluso obstaculizar la admisibilidad de la cuestión planteada por el juez nacional. Por eso dedicamos este primer capítulo a la influencia del proceso nacional sobre el proceso comunitario, analizando sucesivamente la noción de *jurisdicción nacional competente para plantear una cuestión prejudicial* (A) y el estatuto que las partes del procedimiento principal tienen durante el proceso ante el TJCE (B).

### A. Noción de «jurisdicción nacional» según el art. 177 TCE

Dice el art. 177 TCE en su párrafo segundo: «*Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza (prejudicial) ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados Miembros, (...)*». Se ha evitado deliberadamente el término «juez» en la convicción de que las profundas divergencias en la organización del poder judicial de los Estados Miembros desembocarían en un diferente recurso al art. 177 en cada uno de ellos, contrario precisamente a la meta de uniformizar las interpretaciones del derecho comunitario en el conjunto de la Comunidad. Ahora bien, ¿qué órganos se incluyen en la expresión «órgano jurisdiccional»? La cuestión del órgano competente para iniciar un proceso prejudicial ante el TJCE fue durante muchos años el único límite a la admisibilidad opuesto por una jurisprudencia comunitaria muy receptiva a cuestiones de los jueces nacionales. El Tribunal ha precisado progresivamente el alcance de la noción pero todavía cabe esperar que la jurisprudencia evolucione en determinados aspectos.

La interpretación jurisprudencial de «órgano jurisdiccional» podría ser calificada como uniforme y extensiva. *Uniforme* en tanto que noción autónoma de derecho comunitario, es decir, «jurisdicción» no es un concepto limitado a la estructura judicial de los Estados Miembros, ni a las

denominaciones del ordenamiento jurídico nacional. La sentencia *Vaasen Goebbels*<sup>4</sup> estableció en 1966 los principios generales que dan contenido a la noción. La cuestión prejudicial surge en el marco de la interpretación del Reglamento n.º 3 sobre seguridad social por el «scheidsgerecht», organismo holandés de la seguridad social de los mineros. El defensor en el litigio principal sostenía la inadmisibilidad de la demanda de interpretación por emanar de un organismo que el derecho holandés no consideraba como *jurisdicción*. El Abogado General Sr. Gand señaló que *jurisdicción* es un concepto comunitario cuando del art. 177 TCE se trata pues «*aunque la organización jurisdiccional y administrativa de los Estados Miembros resulte de principios comunes en su conjunto, ha sido influenciada por contingencias históricas o por concepciones jurídicas distintas. De este modo, podría ocurrir que las necesidades de interpretación y de aplicación uniformes del Tratado conduzcan al Tribunal a reconocer la calidad de jurisdicción con arreglo al art. 177 TCE a un organismo al que la ley interna de su país no atribuye expresamente este carácter*». Realizando una comparación entre los principios generales comunes a los Estados Miembros en materia de organización jurisdiccional, el Sr. Gand enumeró los elementos que debe reunir un órgano para plantear una cuestión prejudicial, argumentación que fue asumida, aunque no tan detalladamente, por el Tribunal. En primer lugar, el órgano jurisdiccional en cuestión no es un grupo de personas al que las partes convienen ocasionalmente encomendar la resolución del litigio: se trata de un órgano previsto por una disposición nacional, cuya configuración es permanente. En segundo lugar, el procedimiento seguido tiene carácter jurisdiccional, por cuanto su carácter es contradictorio y comporta audiencias a testigos e informes periciales, llegado el caso. Finalmente, este órgano es la instancia obligatoria para todos los litigios que surjan en una determinada materia: las partes se someten obligatoriamente a su competencia y a su decisión, que es dictada con arreglo a Derecho.

La jurisprudencia posterior del TJCE demostró que no era imprescindible la reunión de todos los elementos para encontrarse en presencia de una jurisdicción según el art. 177, como resultó implícitamente de la sentencia de 1973 *NV Nederlandse Spoorwegen*<sup>5</sup>, en la cual se admitió a trámite una cuestión planteada por el Consejo de Estado holandés, cuyas competencias en la época se limitaban a la emisión de dictámenes no vinculantes. En conclusión, determinados criterios de calificación parecen ser

---

<sup>4</sup> Sentencia de 30.6.66, *Vaasen Goebbels*, Rep. 380.

<sup>5</sup> Sentencia *NV Nederlandse Spoorwegen c. Minister van varkeer en Waterstaat*, de 27.11.73, R. 1299.

decisivos, como el decidir en Derecho, la permanencia e independencia del órgano, mientras que la ausencia de otros (el carácter contradictorio del proceso, la sumisión obligatoria a su competencia) no es castigada por el Tribunal con la inadmisibilidad.

La jurisprudencia del TJCE es también *extensiva*, pues ha calificado de «jurisdicción» a diversos órganos que ejerciendo ocasionalmente funciones jurisdiccionales, carecían de lazo orgánico con la estructura judicial del Estado Miembro (en su mayoría, órganos cuya naturaleza es administrativa). Se examina el órgano caso por caso para comprobar que se reúnen los requisitos de *Vaasen Goebbels* y esta casuística impide deducir una categoría abstracta de órganos a los que se les reconozca *a priori* la competencia para plantear una cuestión prejudicial. La tendencia extensiva se confirma en la jurisprudencia comunitaria durante el período 1992-1995. ¿Cuál podría ser su justificación?

En primer lugar, el procedimiento de cuestiones prejudiciales tiene el objetivo de profundizar (mediante una estrecha colaboración entre el juez comunitario y los jueces nacionales) en la interpretación y aplicación uniforme del derecho comunitario. Una interpretación restrictiva de los requisitos de admisibilidad en lo que al juez nacional se refiere privaría al Tribunal de una oportunidad para aclarar ciertos aspectos, quizá importantes, del ordenamiento comunitario a partir de la cuestión planteada, lo que comprometería la unidad de interpretación y aplicación del derecho comunitario. El propio Tribunal apoya esta conclusión en el reciente *Informe sobre determinados aspectos de la aplicación del TCE...*, al decir que «*Cualquier obstáculo, incluso potencial, a la aplicación e interpretación uniformes del derecho comunitario en el conjunto de la Unión supone el riesgo de generar distorsiones de la competencia y discriminaciones entre los agentes económicos, poniendo en peligro la igualdad de oportunidades de dichos agentes y, por tanto, el buen funcionamiento del mercado interior. (...) En consecuencia, debe mantenerse abierta a todos los órganos jurisdiccionales la posibilidad de dirigirse al Tribunal de Justicia*» (párrafo 11)<sup>6</sup>.

Sin embargo, resulta más interesante en mi opinión establecer una relación entre esta tendencia y el estado actual del sistema comunitario de recursos. Teniendo en cuenta que la legitimación de los particulares para

---

<sup>6</sup> «Informe del Tribunal de Justicia sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea»: Presentado en Luxemburgo, en mayo de 1995, este informe es la respuesta del TJCE a la petición del Grupo de reflexión (creado por el Consejo Europeo de Corfú, 24 de junio de 1994, al objeto de preparar la conferencia intergubernamental de 1996) a todas las instituciones comunitarias de elaborar informes sobre el funcionamiento del TCE en su corta vigencia.

actuar en anulación, carencia y responsabilidad ha sido restringida jurisprudencialmente<sup>7</sup>, el procedimiento de cuestiones prejudiciales se perfila como la única vía en que el particular puede aspirar a la protección jurisdiccional efectiva de sus derechos. Lo cual resulta paradójico si se tiene presente que ante el TJCE, en el marco de un proceso abstracto y sin partes como tales, las partes del litigio principal solamente pueden presentar observaciones<sup>8</sup>.

La consecuencia directa de lo anterior es que, habiendo una alternativa, el TJCE no dicta la inadmisibilidad porque el órgano de remisión no respete manifiestamente las condiciones enunciadas. Ante un caso dudoso en la práctica, el Tribunal prefiere constatar la inadmisibilidad apelando a otros motivos, de apreciación subjetiva (p.ej. la pertinencia de las cuestiones), en vez de sentar un precedente restrictivo en la noción de jurisdicción, como los autos *Monin Automobiles* y *La Pyramide SARL*<sup>9</sup> atestiguan.

Los pronunciamientos del Tribunal relativos a «jurisdicción de un Estado Miembro» pueden agruparse en tres categorías de asuntos: en los que se cuestiona su carácter jurisdiccional (1), la ausencia de contradicción en el litigio principal (2), y la incompetencia del órgano de remisión en ese mismo proceso (3).

### 1. *Discusión del carácter jurisdiccional del órgano de remisión*

Las dudas se plantean principalmente respecto a los órganos ajenos a la estructura judicial establecida por el ordenamiento jurídico interno. Frecuentemente son calificados de «administrativos» porque no cumplen la condición de independencia inherente al concepto de jurisdicción. A lo largo del período analizado aparecen algunos ejemplos:

—Tribunal de Defensa de la Competencia español<sup>10</sup>: la cuestión se planteó porque este órgano se inserta en la estructura del Ministerio de Comercio. Sin embargo, tanto el Tribunal como el Abogado General Sr. Jacobs concluyeron su carácter jurisdiccional. Sus funciones son de naturaleza

<sup>7</sup> Véase por ejemplo ISAAC, Guy: *Droit Communautaire Général*, París, Masson, 1992, pp. 233-266.

<sup>8</sup> Ver, sobre la posición de las partes del litigio principal ante el Tribunal, *infra*, subsección 2.

<sup>9</sup> Auto *Monin Automobiles* de 26.4.93, Rep. I-2050. Aunque el gobierno francés y la Comisión habían expresado serias dudas sobre la legitimación del juez-comisario de la liquidación como jurisdicción que pudiese plantear válidamente cuestiones al Tribunal, éste no consideró necesario profundizar el examen de la incompetencia, «puesto que las cuestiones son en cualquier caso inadmisibles», y rechaza la admisibilidad por vía de ¡auto! Ocurre exactamente igual en el auto *La Pyramide SARL*, de 9.8.94, Rep. I-3999.

<sup>10</sup> Sentencia *Asociación Española de Banca Privada*, de 16.7.92, Rep. I-4820.

judicial, tiene competencia exclusiva, que ejerce en toda independencia y sus Miembros son inamovibles.

—Tribunal Económico-Administrativo español<sup>11</sup>: órgano que no reviste carácter jurisdiccional en España a pesar de su denominación y la naturaleza jurídica de sus decisiones es de acto administrativo. El TJCE reconoce no obstante su legitimación para iniciar un procedimiento en el marco del art. 177 porque cumple las condiciones de *Vaasen Goebbels*. ALONSO<sup>12</sup> critica en cierta medida el razonamiento del Tribunal como excesivamente sistemático. En su opinión las garantías de independencia con que contaba el TDC español en el asunto que acabamos de mencionar brillan por su ausencia en lo que al Tribunal Económico-Administrativo se refiere. Teniendo en cuenta que la cuestión prejudicial conlleva una dilación del proceso principal, el TJCE debiera prestar especial atención a la circunstancia de la independencia del órgano de remisión, al efecto de que dicho órgano no pueda utilizar la dilación en favor de una de las partes.

—Directeur des Contributions de Luxemburgo<sup>13</sup>: este órgano plantea una cuestión prejudicial en el marco de la reclamación fiscal de un particular. El Tribunal declara la inadmisibilidad señalando que dicho órgano es cabeza de la Administración fiscal, lo que le obliga a actuar a la vez como parte (ya que guarda una relación orgánica con los servicios que impusieron la tasa litigiosa) y como juez (porque decide el recurso contra la tasa) lo cual es incompatible con el concepto de jurisdicción en el sentido comunitario del art. 177. Podemos apreciar que la independencia, de entre los requisitos enumerados por *Vaasen Goebbels*, es un elemento esencial para el Tribunal.

—Juge-commissaire encargado de la liquidación de una sociedad<sup>14</sup>: lamentablemente, antes de calificar la naturaleza de las funciones ejercidas por el juez-comisario, la cuestión prejudicial planteada en el marco de un litigio de liquidación fue declarada manifiestamente inadmisibile por medio de auto. El análisis del Tribunal hubiera servido para enriquecer el cuerpo jurisprudencial relativo a la noción de jurisdicción en el procedimiento de cuestiones prejudiciales. Citemos no obstante la postura de la Comisión, para quien el juez-comisario era jurisdicción, pues en presencia de intereses contrapuestos, él debe establecer la existencia y la suma del derecho de cada acreedor tras un debate contradictorio; y que ejerce esta competencia en solitario.

—Juez en apelación de una decisión arbitral que decide con arreglo a equidad: la inclusión de los Tribunales arbitrales en el concepto de

<sup>11</sup> Sentencia *Diversint e Iberlacta*, de 1.4.93, Rep. I-1908.

<sup>12</sup> ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pág. 330 y ss.

<sup>13</sup> Sentencia *Pierre Corbiau*, de 30.3.93, Rep. I-1300.

<sup>14</sup> Auto *Monin Automobiles*, cit. nota 8.

*jurisdicción en el sentido del 177* es una polémica que dista de estar zanjada. La posición tradicional del TJCE fue formulada a principios de los años 80. En la sentencia *Nordsee*<sup>15</sup> se dijo que «*la relación existente entre el procedimiento arbitral y el sistema judicial de recursos no es lo suficientemente estrecha como para considerar al árbitro una jurisdicción*». También la sentencia *Broekmeulen*<sup>16</sup> excluyó implícitamente los árbitros del conjunto de órganos legitimados para plantear una cuestión prejudicial: «*ante la necesidad de que el derecho comunitario sea íntegramente respetado sobre el territorio de todos los Estados Miembros, conviene destacar que si un arbitraje plantea cuestiones de derecho comunitario, las jurisdicciones ordinarias pueden examinar estas cuestiones, bien en el marco de la ayuda que prestan a los Tribunales arbitrales, bien en el marco del control de la sentencia arbitral...*». La postura del Tribunal es lógica: faltando la obligación de resolver en derecho los árbitros no cumplen las condiciones de *Vaasen Gøebbels*. Sin embargo, numerosas voces se han alzado en la doctrina a favor de extender el procedimiento prejudicial a los Tribunales arbitrales. Las razones aducidas son las siguientes: si estos Tribunales están llamados a aplicar el derecho comunitario, especialmente en el ámbito de los arts. 85 y 86 TCE, no hay razón de peso que justifique su exclusión. Además, satisfacen el criterio jurisprudencial en la práctica, pues las estadísticas arbitrales confirman que sólo de forma marginal se resuelve en equidad, dictándose la mayoría de resoluciones con arreglo a derecho. Por otro lado, si tenemos en cuenta que la extensión del arbitraje mercantil internacional hace que los procesos arbitrales sean mucho más numerosos que los judiciales, es aún más deseable el reconocimiento de su legitimación para las cuestiones prejudiciales. Quizás sea necesario poner en marcha un sistema más eficaz de recursos contra las sentencias arbitrales pero el examen estricto de los requisitos no puede hacernos perder de vista el objetivo fundamental de este procedimiento: garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho comunitario.

Recientemente, parece apreciarse una apertura del Tribunal en este sentido. La sentencia *Gemeente Almelo*<sup>17</sup> admite a trámite una cuestión planteada por el juez de apelación de una sentencia arbitral que, él mismo, podía resolver en equidad. El TJCE elabora su argumentación combinando el principio de primacía del derecho comunitario con la obligación de lealtad que el art. 5 TCE impone a los órganos de los Estados Miembros (el poder judicial entre ellos, por supuesto). El hecho de que ese juez pudiera dictar sentencia con arreglo a equidad, en virtud de una convención entre las partes (y no en

---

<sup>15</sup> Sentencia *Nordsee*, de 23.3.82, Rep. 1095.

<sup>16</sup> Sentencia *Broekmeulen*, de 6.10.81, Rep. 2311.

<sup>17</sup> Sentencia *Gemeente Almelo*, de 27.4.94, Rep I-1508.

aplicación de la regla de derecho, tal y como exige la jurisprudencia *Vaasen Goebbels*) no obsta a la primacía del derecho comunitario, que —vincula a los órganos jurisdiccionales y— nunca podría ser derogada por vía convencional. Esperamos que ello augure una revisión de la jurisprudencia *Nordsee* respecto a los Tribunales arbitrales, que resuelven cada vez más cuestiones en las que el derecho comunitario está implicado.

## 2. Ausencia de contradicción en el litigio principal

Nada nos permite deducir literalmente del art. 177 la exigencia de que la parte perjudicada por la cuestión prejudicial (p.ej. supone una dilación en el proceso) haya presentado alegaciones antes de dictar el juez nacional el auto de suspensión del litigio principal. El TJCE formuló este principio en la sentencia *Simmenthal III* de 1978<sup>18</sup> aceptando la legitimación de un juez «d'injonction» (procedimiento de mandato), que sobre la exclusiva base de las alegaciones del actor puede condenar a la parte demandada sin darle posibilidad de presentar alegaciones. La jurisprudencia más reciente confirma este principio<sup>19</sup> y ello no significa que el TJCE desprecie o no tenga en cuenta el derecho de defensa. Al contrario, el Tribunal menciona siempre que «*se desprende del interés de una buena administración de justicia que una cuestión prejudicial se plantee tras un debate contradictorio*». En conclusión, puesto que la naturaleza del procedimiento prejudicial como proceso abstracto implica que las partes en el principal se convierten en meras productoras de observaciones ante el TJCE, no es tarea de éste asegurar el respeto del derecho de defensa. Por lo tanto, «*corresponde exclusivamente al juez nacional apreciar la necesidad*» de oír a la parte perjudicada antes de plantear una cuestión al Tribunal comunitario.

## 3. Órgano del litigio principal incompetente

La posible incompetencia (por no haber sido declarada aun en sentencia firme) del órgano de remisión para conocer del litigio principal, ¿le inhabilita para plantear una cuestión prejudicial al TJCE? Debemos tener en cuenta que el juez nacional estima no poder dar un pronunciamiento hasta conocer la respuesta del Tribunal de Justicia; a la inversa, la respuesta del Tribunal *debe* serle útil. Pero, ¿de qué modo podría ser útil una sentencia prejudicial a un juez que nunca podrá dictar una decisión final válida en el

---

<sup>18</sup> Sentencia *Simmenthal III*, de 28.6.78, Rep. 1453.

<sup>19</sup> Sentencias *Balocchi*, de 20.10.93, Rep. I-5133; *Eurico Italia c. Ente Nazionale Risi*, de 3.3.94, Rep. I-726. También en la recentísima sentencia *Spedizione Marittima del Golfo*, de 6.10.95, as. 96/94 relativa a un procedimiento «d'injonction» o mandato.

litigio principal, dada su incompetencia para resolver? Este argumento ha sido frecuentemente invocado por los gobiernos de los Estados Miembros y por la Comisión<sup>20</sup> y siempre rechazado por el Tribunal.

El principio básico fue enunciado claramente en la sentencia *Reina*<sup>21</sup>: el art. 177 instituye un reparto de competencias entre el juez nacional y el TJCE que obliga a éste a limitarse a las cuestiones contenidas en la resolución de remisión, sin verificar si la adopción de ésta respeta las reglas internas de procedimiento. Es interesante la observación del Abogado General en el caso *Debus*<sup>22</sup>, para el que no se debe confundir este debate (pues no corresponde al TJCE inmiscuirse en él) con el debate sobre la «noción de jurisdicción en el sentido del art. 177» (que permitiría un rechazo del Tribunal por motivos de inadmisibilidad). En efecto, la hipotética incompetencia *ratione materiae, loci* o *temporis* del juez nacional no impide su genérica consideración como jurisdicción. La competencia es un elemento relacionado con un litigio concreto y no un elemento intrínseco del órgano jurisdiccional. Por tanto este punto queda sustraído a las exigencias del TJCE en el marco del art. 177. Ello no impide al TJCE, sin embargo, declarar la inadmisibilidad por otras razones, como la ausencia de utilidad de la sentencia prejudicial para un juez incompetente. En conclusión, corresponde por una parte al ordenamiento jurídico nacional impedir que haya cuestiones prejudiciales deferidas por jurisdicciones incompetentes, incorporando recursos contra las decisiones de remisión; y a las autoridades nacionales, por otra parte, velar por que dichos recursos cumplan eficazmente su objetivo, pues en caso contrario se incitaría al Tribunal a resolver sobre aspectos de puro derecho interno.

Una vez explicado el principio general, debemos reconocer que no ha sido aplicado de manera automática por la jurisprudencia más reciente. En la sentencia *Debus* el TJCE abre implícitamente la puerta a excepciones («*en principio y en ausencia de circunstancias excepcionales, el Tribunal no tiene que verificar la competencia...*»), que el Abogado General Sr. Gulmann desarrollará en el caso *Telemarsicabruzzo*<sup>23</sup>: cabe la inadmisibilidad por incompetencia del juez de remisión en el litigio principal, aunque no se haya anulado el auto de remisión en derecho interno, aun cuando el TJCE deba apreciar elementos del derecho interno, en dos supuestos: a) cuando el procedimiento principal se termina ante el juez nacional en el momento de plantear la cuestión (posibilidad reconocida en

---

<sup>20</sup> Sentencias *Debus*, de 4.6.92, Rep. I-3636; *Balocchi*, cit. nota 18; *Telemarsicabruzzo* de 26.1.93, Rep. I-423.

<sup>21</sup> Sentencia *Reina* de 14.1.82, Rep. 33.

<sup>22</sup> Sentencia *Debus*, cit. nota 19.

<sup>23</sup> Sentencia *Telemarsicabruzzo*, cit. nota 19.

la sentencia de 21.4.88 *Pardini*<sup>24</sup>); y b) cuando la respuesta del Tribunal tenga por destinatario un juez cuya decisión no será reconocida por el ordenamiento jurídico interno debido a la incompetencia manifiesta de dicho juez. El Abogado General propuso esta posibilidad en sus conclusiones al asunto *Telemarsicabruzzo* ya que el ordenamiento jurídico italiano no prevenía recurso de anulación del auto de remisión. Siendo el Pretore de Frascati incompetente, como se deduce de los autos, la respuesta del Tribunal hubiera estado condicionada en todo momento a la probable anulación de la sentencia definitiva. Ahora bien, el TJCE no entró a examinar la postura del Sr. Gulmann, pues una vez más declara la inadmisibilidad de las cuestiones debido a su falta de pertinencia en el caso concreto, sin analizar la competencia del Pretore. La conclusión que podemos extraer es que el Tribunal prefiere mantener una concepción amplia de *órgano jurisdiccional* —pues establecer precedentes restrictivos podría en el futuro volverse en contra del ya repetido objetivo de la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario— y restringir la admisibilidad recurriendo a la pertinencia de las cuestiones, cuya apreciación es siempre subjetiva.

A continuación examinaremos los efectos que un recurso en derecho interno contra el auto de remisión produce en el proceso prejudicial. Según la sentencia de 3.6.69 *Chanel*<sup>25</sup> «*el Tribunal no se opone a la existencia de recursos internos contra las resoluciones de remisión. Ahora bien, en aras de la seguridad jurídica, el Tribunal no puede tener en cuenta la existencia de un recurso pendiente hasta tanto no le sea notificado*». Esta cuestión no se regula por el derecho comunitario ya que forma parte del procedimiento judicial interno. Se trata sin embargo de un problema con repercusiones indudables en la actuación del TJCE, que deberá decidir si continúa con el procedimiento ignorando la existencia del recurso interno o suspender la tramitación del procedimiento comunitario hasta la resolución del órgano superior. La jurisprudencia comunitaria al respecto ha sido un tanto errática<sup>26</sup>. En el asunto de 3.6.69 *Chanel c. CEPEHA*, el juez nacional comunicó la existencia de un recurso interno de apelación que tenía por consecuencia la

---

<sup>24</sup> Sentencia *Pardini*, de 21.4.88, Rep. 2070. Igualmente en las sentencias *Pretore di Salò*, de 11.6.87 y *Grogan*, de 4.10.90. El asunto *Pardini* surge en el marco de un procedimiento de medidas provisionales. El juez plantea cuestiones con carácter prejudicial al TJCE al tiempo que otorga la medida provisional. Se cuestiona la utilidad de la respuesta comunitaria para un juez que ya ha dictado sentencia, pero el TJCE responde que el procedimiento provisional debe inscribirse en la tramitación del litigio en cuanto al fondo, sin que hasta el momento se haya instado la vía procesal oportuna para ello, por lo que se considera competente para conocer de la cuestión prejudicial planteada.

<sup>25</sup> Sentencia *Chanel*, de 3.6.69, Rep. 403.

<sup>26</sup> PASTOR BORGONÓN, B.: «El incidente prejudicial del artículo 177 del Tratado CEE y sus implicaciones en el ordenamiento procesal español», en AA.VV.: *La cuestión Prejudicial*, Ed. Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1994.

suspensión de su ejecución y el Tribunal resolvió por medio de auto suspender la tramitación del procedimiento prejudicial hasta que se falle el recurso. El recurso interno desembocó en la anulación del auto de remisión, por lo que el asunto fue suprimido, también mediante auto, del Registro del Tribunal de Justicia. Lo más interesante es que el Abogado General Sr. Roemer tuvo tiempo de entregar sus conclusiones antes de que el recurso de apelación fuera notificado y en ellas se plantea si la resolución de remisión puede ser atacada en derecho interno y los efectos que sobre la competencia del TJCE o sobre el procedimiento de cuestiones prejudiciales produce tal recurso. La respuesta a la primera cuestión es sencilla: una demanda prejudicial siempre puede ser atacada por motivos extraños al derecho comunitario y el Tribunal no tiene, por tanto, competencia exclusiva para conocer de éstos. Distinta cuestión es que el Tribunal deba tomar en cuenta en el marco de la cuestión prejudicial el recurso de derecho interno contra el auto de remisión. La competencia del Tribunal no puede condicionarse a que el auto de remisión haya adquirido firmeza<sup>27</sup>, sin lugar a dudas, pero la demanda prejudicial debe ser válida. Y determinados eventos posteriores pueden hacer perder a dicha resolución, total o parcialmente, sus efectos (desistimiento del demandante, transacción entre las partes que pone fin al pleito...). En el derecho holandés, de aplicación al caso, la interposición de recurso contra el auto de remisión tiene por efecto suspender toda ejecución, es decir, se prohíbe al juez holandés hacer uso de la sentencia recaída en sede prejudicial hasta que el recurso haya sido fallado. El TJCE no puede simplemente pasar por encima esta circunstancia ya que su misión no es facilitar una opinión jurídica abstracta sino prestar su ayuda concreta en una decisión. Es por lo que el Abogado General solicita la suspensión del fallo en la cuestión prejudicial hasta que se produzca la decisión en el plano interno. Pero ni el mismo Sr. Roemer está completamente convencido de la postura tomada: su respuesta no es tajante y admite que puedan sostenerse argumentos contrarios (que los efectos de la introducción de recurso no están totalmente claros en la legislación holandesa, que la importancia de las cuestiones planteadas hace que sea preferible aceptar el riesgo de dictar una resolución caduca a retrasar el procedimiento prejudicial). Con carácter alternativo presenta conclusiones sobre el fondo de las cuestiones planteadas.

El Tribunal tuvo una nueva oportunidad para esclarecer este aspecto en la sentencia *Simmenthal*, de 9.3.78<sup>28</sup>, asunto en el cual las disposiciones nacionales contestadas a la luz del derecho comunitario habían sido declaradas inconstitucionales con posterioridad a la introducción de la demanda prejudicial. La Comisión y el Gobierno italiano solicitan que la cuestión prejudi-

---

<sup>27</sup> Desde la sentencia *Bosch*, de 6.4.62, Rep. 89.

<sup>28</sup> Sentencia *Simmenthal III*, cit. nota 17.

cial sea archivada, habida cuenta que se ha quedado sin objeto. Sin embargo, el Tribunal se considera competente hasta tanto la demanda de decisión prejudicial sea retirada por la jurisdicción de la cual emana o anulada por una jurisdicción superior tras recurso. No se deduce tal efecto de una sentencia constitucional recaída en un procedimiento extranjero al litigio que dio lugar a esta cuestión. El Tribunal no puede tomar en cuenta el efecto frente a terceros de dicha sentencia hasta el punto de interrumpir el proceso prejudicial.

Finalmente, en el asunto *Delhaize Frères c. Bélgica*<sup>29</sup>, el Tribunal decide no suspender la tramitación de la cuestión prejudicial por considerar que carece de competencia para entrar a examinar las circunstancias de hecho. La jurisprudencia comunitaria parece inclinarse definitivamente por continuar el procedimiento, lo que tal vez sea menos práctico (¿qué hará el juez nacional con la sentencia prejudicial si el auto de remisión ha sido anulado?), pero es más respetuoso con el reparto de competencias establecido en el art. 177 del Tratado.

En cualquier caso, la posible incidencia del recurso no depende de su existencia, sino de que su existencia sea notificada al TJCE. En efecto, no corresponde al Tribunal de Justicia verificar la firmeza del auto de remisión pero una vez que ha sido anulado y notificado por la autoridad judicial competente, el procedimiento prejudicial pierde su objeto, como se extrae implícitamente de la sentencia de 26.2.92 *Bernini*<sup>30</sup>.

La remisión ha sido analizada hasta ahora desde el punto de vista del Tribunal de Justicia, pero resulta interesante reflexionar sobre la posición del juez que decide plantear una cuestión prejudicial, en relación a su propio derecho interno. Tras la sentencia *Cilfit*<sup>31</sup>, si el juez en primera instancia estima que las disposiciones de derecho comunitario implicadas están

---

<sup>29</sup> Sentencia *Delhaize Frères c. Belgique*, de 6.10.83, Rep. 2986.

<sup>30</sup> Sentencia *Bernini*, de 26.2.92, Rep. I- 1071.

<sup>31</sup> Sentencia *Cilfit*, de 6.10.82, Rep. 3415. El problema es que el art. 177 distingue entre órganos facultados y obligados a plantear una cuestión prejudicial, pero no los relaciona con la distinción entre validez e interpretación. Aceptándose la obligatoriedad para con las cuestiones en apreciación de validez, se trata de determinar el alcance del término «cuestión» referido a la interpretación. Para que el órgano esté obligado se le tiene que presentar una «cuestión», es decir duda de interpretación. En consecuencia ningún juez está obligado, en la práctica, a plantear una cuestión prejudicial, ni siquiera aquellos contra cuyas sentencias no cabe recurso ordinario. Se trata de la llamada «doctrina del acto claro», relativamente admitida en la sentencia *Cilfit*. Hay varios argumentos sólidos contra la Teoría del acto claro: En primer lugar, se toma como punto de partida de la búsqueda lo que normalmente debiera ser resultado de ésta. Por otro lado, no existe en lenguaje jurídico la absoluta certeza, siempre hay un resquicio de ambigüedad en la noción. Finalmente y sobre todo, bajo la apariencia de la lógica jurídica se intenta, en realidad modificar el reparto de competencias entre el TJCE y los Tribunales nacionales, potencial obstáculo a la interpretación y aplicación uniforme del derecho comunitario. Además, se ha realizado una interpretación abusiva de la doctrina del acto claro sobre todo, aunque no exclusivamente, por el Consejo de Estado francés (en la sentencia *Cohn Bendit*, de 22.12.78, Rec. D-S.1979, Jur-155).

«suficientemente claras» y no plantea una cuestión con carácter prejudicial, no cabe recurso interno que obligue a un juez nacional a plantear una cuestión al Tribunal. Sin embargo, el auto de suspensión del litigio principal (en el que las dudas sobre la interpretación o validez de disposiciones comunitarias se materializan en forma de cuestiones prejudiciales), es atacable y el juez de apelación puede discutir los motivos (puramente subjetivos) que llevaron al juez a estimar que la disposición comunitaria no estaba clara, puede incluso anular la resolución de remisión. El art. 177 no exige al juez nacional una «seria dificultad de interpretación», pero el funcionamiento asimétrico del sistema coloca al juez nacional en una situación en la que le resulta más cómodo no plantear la cuestión prejudicial<sup>32</sup>.

Queda aún un aspecto más bien marginal, del que ya se ha hablado parcialmente: la posición de las partes ante el Tribunal (B).

## B. La posición ante el TJCE de las partes del litigio principal

Nadie como el Abogado General Sr. Lenz para explicarlo, en sus conclusiones al asunto *AC-Atel*<sup>33</sup> de 2.6.94: el art. 177 instituye una cooperación directa entre el Tribunal y el juez nacional por un procedimiento no contencioso, extraño a toda iniciativa de partes, en el curso del cual éstas sólo están invitadas a hacerse oír (por medio de las observaciones previstas en el art. 20.2 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal<sup>34</sup>). Precisamente los redactores del Tratado no quisieron imprimir al proceso prejudicial el

---

<sup>32</sup> Tuve la oportunidad de hablar sobre el tema con un juez alemán que había planteado varias cuestiones al TJCE. Y me confesaba que, en la práctica, reenviar no le reportaba más que inconvenientes. Por un lado, el auto de remisión podía ser anulado en apelación. Por otro lado, una sentencia del Tribunal de cuya interpretación se dedujera la incompatibilidad de la ley nacional le colocaba en una posición incómoda frente a las autoridades nacionales, dado el carácter facultativo de la remisión.

<sup>33</sup> Sentencia *AC-Atel Electronics Vertriebs*, de 2.6.94, Rep. I-2318. La interpretación proporcionada por el TJCE constituye el precedente de la reciente sentencia *Bordessa*, de 23.2.95, as. 358/93: las dudas en cuanto a la aplicabilidad de una directiva que se encontraba en período transitorio al caso de autos motivaron que se cuestionara la pertinencia de las cuestiones prejudiciales planteadas. El órgano nacional funda la necesidad de la sentencia comunitaria en que debe aplicar el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, es decir, la directiva comunitaria, e inaplicar la norma nacional, y por tanto necesita una interpretación de aquélla. Recordando la solución adoptada en *AC-Atel*, el TJCE considera que correspondiendo al juez nacional apreciar la necesidad de plantear una cuestión prejudicial, ésta es pertinente.

<sup>34</sup> Según dice el art. 20.2, en el plazo de 2 meses desde la notificación del auto de remisión a las partes, éstas podrán presentar al Tribunal alegaciones u observaciones escritas.

carácter de facultad atribuida a las partes para dilatar el proceso sino de cooperación directa entre jueces que excede el interés de las partes, entrando en la esfera del orden público. Podemos entonces deducir que:

- Si en el conjunto de documentos anexos al auto de remisión figuran hechos invocados por las partes pero el juez no los asume en el auto de remisión, el Tribunal no debe tomarlos en cuenta<sup>35</sup>.
- El TJCE no considerará las observaciones de las partes relativas a problemas que no hayan sido englobados por la cuestión prejudicial planteada<sup>36</sup>.
- Es evidente que el hecho de que una de las partes sea una persona jurídica de derecho internacional público no excluye la competencia del TJCE<sup>37</sup>.
- La única posibilidad que tienen las partes de influir (aunque de forma indirecta) en el proceso prejudicial es retirar su recurso ante el juez nacional. Al desaparecer la utilidad de la respuesta del TJCE no ha lugar a resolver<sup>38</sup>.
- El hecho de que las partes en el pleito principal estén de acuerdo en cuanto al resultado del mismo no es motivo suficiente para rechazar

---

<sup>35</sup> Sentencia *Bosch*, cit. nota 26.

<sup>36</sup> Sentencia *Syndermos Melon Tis Elefteras Evangelikis Ekklesias*, de 24.3.92, Rep. I-2134. A la cuestión de si los particulares están sometidos a un principio general de derecho citado, que no fue retenido por el juez nacional en el auto de remisión, el TJCE responde: «según el reparto de competencias operado por el procedimiento prejudicial, corresponde exclusivamente a la jurisdicción nacional apreciar la pertinencia de tales argumentos y, llegado el caso, volver a someter al Tribunal si estima necesario obtener elementos suplementarios de interpretación del derecho comunitario».

<sup>37</sup> Sentencia *SAT Fluggesellschaft*, de 19.1.94, Rep. I-55. Eurocontrol, parte en el litigio principal, es una organización internacional con sede en Bruselas, creada por convenio internacional. Son Partes Contratantes algunos Estados Miembros y varios Estados terceros. Su objeto es establecer y percibir las tarifas que los usuarios de los servicios de navegación aérea deben pagar. SAT Fluggesellschaft estima que, al establecer precios distintos para prestaciones equivalentes, Eurocontrol ha incurrido en abuso de posición dominante. Ésta alega, como excepción de inadmisibilidad, que en su calidad de organización internacional sus relaciones con la CE se rigen por las normas de derecho internacional público y escaparía por tanto a la jurisdicción del TJCE. Argumento insólito que no fue retenido por éste. En efecto, el Tribunal es sólo competente para pronunciarse sobre la interpretación de las disposiciones del Tratado, pero el órgano jurisdiccional no ha sometido una cuestión relativa al Convenio de creación de Eurocontrol, sino a los arts. 86 y 90 TCE, y la calidad de las partes no afecta a su competencia.

<sup>38</sup> Sentencia *Bernini*, de 26.2.92, Rep. I-1071. Pero si el recurso no es retirado, la cuestión planteada sigue siendo pertinente. Así, en la reciente sentencia de 5.10.95, *Imbernon Martínez*, as. C-321/93, lo que lleva el gobierno español niega la utilidad de la cuestión porque, habiendo recibido el demandante la indemnización por el período de cotización controvertido, se habían satisfecho sus aspiraciones y el derecho comunitario no era aplicable. El TJCE no retiene estas alegaciones y estima que, comoquiera que el interesado persigue también la declaración de su derecho y el recurso continúa ante el juez nacional, procede responder a las cuestiones planteadas.

una cuestión prejudicial, siempre que el juez no se convierta en un mero instrumento de las pretensiones de las partes y haya justificado la necesidad de plantear la cuestión prejudicial<sup>39</sup>.

- Las partes en el pleito principal no pueden cambiar el tenor de las cuestiones planteadas por el juez<sup>40</sup>. Por otro lado, puede darse el caso de que las partes propongan al juez nacional que plantee una cuestión prejudicial, incluso le faciliten el enunciado de la misma. El Tribunal no puede tener en cuenta dicho enunciado si el juez no lo hace en el auto de remisión<sup>41</sup>. En el asunto *La Pyramide SARL*<sup>42</sup>, el auto de remisión se limitaba al enunciado de las cuestiones prejudiciales y el Tribunal consideró que el juez nacional había simplemente reproducido las cuestiones que una de las partes le había propuesto que planteara. La ausencia de motivación del auto de remisión le lleva a opinar que el juez nacional se ha dejado llevar por las partes y no siente una verdadera necesidad de la interpretación comunitaria para pronunciarse en el litigio principal, por lo que el TJCE rechaza la demanda prejudicial por medio de auto.

### III. NATURALEZA DEL ACTO A INTERPRETAR. EN PARTICULAR, LA REFORMULACIÓN TRADICIONAL DEL ENUNCIADO DE LA CUESTIÓN CUANDO SE REFIERE A UNA DISPOSICIÓN NACIONAL

Según el texto del art. 177 TCE en su párrafo primero, pueden ser objeto de interpretación: los tratados constitutivos (derecho primario), los actos de las instituciones comunitarias y del BCE (derecho derivado) y los estatutos de los organismos creados por el Consejo, cuando así lo prevean dichos estatutos. Nos referiremos sucesivamente al derecho originario, al derecho derivado. Finalmente, haremos algunas precisiones en cuanto al derecho interno de los Estados Miembros.

No se plantearía ningún problema en cuanto a la interpretación del *derecho originario* si no fuera porque el Tratado de la Unión Europea limita la competencia del Tribunal, excluyendo de ésta los pilares intergubernamentales y las disposiciones comunes (art. L). El Tribunal llama la atención (en el punto 4 del ya citado *Informe sobre determinados aspectos...*

<sup>39</sup> Sentencia *Edouard Leclerc-Siplec*, de 9.2.95, Rep. I-209.

<sup>40</sup> Tal y como dice el TJCE en la sentencia *Kerafina Keramische*, de 12.11.92, Rep. I-5713, «la facultad de determinar las cuestiones que deben someterse a la apreciación del Tribunal sólo pertenece al juez nacional y las partes no pueden cambiar su tenor».

<sup>41</sup> Sentencia *Alsattel*, de 5.10.88, Rep. 6005.

<sup>42</sup> Auto *La Pyramide SARL*, cit.nota 8.

v. supra nota 3) sobre los problemas jurídicos que pudieran presentarse a corto plazo y pide a la Conferencia Intergubernamental que tenga en cuenta la falta de coherencia entre la interpretación uniforme del derecho comunitario y de las disposiciones adoptadas en el marco intergubernamental, pues se «*podría comprometer la protección jurisdiccional de los particulares afectados por las actividades de la Unión*». Algunos autores dudan, sin embargo, que la disposición logre desplegar plena y eficazmente sus efectos, por cuanto el preámbulo y disposiciones finales —que afectan al conjunto de la Unión— continúan siendo de competencia del Tribunal. Por otro lado, la interpretación de la distinción práctica entre qué constituya una «acción comunitaria» en el marco intergubernamental de los asuntos de justicia e interior (tercer pilar) y una «medida» comunitaria del primer pilar, corresponde sin duda al TJCE<sup>43</sup>. En cualquier caso, lo cierto es que el Tribunal aplica el art. L pues recientemente ha rechazado por vía de auto una cuestión prejudicial en la que se pedía la interpretación del art. B (auto de 7.4.95, *Juan Carlos Grau Gomis*<sup>44</sup>).

En cuanto a la interpretación de disposiciones de *derecho derivado*, los recientes pronunciamientos confirman una jurisprudencia claramente extensiva. A lo largo del período analizado, el Tribunal precisa la noción de *actos adoptados por las instituciones*, declarándose competente para interpretar un acto de derecho comunitario aplicable sólo en caso de convención entre las partes en el principal<sup>45</sup>, un acto del Consejo de Asociación CEE-Turquía<sup>46</sup>, un acto desprovisto de efecto obligatorio de la Comisión Mixta creada por una convención internacional concluida por la Comunidad<sup>47</sup>, las disposiciones de una directiva ya transpuesta<sup>48</sup>, disposiciones de

---

<sup>43</sup> TIZZANO, A.: «Le transfert des recours directs» en AA.VV.: *La réforme du système juridictionnel communautaire*, Etudes Européennes ULB, 1994.

<sup>44</sup> Auto *Juan Carlos Grau Gomis*, de 7.4.95, Rep. I-1025.

<sup>45</sup> Sentencia *Federconsorzi*, de 25.6.92, Rep. I-4060. Se trataba de un pacto entre las partes que reenvía al derecho comunitario para determinar las reglas aplicables a una situación puramente interna. Las condiciones de aplicación de las disposiciones comunitarias no son relevantes, según el TJCE, para que él las pueda aplicar. Existe un interés manifiesto en que las disposiciones comunitarias reciban una interpretación uniforme, con objeto de evitar divergencias futuras en su aplicación.

<sup>46</sup> Sentencia *Kus*, de 16.12.92, Rep. I-6807, que no aporta gran cosa respecto a lo que el Tribunal dijo al respecto en *Sevince*, de 20.10.90, Rep. 3461. La competencia de interpretación de convenciones de la Comunidad con terceros países se reconoció en *Haegeman II*, sentencia de 30.4.74, Rep. 449.

<sup>47</sup> Sentencia *Deutsche Shell c. Hauptzollamt Hamburg*, de 21.1.93, Rep. I-383.

<sup>48</sup> Sentencia *Gestión Hotelera Internacional*, de 14.4.94, Rep. I-1343. Aunque la directiva ya esté transpuesta en derecho interno, su interpretación puede ser útil al juez nacional para asegurar que la ley de transposición sea interpretada y aplicada conforme a las exigencias de derecho comunitario.

derecho comunitario a las que el juez nacional no hizo referencia en el enunciado de la cuestión<sup>49</sup> y prácticas abandonadas o hipotéticas<sup>50</sup>; pero no una nota de la Comisión sin fuerza obligatoria<sup>51</sup>.

El Tribunal sólo dispone de competencias *de atribución* limitadas al derecho comunitario en el marco del art. 177. No es competente para interpretar disposiciones de *derecho nacional* con carácter prejudicial, como ya declaró en la célebre *Costa c. ENEL*<sup>52</sup>. Sería diferente en el marco del art. 169, pues el TJCE debe precisamente interpretar el derecho nacional para comprobar la falta de un Estado Miembro. El procedimiento de cuestiones prejudiciales está concebido para proporcionar al juez nacional una interpretación del derecho comunitario. Por tanto deberían ser inadmisibles las cuestiones prejudiciales que soliciten la interpretación de una disposición interna. Ahora bien, no nos referimos en este punto al objeto de las recientes sentencias *Dzodzi* y *Gmurzynska* de 1990<sup>53</sup>. En ambos casos, situaciones puramente internas entran en la competencia prejudicial del TJCE porque una disposición nacional en blanco reenvía a los principios de derecho comunitario. La interpretación de la norma interna lo es, en realidad, de los principios comunitarios que son su contenido. Y las disfunciones provocadas por el injerto de derecho comunitario en situaciones internas, unidas a la incompetencia del Tribunal para entrar en las circunstancias concretas de hecho, hacen que la interpretación tenga un alcance y utilidad bastante limitados para el juez nacional.

Es distinto el caso del juez nacional que solicita formalmente al Tribunal una interpretación del derecho nacional cuando en realidad persigue que éste interprete el derecho comunitario. Por ejemplo, el juez nacional que plantea la siguiente cuestión: «¿Resulta compatible con las disposiciones del Tratado de Roma una exacción parafiscal cuya recaudación se

---

<sup>49</sup> Sentencia *Verband Sozialer Wettbewerb*, de 2.2.94, Rep. I-317.

<sup>50</sup> Sentencia *Generics*, de 28.3.95, Rep. I-596 hay lugar a resolver si ello permite al juez nacional asegurarse de que la modificación de la práctica nacional se impone efectivamente para ser compatible con las exigencias de derecho comunitario.

<sup>51</sup> Sentencia *Mignini*, de 8.4.92, Rep I-2678. El TJCE transforma el enunciado de la cuestión en apreciación de validez de la nota explicativa, en una cuestión de interpretación de las disposiciones comunitarias en que ésta se basa. «*Teniendo en cuenta la naturaleza explicativa de la nota, no ha lugar a examinar su validez, pero en consideración al objeto del litigio principal, se entenderá que la cuestión persigue saber si la nota es conforme a los criterios de conversión monetaria fijados por las disposiciones comunitarias. Es conveniente, para proporcionar una respuesta útil a la jurisdicción de remisión, examinar las disposiciones comunitarias que rigen las modalidades de conversión...*»

<sup>52</sup> Sentencia *Costa c. ENEL*, de 15.7.64, Rep. 1143.

<sup>53</sup> Sentencias *Dzodzi*, de 18.10.90, Rep. I-3763; y *Gmurzynska*, de 8.11.90, Rep I-4003.

destine a subvencionar únicamente a las empresas nacionales?» pide al Tribunal que analice la exacción (que es una disposición interna) para lo cual no es competente. El juez nacional hubiera debido formular la cuestión de otro modo: «Los artículos ..., ... y ..., del Tratado, ¿pueden ser interpretados en el sentido de que se oponen al establecimiento de una exacción parafiscal que...?».

Este problema se ha planteado a menudo y desde siempre. Pero el Tribunal tiene presente la falta de «madurez comunitaria» de los jueces nacionales y mantiene siempre una actitud tolerante y pedagógica para con ellos porque se trata de una mera incorrección en el enunciado de la cuestión. Este aspecto jamás ha sido castigado con un rechazo por su parte. El enunciado de la cuestión es trastocado para que sea el derecho comunitario el objeto de la interpretación. Esta operación es denominada por algunos autores<sup>54</sup> «*reformulación tradicional*» debido a su reiteración casi obsesiva desde hace años:

*«El Tribunal no puede pronunciarse, en el marco de un procedimiento con base en el art. 177, sobre la compatibilidad de disposiciones de derecho interno con el derecho comunitario. Pero puede proporcionar a la jurisdicción nacional todos los elementos de interpretación que dependan del derecho comunitario con objeto de permitirle juzgar la incompatibilidad de estas disposiciones con las reglas de derecho comunitario. Por tanto, debe considerarse que mediante la cuestión prejudicial planteada, la jurisdicción pretende saber si el derecho comunitario puede interpretarse en el sentido que se opone a una reglamentación nacional que...»*<sup>55</sup>.

No faltan ejemplos de esta reformulación de las cuestiones planteadas a lo largo del período examinado<sup>56</sup> pero el tono con el que el Tribunal se

<sup>54</sup> SIMON Denys, «Commentaire de Jurisprudence»; JDI 1994, p. 477.

<sup>55</sup> Fórmula tomada de la sentencia *Hans Martin Bachman c. Etat Belge*, de 28.1.92, Rep. I-276; como simple ejemplo, ya que en otra multitud de sentencias se repite palabra por palabra.

<sup>56</sup> Enumeración exhaustiva: Sentencias *Bachman*, cit. nota 54; *López Brea*, de 28.1.92, Rep. I-323; *Smithson*, de 4.2.92, Rep. I-467; *Compagnie Commerciale de l'Ouest*, de 11.3.92, Rep. I-1847; «K» *Line Air Service Europe BV*, de 9.7.92, Rep. I-4535; *Belovo*, de 16.7.92, Rep. I-4963; *Leendert Van der Tas*, de 8.10.92, Rep. I-5060; *Kerajina Keramische*, cit. nota 39; *Hewlett Packard France*, de 1.4.93, Rep. I-1839; *Federación de Distribuidores Cinematográficos*, de 4.5.93, Rep. I-2266; *Paul Corbeau*, de 19.5.93, Rep. I-2563; *Kuhn*, de 2.8.93, Rep. I-4439; *Josef Vanacker*, 12.10.93, Rep. I-4975; *Phil Collins*, de 20.10.93, Rep. I-3566; *Baglieri*, de 20.10.93, Rep. I-3228; *Van Gemert*, de 27.10.93, Rep. I-5435; *Steenhorst*, de 27.10.93, Rep. I-5475; *Meng*, de 17.11.93, Rep. I-5751; *Reiff*, de 17.11.93, Rep. I-5801; *Twee Provinzien*, de 17.11.93, Rep. I-6045; *Hunermund*, de 15.12.93, Rep. I-6787; *Eurico Italia*, cit. nota 18; *Delta*, de 9.6.94, Rep. I-2523; *Lamaire*, de 7.7.94, Rep. I-3220; *Rustica Semences*, de 14.7.94, Rep. I-3528; *Voogd Vleesimport*, 5.10.94, Rep. I-4932; *Flip CV*, de 6.4.95, Rep. I-913.

dirige a los jueces comienza a endurecerse, como analizaremos a continuación por vía de ejemplo. En la sentencia *Phil Collins*<sup>57</sup> se dice que «*el Tribunal no puede pronunciarse ni sobre... ni sobre... No puede, en consecuencia, ni interpretar las disposiciones nacionales concretas, ni apreciar su compatibilidad con el derecho comunitario*», así como en *Kerafina Keramische*<sup>58</sup>, quizás en respuesta a las impertinentes observaciones del gobierno helénico, según el cual el TJCE se había equivocado al no haber tomado en cuenta todos los datos para responder de manera adecuada. Pero el caso más sorprendente, sin lugar a dudas, es *Compagnie Commerciale de l'Ouest*<sup>59</sup>, en el que, dentro del título «Sobre las cuestiones prejudiciales» el Tribunal se permite incluso el reformularlas entre comillas: «*Consecuentemente, las cuestiones deben entenderse como sigue: “¿...?”*».

Esta inflexión en la jurisprudencia del TJCE se inserta en un proceso más general, que será analizado en profundidad en el capítulo relativo a la pertinencia de las cuestiones prejudiciales.

#### IV. LA INADMISIBILIDAD DE LAS CUESTIONES POR SU CONTENIDO. EXAMEN DE LA PERTINENCIA DE LAS CUESTIONES

El esquema argumentativo del Tribunal en cuanto a la admisibilidad de las *cuestiones planteadas* es el siguiente: el art. 177 TCE establece una estrecha colaboración entre las jurisdicciones nacionales y el TJCE sobre la base de un reparto de funciones entre ellos<sup>60</sup>. En este marco, pertenece exclusivamente al juez nacional, que debe resolver sobre el fondo y debe asumir la responsabilidad de la resolución final, ya que es el único en tener un conocimiento directo de los hechos del asunto, apreciar tanto la necesidad de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal para poder resolver como la pertinencia de las cuestiones concretas que plantea al TJCE<sup>61</sup>. Destacamos desde ahora la diferencia entre la pertinencia del hecho mismo de plantear una cuestión al Tribunal, cuyo examen es competencia exclusiva del juez, y la pertinencia de la *cuestión concreta* planteada. En teoría es también el juez nacional quien debe apreciar la pertinencia de las cuestiones planteadas, pero el TJCE se reserva en ciertos casos la facultad de examinarla, como veremos.

<sup>57</sup> Sentencia *Phil Collins*, cit. nota 55.

<sup>58</sup> Sentencia *Kerafina Keramische*, cit. nota 55.

<sup>59</sup> Sentencia *Compagnie Commerciale de l'Ouest*, cit. nota 55.

<sup>60</sup> Sentencias *Schwarze*, de 1.12.65, Rep. 1081; *Ferrer Laderer*, de 25.6.92, Rep. I- 4097.

<sup>61</sup> Sentencias *Pigs Marketing Board*, de 29.1.78, Rep. 2347 y *Durighello*, de 28.11.91, Rep. I-5773.

La consecuencia directa del reparto de competencias entre los jueces es la obligación del Tribunal de responder a las cuestiones del juez nacional, desde el momento en que versen sobre la interpretación o apreciación de validez del derecho comunitario. Esta postura constituye la jurisprudencia clásica del TJCE en el análisis de la admisibilidad de las demandas prejudiciales: pasar muy por encima del mismo y no rechazar jamás una cuestión. La interpretación del art. 177 TCE configuraba un procedimiento prejudicial basado en una neta separación de funciones entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal, lo que excluía la competencia de éste para conocer de los hechos en el asunto principal o censurar los motivos de la demanda prejudicial. El TJCE estimaba deber remitir a la jurisdicción nacional el cuidado de apreciar la necesidad de plantear una cuestión prejudicial<sup>62</sup>.

Esta situación ha cambiado sensiblemente en los últimos años. Ya en la sentencia *Foglia Novello* el TJCE estimó que, a efectos de verificar su propia competencia, le correspondía examinar las condiciones en las que el juez nacional le plantea la petición prejudicial. En efecto, su obligación de dictar sentencia puede conocer excepciones: el TJCE tiene que fallar «*a menos que sea llamado a resolver sobre un problema general de naturaleza puramente hipotética sin disponer de los elementos de hecho o derecho suficientes para responder de forma útil a las cuestiones que se le han sometido*»<sup>63</sup>. A partir de entonces, parece que el Tribunal comienza a tomarse en serio esta excepción ya que analiza de forma más estricta el contexto en que las cuestiones son planteadas, tarea que correspondía en principio al juez nacional. Intentaremos mostrar el problema a continuación.

La mayor parte de las sentencias dictadas por los jueces de Luxemburgo a lo largo de los últimos cuatro años apelan a los mismos principios. La jurisprudencia del Tribunal gira en torno al principio de colaboración entre los jueces y por ello hemos decidido estructurar nuestro análisis sobre la base de este principio. Prestemos atención al término, que no ha sido elegido al azar. El hecho de que las relaciones entre los jueces (comunitario y nacionales) estén regidas por un principio de «colaboración» se manifestará de manera importante en el tratamiento de la sentencia por parte del TJCE. Este esquema resulta más original que una simple enumeración de las sentencias más interesantes, incluso sorprendentes, de los últimos años.

---

<sup>62</sup> Sentencia *Thomasdünger*, de 26.9.85. Rep. 3005.

<sup>63</sup> Esta fórmula ha sido extraída de la sentencia *Pamela Enderby c. Frenchay Health* de 27.10.93, Rep. 1-3566, pero puede encontrarse en muchas otras sentencias, desde *Foglia*, Rep. 3045 de 1981.

La «colaboración» nos conducirá sucesivamente a analizar una serie de tareas a cumplir por los jueces nacionales (A), para examinar a continuación las que corresponden al TJCE (B). Finalmente, el término «colaboración» indica que las relaciones entre ambos jueces se desarrollan sobre un pie de igualdad; sin embargo, determinados detalles de la actuación del TJCE en la actualidad nos permiten deducir el cuestionamiento del tradicional principio de igualdad entre ambos órganos jurisdiccionales (C).

### **A. El principio de colaboración exige que el juez cumpla ciertas condiciones en el momento de plantear una cuestión prejudicial**

Según jurisprudencia reiterada del Tribunal: «*El espíritu de colaboración implica que, por su parte, el juez nacional tenga en cuenta la función encomendada al Tribunal, que es la de contribuir a la administración de la justicia en los Estados Miembros y no de formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas*». En efecto, la cuestión debe responder por una parte, a un procedimiento principal cuya realidad no se conteste, y por otra parte, a una necesidad objetiva para ese litigio principal. Por esto, el Tribunal juzga importante que el juez nacional indique en el auto de remisión —incluso exhaustivamente— los motivos que le impiden dictar sentencia sin plantear la cuestión prejudicial.

En ausencia de motivación, es probable que el Tribunal se interroge sobre el carácter hipotético del proceso principal. En este sentido, se presta mucha atención a procedimientos «construidos» para obtener respuesta a un problema teórico. En la sentencia de 16.12.81 *Foglia Novello*<sup>64</sup>, el TJCE consideró la posibilidad de examinar las condiciones en que el juez nacional le ha sometido la cuestión prejudicial, con objeto de verificar su propia competencia, a pesar de que, en principio y si las cuestiones se refieren a la interpretación de disposiciones comunitarias, está obligado a resolver. La cuestión se planteó en el marco de un litigio que oponía a un comerciante de vinos italiano y un cliente residente en Francia, a propósito del coste de expedición de un lote de licores. El contrato de venta, al igual que el de expedición, estipulaba que las eventuales *tasas contrarias a la libre circulación de mercancías* impuestas en Francia o Italia nunca correrían por cuenta del comprador. De este modo, cuando el transportista pagó una tasa francesa por derechos del consumo

---

<sup>64</sup> Sentencia *Foglia Novello*, de 16.12.81, Rep. 3045.

e incluyó el importe en la factura del comerciante, el comprador rechazó su reembolso invocando dicha cláusula. Las conclusiones del Abogado General Sr. Warner resaltan que el litigio principal persigue en realidad la condena del régimen fiscal francés de licores a través de un proceso entre dos partes que están de acuerdo sobre el resultado final y que han insertado una cláusula en el contrato para inducir al juez italiano a pronunciarse sobre este punto. Ahora bien, la admisión de esta cuestión causaría una gran confusión entre las diferentes vías comunitarias de recurso, porque existen dos formas de someter al Tribunal la compatibilidad de una norma nacional con el ordenamiento jurídico comunitario: el procedimiento de falta de estado, previsto en el art. 169 TCE, y el procedimiento de cuestiones prejudiciales. No resulta apropiado desviar cuestiones que debieran ser objeto de un proceso en falta de estado hacia el procedimiento prejudicial. En efecto, el Estado Miembro implicado en un procedimiento del art. 169 goza de toda una serie de garantías (p.ej. posibilidad de presentar pruebas en contra, de realizar una argumentación cuidada durante la vía administrativa del recurso ante la Comisión, antes de que el asunto llegue hasta el Tribunal, beneficio del procedimiento en su propia lengua...) que le son negadas en el marco de las cuestiones prejudiciales. Por tanto, es inconcebible que se prive a los Estados Miembros de estas garantías si no es en el marco de un *litigio real*. La demanda prejudicial será efectivamente declarada inadmisibles en la sentencia del TJCE, por dos razones: la inexistencia de litigio real y la preservación de la integridad del sistema comunitario de recursos.

El argumento de la ausencia de litigio real no volvió a ser acogido por el Tribunal tras el caso *Foglia Novello*. La puerta abierta a los Estados para oponerse a la declaración en sede prejudicial de la incompatibilidad entre sus legislaciones y el derecho comunitario se tradujo en continuas alegaciones de *litigio ficticio* por parte de gobiernos de los Estados Miembros, lo que provocó el comentario del Abogado General Sr Reischl: «*no es sino teniendo en cuenta las circunstancias concretas, es decir a título excepcional, que el Tribunal se ha declarado incompetente para resolver sobre las cuestiones planteadas por una jurisdicción nacional en razón de la ausencia de litigio real. (...) El carácter artificial de esta construcción fue particularmente puesto en evidencia por el comportamiento de todos los interesados*»<sup>65</sup>. Así, la polémica de los litigios contruidos para obtener una respuesta del Tribunal no volvió a proporcionar ejemplos hasta ser reabierta recientemente por el asunto *Meilicke*<sup>66</sup> de 1992.

---

<sup>65</sup> En sus conclusiones al asunto *Vinal*, sentencia de 14.1.81, Rep. 77.

<sup>66</sup> Sentencia *Meilicke*, de 16.7.92, Rep. I-4919. El Abogado General Sr. Tesauro lo explica claramente en el punto 5 de sus conclusiones.

En el caso *Meilicke* se trataba de apreciar la compatibilidad de la jurisprudencia alemana sobre la aportación *in natura* disimulada, con la Segunda Directiva del Consejo en materia de sociedades. Meilicke, demandante en el principal, es también jurista autor de numerosas publicaciones en las que contesta el fundamento de la teoría alemana, lo que induce al Abogado General Sr. Tesauro a opinar que sus alegatos en el pleito principal no constituyen sino una disculpa para ver confirmada su propia tesis científica. Además, el juez nacional comete un lamentable error porque motiva la demanda prejudicial apelando a su utilidad para promover la seguridad jurídica, cuando la única motivación válida para plantear una cuestión prejudicial es la necesidad de la interpretación comunitaria para resolver en el litigio principal. Por todo ello, el Tribunal resuelve que «*ha sido llamado a resolver sobre un problema de naturaleza hipotética sin disponer de los elementos de hecho o de derecho necesarios para responder de manera útil. De lo que se deduce que el Tribunal excedería los límites de su propia competencia si decidiera responder a las cuestiones prejudiciales que le son sometidas*». La respuesta llama la atención porque no sigue las conclusiones del Abogado General, quien opinaba que las cuestiones no estaban, a pesar de todo, desprovistas totalmente de pertinencia y que mantenían una relación innegable con el objeto del litigio principal.

En otro orden de cosas, es también esencial que el juez proporcione al Tribunal indicaciones de hecho, aunque sean sucintas, que permitan a éste apreciar la cuestión planteada en su contexto. Sin embargo, la actuación del juez nacional se sitúa a menudo en los extremos: bien aporta indicaciones insuficientes o bien hace llegar al Tribunal un fardo de documentos tal que éste no sabe distinguir los pertinentes en el caso concreto. Las dos situaciones son problemáticas.

Sin un conocimiento suficiente del contexto material y jurídico de la cuestión planteada, el Tribunal se arriesga a no dar una respuesta apropiada, lo que perjudicaría la aplicación uniforme del derecho comunitario en los Estados Miembros<sup>67</sup>. Es cierto que el Estatuto del Tribunal de Justicia contiene dos vías mediante las cuales el Tribunal puede apreciar el contexto de la cuestión, incluso sin indicaciones de hecho suficientes. En efecto, las partes del litigio principal así como los gobiernos de los Estados Miembros, pueden presentar observaciones al Tribunal. Por otro lado, el TJCE está facultado para hacer preguntas en la vista oral a las partes, a la Comisión y a los Estados Miembros<sup>68</sup>. La práctica habitual en

---

<sup>67</sup> Es la opinión del Abogado General Sr. Gulmann, en sus conclusiones a la sentencia *Telemarsicabruzzo*, cit. nota 19.

<sup>68</sup> El Tribunal puede, de oficio, llamar a testigos (art. 47 del Reglamento de Procedimiento), pedir informes de expertos (art. 49 RP), hacer preguntas a las partes en la vista oral (art. 57 RP).

las cuestiones prejudiciales demuestra que el conjunto del dossier permite normalmente al Tribunal apreciar la pregunta en su contexto. Las recientes conclusiones del Abogado General en el asunto *Country Landowners*<sup>69</sup> sirven como botón de muestra: «*la jurisdicción de remisión es relativamente parca en cuanto al alcance exacto de la demanda que se le ha sometido. Los elementos necesarios se extraen en todo caso del conjunto del auto de remisión, combinado con las observaciones depositadas ante el Tribunal por la parte demandante*».

Ahora bien, no puede olvidarse que, en virtud del art. 20.1 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal<sup>70</sup> el auto de remisión, y sólo éste, «*es notificado por el Secretario del Tribunal a las partes litigantes, a los Estados Miembros y a la Comisión, así como al Consejo o al Banco Central Europeo, cuando el acto objeto de la cuestión planteada emane de éstos; y al Parlamento Europeo y al Consejo, cuando el acto en cuestión haya sido adoptado conjuntamente por estas dos instituciones*». Si el auto de remisión es insuficiente para esclarecer el contexto fáctico y jurídico de las cuestiones, por incompleto, los destinatarios no se hallan en condición de abordar los verdaderos problemas suscitados y su situación desfavorable priva al Tribunal del indudable beneficio de sus observaciones<sup>71</sup>. Así, en el auto de 23.3.95, *Mostafa Saddik*<sup>72</sup>, «*el Gobierno del Reino Unido, aun admitiendo que es deseable evitar un formalismo excesivo, alega igualmente que si una petición prejudicial no enuncia con un grado de precisión suficiente el marco fáctico y jurídico de las cuestiones planteadas, un Estado Miembro no podrá ejercer en circunstancias favorables el derecho a presentar observaciones escritas con arreglo al art. 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal*».

Además, la Comisión ha hecho saber, en su calidad de «guardiana de los tratados», que no sería deseable una interpretación del art. 177 según la cual correspondiese al TJCE procurarse la información necesaria sobre el contexto fáctico y jurídico por medio de cuestiones orales<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> Conclusiones del Abogado General en el as. *Country Landowners Association*, as. C-38/94, presentadas el 15.6.95, punto 9.

<sup>70</sup> Según la versión que resulta de la modificación en abril de 1994.

<sup>71</sup> Observación del Abogado General Sr. Jacobs, en sus conclusiones al caso *Nicole Vaneetveld c. Le Foyer*, de 3.3.94, Rep. I-778.

<sup>72</sup> Auto *Mostafa Saddik*, de 23.3.95, Rep. I-514.

<sup>73</sup> La Comisión lo destacó en el caso *Vaneetveld*, cit. nota 70; también en *Telemarsica-bruzzo*, cit. nota 19, en el que dice «*Teniendo en cuenta la inutilidad visible y absoluta del texto del remisión, la Comisión se encontraría en la necesidad de examinar los actos de las partes en los tres asuntos del litigio principal, con todos los inconvenientes que derivan de una interpretación tal del art. 177*».

Sin embargo, la recentísima sentencia *Gervais* de 7.12.95<sup>74</sup> demuestra que el TJCE no asume la postura de la Comisión, al admitir una cuestión prejudicial cuya información se había considerado insuficiente, porque «las informaciones necesarias aparecen en la resolución de remisión completadas con las respuestas de los interesados en la vista oral».

En el otro extremo, el exceso de documentos anexos al auto de remisión no sólo dificulta la labor de síntesis del Tribunal, sino que además provoca retrasos y trabajos inútiles en la práctica, ya que la documentación debe traducirse a las once lenguas oficiales para que los gobiernos de los Estados Miembros puedan presentar observaciones<sup>75</sup>.

Por tanto, el juez nacional debe esforzarse por encontrar el término medio, lo que nunca resulta fácil y menos ahora que el TJCE, tradicionalmente muy receptivo para con esta «falta menor», parece seguir la sugerencia del Sr. Gulmann en el caso *Telemarsicabruzzo*<sup>76</sup> «*nos deberíamos preguntar si el Tribunal debiera negarse a responder más frecuentemente que hasta ahora, a cuestiones prejudiciales en que el auto de remisión no expone suficientemente el contexto, con las consiguientes y serias dificultades para responder adecuadamente a las cuestiones*».

Al analizar la jurisprudencia del TJCE se observa que también se ha producido una evolución en lo referente a la motivación del auto de remisión. En 1986, en el caso *Bertini*<sup>77</sup> tras deplorar la insuficiencia de motivación en la demanda prejudicial y constatar que ni el dossier ni los hechos del asunto le permitían comprender la utilidad de las cuestiones para el pronunciamiento del juez nacional, el Tribunal considera que «*sería contrario a la economía del procedimiento no responder por esta única razón a las cuestiones planteadas por la jurisdicción nacional*». En 1993, la respuesta a una situación similar en el caso *Banchero*<sup>78</sup> es mucho más drástica: «*el órgano jurisdiccional remitente no precisa ni el contenido de las disposiciones de la legislación nacional a la que se refiere ni las razones precisas que le llevan a interrogarse sobre su compatibilidad con el derecho comunitario y a estimar necesario plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia*». El TJCE estima que ni siquiera es útil continuar la tramitación y dictar una sentencia para concluir en su inadmisibilidad, por lo que rechaza la demanda prejudicial, como *manifiestamente inadmisibile* mediante auto. El cambio de actitud es claro y tiende a generalizarse, como hemos podido ver recientemente

---

<sup>74</sup> Sentencia *Gervais* y otros, de 7.12.95, aún no publicada, as. C-17/94.

<sup>75</sup> Es otra observación del Abogado General Sr. Jacobs, en *Vaneetveld*, cit. nota 70.

<sup>76</sup> Sentencia *Telemarsicabruzzo*, cit. nota 19.

<sup>77</sup> Sentencia *Bertini*, de 12.6.86, as. 98/85.

<sup>78</sup> Auto *Banchero*, de 19.3.93, Rep. I-1085.

en los autos de 23.3.95, *Mostafa Saddik* y de 7.4.95, *Juan Carlos Grau Gomis*<sup>79</sup>. A veces se tiene la tentación de recordar al Tribunal que la imprecisión de las cuestiones planteadas en 1962 por cierto Pretore italiano, en el marco de un proceso que podía aparecer como artificial en determinados aspectos, no le impidió dictar en aquella época una sentencia que ha presentado *una cierta utilidad* para la construcción jurídica comunitaria<sup>80</sup>.

De todas formas, parece ser que el ámbito material en el que se desenvuelven las cuestiones planteadas influye en el grado de exigencia de información al juez nacional, pues la tajante afirmación del Tribunal en la sentencia de 26.1.93 *Telemarsicabruzzo*<sup>81</sup> en el sentido de que «*estas exigencias son pertinentes especialmente en el ámbito del Derecho de la Competencia, que se caracteriza por complejas situaciones de hecho y de derecho*» (p. 7) es matizada por la sentencia de 3.3.94, *Vaneetveld*, cuyo punto 13 señala: «*No obstante, esta exigencia es menos imperativa cuando las cuestiones se refieren a aspectos técnicos precisos y permiten al Tribunal dar una respuesta eficaz aunque el juez nacional no haya presentado de forma exhaustiva la situación fáctica y jurídica*». Hay un principio muy débil de criterio, cuyo acento estaría en la diferencia entre la *existencia de complejas situaciones de hecho y de derecho*, de las cuales hay que proporcionar información detallada al TJCE (p.ej. en el derecho de la competencia hay criterios que necesitan complejos estudios de mercado para determinar el campo de aplicación: éstos deberán comunicarse al Tribunal), y la *existencia de elementos técnicos precisos*, cuyo conocimiento se presupondría en el Tribunal como especialista en derecho comunitario. No obstante, será necesario esperar a próximas sentencias para precisar el alcance y aplicación de este criterio que, de ser confirmado por la jurisprudencia futura, serviría de guía para los jueces nacionales a la hora de plantear cuestiones prejudiciales, eliminando la desorientación que debe producirles el hecho de que supuestos aparentemente similares sean tratados por el Tribunal de forma radicalmente distinta.

Por el momento, otro ámbito en el que la exigencia al juez es mayor es el derecho fiscal y aduanero, según resulta del auto *Mostafa Saddik*<sup>82</sup>: en el marco de un proceso penal por delito de contrabando (no haber pagado derechos de aduana) se establece que «*de la resolución de remisión no se deduce claramente el origen del tabaco decomisado. Esta indicación hubiera permitido definir el régimen aduanero y fiscal al que habrían de sujetarse*

---

<sup>79</sup> Autos *Mostafa Saddik*, cit. nota 71 y *Juan Carlos Grau Gomis y otros*, cit. nota 43.

<sup>80</sup> Sentencia *Costa c. ENEL*, cit. nota 51.

<sup>81</sup> Sentencia *Telemarsicabruzzo*, véase nota 19. También en los autos *Banchero*, cit. nota 77 y *Monin Automobiles I*, cit. nota 8.

<sup>82</sup> Auto *Mostafa Saddik*, cit. nota 78.

*los bienes y por ello resulta necesaria para poder responder eficazmente a la cuestión. (...) Las indicaciones de la resolución de remisión, por su referencia demasiado imprecisa a las situaciones de hecho y de derecho expuestas por el juez nacional (...), no permiten al Tribunal de Justicia dar una interpretación eficaz del derecho comunitario»* (puntos 16 y 18). Debemos matizar el alcance de la sentencia prejudicial, sin embargo, pues resulta evidente que la información relativa al origen de la mercancía es demasiado básica. Su ausencia impide incluso determinar si el caso concreto entra en el campo de aplicación del derecho comunitario. La respuesta del Tribunal es comprensible.

En conclusión, el recurso a la cuestión prejudicial por parte de una jurisdicción nacional respeta la competencia del TJCE cuando la realidad del litigio en cuyo marco se plantea una duda sobre la interpretación o validez de una disposición comunitaria es indiscutible; y cuando la cuestión planteada guarda relación con el litigio principal. El juez nacional reúne los dos requisitos al poner en conocimiento del Tribunal, de manera suficiente, los motivos del auto de remisión. La separación de funciones que el art. 177 TCE instaura no permite al TJCE censurar la motivación del juez nacional, ya que, recordemos una vez más, incumbe únicamente al juez nacional que conoce del litigio y debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional sobre el fondo apreciar la necesidad de una decisión prejudicial para dictar sentencia. No obstante, al ejercer esta facultad de apreciación, el juez nacional no hace sino desempeñar la función que el Tratado le ha encomendado en su art. 177. Por consiguiente, los problemas a que pueda dar lugar el ejercicio de la facultad de apreciación del juez nacional y las relaciones que éste mantenga con el TJCE en el marco de la cuestión prejudicial dependen exclusivamente de las normas de derecho comunitario. De este modo, el Tribunal debe poder confiar plenamente en la apreciación del juez nacional respecto a la necesidad de las cuestiones que se le plantean, pero también debe encontrarse en situación de poder llevar a cabo cualquier apreciación inherente al cumplimiento de su propia función, especialmente para verificar su propia competencia<sup>83</sup>.

## **B. El principio de colaboración implica la obligación del Tribunal de proporcionar al juez nacional una respuesta útil**

Desde el momento en que las cuestiones tratan un punto de interpretación del derecho comunitario, el TJCE esta obligado a resolver. La

---

<sup>83</sup> Sentencia *Teresa Zabala Erasun c. INEM*, de 5.6.95, aún no publicada, as. 422-424/93.

sentencia *Salonia*<sup>84</sup> matizaba esta afirmación: sólo cabe desestimar una petición planteada por un juez nacional cuando resulta manifiesto que la interpretación o examen de la validez de una disposición comunitaria solicitados no guarda relación alguna con el objeto del litigio principal. Tal es el caso del auto *Falciola*, de 26.1.90<sup>85</sup>: el juez nacional solicita la interpretación de dos Directivas, indicando tan sólo que deberá aplicarlas en el litigio principal. Además, las cuestiones versan únicamente sobre las reacciones psicológicas que podrían tener determinados jueces italianos a causa de la aprobación de una Ley italiana. De ahí deduce el Tribunal que las cuestiones planteadas no versan sobre una interpretación del derecho comunitario que responda a una necesidad objetiva para la solución del litigio principal.

La existencia de relación con el objeto del litigio principal se convierte así en un criterio de apreciación de la utilidad de la respuesta del TJCE y por tanto en un poder para rechazar las cuestiones en que esta utilidad no haya sido probada. Debemos reconocer que hasta ahora el Tribunal ha establecido por sí mismo esta relación cuando no estaba clara<sup>86</sup>. Sin embargo, la interpretación del concepto «relación con el objeto del litigio principal» se está volviendo restrictiva. Por una parte, el TJCE declara más frecuentemente la inexistencia de relación; y por otra parte, mantiene una actitud más severa frente a las cuestiones cuya relación aparece como dudosa.

Ello da lugar a sentencias sorprendentes, en las que la severidad de la respuesta rompe de algún modo la actitud pedagógica hacia los jueces nacionales que siempre se atribuía al Tribunal. Así, en la sentencia *Lourenço Dias*<sup>87</sup>, el examen de la existencia de relación con el objeto del litigio principal conduce a la inadmisibilidad de seis cuestiones de las ocho planteadas; de forma similar en la sentencia *Corsica Ferries*<sup>88</sup>.

Las respuestas negativas (que no han faltado, justo es reconocerlo) coexisten no obstante, con casos en que el TJCE establece la relación con el litigio principal, diciendo lacónicamente que «*no es éste el caso*» cuando las partes del principal plantean la excepción de inadmisibilidad sobre la base de ausencia de relación con el litigio principal<sup>89</sup>.

---

<sup>84</sup> Sentencia *Salonia*, de 16.6.81, Rec. 1563 establece la doctrina confirmada posteriormente por las sentencias, *Vlaeminck* de 16.9.82, Rep. 2953; *Falciola*, de 26.2.90, Rep. I-191, *Durighello*, cit. nota 60, entre otras.

<sup>85</sup> Auto *Falciola*, cit. nota 83.

<sup>86</sup> Sent. *Vaneetveld*, cit. nota 70.

<sup>87</sup> Sentencia *Manuel Jose Lourenço Dias*, de 16.7.92, Rep. I-4703.

<sup>88</sup> Sentencia *Corsica Ferries*, de 17.5.94, Rep. I-1812.

<sup>89</sup> Sentencia *AEBP*, de 16.7.92, Rep. I-4820 y muchas otras.

Esto permite extraer dos conclusiones: el Tribunal no aprecia que las partes o los gobiernos le indiquen los motivos de inadmisibilidad, pues no los sigue casi nunca. Su última tendencia a tomarse en serio la admisibilidad empuja a las partes a invocar sistemáticamente los diferentes motivos de inadmisibilidad, que siempre son examinados y rechazados<sup>90</sup>.

Por otro lado, se necesitaría un estudio comparativo de la situación de hecho y derecho en las distintas sentencias, en relación al enunciado concreto de las cuestiones planteadas al Tribunal y la respuesta dada por éste. En caso contrario, estaremos comparando respuestas idénticas (rechazo a entrar en la cuestión o inadmisibilidad) a situaciones quizá distintas. Tras leer el enunciado de la cuestión en casos como *Banchero* o *Monin Automobiles* se comprende la reacción del Tribunal, pero el rechazo podría ser injustificado en el asunto *Telemarsicabruzzo*. El análisis de este aspecto se enfrenta a un problema práctico: los motivos de la decisión de plantear una cuestión prejudicial y la relación entre éstos y el objeto del litigio se encuentran en el auto de remisión, siendo raramente resumidos en el informe para la vista. En conclusión, resulta difícil analizar si la respuesta del TJCE es excesiva en el supuesto concreto.

### C. El principio de colaboración implica que las relaciones entre los jueces se desarrollan sobre una base de igualdad

Las relaciones entre el juez comunitario y los jueces nacionales se rigen por el principio de competencia y no por el principio de jerarquía. Pero numerosos y heterogéneos detalles, que han sido largamente criticados por la doctrina, apuntan a una reinterpretación de las relaciones entre ambos. No se trata de un punto concreto que se pueda lamentar, sino la impresión extraída en general de la manera como el Tribunal trata las cuestiones prejudiciales. La doctrina opina que el Tribunal, «*ya órgano supremo del derecho comunitario, se afirma cada vez más como Tribunal Supremo de las jurisdicciones nacionales*»<sup>91</sup> lo que podría conllevar una nueva rebelión contra el principio de primacía comunitaria por parte de éstas. Examinaremos a continuación los ejemplos más sorprendentes.

---

<sup>90</sup> Conviene recordar en este sentido la sentencia *Eurico Italia*, cit. nota 18, que ha sido denominada «el vademecum del buen uso del procedimiento prejudicial por las jurisdicciones nacionales» por A. Rigaux en *Europe*, oct. 94, comm. 354. En efecto, se invoca y rechaza sucesivamente la incompetencia del juez en el principal, la ausencia de carácter contradictorio, la impertinencia de las cuestiones, la identidad con cuestiones anteriormente tratadas por el Tribunal... Para G. Vandersanden (*Le Contentieux...*) parecía más un inventario de argumentos que una serie de objeciones válidas, y el TJCE los rechaza en su conjunto.

<sup>91</sup> Es la opinión de G. Vandersanden en «*Le Contentieux ...*».

Para empezar, el Tribunal tiene la costumbre relativamente frecuente de reorganizar las cuestiones planteadas. Aunque reconozcamos que a menudo los jueces nacionales pecan de falta de síntesis, se corre el peligro de que la respuesta proporcionada por el Tribunal no se adecúe a lo que el juez nacional esperaba. En la sentencia *Redmond Stichting*<sup>92</sup>, «*las seis cuestiones versan en realidad sobre dos aspectos distintos del campo de aplicación de la directiva*» y la sentencia seguirá el esquema de estos dos aspectos, y no la literalidad de las cuestiones planteadas por el juez nacional. Igualmente en la sentencia *DGL*<sup>93</sup>, en la que el rosario de cuestiones prejudiciales «*pueden, en realidad, agruparse en cinco grupos*».

Por otro lado, en ocasiones la respuesta del Tribunal es abrupta en la forma con la que se dirige al juez nacional, faltando al deber de cortesía entre dos órganos jurisdiccionales del mismo rango. En el auto *Juan Carlos Grau Gomis*<sup>94</sup> tenemos un ejemplo de respuesta impertinente a una remisión, justo es reconocerlo, también impertinente. En primer lugar, el Tribunal se niega a realizar una reformulación tradicional en una de las cuestiones (punto 4) «*por cuanto la cuarta cuestión se refiere a la compatibilidad de la ley española con el derecho comunitario, el Tribunal de Justicia carece de competencia para pronunciarse sobre ella. En la medida en que se refiere a la interpretación del derecho comunitario, esta cuestión se remite a las tres precedentes*». Reproducimos a continuación, por su expresividad, el punto 5: «*Por lo que respecta a la tercera cuestión, este Tribunal desea señalar que el Tratado de la Unión Europea no contiene un artículo 3A ni un artículo 8B. Supone que el juez nacional ha querido referirse a dichos artículos del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, tal como fueron modificados por el art. G, apartado B, punto 4) y por el art. G apartado C del Tratado de la Unión Europea. Por lo que se refiere al art. B del TUE, este artículo no contiene apartados. Conforme al art. L del TUE, un órgano jurisdiccional nacional no puede, con arreglo al art. 177 TCE, plantear una cuestión sobre el art. B del TUE. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia es manifiestamente incompetente para interpretar este artículo en el marco de un procedimiento prejudicial*». Es evidente que el juez nacional no es responsable de la críptica redacción del Tratado de la Unión; sin embargo, la cuestión denota un descuido total en la redacción que es impropio de la profunda formación, conocimiento jurídico y años de experiencia que debieran caracterizar a los órganos judiciales nacionales; de este

---

<sup>92</sup> Sentencia *Dr. Redmond Stichting c. Hendrikus Bartol*, de 19.5.92, Rep. I-3212.

<sup>93</sup> Sentencia *DGL*, de 15.12.94, Rep. I-567.

<sup>94</sup> Auto *Juan Carlos Grau Gomis y otros*, cit. nota 43.

modo, la irritación del TJCE hace que la función de *cooperación judicial* se torne en función de *corrección judicial*.

Asimismo, se apunta un nuevo comportamiento del Tribunal: no *perder* tiempo en justificar la parte dispositiva de la sentencia y operar una simple remisión a las conclusiones del Abogado General: «*por los motivos indicados en las conclusiones del Abogado General, hay lugar a responder...*»<sup>95</sup>. En nuestra opinión, constituye otra falta de cortesía hacia los jueces nacionales y es lamentable que se confirme en la jurisprudencia subsiguiente del TJCE<sup>96</sup>.

Ha habido un caso que nos deja atónitos: el Tribunal respondió el mismo día a dos asuntos cuyas cuestiones eran materialmente idénticas. Teniendo en cuenta la respuesta dada (¡el mismo día!) a una de ellas, la segunda cuestión carece de pertinencia y es declarada inadmisibile. El conjunto de la doctrina encontró lamentable esta arbitraria elección, opinión que compartimos<sup>97</sup>.

Aun tratándose de casos extremos y aislados, no pueden olvidarse numerosos ejemplos de tratamiento descortés del TJCE hacia los jueces nacionales. En efecto, éste se ha acostumbrado a darles lecciones de derecho comunitario, a veces de una forma más despreciativa que pedagógica<sup>98</sup>, lo que debemos lamentar.

En otro orden de cosas, causa extrañeza que el Tribunal decida negarse a resolver no por medio de sentencia, sino por la vía de auto, haciendo uso de la posibilidad que le ofrece el art. 92 del Reglamento de Procedimiento para las cuestiones manifiestamente inadmisibles<sup>99</sup>: «*cuando el Tribunal sea manifiestamente incompetente para conocer de una demanda prejudicial que se le presente, o cuando ésta sea manifiestamente inadmisibile, el TJCE, oído el Abogado General podrá, sin continuar el procedimiento, decidir por medio de auto motivado. Esta resolución podrá producirse antes de la notificación de la demanda a la parte*

<sup>95</sup> Sentencia *Suiker Export*, de 27.10.92, Rep. I-5481.

<sup>96</sup> La práctica del Tribunal de Justicia de reenviar sistemáticamente a las conclusiones del Abogado General se confirma en las sentencias siguientes: *Sanders Adour*, de 11.6.92, Rep. I-3918; *Hauptzollamt Hamburg St Annen*, de 29.4.93, Rep. I-2208; *Koch Offenbach*, de 5.10.93, Rep. I- 4795; *SEP II*, de 19.5.94, Rep. I-1932; *BPB Industrie, PLC* y *British Gypsum Ltd*, de 6.4.95, Rep. I-896.

En procedimientos distintos al prejudicial: *Alemania c. Comisión*, de 5.10.94, Rep. I- 4724, *Comisión c. Grecia*, de 4.5.95 y *Comisión c. Alemania*, de 10.5.95, aún no publicados.

<sup>97</sup> Sentencias de 16.12.92, *Rochdale Borough Council c. Stewart John Anders*, Rep. I-6487, y *Reading Borough Council c. Payless*, Rep. I-6494.

<sup>98</sup> Sentencias *Kerafina*, cit. nota 55; *FAC*, de 1993, Rep. I- 2639; *Phil Collins*, cit. nota 55.

<sup>99</sup> Autos *Monin Automobiles* de 26.4.93, Rep. I-2050, *Banchero*, cit. nota 77, *La Pyramide de SARL*, cit. nota 8.

*contra la que se ha interpuesto*». Si además se tiene en cuenta el tiempo que se toma el Tribunal para dictar el auto de inadmisibilidad, el resultado desalienta a los jueces en el momento de plantear una cuestión prejudicial, con las consecuencias negativas que ello comporta para la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario.

Debe tenerse en cuenta que la inadmisibilidad dictada en sentencia tiene implicaciones muy distintas a la que es dictada por medio de auto. En primer lugar, en el auto se oye simplemente al Abogado General, pero éste no presenta conclusiones. Por otro lado, la interrupción definitiva del procedimiento impide que se dé traslado del auto de remisión a los Estados Miembros y a la Comisión, que no podrán presentar observaciones. Por tanto, el Tribunal debiera cuidarse de apreciar verdaderamente el carácter manifiesto de la inadmisibilidad antes de dictarla por medio de auto. Finalmente, el hecho de que los trece jueces comunitarios participen en la decisión de dictar la inadmisibilidad por medio de auto puede resultar positivo en aras de mantener criterios de apreciación comunes ante la inadmisibilidad.

La actuación del Tribunal en los asuntos citados causa una sensación de restricción arbitraria e injustificada. Sin embargo justo es reconocer que la jurisprudencia comunitaria brinda también sentencias transigentes, respetuosas para con el juez nacional a lo largo del período analizado. Destinaremos la parte final del presente capítulo a matizar la impresión de intransigencia que los asuntos anteriores transmiten y recordar casos de actitud tolerante del Tribunal.

No podemos olvidar el hecho de que en la casi totalidad de estas sentencias el TJCE comienza su argumentación recordando la jurisprudencia clásica (*según jurisprudencia reiterada, corresponde a las jurisdicciones nacionales, que deben asumir la responsabilidad de la sentencia, apreciar, a la vista de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una sentencia prejudicial para pronunciarse, como la pertinencia de las cuestiones concretas planteadas al Tribunal*). Esto indica que el Tribunal no percibe las restricciones introducidas por la última jurisprudencia (nos referimos únicamente a la pertinencia, no a la noción de jurisdicción o el acto a interpretar) como constitutivas de giro jurisprudencial, sino como excepciones al principio general, que sigue siendo la admisibilidad de la remisión prejudicial.

En la sentencia *Rita Grau-Hupka*<sup>100</sup> se lamenta de nuevo la sequedad del tono con que el Tribunal se dirige al juez nacional y que haya concluido otra vez en la inadmisibilidad de las cuestiones planteadas,

---

<sup>100</sup> Sentencia *Rita Grau-Hupka*, de 13.12.94, aún no publicado, as. 297/93.

retomando la forma de sentencia en vez de auto. Sin embargo, se valora positivamente el esfuerzo de pedagogía desarrollado por el TJCE, que revisa punto por punto la cuestión planteada para justificar la inadmisibilidad en la ausencia de relación entre la cuestión (que solicitaba la interpretación de una directiva en materia de acceso al empleo) y la realidad del litigio principal (cuyo objeto correspondía a una acumulación de salarios y pensión de jubilación).

Por otro lado, el Tribunal se muestra tolerante en la sentencia *Flip CV*<sup>101</sup> al transformar una cuestión de apreciación de validez de las disposiciones de una Directiva («que carecen de toda utilidad para responder a las cuestiones que en realidad se plantea el juez remitente») en interpretación de la normativa comunitaria referente a la peste porcina y del principio de no discriminación contenido en el art. 7 TCE («para dar una respuesta completa y útil»). Teniendo en cuenta que el Tribunal deja a un lado la normativa indicada por el juez nacional y se autopropone la que será finalmente objeto de interpretación, no es descabellado pensar que podía haber rechazado las cuestiones planteadas por falta de relación con el litigio principal; y sin embargo, no lo hace. Sucede a la inversa en el asunto *Angelopharm*<sup>102</sup>, donde las cuestiones de interpretación planteadas por el juez sólo tienen sentido si la directiva litigiosa es válida y el Tribunal las transformará en cuestión de apreciación de invalidez de dicha directiva.

En la sentencia *Crispoltini*<sup>103</sup>, el carácter particularmente sucinto de la resolución de remisión no constituye un obstáculo a su admisibilidad. Las dudas indicadas explícitamente por la jurisdicción nacional se combinan con el hecho de que una cuestión prejudicial anterior había permitido al Tribunal conocer el contexto fáctico y jurídico de la cuestión. «Una declaración de inadmisibilidad, que nada justifica en el caso concreto —sentencia el Tribunal— sería incompatible con el espíritu de colaboración que debe presidir la remisión prejudicial». SIMON se pregunta si la actitud del Tribunal no será más receptiva cuando se trata de cuestiones de apreciación de validez (no de interpretación), para las que las implicaciones en términos de «interés general comunitario» están ciertamente más claras, pues no está en juego la forma en que una disposición comunitaria es aplicada, sino su propia existencia<sup>104</sup>.

En otra ocasión, dentro del asunto *Clinique*<sup>105</sup>, el Tribunal ha considerado que el art. 177 TCE le habilita para tomar en consideración

---

<sup>101</sup> Sentencia *Flip CV*, cit. nota 55.

<sup>102</sup> Sentencia *Angelopharm*, de 25.1.94, Rep. I-215.

<sup>103</sup> Sentencia *Antonio Crispoltini*, de 5.10.94, Rep. I-4891.

<sup>104</sup> SIMON, Denys: comentario a esta sentencia en *Europe*, junio 1995, fasc. 360, n.º 203.

<sup>105</sup> Sentencia *Verband Sozialer Wettbewerb c. Clinique et Estée Lauder*, cit. nota 48.

disposiciones de derecho comunitario a las que la jurisdicción nacional no había hecho referencia en el enunciado de su cuestión, lo que expresa un estado de ánimo más proclive a la cooperación entre jurisdicciones que los autos mencionados anteriormente.

## V. LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PREJUDICIALES EN EL TIEMPO

Recordemos, aun a riesgo de caer en la reiteración, que el objetivo principal del art. 177 TCE y del procedimiento por él instaurado es lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho comunitario en todos los Estados Miembros, para lo cual se coloca al TJCE en la cúspide de la organización judicial comunitaria (aunque esta circunstancia no signifique una relación de jerarquía, sino de cooperación con los jueces nacionales, como hemos visto en el capítulo anterior). En la práctica, sería imposible alcanzar este importante objetivo si la supremacía de la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia no estuviera garantizada. «*Toda construcción nueva que pudiera conducir a jurisdicciones en contraste o competidoras debería descartarse*»<sup>106</sup>.

El Tribunal se expresa de forma tajante cuando se trata de la sentencia en apreciación de invalidez, que «*vincula a todo órgano judicial que haya de aplicar el acto inválido a los efectos de la resolución que pueda dictar*»<sup>107</sup>. Por contra, la vinculación de todas las jurisdicciones nacionales a la interpretación realizada por el Tribunal en las sentencias prejudiciales interpretativas no ha sido afirmada tan claramente por éste, pero se deduce de su jurisprudencia, al decir que «*la utilización del artículo 177 por las jurisdicciones nacionales, permitiendo al Tribunal asegurar la interpretación uniforme del Tratado, facilita la aplicación idéntica del mismo*»<sup>108</sup>, que su interpretación de las disposiciones comunitarias «*tiene consecuencias en todos los Estados Miembros*»<sup>109</sup>, o que el artículo 177 del Tratado persigue «*prevenir divergencias en la interpretación del derecho comunitario que las jurisdicciones nacionales tienen que aplicar*»<sup>110</sup>.

Aceptar la naturaleza vinculante de la jurisprudencia comunitaria no es tan problemático como determinar el alcance temporal de esta

---

<sup>106</sup> Es una observación del propio Tribunal de Justicia, en sus *Sugerencias sobre la Unión Europea*, presentadas en 1975.

<sup>107</sup> Sentencia *International Chemical Corporation*, de 13.5.81, Rep. 1191.

<sup>108</sup> Sentencia *Molkerei-Zentrale*, de 3.4.68, Rep. 212.

<sup>109</sup> Sentencia *Ann-Florence Reed*, de 17.4.86, Rep. 1283.

<sup>110</sup> Sentencia *Rheinmühlen*, de 16.1.74, Rep. 33.

vinculación. Las sentencias prejudiciales en interpretación de una norma o apreciación de su invalidez, ¿se aplican con carácter retroactivo o, por el contrario, despliegan sus efectos únicamente hacia el futuro? Lejos de constituir el objeto de discusiones puramente teóricas en el ámbito procesal, esta cuestión atañe a principios básicos del Estado de Derecho, como el principio de legalidad o el de seguridad jurídica, y sus consecuencias pueden afectar a un derecho tan fundamental como es el derecho a la tutela judicial efectiva. La polémica determinación del alcance temporal de las sentencias prejudiciales ha herido viejas sensibilidades nacionales y en cierto modo constituye un pretexto de determinados jueces nacionales para cuestionar la autoridad del Tribunal<sup>111</sup>. La interpretación realizada al respecto por éste, como analizaremos a continuación, ha suscitado en los Estados Miembros una reacción totalmente comparable a la «guerra de jueces» que protagonizaron en los años 70 las cortes constitucionales italiana y alemana contra el TJCE, reservándose la competencia de proteger a sus nacionales frente a la actuación comunitaria, en ausencia de una declaración de derechos fundamentales en el Tratado.

El período 1992-1995 es particularmente prolijo en cuestiones prejudiciales que dan lugar a discusión sobre los efectos temporales de las sentencias dictadas en el marco del art. 177. Esta polémica surge generalmente cuando la resolución comunitaria tiene consecuencias en el plano nacional que afectan a muchos operadores económicos, siendo susceptible de generar problemas financieros importantes a la administración o a las empresas. Así, dos son los sectores implicados en este período: la interpretación del concepto de remuneración en el marco del art. 119 TCE (efectos de las cuestiones prejudiciales en interpretación) y la validez de los reglamentos que autorizan la percepción de montantes compensatorios monetarios (efectos de las cuestiones prejudiciales de invalidez). Resulta conveniente diferenciar entre las cuestiones de interpretación y de invalidez pues, aunque las consecuencias de la postura jurisprudencial adoptada sean las mismas en unas y otras, la experiencia demuestra que los efectos temporales de la apreciación de invalidez hieren más fácilmente las susceptibilidades nacionales que los de la mera interpretación. Esto impulsa al Tribunal a actuar con una mayor cautela en aquélla.

---

<sup>111</sup> Tal como se pregunta Denys SIMON, la reacción nacional ante el efecto temporal de las sentencias prejudiciales comunitarias ¿se debe a sus implicaciones, o constituye más bien el pretexto de una nueva guerra entre los jueces?; «*L'effet dans le temps des arrêts préjudiciels...*» .

## A. Las sentencias prejudiciales en interpretación

Las sentencias prejudiciales en interpretación, con tener una importancia indudable, no han suscitado los problemas de las sentencias en apreciación de invalidez en cuanto al reconocimiento de su retroactividad. Ya en la sentencia *Denkavit Italiana*<sup>112</sup> el TJCE siguió las conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Reischl y declaró que «*la interpretación que en el ejercicio de las competencias que le confiere el art. 177 da el Tribunal de una norma de derecho comunitario, esclarece y precisa el significado y alcance de esta norma tal y como debe y debería haber sido comprendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez aún a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resolvió la demanda de interpretación*». No aplicar la interpretación del Tribunal a los hechos anteriores a la sentencia equivaldría a dotar a una disposición de un significado diferente para el pasado, fraccionando de esta manera el derecho comunitario en el tiempo<sup>113</sup>. Efectos retroactivos, pues, de las sentencias prejudiciales en interpretación.

A este respecto, la casi totalidad de sentencias dictadas derivan de la sentencia *Barber*<sup>114</sup>, sobre la igualdad de tratamiento entre hombres y mujeres en la pensión de jubilación de regímenes profesionales privados. En dicha sentencia, el Tribunal interpretó el art. 119 del Tratado (prohibición de discriminación entre hombres y mujeres en cuanto a la remuneración en el trabajo) de manera que las cantidades cotizadas a regímenes profesionales privados de pensiones quedaban incluidas en el concepto de remuneración. Una interpretación que desplegara sus efectos con carácter retroactivo provocaría la avalancha ante los tribunales nacionales de demandas por discriminaciones acaecidas en el pasado, es decir, un descalabro financiero retroactivo en las empresas. El Tribunal tuvo en cuenta esta circunstancia y decidió limitar los efectos temporales de la sentencia.

La sentencia *Barber* tuvo una gran resonancia (¿o alarma?) en la doctrina y también entre los Estados Miembros, que se cuidaron de incluir la parte dispositiva de la sentencia en un Protocolo anexo al Tratado de la Unión Europea. Algunos autores lo perciben como una llamada de

---

<sup>112</sup> Sentencia *Denkavit Italiana*, de 27.3.80, Rep. 1205. Los efectos retroactivos serán asimismo reconocidos en las sentencias *Defrenne II*, de 8.4.76, Rep. 455 y *Salumi*, de 27.3.80, Rep. 1260.

<sup>113</sup> Observaciones de la Comisión en el asunto *Salumi*, cit. nota 111.

<sup>114</sup> Sentencia *Douglas Harvey Barber*, de 17.5.90, Rep. I-1889.

atención del legislador comunitario al Tribunal<sup>115</sup>. Por otro lado, parece que dicha sentencia no quedó muy clara para los jueces nacionales, a la vista de las numerosas cuestiones prejudiciales<sup>116</sup> a que ha dado lugar, solicitando que el Tribunal aclarara su posición. Ello ha permitido al TJCE aclarar las implicaciones *rationae temporis* de las sentencias prejudiciales en general.

El Tribunal no modifica su posición en la sentencia *Ten Oever*<sup>117</sup>, en cuanto a la concesión de una pensión de viudo al Sr. Ten Oever, cuya esposa había fallecido antes de la sentencia *Barber*, es decir, del 17 de mayo de 1990. Se toma en cuenta que la limitación de los efectos temporales de la sentencia *Barber* fue decidida en un contexto preciso: pensiones previstas en Planes privados que fueron calificadas de retribución con arreglo al art. 119 TCE por dicha sentencia, aunque se trate de una retribución particular, por cuanto disocia en el tiempo la constitución del derecho a la pensión (que se adquiere progresivamente a lo largo de la vida laboral del trabajador) y el pago efectivo de la pensión (que se pospone hasta una edad determinada). El Tribunal mantiene la limitación temporal a los efectos de *Barber* y reitera que esta vertiente de la noción remuneración sólo puede invocarse en relación con las prestaciones debidas por períodos de empleo posteriores al 17.5.90, sin perjuicio de la excepción prevista en favor de los trabajadores o de sus causahabientes que —antes de dicha fecha— hubieran intentado una acción para defender sus derechos o formulado una reclamación equivalente según el derecho nacional aplicable. Esta solución es conforme a la seguridad jurídica y respeta la situación financiera de las empresas, pero no podemos dejar de señalar que la sentencia *Barber*, que extiende los derechos de los particulares, tiene una consecuencia paradójica: éstos no podrán prevalerse de la interpretación realizada hasta el año 2027 (si nos basamos en una duración de cotización de 37 anualidades).

La sentencia *Michael Moroni*<sup>118</sup> permite al TJCE pronunciarse sobre el margen de discrecionalidad de que dispone la jurisdicción nacional en relación a los efectos temporales de las sentencias prejudiciales. El litigio principal versaba sobre las modalidades de concesión de la pensión

---

<sup>115</sup> Observación de PALACIO, José, en el seminario «El sistema judicial comunitario», impartido en el marco del Diploma de Estudios Europeos de la Universidad de Deusto, curso académico 1993-1994.

<sup>116</sup> Toda una serie de sentencias dictadas el 28.9.94: *Vroege, Fisscher, Coloroll, Smith, Benne, y Van der Akker*.

<sup>117</sup> Sentencia *Ten Oever*, de 6.10.93, as.109/91, Rep I-4879.

<sup>118</sup> Sentencia *Michael Moroni*, de 14.12.93 As. 110/91, Rep. I-6591. En la misma línea, la sentencia *David Neath*, de 22.12.93, as. 152/91, Rep. I-6935.

según el Plan de Pensiones de la empresa Collo. Dicho plan establece que los trabajadores cobran la pensión de empresa a los 65 años y las trabajadoras a los 60. El trabajador que deja la empresa antes de esa edad conserva los derechos adquiridos por el período trabajado, pero se le aplica un coeficiente reductor por el período que le falta hasta cumplir la edad de jubilación. Este coeficiente grava más a los hombres que a las mujeres, por tomar en consideración un período mayor; como la pensión de empresa constituye retribución con arreglo al art. 119 TCE según *Barber*, está sujeta a la prohibición de discriminación de tal artículo y será declarada discriminatoria por el Tribunal, que extiende el concepto de *Barber* (planes de empresa convencionalmente excluidos) al supuesto de hecho del caso concreto. En respuesta a una cuestión del juez nacional, el Tribunal contesta que le corresponde exclusiva y excepcionalmente limitar la posibilidad de que todo interesado invoque la interpretación dada por dicho Tribunal a una disposición de derecho comunitario en el marco de una cuestión prejudicial.

Esta lógica es seguida por el resto de sentencias prejudiciales en interpretación que ven sus efectos limitados en el tiempo. Si despliegan sus efectos solamente hacia el futuro, establecen sistemáticamente la excepción en favor de los demandantes que hayan interpuesto un recurso con anterioridad. Esta apertura supone ciertamente un progreso, que ha costado muchos años conseguir en el ámbito de la apreciación de invalidez, como veremos a continuación.

## B. Las sentencias prejudiciales en apreciación de invalidez

El Tribunal reconoció efectos retroactivos a sus sentencias en apreciación de invalidez en la sentencia *Moulins et Huileries du Pont à Mousson*<sup>119</sup> aunque este reconocimiento ha sido sólo implícito, pues «incumbe a las instituciones de la Comunidad tomar las medidas necesarias para remediar esta incompatibilidad (de la disposición en litigio con el principio de igualdad previsto en el Tratado [...]) y poner remedio al perjuicio eventualmente causado a los interesados». De igual manera, en el asunto *Express Dairy Foods*<sup>120</sup>, declara la obligación que tenían los Estados Miembros de restituir las cantidades percibidas en aplicación de los reglamentos comunitarios declarados inválidos, afirmación que no tendría razón de ser si no se aceptara el efecto retroactivo de la sentencia.

---

<sup>119</sup> Sentencia *Moulins et Huileries du Pont à Mousson*, de 19.10.77, Rep. 1795.

<sup>120</sup> Sentencia *Express Dairy Foods*, de 12.6.80, Rep. 1887.

Sin embargo, la retroactividad tiene, si cabe, mayor justificación en estos casos que en las sentencias de interpretación pues no se trata de determinar el alcance y significado de una norma, sino de pronunciarse sobre su propia existencia. La declaración de ilegalidad debe tener por tanto la virtualidad necesaria para hacer desaparecer del mundo jurídico las consecuencias que haya podido producir la aplicación de la norma ilegal<sup>121</sup>.

Hay un cierto paralelismo entre la sentencia de anulación dictada en el marco del art. 173 TCE y la sentencia prejudicial en apreciación de invalidez conforme al art. 177. En ambos procedimientos se declara la ilegalidad de una disposición comunitaria. Sin embargo, a diferencia del reglamento anulado conforme al art. 173, el reglamento anulado en sede prejudicial no desaparece del ordenamiento jurídico hasta ser expresamente derogado por una nueva disposición y corresponde a la institución de la que emana el acto invalidado, que está ligada por la sentencia, adoptar las medidas necesarias para poner fin a la situación de ilegalidad. El Tribunal ha abordado recientemente la necesaria coherencia entre estas dos vías de recurso en su sentencia de 9.3.94 *TWD*<sup>122</sup> y ha negado la legitimación para cuestionar en sede prejudicial la legalidad de una disposición comunitaria por parte de quien pudo haberla atacado en tiempo útil por la vía del recurso de anulación.

En principio, al igual que las sentencias de anulación, las sentencias prejudiciales de invalidez tienen carácter retroactivo: «una declaración de invalidez acompañada del efecto *ex nunc* no ofrecería ninguna base para pretensiones de indemnización de daños anteriores: sería inútil para los interesados en interponer tales demandas hacer referencia a la resolución prejudicial que declaró la existencia de la ilegalidad»<sup>123</sup>.

Sin embargo, no podemos olvidar que el corto plazo de caducidad en el recurso de anulación (dos meses desde la entrada en vigor de la disposición comunitaria en cuestión) limita extraordinariamente la posibilidad que tiene dicha norma de causar efectos dañinos. Al contrario, la sentencia prejudicial en apreciación de invalidez puede dictarse varios años después de la entrada en vigor ya que el único límite temporal desde el punto de vista de la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial es el derivado de los plazos de prescripción en derecho interno. Durante los años de vigencia de la disposición posteriormente declarada ilegal, numerosas

---

<sup>121</sup> VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marcos: *La cuestión prejudicial en el derecho comunitario europeo*, Tecnos, 1994, p. 152.

<sup>122</sup> Sentencia *TextilWerke Deggendorf*, de 9.3.94, as. 188/92, Rep. I-846.

<sup>123</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Capotorti en el asunto *Ireks-Arkady c. Consejo y Comisión*, de 4.10.79, Rep. 2955.

relaciones jurídicas nacen, se desarrollan y ejecutan de buena fe; ¿sería conforme al principio de seguridad jurídica que dichas relaciones vivieran sujetas a la incertidumbre de ser en cualquier momento cuestionadas, por el efecto retroactivo de una declaración comunitaria de ilegalidad en sede prejudicial?

Se hizo entonces inevitable preguntarse si la posibilidad de limitar temporalmente los efectos de las sentencias en anulación era aplicable por analogía a las sentencias prejudiciales en apreciación de invalidez. Como es sabido, el art. 174.2 confiere al Tribunal la posibilidad de señalar «si lo estima necesario, aquellos efectos del reglamento declarado nulo que deban considerarse como definitivos». Dicho precepto constituye así, en pura técnica jurídica, una excepción al principio general en los recursos de anulación, a saber, la nulidad *ex tunc*. Efectivamente, el TJCE aplicó por analogía el 174.2 TCE en el marco de un procedimiento prejudicial en varios asuntos de 1980 e indicó que la declaración de invalidez del Reglamento en cuestión sólo produciría efectos a partir de la fecha de su sentencia: los montantes compensatorios monetarios (MCM) indebidamente pagados no podían dar lugar a repetición (efecto *ex nunc erga omnes*)<sup>124</sup>. El art. 174.2 ha sido interpretado extensivamente en cuanto a su alcance con vistas a limitar los efectos en el tiempo no sólo de un Reglamento comunitario, sino también por analogía, de otros actos de las instituciones<sup>125</sup>.

Dos razones imponen que las sentencias prejudiciales de invalidez desplieguen sus efectos sólo hacia el futuro:

- 1) Aceptando la analogía con el recurso de anulación, parece excesivo permitir que para obtener una declaración de invalidez con efectos retroactivos, pudieran desviarse los estrictos requisitos de admisibilidad del recurso de anulación acudiendo al procedimiento del art. 177, que sólo está limitado temporalmente por los plazos de prescripción en derecho interno, esto es, a veces varios años después de la entrada en vigor de la norma de que se trate. Así se pronunció el TJCE en la sentencia *Société des Produits de Maïs*<sup>126</sup> en la cual basó la limitación temporal de efectos en la «necesaria coherencia entre la vía de recurso de anulación y el mecanismo prejudicial que constituyen dos modalidades del control de legalidad establecido por el Tratado».

---

<sup>124</sup> Sentencias *Roquette Frères IV*, de 15.10.80, Rep. 2917; *Maïseries de Beauce* Rep. 1980, pág. 2883 y *Providence Agricole de la Champagne*, Rec. 1980, pág. 2821.

<sup>125</sup> Sentencia *Consejo apoyado por Alemania, Francia y Reino Unido, contra Parlamento Europeo*, de 3.7.86, as. 34/86.

<sup>126</sup> Sentencia *Société des Produits de Maïs*, de 27.3.85, Rep. 719.

- 2) La normativa comunitaria puede afectar a sectores especialmente sensibles y su declaración retroactiva de invalidez puede entrañar a veces consecuencias económicas importantes que es necesario poder controlar. Pensemos, por ejemplo, en el asunto de los Reglamentos autorizando a los Estados Miembros la percepción de MCM: la sentencia prejudicial que declarara la invalidez retroactiva desencadenaría un alud de reclamaciones por percepciones indebidas realizadas a lo largo de varios años. Esta preocupación aparece en la sentencia *Pinna* en cuyo apartado 28 se establece que «*imperiosas consideraciones de seguridad jurídica que afectan a todos los intereses en juego, tanto públicos como privados, impiden, en principio poner en cuestión la percepción de prestaciones familiares correspondientes a períodos anteriores al pronunciamiento de esta sentencia*»<sup>127</sup>.

Los requisitos que deben darse para que el Tribunal limite la retroactividad de los efectos de su sentencia son de interpretación muy estricta: la existencia de «poderosas razones» que justifiquen la limitación temporal (por regla general se ofrece como justificación la repercusión económica de una resolución retroactiva); y la determinación de dicha limitación temporal por parte del TJCE en la propia sentencia. (sentencia *Société des produits de Maïs*).

Ahora bien, el efecto *ex nunc* ha sido justificado desde los planos teórico (coherencia entre las vías de recurso en anulación y prejudicial) y práctico (evitar las consecuencias financieras catastróficas de cuestionar relaciones que se desarrollaron enteramente de buena fe conforme a la normativa que ha resultado ser inválida), pero plantea serias objeciones que han suscitado duras críticas en la doctrina.

Aun cuando el TJCE haya declarado su invalidez, la disposición comunitaria producirá efectos en relación a determinados operadores porque el fallo contenido en la sentencia prejudicial de invalidez no favorece siquiera a las partes en el litigio principal. El demandante se encuentra en cierto modo precluido al no poder alegar la invalidez por el período anterior a la fecha de la sentencia que la declara. Esta solución, que fue adoptada en las sentencias de 1980, provocó una reacción de la doctrina, considerando que el TJCE condenaba al demandante interesado a una «satisfacción meramente platónica»<sup>128</sup>.

<sup>127</sup> Sentencia *Pinna*, de 15.1.86, Rep. 18. También se pronunció en este sentido en la polémica sentencia *Roquette IV* de 15.10.80, cit. nota 123.

<sup>128</sup> ISAAC, Guy: *La modulation par la CJCE des effets dans le temps de ses arrêts d'invalidité*, CDE 1987, p. 444.

El dilema no es una cuestión específica del derecho comunitario, sino que aparece también en el derecho interno de los Estados Miembros. Se trata de encontrar el justo equilibrio entre las exigencias de la legalidad y los imperativos de la seguridad jurídica. La aplicación del principio de seguridad jurídica ha de efectuarse con la máxima precaución porque puede a veces entrar en conflicto con el principio de legalidad, como se aprecia en el caso concreto. En efecto y a la vista de los resultados, estamos obligados a preguntarnos si el argumento de la seguridad jurídica invocado, a pesar de su apariencia objetiva, no enmascara una evaluación subjetiva de los intereses en juego: la irretroactividad (consolidación de los efectos en el pasado de una normativa ilegal) protege ciertamente los intereses legítimos de aquellos operadores económicos que aplicaron de buena fe el acto litigioso, pero penaliza simultáneamente los intereses también legítimos de los operadores económicos que fueron víctimas de la normativa inválida. La retroactividad de la decisión jurisdiccional comunitaria produciría inevitablemente el efecto inverso. En las condiciones dadas, ¿por qué merece mayor atención la seguridad jurídica de unos que la seguridad jurídica de los otros?<sup>129</sup>. Como subraya PALACIO<sup>130</sup>, «una cosa es que por razones de seguridad jurídica, se limiten en el tiempo los efectos de una sentencia prejudicial; y otra, distinta, que *aplicando analógicamente una disposición especial*, se frustre el derecho al recurso de un particular plenamente amparado por el derecho comunitario».

Es por ello significativo que el TJCE se haga eco de las críticas y vuelva sobre la cuestión en *Société des Produits de Maïs*, ya citada, considerando que «*corresponde al TJCE cuando hace uso de la posibilidad de limitar el efecto retroactivo de una declaración de invalidez en sede prejudicial, determinar si puede establecerse una excepción a la limitación del efecto temporal conferido a su sentencia, sea en favor de la parte que entabló el recurso ante el órgano jurisdiccional nacional, sea en favor de cualquier otro operador económico que hubiere actuado de manera análoga antes de declararse la invalidez; o si, por el contrario, una declaración de invalidez que únicamente surta efectos en el futuro, constituye un remedio adecuado incluso para los operadores económicos que hubieren adoptado dentro de plazo medidas dirigidas a la defensa de sus derechos*».

Se inicia, pues, la evolución jurisprudencial que lleva al TJCE a reconsiderar su postura tradicional en las sentencias prejudiciales declarativas

---

<sup>129</sup> SIMON, Denys: *L'effet dans le temps...*, pág. 663.

<sup>130</sup> PALACIO GONZÁLEZ, José: *Tutela judicial efectiva...*, se respeta la cursiva del original.

de invalidez (dar un alcance general *erga omnes* a la posible limitación *ex nunc* de los efectos de una sentencia prejudicial de invalidez, lo que impide al demandante en el litigio principal prevalecer de la interpretación dictada) y a prever una excepción al efecto *ex nunc* (en favor de quien con anterioridad al pronunciamiento de la sentencia hubiera entablado una acción tendente a hacer valer su derecho).

Esta evolución culmina en la sentencia de 26.4.94 *Roquette Frères*<sup>131</sup> (que pone fin a la peregrinación jurisdiccional de esta empresa para conseguir la devolución de los MCM abonados a finales de los setenta). Recordemos que en 1980, se cuestionó la legalidad del Reglamento 2719/75 de la Comisión, de 24.10.75 por el que se fijan los MCM y algunos tipos necesarios para su aplicación. La aplicación por la Administración de aduanas daba lugar a una excesiva percepción de MCM, que fueron contestados por la empresa Roquette. El Tribunal declaró ilegal el reglamento en cuestión, pero dicha declaración sólo produciría efectos a partir de la fecha de su sentencia: los MCM indebidamente pagados no podían dar lugar a repetición (efecto *ex nunc erga omnes*). La aplicación de tal efecto en el caso concreto se somete nuevamente a la consideración del Tribunal. El juez nacional se pregunta si Roquette puede hacer valer la ilegalidad del Reglamento en el litigio principal, habida cuenta de que «*ha hecho todo lo que en derecho es posible y exigible con el fin de impedir la firmeza de la liquidación tributaria en litigio*». El Abogado General Sr. Darmon presentó sus fantásticas conclusiones el 27.10.93<sup>132</sup>, en las que realiza una evaluación de los principios básicos de la jurisprudencia comunitaria en materia de efectos temporales de las sentencias prejudiciales, al tiempo que cita exhaustivamente las reacciones que ésta ha provocado en los medios doctrinales. Posteriormente, se basa en el principio de la tutela judicial efectiva para proponer al Tribunal una excepción a la irretroactividad de las sentencias prejudiciales en apreciación de invalidez, como examinaremos a continuación. Su postura fue seguida por el Tribunal en la sentencia de 26.4.94.

El Sr. Darmon, conciliador, recuerda que el Tribunal conoce los reproches que se han formulado contra el efecto *ex nunc erga omnes*: priva al justiciable del derecho a la tutela judicial efectiva y perjudica la eficacia del art. 177. Para demostrarlo, se extiende en la referencia a las críticas doctrinales.

- 1) *La irretroactividad lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva del particular afectado.* Aplicado a la sentencia en apreciación de

---

<sup>131</sup> Sentencia *Roquette Frères*, de 26.4.94, Rep. 1471.

<sup>132</sup> Rep. I-1448.

invalidez, concretamente, tiene el efecto perverso de reducir la tutela jurisdiccional que el procedimiento de remisión prejudicial brinda a los justiciables, impidiendo a los órganos jurisdiccionales nacionales salvaguardar plenamente sus derechos en caso de infracción de la legalidad comunitaria por parte de las Instituciones<sup>133</sup>. En el caso concreto de *Roquette Frères IV* (sentencia de 1980) la solución adoptada reduce el interés de la acción de la empresa a impedir la percepción de los MCM para el futuro.

- 2) *La irretroactividad puede vaciar de contenido el art. 177*. Como acertadamente sostenía la demandante en el asunto *Société des Produits de Maïs*, para que una cuestión prejudicial sea admisible es necesario que la acción principal a su vez sea admisible. Al generalizar lo dispuesto en el art. 174.2 se desemboca en un sistema en que la invalidez surte sus efectos solamente para el período posterior al pronunciamiento de la sentencia. El juez nacional, a la vista de la fecha en que se le somete el asunto y teniendo en cuenta que la eventual sentencia comunitaria no será retroactiva, se verá obligado a apreciar la falta de interés del demandante en el ejercicio de la acción de restitución de los montantes compensatorios abonados. Así, la acción principal es inadmisibile por falta de interés.

Por el contrario, el procedimiento prejudicial tiene que mantenerse al alcance de las personas físicas o jurídicas que invoquen la ilegalidad de una disposición de derecho comunitario derivado. El procedimiento se vería privado de su eficacia si se supiera positivamente que, con carácter sistemático y *erga omnes*, la sentencia de declaración de invalidez no iba a producir efectos para el pasado. Y sin mencionar la amarga paradoja que supone para el juez nacional recibir del Tribunal los criterios de legalidad, para luego tener que resolver el litigio principal conforme a una norma que los vulnera; esto ya constituye un ataque a los derechos fundamentales individuales.

Es lógico que se produjera una reacción por parte de los jueces nacionales, que la sentencia de la Corte Costituzionale italiana de 21.4.89 condensa en la siguiente afirmación: «*el derecho a la tutela jurisdiccional, que figura ya entre los derechos inviolables de la persona, debe ser admitido en nombre de los principios supremos de nuestro ordenamiento constitucional, dentro del cual se encuentra íntimamente vinculado al propio principio democrático que manda garantizar a todos y en todo*

---

<sup>133</sup> SIMON, Denys: *L'effet dans le temps...*

*momento, para todo litigio, un juez y un pronunciamiento. Este derecho fundamental de la persona quedaría vacío de contenido si el juez que dudase de la legalidad de la disposición que le correspondiese aplicar recibiera de la autoridad jurisdiccional a la que está obligado a dirigirse, la respuesta de que efectivamente, la disposición no es válida pero que dicha invalidez no surge efecto en el litigio que constituye el objeto del procedimiento principal, y que, por consiguiente, procede resolver aplicando una disposición que se reconoce como ilegal».*

El principio del derecho a la tutela judicial efectiva no es sólo un componente del derecho constitucional de los Estados Miembros y un valor consagrado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También la jurisprudencia del Tribunal lo eleva al rango de principio fundamental del ordenamiento comunitario. En repetidas sentencias se afirma la existencia del derecho a un juez y de la tutela judicial efectiva del particular que invoca el derecho comunitario<sup>134</sup>.

La aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva en el caso concreto exige que la demandante en el asunto principal y quienes hubieran interpuesto recursos con anterioridad a la sentencia puedan invocar la invalidez que en ésta ha sido declarada. En la sentencia *Société des Produits de Maïs*<sup>135</sup>, el Tribunal supeditó la aplicación de la irretroactividad a un nuevo requisito, a saber, el de constituir un remedio adecuado. Este aspecto difícilmente puede reunirse si se trata del operador económico que pone en marcha el procedimiento principal después de haber pagado sumas elevadas. De este modo excluyó del efecto *ex nunc* de la declaración de invalidez a la parte que entabló el recurso o a los operadores económicos que antes de la fecha de la sentencia hubieran iniciado acciones judiciales o planteado una reclamación equivalente con arreglo al derecho nacional aplicable. El profesor EVERLING<sup>136</sup> opina que el Tribunal de Justicia consideró poco satisfactoria su anterior posición y quiso señalar a los órganos jurisdiccionales nacionales que estaba dispuesto a perfeccionar en este aspecto su jurisprudencia.

En el asunto *Roquette Frères*, la demanda se refiere a la restitución de cantidades abonadas en el pasado en aplicación del Reglamento declarado inválido y el efecto *ex nunc erga omnes* nunca puede constituir un

---

<sup>134</sup> Sentencias de 15.5.86, *Johnston*, Rep. 1651, aptdos. 18-19; *Heylens*, de 15.10.87, Rep. 4097, aptdo. 14; *Vlassopoulou*, de 7.5.91, Rep. I-2357, aptado. 22, *Aguirre Borrell y otros*, de 7.5.92, Rep. I-3003, aptdo. 15 y *Kraus*, de 31.3.93, Rep. I-1663, aptdo. 40.

<sup>135</sup> Cit. nota 125.

<sup>136</sup> EVERLING, Ulrich: *Der Ausschluß der Rückwirkung bei der Feststellung der Ungültigkeit von Verordnungen durch den Gerichtshof der EG*, Festschrift für Bodo Börner, 1992, p. 65, citado por el Sr. Darmon en sus conclusiones al asunto *Roquette*, presentadas el 27.10.93.

remedio adecuado. En efecto, en dicho supuesto, la irretroactividad de la sentencia prejudicial priva a la demanda de toda eficacia y es contrario al principio de tutela judicial efectiva. La preocupación del Tribunal por los derechos fundamentales justifica, según el Sr. Darmon, que su jurisprudencia avance un paso más, limitando las hipótesis y consecuencias de la limitación temporal de los efectos de una declaración de invalidez. La retroactividad de los efectos de dichas sentencias es una excepción al principio general, los efectos *ex nunc*, y como tal debe ser interpretada estrictamente y sin más extensión que la absolutamente imprescindible. No puede alegarse en sentido contrario que deben prevenirse las distorsiones de la competencia entre los operadores económicos que resultarían del efecto retroactivo de la sentencia: frente a asuntos como *Defrenne*, *Barber* o *Legros*, que afectaban a un grupo muy numeroso de personas, los MCM aplicables al caso *Roquette* afectan a empresas fácilmente identificables. Por otro lado, sólo habrá de devolverse la parte del pago considerada excesiva, que correrá a cargo del FEOGA, sin que la Comisión haya manifestado inquietud por el equilibrio de las finanzas comunitarias. Por todo lo anterior, el Sr. Darmon propone la postura que finalmente adoptará el Tribunal: *«un operador que, antes de la fecha de la presente sentencia, haya interpuesto ante un órgano jurisdiccional nacional un recurso contra una liquidación de MCM emitida con base en el Reglamento comunitario declarado inválido en virtud de la presente sentencia, está legitimado para invocar dicha invalidez en el marco de dicho litigio. El mismo derecho asiste a los operadores que, antes de la referida fecha, hayan presentado una reclamación administrativa equivalente»*.

A modo de recapitulación y para finalizar nuestra exposición nos referiremos a los asuntos del «octroi de mer», que constituyen el otro sector afectado por la limitación de efectos en el tiempo de las sentencias prejudiciales y nos permiten precisar la postura del Tribunal, dentro de un mismo ámbito material, en cuanto a la retroactividad de las sentencias prejudiciales en interpretación, en primer lugar, y después a las sentencias declarando la invalidez.

En la sentencia *Legros*<sup>137</sup> se calificó el «octroi de mer» (tributo percibido por Francia en los territorios de ultramar) de exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana. Habida cuenta de la inseguridad jurídica característica durante largo tiempo de la aplicación del derecho comunitario en los territorios franceses de ultramar y de las implicaciones económicas que la retroactividad de la interpretación realizada causaría, se solicita al Tribunal una limitación de los efectos *rationae temporis* de

---

<sup>137</sup> Sentencia *Legros*, de 16.7.92, Rep. I-4625.

su interpretación. Se invocan además las catastróficas consecuencias económicas que tendría para los Territorios una interpretación que implicara la obligación de devolver el tributo percibido indebidamente hasta el momento de la sentencia, agravada por el hecho de que el plazo de prescripción aplicable a dichas solicitudes de devolución sería el de treinta años en derecho civil francés.

El Tribunal destacó, en primer lugar, el carácter excepcional de la limitación en el tiempo de los efectos de sus sentencias prejudiciales. En el presente caso, las particularidades tanto del tributo como de los territorios franceses de ultramar, se unieron al hecho de que la Comisión no había incoado el procedimiento de incumplimiento al respecto contra Francia, llevando al Tribunal a reconocer que Francia y las regiones de ultramar podían razonablemente pensar que el régimen fiscal era conforme al derecho comunitario. Imperiosas consideraciones de seguridad jurídica se oponían a que se cuestionaran de nuevo relaciones jurídicas que agotaron sus efectos en el pasado, ya que se perturbaría retroactivamente el sistema de financiación de los territorios franceses de ultramar. En consecuencia, el Tribunal limita los efectos en el tiempo de la presente sentencia, declarando expresamente que esta interpretación no servirá de base a reclamaciones de devolución de tributos pagados antes de la sentencia (caso del demandante en el litigio principal) o por importación de mercancías anterior a la fecha de la sentencia. Parece que la masa de operadores afectados pesa en el ánimo del juez comunitario en el momento de denegar la excepción a la irretroactividad de su sentencia.

La legalidad de este tributo se replanteó dos años después en el asunto *Lancry y otros*<sup>138</sup>, en cuya sentencia se declara la invalidez de la Decisión del Consejo que autorizaba con carácter transitorio la percepción del «octroi de mer» en los territorios franceses de ultramar. El gobierno francés había solicitado de nuevo en este caso que una eventual declaración de invalidez por parte del TJCE fuera acompañada por la limitación de sus efectos temporales. Sin embargo y resulta interesante destacarlo, el Tribunal no accederá. En efecto, recordemos que la razón de que se limitaran los efectos *ratione temporis* de *Legros* fue la situación de incertidumbre jurídica originada en torno al «octroi de mer»; ahora bien, desde el momento en que existe una sentencia en la que se califica este tributo de exacción de efecto equivalente, la inseguridad jurídica sobre su legalidad desaparece. Como bien señala el Tribunal en el apartado 45 de su sentencia, «el gobierno francés no podía razonablemente seguir considerando, después de la sentencia *Legros*, que la legislación nacional en la

---

<sup>138</sup> Sentencia *Lancry y otros*, de 9.8.94, Rep. I-3982.

materia era conforme con el derecho comunitario»; para proteger los intereses económicos de los territorios franceses de ultramar basta la limitación en el tiempo que fue acordada a la sentencia *Legros* y no procede limitar los efectos más allá de dicha sentencia. El TJCE se pronuncia en la misma línea frente al gobierno helénico con ocasión de su recentísima sentencia de 14.9.95 *María Simitzi*<sup>139</sup>, donde el Tribunal asimila un impuesto percibido por el gobierno helénico en el Dodecaneso al «octroi de mer» de la sentencia *Legros*. Al igual que en la sentencia *Lancry*, en *María Simitzi* se establece que, tras la interpretación realizada en *Legros* y dado el paralelismo entre ambos regímenes fiscales, el gobierno helénico no podía seguir considerando que dicho régimen fiscal fuese legal. No procede, por tanto, limitar los efectos en el tiempo de esta sentencia más allá de la fecha en que *Legros* se dictó<sup>140</sup>.

## VI. CONCLUSIÓN

Tras analizar la última jurisprudencia comunitaria sobre las condiciones de aplicación del art. 177 TCE, en lo referido tanto al procedimiento como a los efectos temporales de la sentencia prejudicial, quisiéramos avanzar algunas conclusiones prácticas. Nuestra opinión es que el período analizado consolida en líneas generales las diferentes tendencias que la jurisprudencia prejudicial mostraba, con una sola excepción: la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales por su pertinencia. A lo largo de este estudio hemos reseñado distintos ejemplos y las quejas doctrinales sobre la restricción en la interpretación de las condiciones de admisibilidad parecen sobradamente justificadas. Es el momento, sin embargo, de relativizar este problema a partir de tres planos diferentes.

Desde el punto de vista *estadístico* el rechazo continúa siendo una excepción en relación al conjunto de sentencias prejudiciales dictadas por el Tribunal. A lo largo de los años 1992-1994, el TJCE ha resuelto 345 asuntos sobre la base del art. 177 TCE, en los que los aspectos

---

<sup>139</sup> Sentencia *María Simitzi c. Dimos Cos*, de 14.9.95, aún no publicada, as. 485-486/93.

<sup>140</sup> La solución adoptada, sorprendentemente, se aparta de las conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Tesauro el 18.5.95, quien proponía tomar como fecha de referencia la de la sentencia *Lancry*, por cuanto el tributo griego era aplicable tanto a mercancías originarias de otro Estado miembro como a mercancías de otras regiones del mismo Estado. En *Lancry* se matizaba la sentencia *Legros*, en el sentido de permitir que la reglamentación fiscal objeto del litigio siguiese siendo aplicada a las mercancías originarias de otras regiones, aunque fuera incompatible con la interpretación del Tratado para las mercancías procedentes de otros Estados Miembros. Tesauro opina que el caso de autos es más acorde a la sentencia *Lancry*, pero no fue seguido por el Tribunal.

procesales sólo han sido examinados en 67 ocasiones. De entre ellas, el Tribunal opera una «reformulación tradicional» de las cuestiones 27 veces. Finalmente, el análisis de la admisibilidad desemboca en rechazo solamente en 7 casos a lo largo de los últimos cuatro años<sup>141</sup>. 7 casos de 345 procedimientos no representan un porcentaje escandaloso, ¿no? En 1992, hubo solamente un rechazo, y porque el juez no cumplía los requisitos de «jurisdicción»<sup>142</sup>. De repente, los rechazos ascienden a 4 en 1993, basados todos en la pertinencia de las cuestiones, dos de los cuales se manifestaron por medio de auto. Es comprensible que los comentaristas hayan reaccionado tan vivamente. Parece que la tendencia se estabiliza en 1994, con sólo dos rechazos por medio de auto. Finalmente, en el conjunto de sentencias dictadas en 1995 hasta el asunto C-17/94, de 7.12.95, se observa que los aspectos procesales son examinados en menos ocasiones que anteriormente. La inadmisibilidad se manifiesta por vía de auto en 2 ocasiones, pero coexiste con sentencia. No hay hasta ahora ningún ejemplo de reformulación tradicional.

Desde el punto de vista *metodológico*, quisiéramos repetir que es necesario evaluar la respuesta dada por el Tribunal respecto a la cuestión concreta planteada. Hay cuestiones cuyo enunciado está tan mal redactado que apela a la inadmisibilidad y esto podría haber ocurrido, en principio, en cualquier momento desde 1957.

Desde el punto de vista *institucional*, se podría concluir que el Tribunal está harto del comportamiento de los jueces nacionales, de su desconocimiento de la jurisprudencia relativa a los requisitos de admisibilidad y de que tengan una confianza ciega en la tradicional actitud receptiva y pedagógica del Tribunal. En efecto, la función de los jueces de Luxemburgo consiste en dictar sentencias que respondan a las interrogaciones de las jurisdicciones nacionales, no en retrasar su labor multiplicando, de forma a menudo abusiva, los comentarios de su propia jurisprudencia. Nos gustaría recordar, por ser la única observación que desde el Tribunal se ha hecho a las objeciones de la doctrina, las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el caso *Vanneetveld*<sup>143</sup>: «El Tribunal de Justicia ha estimado desde un principio que el procedimiento previsto en el art. 177 TCE está destinado a lograr una forma de cooperación judicial de la que debe excluirse el formalismo. Algunos asuntos recientes (...) en los que el Tribunal de Justicia no respondió a las cuestiones planteadas, no suponen, a mi juicio, un cambio de orientación respecto de esta concepción fundamental».

Hará falta esperar la continuación del tema, visto que esta pesada carga de trabajo se aligeró con el traspaso de competencias al Tribunal

---

<sup>141</sup> En 1992, 1; en 1993,4; en 1994, 2.

<sup>142</sup> Sentencia *Pierre Corbiau* cit. nota 12.

<sup>143</sup> Sentencia *Vanneetveld*, cit. nota 70.

de Primera Instancia, operado por Decisión del Consejo de 1 de agosto de 1993. Por otro lado, es necesario mencionar la posibilidad de que la modificación del Tratado de la Unión Europea que debe realizar la Conferencia Intergubernamental (junio de 1996) afecte a la organización o procedimiento ante el Tribunal. Hace algunos años que surgen propuestas doctrinales orientadas a mejorar (es decir, agilizar) el funcionamiento del Tribunal de Justicia<sup>144</sup>. En efecto, la duración media del procedimiento de cuestiones prejudiciales es excesivamente larga, con tendencia a aumentar: el Resumen de actividades del TJCE y del TPI en los años 1988-1994 indica que la duración media ha pasado de 17,5 meses en 1988 a 20,2 meses en 1993, lo cual resulta demasiado para un simple incidente en un litigio nacional. Esto podría implicar mayores reticencias de los jueces nacionales a la hora de plantear una cuestión prejudicial, pues es bien cierto que el retraso en la administración de justicia constituye una de las posibles lesiones del derecho de tutela efectiva.

No es menos cierto, sin embargo, que los autores no se ponen de acuerdo en cuanto a qué debiera modificarse para agilizar la tramitación de una cuestión prejudicial y todas las propuestas realizadas suscitan inconvenientes de uno u otro orden. En primer lugar, no resulta conveniente aumentar el número de jueces. La experiencia demuestra que la deliberación en el seno de un órgano compuesto por más de nueve jueces, estadio en que se encontraba el Tribunal antes de la llamada «ampliación al sur», alcanza el límite de la eficacia. La entrada de nuevos jueces añadidos a los quince que integran actualmente el TJCE crearía más problemas de coordinación que un aligeramiento en su labor y, según Everling<sup>145</sup>, se necesitaría un reparto permanente del Pleno del Tribunal en dos cámaras, siguiendo el modelo del Tribunal Constitucional alemán. Este esquema ha sido rechazado por distintos Estados Miembros ya que no estarían representados en cada uno de esos órganos de última instancia.

---

<sup>144</sup> Ver, en particular, pero no únicamente: KOOPMANS, T.: «The future of the Court of Justice of the European Communities» en *YEL*, 1991, Oxford, 1992, p. 15 y «La procédure préjudicielle, victime de son succès? Du droit national au droit de l'intégration» en *Liber Amicorum Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, p. 347; JACQUÉ, J.-P. y WEILER, J.H.: «Sur la voie de l'Union Européenne, une nouvelle architecture judiciaire», *RTDE*, 1990, p. 441; BIANCARELLI, J.: «Les mesures envisageables pour faire face à l'encombrement croissant du prétoire de la Cour de Justice, en dehors de l'institution d'une juridiction de première instance» en SCHWARZE, J. (de.), *Perspectives de développement de la protection juridictionnelle dans la Communauté européenne*, Baden-Baden, 1987, p. 73; EVERLING, U.: «L'avenir de l'organisation juridictionnelle de l'Union européenne» en *La réforme du système juridictionnel communautaire*, estudios dirigidos por G. Vandersanden, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1994, p. 19.

<sup>145</sup> EVERLING, U.: «L'avenir de l'organisation juridictionnelle de l'Union européenne» en *La réforme du système juridictionnel communautaire*, estudios dirigidos por G. Vandersanden, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1994, p. 21.

También se ha propuesto la designación de jueces ponentes adjuntos, que asistieran a los jueces en sus funciones. Pero lo cierto es que éstos se encuentran ya asistidos por los «référéndaires» y la creación de una nueva categoría de jueces, de segunda clase, no añadiría sino tensiones en el funcionamiento del Tribunal. Sí puede sugerirse la conveniencia de que los «référéndaires» designados tengan una dilatada experiencia profesional, contra la práctica de los jueces de atraer jóvenes recién salidos de la Universidad próximos a su entorno en el país de origen.

En cuanto al aspecto temporal del procedimiento, no resulta conveniente acortar los plazos concedidos a las partes, a riesgo de limitar su derecho de defensa; es más, podríamos preguntarnos por qué el Tribunal impone a las partes plazos tan estrictos que se aplican incluso las vacaciones judiciales, si resulta que los autos no serán examinados hasta varios meses después. Igualmente, no parece posible reducir la audiencia oral, pues debe respetarse el derecho de las partes a presentar alegaciones u observaciones que estimen importantes. Finalmente, también el período entre la celebración de la audiencia oral y la presentación de las conclusiones por el Abogado General es largo, lo que puede impedir que los jueces recuerden las impresiones que extrajeron sobre el caso concreto en la vista oral. Dificultades prácticas hacen casi imposible que los Abogados Generales puedan reducir este espacio de tiempo.

En resumen, hay pocas posibilidades de remediar el atasco actual y previsiblemente futuro a través de medidas que afecten a su organización y procedimiento interno. Sin embargo, es necesario subrayar que el Tribunal no debe relajarse en el cumplimiento de la misión que le ha sido confiada. Según Max Weber, *la legitimidad de las instituciones resulta de su racionalidad, de su tradición y de su carisma* y en lo que concierne al Tribunal, su legitimidad se desprende del respeto a las garantías procedimentales. Cualquier reforma de la jurisdicción comunitaria deberá respetar la independencia y neutralidad de sus miembros, así como el derecho de los particulares a ser oídos.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

AA.VV: *La réforme du système juridictionnel communautaire*; al cuidado de Georges Vandensanden, Bruselas, Editions de l'Université de Bruxelles, 1994.

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Derecho comunitario: sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 322-351.

- PALACIO GONZÁLEZ, José: *El sistema judicial comunitario*, curso mecanografiado del Instituto de Estudios Europeos, Universidad de Deusto, 1993-1994.
- SILVA DE LAPUERTA, Rosario: *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, La Ley, 1986, pp. 171-203 y 290-294.
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marcos: *La cuestión prejudicial en el Derecho Comunitario europeo*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 150-160.

## Artículos

- AMPHOUX, Jean: «Cour de Justice des Communautés Européennes 1992-1993», *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1994, n.º 1-2, pp. 86-229.
- LENZ, Carl Otto: «Rôle et fonctionnement de la procédure de décision préjudicielle en droit communautaire», *La semaine juridique* n.º 13, 19 de marzo de 1995, p. 3834.
- PALACIO GONZÁLEZ, José: «Jurisprudencia constitucional en sede comunitaria y protección de los particulares». *Revista Vasca de Administración Pública*, 1995, pág. 74.
- PALACIO GONZÁLEZ, José: «Tutela judicial efectiva de los derechos individuales en el orden comunitario» en AA.VV.: *La cuestión prejudicial*, al cuidado de este autor, Vitoria-Gasteiz, Eusko Jaurlaritz-Gobierno Vasco, 1994.
- SCHOCKWEILER, F.: «La Cour de Justice, dépasse-t-elle les limites de ses attributions?», *Journal des Tribunaux Droit Européen* 20 de abril de 1995, p. 73.
- SIMON, Denys: «Commentaire de Jurisprudence», *Journal de Droit International Clunet* 1993, pp. 402-404; ídem 1994, pp. 477-483; ídem 1995, pp. 428-438.
- SIMON, Denys: «L'effet dans le temps des arrêts préjudiciels de la Cour de Justice des Communautés Européennes: enjeu ou prétexte d'une nouvelle guerre des juges?» en AA.VV.: *Liber Amicorum Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 651.
- TRAVERSA, Enrico: «Les voies de recours ouvertes aux opérateurs économiques: le renvoi préjudiciel au titre de l'art. 177 du traité CEE», *Revue du Marché Unique Européen*, 1992, n.º 2, p. 51.
- VANDERSANDEN, Georges: «Le contentieux communautaire»; *JTDE* de 20 de octubre de 1994, pp. 154-156.

## Documento

- Informe del Tribunal de Justicia sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión*, Luxemburgo, Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, mayo de 1995.

## Comentarios de sentencias

- Journal des Tribunaux Droit Européen: 1992-1995.  
 Revue Europe: 1992-1995, recalamos los comentarios siguientes:

- RIGAUX, A.: *Ordonnance La Pyramide SARL*, octubre 1994, com. 354.
- SIMON, D. *Vaneetveld*, mayo 1994, com. 181.
- Rita Grau-Hupka*, febrero 1995, com. 40

**T.J.C.E.**

Todas las sentencias dictadas desde enero de 1992 hasta el 14.9.95.

# La Constitución Europea: pasado, presente y futuro\*

por Torsten Stein

Catedrático de Derecho Europeo y Director del *Europa-Institut*  
de la Universidad de Saarbrücken (Alemania)

El tema que me ha sido propuesto es, en cierto sentido, una «carte blanche» que permite tanto un análisis histórico, como una perspectiva profética. Pero no se preocupen. Con el pasado no les entretendré durante demasiado tiempo y como tampoco soy adivino no realizaré demasiadas profecías. Lo que deseo exponerles es más bien una sobria visión de lo ya logrado y de la posibilidad de completar lo conseguido.

Comencemos echando una mirada hacia atrás: si nos retrotraemos más allá del pasado reciente encontramos en 1878 un trabajo de Bluntschli sobre «la organización de la Sociedad Europea de Estados (*die Organisation des europäischen Staatenvereins*)». Hoy, dentro de los límites espaciales de los efectos vinculantes de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, ya no hablaríamos de Sociedad de Estados sino de asociación de Estados (*Staatenverbund*). Saber en qué consiste este cambio supone una diferencia cualitativa que exige una mayor profundización. Bluntschli escribía lo siguiente en 1878: «el debate sobre la Constitución de Europa actualmente tiene únicamente un valor académico. Hemos de ser conscientes de que no sólo los hombres de Estado (los cuales tienen que resolver otras cuestiones más inmediatas y urgentes) no conceden atención a estas cuestiones, quizá incluso... se burlan. También comprendemos que muchos lectores inteligentes y bienintencionados que normalmente sí se interesan por problemas políticos, reaccionen de forma fría e indiferente ante semejantes intenciones

---

\* Traducido del alemán por José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES. Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de La Rioja. El texto reproduce la conferencia pronunciada por el Profesor Stein el 27 de octubre de 1995 en el Instituto de Estudios Europeos, con motivo de la inauguración de los XVI Cursos en Integración Europea.

constitucionales»<sup>1</sup>. Quizá no sea por casualidad que precisamente el Parlamento Europeo, el cual no siempre tiene encomendadas tareas prácticas y urgentes que resolver, se esfuerce denodadamente por elaborar proyectos de Constitución para Europa.

El supuesto autor de la expresión «asociación de Estados» (*Staatenverbund*), utilizada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, Paul Kirchhof, ante el Foro Europeo de la Representación de la Unión Europea en Bonn, dijo el 3 de mayo de 1994 lo siguiente: «Allá donde no hay Estado, no hay Constitución y donde no hay un pueblo, no hay Estado», por lo que, a su juicio, actualmente no podría hablarse, en modo alguno, de una Constitución europea<sup>2</sup>.

¿Ha cambiado algo desde la afirmación de Bluntschli? ¿Sigue teniendo la cuestión relativa a una Constitución para Europa un simple valor académico? Sea como fuere, ya en el año 1967 el Tribunal Constitucional Federal alemán estableció que el Tratado de la CEE es «en cierto sentido la Constitución de la Comunidad»<sup>3</sup> y consiguientemente consideró que un recurso de amparo contra actos de las instituciones comunitarias resulta inadmisibles porque se trata de actos provenientes de un «poder público supranacional» creado a través del Tratado CEE. También el Tribunal de Justicia de las Comunidades, aunque ciertamente 20 años más tarde, ha calificado el Tratado como «la carta constitucional de la Comunidad»<sup>4</sup>. Pero en ambos casos se constata una perceptible moderación: es «en cierto sentido» la Constitución y la «carta constitucional». No dicen directamente y sin reservas que es «la Constitución».

El que los bienintencionados e inteligentes a los que hacía referencia Bluntschli y, en mayor medida todavía, la gran masa de la población siguen reaccionando ante la Constitución de Europa de manera fría e indiferente, por no decir con actitud de rechazo lo han mostrado claramente los *referenda* sobre el Tratado de Maastricht allí donde se han celebrado. El motivo para el tibio apoyo no era tanto la desilusión por la insuficiencia de los poderes recibidos por el Parlamento Europeo ni el que los importantes asuntos de Interior y Justicia o de Política Exterior y de Seguridad Común, importantes para todo ente estatal, tuvieran que seguir siendo objeto de simple cooperación intergubernamental. El motivo fue

---

<sup>1</sup> Citado en SCHWARZE, J./BIEBER, R. (ed.), *Eine Verfassung für Europa*, Baden-Baden 1984, p. 11. (N. del T.: Esta obra (*La organización de la Unión Europea de Estados*) se encuentra publicada en español en LORIMER, J./BLUNTSCHLI, J.C.: *Dos proyectos de organización internacional y europea*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid 1986, pp. 91-139).

<sup>2</sup> *EU-Nachrichten* 18/19 de 9 de mayo de 1994, p. 3.

<sup>3</sup> BVerfGE 22, p. 293.

<sup>4</sup> TJCE as. 295/84 *Los verdes/Parlamento Europeo*, Rec. 1986, p. 1339; en el mismo sentido dictamen 1/91 sobre el Tratado del Espacio Unico Europeo (DOCE C 110, 1992, p. 21).

la duda de si se ha ido quizá demasiado lejos. En este sentido es ciertamente acertada la afirmación de Peter Glotz<sup>5</sup> en el sentido de que «Maas-tricht I» fue un final y no un principio: el final de una construcción de Europa hecha «desde arriba». Esto no es irrelevante para la discusión constitucional que actualmente se está produciendo a propósito de «Maas-tricht II».

Parte, e incluso una gran parte, de lo que en los años posteriores a la entrada en vigor de los Tratados de Roma se escribió sobre la «Constitución» o «el desarrollo constitucional» en la CE, considera la «Constitución» más bien como un estadio, como una «situación», como una «condición del orden jurídicamente reglado» (*Zustand rechtlich geregelter Ordnung*)<sup>6</sup>. Posteriormente ello desemboca rápidamente en un tratamiento detallado de las cuatro libertades fundamentales para el mercado común, las cuales resultan con toda seguridad de carácter constitutivo para ese mercado, pero difícilmente trasladan al plano estatal-nacional algo más que simples derechos subjetivos de carácter público y legal. Tampoco el intento de derivar derechos fundamentales de las [cuatro] libertades fundamentales y, por tanto, retomar la discusión levantada en los años setenta a propósito del déficit de los derechos fundamentales en la Comunidad tuvo mayor éxito. Este estadio, esta «situación» de la Comunidad se ha ido modificando continuamente. Se hizo con el Tratado de Fusión de 1965<sup>7</sup>, al cual no siguió una verdadera fusión de las tres Comunidades; se hizo después con el Acta Unica Europea de 1986<sup>8</sup> y finalmente con el Tratado de Maastricht<sup>9</sup>. Efectivamente, hay un «desarrollo constitucional»<sup>10</sup>, pero ¿tenía la Comunidad —y tiene la Unión— una verdadera Constitución? Sin duda, no en el sentido de la Teoría del Estado. La Comunidad no era un Estado y la Unión tampoco lo es en su situación actual. No puede reclamar como propios ninguno de los elementos estatales. No goza ni de la estatalidad de que disfrutaban sus Estados miembros ni de su orden constitucional; no posee la atribución de poder ampliar unilateralmente sus propias competencias; y a través del Tratado de Maastricht no se le han atribuido determinadas materias que resultan esenciales para la estatalidad. Un abandono

<sup>5</sup> Europäisches Forum 3.5.1994, Bonn.

<sup>6</sup> Cfr. MATTHIES: «Die Verfassung des Gemeinsamen Marktes,» en AAVV, *Gedächtnisschrift für Ch. SASSE*, vol. 1 (1981), pp. 115 y ss.

<sup>7</sup> JOCE n.º 152 de 13.7.1967, p. 2.

<sup>8</sup> DOCE L 169 de 29.6.1987, p. 1.

<sup>9</sup> DOCE C 191 de 29.7.1992, p. 1.

<sup>10</sup> Cfr. al respecto BIEBER, R.: «Verfassungsentwicklung in der Europäischen Gemeinschaft, Form und Verfahren», en SCHWARZE, J/BIEBER, R: *op. cit (nota 1)*, pp. 49 y ss; de forma semejante íbidem: «Verfassungsentwicklung und Verfassungsgebung in der Europäischen Gemeinschaft», en WILDEMANN, R., *Staatswerdung Europas?*, Baden-Baden, pp. 393 y ss.

unilateral de la Unión por uno de sus Estados miembros no sería un caso de secesión o de alta traición, sino a lo sumo un incumplimiento del Tratado<sup>11</sup>. Y a partir de lo que hasta el momento se ha escuchado sobre el «grupo de reflexión» no parece tampoco que «Maastricht II» vaya a traer consigo un Estado europeo.

Por lo tanto, con seguridad resulta correcto afirmar que «allá donde no hay un Estado, tampoco existe Constitución». Por otro lado, también es cierto que una postura circunscrita a esa conclusión resulta demasiado apegada al pensamiento estatal e ignora que una Constitución ha de considerar, junto a los criterios estrictamente estatales, las peculiaridades del fenómeno de integración. Ipsen<sup>12</sup> propugnaba ya en 1970 una «liberación de la cuestión constitucional en el fenómeno de integración europea del corsé impuesto por el pensamiento jurídico-normativo del modelo de la tradición federal alemana». También ha de ser liberada de la memoria histórica mitificada sobre la vía alemana del paso de la Unión Aduanera (*Zollverein*) al Estado federal (*Bundesstaat*)». Ipsen deseaba, a la vez, liberar la cuestión de la Constitución europea de «los planteamientos perfeccionistas, orientados por la Constitución alemana, de un sistema de Gobierno parlamentario y de una forma de estatalidad que únicamente se pueda articular según el artículo 19-4.º de la Ley Fundamental de Bonn». Esto último entra en profunda contradicción con la argumentación, relativa a la necesidad de una legitimación democrática del poder ejecutivo ejercido por «Europa»<sup>13</sup>, la cual, por cierto, actualmente es primaria para la necesidad de una Constitución europea. Y ello es así porque atendiendo a razones teóricas y democráticas no resultaría aceptable que un modelo de poder carente de suficiente asentamiento en la voluntad de los pueblos derivara sin un mandato parlamentario de aplicación jurídica hacia una estatalidad dotada de una serie de derechos soberanos no determinados previamente<sup>14</sup>. Esto también lo ha visto así el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia sobre Maastricht<sup>15</sup>. La sentencia puede ser criticada por muchos motivos, pero el Tribunal Constitucional no tenía

---

<sup>11</sup> STEIN, T.: «Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz», *VVDStRL* vol 53 (1994), p. 26 y ss. En sentido contrario y pronunciándose a favor de considerar el abandono unilateral como violación de una simple obligación vid. DOHRING, K.: «Staat und Verfassung in einem zusammenwachsenden Europa», *ZRP* 1993, pp. 18 y ss.

<sup>12</sup> IPSEN, H.P.: *Verfassungsperspektiven der Europäischen Gemeinschaft*, Berlín 1970, p. 9.

<sup>13</sup> Vid. sobre todo ALBER, S.: *Die Entwürfe des Europäischen Parlaments für eine europäische Verfassung*, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes, n.º 248, Saarbrücken 1994.

<sup>14</sup> GLOTZ, P.: *loc. cit.* (nota 5).

<sup>15</sup> BVerfGE 89, pp. 155 y ss.

más remedio que confirmar a los Parlamentos nacionales competencias de entidad sustancial en tanto los miembros soberanos de la asociación de Estados (*Staatenverbund*) no se doten de una estructura democrática en el plano europeo. No se puede responsabilizar al Tribunal de la contradicción existente entre cada vez más «Europa» sin más democracia sustancial en la Unión Europea. Volveré a la cuestión de si la simple transmisión de más competencias al Parlamento Europeo sin mayores modificaciones de la Comunidad en lo básico sería imaginable y adecuada como solución del problema.

Pero antes permítanme retomar la pregunta de si la Unión tiene una Constitución o si la Comunidad ya la tenía. La respuesta es afirmativa, si nos liberamos del pensamiento constitucional jurídico-estatal<sup>16</sup>. El concepto de Constitución es, con todo, e incluso en la propia Teoría del Estado, indeterminado por diversas causas<sup>17</sup>. Entre otras, por el simple hecho de que puede ser considerado tanto en sentido formal como material<sup>18</sup>. En Derecho Internacional Público nos hemos acostumbrado a una terminología, según la cual todo Tratado constitutivo de una Organización Internacional, aunque sea la más insignificante de ellas, se lo considera su Constitución, la cual establece el número de órganos, las competencias y los procedimientos decisorios, así como los correspondientes mecanismos de modificación. Todo esto también lo tiene la Unión Europea, como también lo tenía la Comunidad, e incluso más: tiene principios y postulados que la convierten en una forma de integración supranacional y la elevan por encima del resto de Organizaciones Internacionales. Esos principios básicos teóricamente se encuentran incluso al margen de la reforma del artículo N del Tratado de la Unión y su eventual reforma equivaldría a una revolución<sup>19</sup>. El Tratado de la Unión es, por ello, una de las pocas «Constituciones» que autoriza una revolución<sup>20</sup>.

Pero existe algo que no hace la «Constitución» de la Unión Europea: no regula con la misma obligatoriedad todos los ámbitos decisivos para la existencia, eficacia y supervivencia de una Comunidad. Es una *Constitución parcial* que precisa ser completada. Este complemento puede

---

<sup>16</sup> En este mismo sentido vid. SEIDEL, M.: «Basic Aspects of a European Constitution», *Aussenwirtschaft* 1995, pp. 221 y ss.

<sup>17</sup> HESSE, K.: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18 edición, Heidelberg 1991, p. 3.

<sup>18</sup> Cfr. SCHWARZE, J.: «Verfassungsentwicklung in der Europäischen Gemeinschaft», en SCHWARZE, J./BIEBER, R., *op. cit. (nota 1)*, p. 17.

<sup>19</sup> En este sentido ya se pronunciaba MATTHIES: *loc. cit. (nota 6)*, p. 116.

<sup>20</sup> Sobre los límites posibles vid. CRUZ VILACA, J.L./PICARRA, N.: *Are there Material Limits to the Revision of the European Union?*, *Vorträge und Berichte aus dem Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht* n.º 46, Bonn 1995.

venir a través de otras Constituciones europeas también parciales, como por ejemplo a través del Consejo de Europa con su Convención para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas o de la Organización para la Cooperación y Seguridad en Europa (OCSE), la Unión Europea Occidental (UEO) o la OTAN por lo que respecta a la seguridad externa y resolución de conflictos<sup>21</sup>. Con ello se difumina el concepto de Constitución —y no sólo en sentido político—<sup>22</sup>. El concepto se hace difuso porque las Organizaciones de esas Constituciones parciales son totalmente dispares. En el caso de la OCSE llegan hasta Asia Central.

La «Constitución» de la Unión sufre otro complemento de desigual influencia a través de las Constituciones nacionales de los Estados miembros<sup>23</sup>. Aquí la Comunidad en cuestión es la misma en sus fronteras exteriores, pero las Constituciones son de diferente naturaleza: del lado de la Unión una Constitución parcial y de parte de los Estados miembros Constituciones plenas con una decreciente competencia de regulación, pero con una responsabilidad final ilimitada frente a los ciudadanos del correspondiente Estado. Este complemento de la Constitución de Europa con las Constituciones de los Estados miembros es la causa exacta del problema ante el que se encontraba el Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia sobre Maastricht, ya que este tipo de complemento impone límites al progresivo relleno de la Constitución europea parcial, al menos en tanto no se convierta en una Constitución europea global y se coloque en el lugar que actualmente ocupan las Constituciones de los Estados miembros. Sin embargo, el actual Tratado de la Unión se encuentra todavía muy lejos de una Constitución global y tampoco la Conferencia Intergubernamental de 1996 podrá adoptarla. En realidad, ni siquiera lo podrá querer.

Para confirmar el carácter cuasi-constitucional de los Tratados comunitarios, se ha venido afirmando que una Constitución no es algo estático, que el proceso constituyente no es un acto único y puntual, sino un proceso duradero y evolutivo<sup>24</sup>. Así, la Comunidad se encontraría en un estado de progresivo proceso constituyente y desarrollo constitucional<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> En este sentido FROWEIN, J.A.: «Verfassungsperspektiven der Europäischen Gemeinschaft», *Europarecht (cuadernillo) 1/1992*, pp. 63 y ss, especialmente p. 65.

<sup>22</sup> *Ibidem*; cfr. también STEINBERGER, H.: «Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft», *VVDStRL 50* (1991), pp. 9 y ss, especialmente pp. 18 y ss.; KLEIN, E.: *ebenda*, pp. 56 y ss.

<sup>23</sup> FROWEIN: *loc. cit.* (nota 21).

<sup>24</sup> GRABITZ, E.: «Methoden der Verfassungspolitik in der Gemeinschaft», en AAVV, *Gedächtnisschrift für Ch. SASSE*, 1981, pp. 105 y ss, en particular p. 107.

<sup>25</sup> BIEBER, R.: «Verfassungsentwicklung und Verfassungsgebung in der Europäischen Gemeinschaft», en WILDEMANN, R., *op. cit.* (nota 10), pp. 393 y ss, especialmente p. 398.

En este sentido, se suele remitir gustosamente a la Constitución británica, la cual ciertamente no es estática por el simple hecho de que no está escrita<sup>26</sup>, o se remite también al hecho de que la Constitución federal norteamericana en su preámbulo habla únicamente de «a more perfect union»<sup>27</sup>. En ello se encuentra un paralelismo cercano con la referencia a «un mayor acercamiento entre los pueblos europeos» que hacía el preámbulo del Tratado de la CEE en su primer párrafo y aún más a una «Unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos» a la que hace alusión el artículo A del Tratado de la Unión Europea. Estas afirmaciones olvidan, sin embargo, el detalle de que la Constitución no escrita de Gran Bretaña lo es de un ente estatal maduro y que la aceptación de la Constitución de la Unión norteamericana se hacía sobre el acuerdo de crear un Estado federal, aunque en sus detalles se debiera realizar a través de la propia Constitución. En Europa falta esa aceptación. La integración europea no ha alcanzado aún su meta final. En realidad, ni siquiera la ha definido. Hasta ahora el camino era la meta<sup>28</sup>. Pero llegará el momento en el que con el actual ancho de vía no se pueda continuar hacia adelante. Cuando llegue ese momento habrá que detenerse o ampliar ese ancho de los raíles. Una vía más ancha sería aquella que condujera hacia un Estado federal y en la que no se pudiera entrar a hurtadillas<sup>29</sup>.

Pero precisamente en este punto algunos de los proyectos de Constitución que se han presentado resultan oscuros y casi deshonestos. El único proyecto que abiertamente reconoce como meta la constitución de un «Estado federal de Europa» es el proyecto Luster de 1988<sup>30</sup>, el cual ya le fue presentado al Parlamento en 1983<sup>31</sup> pero quedó a la sombra del proyecto Spinelli de Tratado de la Unión<sup>32</sup> y no fue discutido. El último proyecto de Constitución de la Unión, presentado en febrero de 1994<sup>33</sup> por la Comisión del Parlamento Europeo encargada de Asuntos Institucionales, no se pronuncia claramente sobre esta meta y, a juicio de la propia Comisión, no sería adoptado por los pueblos de Europa, sino «en su nombre» por los Estados y el Parlamento Europeo. Por lo visto, la Comisión

---

<sup>26</sup> SCHWARZE, J.: *loc. cit.* (nota 18), p. 20.

<sup>27</sup> FROWEIN, J.A.: *loc. cit.* (nota 21), p. 64.

<sup>28</sup> Cfr. WEBER, A.: «Zur künftigen Verfassung der Europäischen Gemeinschaft», *Juristenzeitung* 1993, p. 325.

<sup>29</sup> STEIN, T.: *loc. cit.* (nota 11), p. 96.

<sup>30</sup> LUSTER, R.: *Bundesstaat Europäische Union-Ein Verfassungsentwurf*, 1988, especialmente introducción, p. 16.

<sup>31</sup> PE-Doc. 1-653/83, II, de 26.9.1993.

<sup>32</sup> JOCE C 77 de 19.3.1984, p. 33.

<sup>33</sup> PE 203.601 (PE-Doc. A3-0064/94); vid. al respecto HILF, M.: «Eine Verfassung für die Europäische Union», *Integration* 2/94, pp. 69 y ss.

de Asuntos Institucionales no parte de la idea de un pueblo europeo que se pueda dotar de una Constitución de este tipo. ¿Y qué decía Kirchhof?: «Allá donde no hay pueblo, no hay Estado». Más adelante volveremos a tratar este proyecto.

El Estado federal europeo y su correlativa Constitución de la Unión no figuran en el orden del día de la Conferencia Intergubernamental de 1996. Eso lo dicen incluso los políticos alemanes, los cuales hasta ahora eran los únicos en Europa que siempre hablaban al respecto. Los «Estados Unidos de Europa», al menos de momento y en el futuro más próximo, no son una meta que pueda lograr un consenso<sup>34</sup>. A mi juicio, este consenso tampoco se puede alcanzar a través de un proceso constituyente que se adelante a su consecución. Ciertamente, las Constituciones pueden producir efectos de identificación. Pero cualquier Constitución de la Comunidad que pretenda ser duradera habrá de construirse sobre la base de la aceptación, con la cual se pueda contar. Las competencias que se transmitan a la Unión no pueden crear esa aceptación sino sólo reflejarla<sup>35</sup>. Su asunción por la Comunidad, aunque quizá pueda hablarse de un cierto «sentimiento comunitario»<sup>36</sup>, no ha conducido todavía a que se forme algo parecido a lo que podríamos denominar «Nación europea»<sup>37</sup>.

Los Estados no han sido inventados sino que se han ido configurando progresivamente. Ello conlleva una cierta capacidad de identificación, aunque no lo sea hasta los últimos detalles. La Unión Europea, incluso ante los ojos de quienes hoy se pueden denominar «ciudadanos de la Unión», sigue siendo algo inventado y precisa de una lógica interna que la justifique sin contradicciones en todos sus pormenores de su ejercicio de poder<sup>38</sup>, especialmente para la ampliación de sus ámbitos de competencia normativa. Precisamente, si se habla de un proceso constituyente europeo, éste es el punto que debería obligar a pensar en los *referenda* sobre Maastricht.

Si el Estado federal europeo de momento no resulta una opción realista, ¿cuál es entonces la perspectiva? Aquí hay que adherirse a la opinión de quienes ven en la estructura confederal —sin dar el salto a un Estado federal europeo— la única con posibilidades de éxito<sup>39</sup>. Se la

<sup>34</sup> SEIDEL, M.: «Zur Verfassung der Europäischen Gemeinschaft nach Maastricht», *Europarecht* 1992, pp. 125 y ss, especialmente p. 139.

<sup>35</sup> SIMSON, W.V.: «Voraussetzungen einer Europäischen Verfassung», en SCHWARZE, J./BIEBER, R., *op. cit. (nota 1)*, pp. 91 y ss, en particular p. 102.

<sup>36</sup> SCHERMERS, H.: «Statement», *Europarecht cuadernillo* 1/1992, pp. 49 y ss.

<sup>37</sup> SEIDEL, M.: *loc. cit. (nota 34)*, p. 140.

<sup>38</sup> SIMSON, W.V.: *loc. cit. (nota 35)*, p. 93.

<sup>39</sup> FROWEIN, J.A.: *loc. cit. (nota 21)*, al final. En el mismo sentido WEBER, A.: *loc. cit. (nota 28)*, p. 326.

puede denominar, como hace el Tribunal constitucional Federal alemán, «asociación de Estados» (*Staatenverbund*), aunque «Comunidad de Estados» hubiera resultado más adecuada para hacer referencia al fenómeno de integración europea y como mínimo igual de acertada<sup>40</sup>. Lo que se exige es un estructura confederal con «una Constitución democrática y con los caracteres derivados del principio de Estado de Derecho»<sup>41</sup>.

Con Estado de Derecho se hace referencia aquí, en primer lugar, a la protección de los derechos fundamentales. Yo no tendría nada en contra de ampliar el Tratado de la Unión con un catálogo de derechos fundamentales, incluso con un catálogo completo. Sería poco adecuado incluir en la «Constitución parcial» sólo un catálogo parcial que englobara los derechos fundamentales de naturaleza económica o social. Contra una inclusión de un catálogo completo de derechos fundamentales se ha argumentado que la Comunidad rompería con el sistema de protección de derechos de la Convención europea para la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas<sup>42</sup>. Conviene, a este respecto, recordar que la Convención del Consejo de Europa es, ciertamente, la más citada por el Tribunal de Justicia en sus sentencias más importantes. Ello es así porque es común, porque es parte integrante de los principios fundamentales que fundan los derechos fundamentales en la Comunidad. Pero no es la única. Los derechos fundamentales contenidos en las Constituciones nacionales, los cuales raramente van más allá de la Convención del Consejo de Europa, son también parte integrante de esos principios generales. Y conviene observar también que el Consejo de Europa (y con él los órganos del Convenio), respecto a sus Estados integrantes, va, hoy más que nunca, bastante más allá del círculo de Estados miembros de la Unión Europea. Incluso, aunque no se deba ignorar que los órganos del Convenio —en el futuro un Tribunal permanente como órgano único<sup>43</sup>— se mantendrán bajo el manto de su actual jurisprudencia, debe considerarse que la concepción de los derechos fundamentales en una futura «Europa de 36»<sup>44</sup> no coincidirá necesariamente con la de la más reducida Comunidad Europea, incluso aunque ésta crezca hacia el Mediterráneo y hacia el Este hasta alcanzar los 20 Estados o más.

---

<sup>40</sup> IPSEN, H.P.: «Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil», *Europarecht* 1994, particularmente pp. 7 y ss.

<sup>41</sup> FROWEIN, J.A.: *loc. cit.* (nota 21); cfr. también SEIDEL, M.: *loc. cit.* (nota 34).

<sup>42</sup> FROWEIN, J.A.: *loc. cit.* (nota 21), p. 75.

<sup>43</sup> Vid. el Protocolo 11 al Convenio Europeo de derechos y libertades fundamentales, *Traités et rapports*, Conseil de l' Europe 1994. [Nota del Traductor: este protocolo está publicado en castellano en *Revista de Instituciones Europeas* 1995, pp. 333-348].

<sup>44</sup> De los 36 Estados miembros del Consejo de Europa han ratificado el Convenio hasta el momento presente 31 de ellos.

Mucho más difícil es el tema relativo a la «Constitución democrática», incluso aunque se incluya en ella la cuestión de la representatividad del Parlamento Europeo<sup>45</sup> y la cuestión, normalmente no tratada, del juego entre mayorías y minorías<sup>46</sup>. Una nueva construcción de la participación del Parlamento en el proceso decisorio del Unión en el modo actual resulta sólo parcialmente posible. Y ello por dos motivos. Por una parte, imaginar algo más complejo es difícilmente posible. Si consideramos que las Constituciones producen efectos de identificación a través de los que ofrecen orientación a los ciudadanos, entre otros aspectos en relación a su participación en la conducción del ente comunitario, entonces los artículos 189 y ss TCE son contraproductivos. Por otra parte, mientras la Unión Europea siga estando compuesta por Estados soberanos cuya potestad normativa se haya transmitido a la Unión en amplios campos y sigan siendo los Estados quienes asuman la responsabilidad última ante sus ciudadanos por lo que haga la Unión, tendrá que seguir siendo el Consejo la institución más importante de la Unión. Un Consejo cuyos miembros, llegado el caso, habrán de responder ante los Parlamentos nacionales<sup>47</sup>. Si los Parlamentos nacionales en el pasado se hubieran ocupado más de lo que se decidía en Bruselas y no sólo cuando los agricultores lanzaban tomates ante el edificio de las Cortes, probablemente se hubiera hablado bastante menos del «déficit democrático»<sup>48</sup>. El hecho de que el Parlamento Europeo, mientras la Unión mantenga su carácter de Comunidad de Estados, no pueda devenir legislador principal, exige una mayor atención de los Parlamentos nacionales. Y ello también por otra razón: de no ser así, la deseable ampliación de la transmisión de más competencias concretas a la Comunidad encontraría fuertes límites, porque desde la perspectiva democrática contribuiría a incrementar la deslegitimización del ejercicio de soberanía.

A mi juicio, la discusión sobre la Constitución de Europa parece sugerir que la integración conseguida hasta ahora sobre la base de Tratados internacionales no habría servido para nada si no se coronase con una Constitución. En realidad, yo nunca he alcanzado a comprender esa lógica. El fenómeno de integración comunitaria es algo que constantemente atrae a nuevos candidatos y que, con mayor o menor éxito, es tomado como modelo. Esos tratados todavía se pueden mejorar y completar puntualmente. El Tratado de Maastricht fue, en realidad, formulado con tantas prisas y

---

<sup>45</sup> Cfr. SEIDEL M.: *loc. cit.* (nota 34), p. 140.

<sup>46</sup> FROWEIN, J.A.: *loc. cit.* (nota 21), p. 72.

<sup>47</sup> STEIN, T.: *loc. cit.* (nota 11), pp. 31 y s.

<sup>48</sup> Cfr. la Declaración 13 anexa al TUE (parte III) relativa al cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea.

premura de tiempo que su consolidación justificaría ya por sí misma una Conferencia Intergubernamental. Pero, aun en ese caso seguiría siendo Maastricht la obra de un Tratado internacional, incluso aunque a partir de él se haya desarrollado un especial régimen.

Con todo, la llamada hacia una «Constitución» para Europa, lejos de enmudecer, no cesa de crecer y aumentar de tono. Un número de artículos jurídicos ya difícilmente abarcable aborda con pequeñas variaciones el tema: ¿necesita Europa una Constitución?<sup>49</sup> —cuya formulación da a entender que todavía no existe una Constitución— o tratan la cuestión de las características principales que debería tener una (nueva) Constitución europea<sup>50</sup>, lo cual parece presuponer que Europa ya tiene una Constitución, al menos en el sentido descrito anteriormente. Expertos del Derecho Comunitario Europeo viajan de un congreso a otro, cuyos temas siempre giran en torno a «una Constitución para Europa», con lo que crean la sensación que la base normativa actual de la Unión Europea es de alguna manera insuficiente. Pero todas esas discusiones académicas no pasan de lo abstracto y resultan casi estériles. Por tanto, ¿qué es lo que les falta a los Tratados comunitarios que una «Constitución» europea podría mejorar o añadir?

Quizá se entienda mejor el problema si antes recordamos lo que, según el parecer habitual, ha de ofrecer una Constitución, aunque realmente no exista en el plano de la Teoría del Estado un consenso total sobre el significado, función y tareas que ha de cumplir una Constitución<sup>51</sup>. En todo caso, sí cabe formular lo que serían las exigencias mínimas de una «Constitución» moderna: tiene que precisar la forma de ejercicio del poder (forma de gobierno)<sup>52</sup>; tiene que garantizar y asegurar a sus ciudadanos la libertad de autodeterminación, así como fijar los principales principios fundamentales para la vida en común<sup>53</sup>; también tiene que establecer de manera clara, obligatoria y definitiva el reparto de competencias entre los diferentes órganos que participan en el ejercicio del poder dentro del ente en cuestión, así como los mecanismos decisorios existentes dentro de esos órganos. Por último, una Constitución tiene, sobre todo, la función

---

<sup>49</sup> Cfr. en el último tiempo LECHER, H.: «Braucht die "Europäische Union" eine Verfassung?», en AAVV, *Gedächtnisschrift für Eberhard GRABITZ*, Munich 1995, pp. 393 y ss, LÄUFER, T.: «Zum Stand der Verfassungsdiskussion in der Europäischen Union», *ebenda*, pp. 355 y ss; GRIMM, D.: «Braucht Europa eine Verfassung?», *Juristenzeitung* 1995, pp. 581 y ss.

<sup>50</sup> Cfr. SEIDEL, M.: *loc. cit.* (nota 16).

<sup>51</sup> Vid. al respecto STERN, K.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. I, 2.ª edición, Munich 1984, p. 78.

<sup>52</sup> Cfr. DOERING, K.: *Allgemeine Staatslehre*, Heidelberg 1991, pp. 129 y ss («Verfassungseinscheidung für eine bestimmte Staats- und Regierungsform»).

<sup>53</sup> LECHER, H.: *loc. cit.* (nota 49), p. 405.

de crear unidad e integrar a los ciudadanos en un Estado definido geográficamente sobre un territorio<sup>54</sup>. Por el contrario, es un craso error creer que el déficit democrático de la Unión Europea se puede colmar únicamente a través de una Constitución; la deseable dosis de legitimación democrática en la estructura de poder de la Comunidad es una cuestión del contenido material del Derecho originario y no de su denominación. Las Constituciones también pueden constituir una dictadura si así lo quiere el *pouvoir constituant*.

Si procedemos a analizar en qué medida el Tratado de Maastricht cumple esos requisitos mínimos exigidos por una Constitución, se observará inmediatamente que algunos sí se cumplen, otros tan sólo parcialmente y otros en ningún caso. La determinación de las condiciones para el ejercicio del poder dentro de la Comunidad sí se recoge en los Tratados, si bien se encuentra dispersa en diversas disposiciones<sup>55</sup>: la Comunidad es una comunidad de Derecho y se impide la concentración de poder, aunque esto último se haga a través de un sistema de división de poderes que no coincide con el habitual de los Estados<sup>56</sup>. La garantía de la libertad y autodeterminación de los ciudadanos se recoge por primera vez en el artículo F párrafo segundo del Tratado de Maastricht («La Unión respetará los derechos fundamentales...»), si bien el Tribunal de Justicia ya lo había hecho con anterioridad. No obstante —y ello no debe entenderse como una infravaloración de la jurisprudencia existente al respecto— por razones de seguridad jurídica y también de estricta vinculación de los jueces al Derecho, en el futuro parece irrenunciable la existencia de un catálogo explícito de derechos fundamentales.

El Tratado de Maastricht, más allá del principio de Estado de Derecho, contiene también principios estructurales fundamentales para la vida comunitaria, pero por su contenido se limitan a la integración económica. Normas básicas de este tipo son la prohibición de discriminación del artículo 6 TCE, el principio de subsidiariedad del artículo B TUE y 3 TCE, la definición de mercado único del artículo 7 TCE, así como las cuatro libertades fundamentales. Sin embargo, la Unión todavía no puede ofrecer lo que es una demanda central de los ciudadanos hacia todo ente estatal, la garantía de su seguridad. Desde hace ya tiempo el crimen organizado actúa sin fronteras a lo largo de Europa, por no decir del mundo. Sin embargo, dentro del denominado tercer pilar de la Unión (Asuntos de

---

<sup>54</sup> En este sentido se pronuncia también LECHER, H: *loc. cit.* (nota 49), p. 400.

<sup>55</sup> Art. E, F-2 TUE; art. 4, 164 TCE.

<sup>56</sup> Resulta destacable que el principio democrático se recoja en la parte operativa del TUE (art. F-1) referido tan sólo a los Estados miembros, mientras que respecto de la Unión tan sólo se haga en el preámbulo.

Interior y Justicia) la opinión pública no aprecia avances. La policía y la justicia está frecuentemente organizada sólo de manera local o regional o, como mucho, nacional, pero en ningún caso en el ámbito europeo. Las excesivamente complicadas negociaciones sobre EUROPOL, las cuales en ningún caso tienen puesta la vista en atribuciones ejecutivas, muestran la dimensión del dilema. Trasladando este ámbito completo a la competencia transfronteriza de la Comunidad, la Unión ganaría más legitimidad y aceptación que con los repetidos retoques al juego legislativo entre Comisión, Consejo y Parlamento Europeo<sup>57</sup>.

Siguiendo con el análisis de los elementos de una Constitución, en el Tratado de Maastricht no se encuentra un reparto claro y definitivo de competencias entre las instituciones de la Unión ni entre la Unión y los Estados miembros. Tanto el hecho de que el Tratado para una única materia, pongamos por caso la protección del medio ambiente, contenga diferentes fundamentos competenciales y procedimientos, como la situación de que la Comunidad pueda atribuirse competencias a sí misma a través del artículo 235 TCE, conducen hacia una ambigüedad que «permite a los Gobiernos nacionales atribuirse a sí mismos los méritos de aquellas acciones comunitarias que encuentran buena acogida o tienen éxito y atribuir a Bruselas la responsabilidad por los fracasos»<sup>58</sup>.

Esta mezcla de atribuciones y responsabilidades, así como la complejidad del procedimiento comunitario —a lo largo de su evolución, casi siempre al arropo del término «democratización», se han ido formando en la CE más de 20 formas diferentes de procedimiento legislativo— no contribuyen absolutamente nada a «fomentar el respaldo de la población al proyecto europeo»<sup>59</sup>. Con toda rotundidad puede decirse que el Tratado de Maastricht no es generador de identificación y unidad por lo que malogra el que es uno de los objetivos fundamentales de cualquier Constitución.

Quienes esperaban que el proyecto de una Constitución para la Unión Europea presentado por la Comisión de Asuntos Institucionales del Parlamento Europeo haría desaparecer los «déficits constitucionales» del Tratado de Maastricht se verán indefectiblemente defraudados. En primer lugar, este proyecto no aporta la necesaria consolidación del Derecho originario, sino que se superpone a los Tratados ya existentes, si bien no queda claro qué disposiciones de los actuales Tratados siguen en

---

<sup>57</sup> En este sentido tiene razón. NASS, K.O.: «Wenn eine Konferenz auf einmal alles regeln soll», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 25.8.1995, p. 11.

<sup>58</sup> Vid. el Informe Hermann de 15.9.1993 relativo al proyecto de la Comisión Institucional del Parlamento Europeo para una Constitución Europea, PE 203.601/B, p. 4.

<sup>59</sup> Informe Herman, *cit.*, p. 5.

vigor y cuáles no<sup>60</sup>. Con ello, se oscurece definitivamente el sistema de fundamentos jurídicos (de intervención) dentro de la Unión Europea. Por otra parte, resulta ocioso buscar en el proyecto una clara delimitación competencial ya que se limita a remitir al Derecho Comunitario originario y secundario en vigor<sup>61</sup>.

Tampoco el procedimiento decisorio es regulado de forma mucho más clara que hasta ahora. El proyecto prevé efectivamente tres categorías de leyes que se ordenan jerárquicamente<sup>62</sup> y parece que se pretende que la mayoría de las decisiones que hasta ahora se adoptan en el seno del Consejo por unanimidad o mayoría cualificada, se adopten en el futuro por el Parlamento y el Consejo por mayoría simple. Sin embargo, para el Consejo, se prevé un procedimiento de votación que en determinados casos podría hacer precisos previos recuentos de población, pues en algunos casos la adopción de la decisión dependería de si el Estado que respalda una determinada decisión puede aportar al platillo de la balanza una determinada mayoría de población<sup>63</sup>. Respecto a esta cuestión, queda abierta la cuestión de cómo se deberán resolver los conflictos entre el Parlamento y el Consejo.

Con carácter fundamental, resulta loable que el proyecto contenga un catálogo de derechos fundamentales<sup>64</sup>. Sin embargo, combina libertades fundamentales clásicas con demandas de prestaciones sociales, las cuales con razón los Estados miembros las han incluido en los catálogos de derechos fundamentales de sus Constituciones como objetivos programáticos que no son susceptibles de reclamación individual. De esta forma convierte el catálogo de derechos fundamentales en difícilmente aceptable. Frente a dicho catálogo se recoge una posibilidad de limitación general de esos derechos fundamentales<sup>65</sup> que, caso de ser plenamente utilizada, degradaría la protección de los derechos fundamentales dentro de la Comunidad a un nivel inferior al desarrollado por el Tribunal de Justicia<sup>66</sup>. A ello hay que añadir el disparate de que el título VIII del proyecto, el cual habla de «los derechos humanos garantizados por la Unión» y resulta que la Unión no es en absoluto competente para algunos de ellos por lo que las limitaciones se deberían basar en leyes nacionales.

---

<sup>60</sup> Art. 8 apdos. 3 y 4 del proyecto.

<sup>61</sup> Art. 8 apdo. 1 del proyecto.

<sup>62</sup> Art. 31 del proyecto.

<sup>63</sup> Art. 20 del proyecto.

<sup>64</sup> Art. 7 y título VIII del proyecto.

<sup>65</sup> Título VII, punto 22.

<sup>66</sup> Sobre su estado actual vid. LENZ, C.O.: «Der europäische Grundrechtsstandard in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes», *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1993, pp. 585 y ss.

En la misma proporción en que el proyecto malogra las exigencias mínimas de Constitución, despierta desconfianza su verdadero objetivo. El artículo 9 del proyecto prevé que la Unión para alcanzar sus objetivos pueda dotarse a sí misma a través de una ley orgánica de más amplias competencias; tras un período transitorio, un tercio de los Estados que representen un tercio de la población total de la Unión podrían no tener mecanismos para oponerse<sup>67</sup>. Hasta ahora esta posibilidad cabe, según el artículo 235 TCE, sólo por unanimidad. Una ley orgánica también resultaría suficiente para modificar la mayor parte de las disposiciones de los actuales Tratados comunitarios<sup>68</sup>. Incluso la modificación de la Constitución no requeriría, tras el paso de un período transitorio, la aprobación de todos los Estados miembros<sup>69</sup>. De esta manera, se elimina una de las reglas básicas del Derecho Internacional de los Tratados y abriga la sospecha de que la verdadera intención del proyecto es, además del reforzamiento del papel del Parlamento Europeo (el proyecto se publicó poco antes del inicio de la campaña para las elecciones al Parlamento Europeo), progresivo —y no reconocido abiertamente— el establecimiento de un Estado federal europeo. Competencia sobre la competencia (*Kompetenz-Kompetenz*), soberanía financiera<sup>70</sup> y la posibilidad de reformar la Constitución con mayoría cualificada, aunque lo sea especialmente cualificada, son características de un Estado federal y no de una Organización Internacional.

Y precisamente de esto trata la discusión sobre la Constitución europea. ¿Por qué no resulta suficiente la primacía que en caso de conflicto tiene el Derecho Comunitario desde hace decenios, que convierte en inaplicable toda norma nacional, incluida la Constitución, que se le oponga? ¿Por qué el Derecho europeo de los Tratados que se ha ido conformando a lo largo de cuarenta años tiene que pasar a denominarse «Constitución» y ser en determinados supuestos incluso nuevamente formulado? Porque la única «ventaja» que un proceso constituyente formal aportaría sería un pequeño paso adelante en el camino hacia una «estatalidad» propia de la Unión Europea<sup>71</sup>, la cual políticamente no parece susceptible de lograr un consenso. Los Tratados comunitarios son tratados internacionales; una Constitución es el orden fundamental de un Estado. Si queremos un Estado federal europeo, en ese caso dotémoslo de una Constitución y digámoslo también abiertamente. Los *referenda* sobre el Tratado de Maastricht deberían

---

<sup>67</sup> Art. 31 apdo. 1 en relación con el art. 20 del proyecto.

<sup>68</sup> Art. 8 apdo. 4 del proyecto.

<sup>69</sup> Art. 31 apdo. 1 del proyecto.

<sup>70</sup> Cfr. art. 1 apdo. 4 en relación con el artículo 40 del proyecto.

<sup>71</sup> En este sentido con razón LECHER, H.: *loc. cit. (nota 49)*, p. 403.

haber sido aviso suficiente contra la vía encubierta hacia la «estatalidad» de la Unión Europea. Por cierto, el cambio de nombre sugerido que transforma el Tratado de Maastricht en una «Constitución» no ofrecería tampoco ninguna seguridad frente a nuevas ganancias competenciales de la Unión a costa de los Estados miembros y sus entes inferiores. Ello no sólo lo respaldan los correspondientes preceptos del proyecto de la Comisión de Asuntos Institucionales. También la Constitución alemana ofrece un ejemplo de cómo, en ocasiones abiertamente, en otras más sigilosamente, se pueden desplazar competencias hacia el Estado central.

Y tampoco se debería olvidar que el deseo de un proceso constituyente europeo no solamente provoca una discusión sobre el Derecho de los Tratados ya conseguido, sino que a la vez lo pone también a disposición. Algunas de las propuestas que se han hecho para la Conferencia Intergubernamental de 1996 persiguen más una desintegración que un «más estrecho acercamiento entre los pueblos europeos».

Por último, actualmente la Unión Europea tiene problemas más apremiantes que el de la discusión sobre una Constitución. A ellos pertenece, por ejemplo, el de hacer más efectivo el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común, así como los aspectos de Interior y Justicia, los cuales hasta ahora permanecen únicamente en la órbita de la cooperación intergubernamental. Se podrían liberar de las ataduras que supone la exigencia de la unanimidad y conducirlos hacia una auténtica comunitarización, aunque ello sólo resultase alcanzable pagando el precio de una ampliación de las posibilidades «opting out».

El tema más relevante de la Conferencia Intergubernamental de 1996 es indiscutiblemente la adaptación de las instituciones y mecanismos europeos a las futuras ampliaciones de la Unión. El párrafo segundo del artículo N en relación al artículo B del TUE define claramente como objetivo de la revisión el «asegurar la eficacia de los mecanismos e instituciones comunitarios». El proyecto de la Comisión para Asuntos Institucionales esquiva esta cuestión ya que pretende dejar la determinación del número de miembros del Parlamento Europeo a una regulación posterior mediante ley constitucional<sup>72</sup> y la determinación de la composición de la Comisión a una ley orgánica<sup>73</sup>. Una «Constitución» que merezca tal denominación ha de regular ella misma estos extremos de forma definitiva. Resulta ilusorio creer que esto se pueda dejar en manos de un procedimiento posterior en el que además, una vez transcurrido el período transitorio, puede ser acordado sin el respaldo de todos los Estados miembros.

---

<sup>72</sup> Art. 14 apdo. 2 del proyecto.

<sup>73</sup> Art. 21 del proyecto.

Las cuestiones prácticas que reclaman una urgente solución son las siguientes: ¿Cómo debe ser establecido el equilibrio de voto ponderado de los Estados miembros en el Consejo si cada vez se arrincona más y más la unanimidad? El «criterio de la población» empleado por el proyecto de la Comisión de Asuntos Institucionales parece un parámetro demasiado rudo. ¿Puede seguir rotando en el futuro la presidencia del Consejo entre todos los Estados cada seis meses o se necesita una presidencia a la que no todos tengan acceso? ¿Debería introducirse el mecanismo de rotación en la Comisión y eventualmente también en el Tribunal de Justicia para limitar el número total de comisarios y jueces de tal manera que permita al correspondiente pleno seguir teniendo capacidad decisoria? ¿Dónde se sitúa el límite máximo de miembros del Parlamento Europeo? ¿Qué solución se puede adoptar respecto a la cuestión de las lenguas oficiales y lenguas de trabajo de la Comunidad?<sup>74</sup>

Todo esto aporta a la Unión suficientes problemas y materia explosiva. La discusión sobre una Constitución se puede aplazar tranquilamente al día en que se aprecie una predisposición (aunque quizá no lo sea de todos los Estados) a favor de un Estado federal europeo. La Conferencia Intergubernamental de 1996 solamente podrá tener éxito si su orden del día no es sobrecargado con problemas que no tienen por qué ser forzosamente decididos.<sup>75</sup>

En Saarbrücken, a 29 de agosto de 1995.

---

<sup>74</sup> Cfr. GOEBEL, R.: «The European Union Grows: The Constitutional Impact of the Accession of Austria, Finland and Sweden», *Fordham International Law Journal*, vol. 18 (1995), pp. 1092 y ss, en particular pp. 1185 y ss.

<sup>75</sup> En este sentido NASS, K.O.: *loc. cit.* (nota 57).



# **Jurisprudencia**



# Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

por Carlos Gimeno Verdejo\*

Jurista en el Servicio de Estudios del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.  
Luxemburgo

y por María Isabel Rofes i Pujol\*

Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo

**Sumario: La Sentencia de 17 de octubre de 1995, C-450/93, Kalanke: igualdad de trato entre hombres y mujeres. Directiva 76/207/CEE. Apartado 4.º del artículo 2. Promoción. Igual capacitación de candidatos de distinto sexo. Preferencia por las candidatas femeninas.—La sentencia Alpine Investments: la noción de servicios y la eventual traslación de la jurisprudencia «Keck» al ámbito de la libre prestación de servicios.—La sentencia Wielockx: libre establecimiento e impuestos directos.**

**Sentencia de 17 de octubre de 1995, C-450/93, Kalanke: Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Directiva 76/207/CEE. Apartado 4.º del artículo 2. Promoción. Igual capacitación de candidatos de distinto sexo. Preferencia por las candidatas femeninas**

Esta sentencia da respuesta a las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia, a título prejudicial, por el Bundesarbeitsgericht, sobre la interpretación de los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo<sup>1</sup>, cuestiones que se suscitaron en el marco de un litigio entre el Sr. Kalanke y la ciudad alemana de Bremen.

La ley del Estado de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública dispone que al efectuar la selección,

---

\* Las opiniones expresadas por los autores en este comentario de jurisprudencia son estrictamente personales y en ningún caso vinculantes para la institución en la que prestan sus servicios.

<sup>1</sup> DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70.

tanto para el ingreso en la función pública como para proveer un puesto por promoción, se concederá preferencia a las mujeres frente a los hombres con la misma capacitación si, en el sector de que se trata, están infra-representadas. Existe infrarrepresentación de las mujeres cuando, en los distintos grados de salarios de las categorías de personal de un determinado servicio, las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos.

Los hechos que suscitaron el procedimiento principal son los siguientes:

La ciudad de Bremen había organizado un procedimiento de selección destinado a cubrir un puesto de jefe de sección en el Servicio de parques y jardines. En la última fase del procedimiento resultó que había que optar entre dos candidatos clasificados ambos en el mismo nivel retributivo a saber, el Sr. Kalanke, demandante en el litigio principal, ingeniero superior de jardines y paisajes, que trabajaba desde 1973 como técnico de planificación de jardines en dicho servicio y ejercía en él las funciones de adjunto permanente del jefe de sección y, la Sra. Glissmann, ingeniero superior paisajista desde 1983 y que trabajaba desde 1975 en el mismo servicio, también como técnico de planificación de jardines.

Al ser propuesta la promoción del Sr. Kalanke, el Comité de personal no dio su acuerdo. En el procedimiento de mediación que se siguió se recomendó el nombramiento del Sr. Kalanke, a lo que siguió oponiéndose el Comité de personal solicitando que se pronunciara el Comité de Conciliación el cual, mediante decisión vinculante para el empleador, consideró que los candidatos poseían la misma capacitación y que debía darse preferencia al candidato de sexo femenino.

En su demanda ante la jurisdicción laboral, el Sr. Kalanke alegó que poseía una capacitación superior a la de la Sra. Glissmann, extremo que había sido ignorado por el Comité de Conciliación, añadiendo que el régimen de cuotas establecido por la Ley del Estado de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública es contraria a la Constitución y al artículo 611 del Código Civil alemán. Esta demanda fue desestimada tanto en primera instancia como en apelación.

El Bundesarbeitsgericht alemán, jurisdicción que debe resolver el recurso de casación, considera que la solución del litigio depende, fundamentalmente, de la aplicabilidad de esta Ley del Estado de Bremen, entendiéndose que si el Comité de Conciliación aplicó indebidamente esa Ley, su decisión es ilegal por haber favorecido únicamente por razón de sexo, a una candidata que tenía la misma capacitación. El órgano jurisdiccional remitente acepta la declaración de hechos probados hecha por el tribunal que resolvió la apelación, conforme a la cual, los dos candida-

tos poseían la misma capacitación para cubrir el puesto y las mujeres se encontraban efectivamente infrarrepresentadas en el sector en cuestión<sup>2</sup> y concluye que el Comité de Conciliación actuó legalmente al negarse a dar su acuerdo al nombramiento del demandante para cubrir el puesto vacante.

Este órgano jurisdiccional precisa que no se trata de un régimen de cuotas rígidas, que reserve a las mujeres un determinado porcentaje de puestos vacantes independientemente de su capacitación y que, por el contrario, este régimen depende de la aptitud de los candidatos, gozando de preferencia los candidatos de sexo femenino, únicamente si tienen la misma capacitación que los masculinos. Añade que un tal régimen de cuotas es compatible con las disposiciones nacionales de rango constitucional y legal, debiendo la disposición litigiosa ser interpretada en el sentido de que, aunque en principio se debe conceder preferencia a la mujer en caso de promoción, la equidad debe imponer, si las circunstancias lo requieren, una excepción a ese privilegio.

Señala por último, en su auto de remisión, que un régimen de cuotas como el controvertido puede contribuir a superar, en el futuro, las desventajas que sufren en la actualidad las mujeres y que perpetúan las desigualdades del pasado, en la medida en que acostumbran a que las mujeres desempeñen también ciertas funciones más prestigiosas. La atribución tradicional de determinadas actividades a las mujeres y la concentración del empleo femenino en los puestos inferiores de la jerarquía profesional son contrarios a los criterios de igualdad de derechos aplicables actualmente.

A pesar de eso, el Bundesarbeitsgericht estimó oportuno examinar la legalidad de la disposición litigiosa a la luz del principio de igualdad de trato consagrado por el derecho comunitario y, en particular, de los apartados 1 y 4 de la Directiva 76/207 y para ello, planteó las dos cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207, en el sentido de que también es aplicable a disposiciones legales conforme a las cuales, al proveerse un puesto de un nivel retributivo superior hay que dar preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si las mujeres están infrarrepresentadas, entendiéndose que existe

---

<sup>2</sup> Según recoge el Abogado General Sr. Tesauro en sus conclusiones en este asunto, de acuerdo con los datos suministrados por el juez nacional, la Administración de la ciudad de Bremen ocupa, en total, 49% de hombres y 51% de mujeres. Sin embargo, considerada la repartición de ambos sexos por cuerpos se ve que en las categorías más bajas, un 75% de los empleados son mujeres, 52% en categorías medias, 50% en niveles superiores y 30% en puestos directivos.

infrarrepresentación cuando en los distintos grados retributivos de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama?

2) En caso de respuesta negativa,

si, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva se opone a la aplicación de una disposición nacional como la descrita.»

Las disposiciones de la Directiva 76/207 cuya interpretación se solicita son los apartados 1 y 4 del artículo 2:

«1. El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.

[...]

4. La presente Directiva no obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1.» (Acceso al empleo, incluida la promoción y la formación profesional, así como las condiciones de trabajo.)

A la vista de que ambas cuestiones tienen por objeto que se precise el contenido de la excepción al principio de igualdad de trato establecida por el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207, el Tribunal de Justicia procede a reformularlas y a examinarlas conjuntamente, entendiendo que el juez nacional pregunta si las disposiciones de derecho comunitario se oponen a una normativa nacional que, como la descrita, en caso de igual capacitación de los candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción, concede automáticamente preferencia a las candidatas de sexo femenino en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en los distintos grados de la categoría de personal de que se trata y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama.

El Tribunal señala, en primer lugar, que el objetivo de la Directiva 76/207 es la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, principio que supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente y que una disposición nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en

los sectores en los que están infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo.

Se trataba de ver, pues, si una disposición nacional de ese tenor estaba comprendida dentro del ámbito de aplicación de la excepción contenida en el apartado 4 del artículo 2 que dispone que la Directiva «no obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres».

Ahora bien, el Tribunal recuerda que, tal y como ya había interpretado en una sentencia de 1988, esta disposición tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social<sup>3</sup> y añade que, dicha disposición autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y de desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres<sup>4</sup>.

Al igual que el Abogado General Sr. Tesouro en el apartado 6 de sus conclusiones, el Tribunal precisa que, desde el momento en que el apartado 1 del artículo 2 establece, de manera general y perentoria, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y que el apartado 4 del mismo artículo constituye una excepción a ese principio, la interpretación de esta última disposición no puede llevarse a cabo haciendo abstracción del principio general: en la medida en que constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, debe ser interpretado de forma restrictiva<sup>5</sup>.

El Tribunal de Justicia declara a continuación que una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva, añadiendo que

---

<sup>3</sup> Sentencia de 25 de octubre de 1988, Comisión/Francia (312/86, Rec. p. 6.315), apartado 15.

<sup>4</sup> Según consta en el tercer considerando de la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa al fomento de acciones positivas en favor de la mujer (DO L 331, p. 34; EE 05/04, p. 124), «las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato, que tienen por objeto conceder derechos a los individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho si, paralelamente, no se emprenden acciones, por parte de los Gobiernos y de los interlocutores sociales y otros organismos competentes, tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres en activo, de actitudes, de comportamiento y de estructuras de la sociedad».

<sup>5</sup> Sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec., p. 1.651), apartado 36.

un sistema de esa naturaleza, en la medida en que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio sustituye el fomento de la igualdad de oportunidades contemplada en el apartado 4 del artículo 2 por su resultado, que sólo podrá alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia responde al Bundesarbeitsgericht que los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207 se oponen a una normativa nacional que, como sucedía en este asunto, en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, concede automáticamente preferencia a las candidatas de sexo femenino en los sectores en los que las mujeres están infra-representadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en cada uno de los grados de la categoría de personal de que se trate y sucede lo mismo en todos los niveles de función previstos en el organigrama.

*Sobre la compatibilidad de las acciones positivas para paliar situaciones de discriminación con las disposiciones de la Directiva 76/207*

Esta ha sido, efectivamente, la primera vez a lo largo de su historia que el Tribunal de Justicia ha debido interpretar la Directiva 76/207 en relación con un régimen de cuotas establecido en favor de las mujeres y, en general, en relación con acciones positivas. Lo que estaba en juego en este asunto era el significado del principio de igualdad, la oposición entre la igualdad formal, entendida como igualdad de trato entre individuos que pertenecen a grupos diferentes y la igualdad substancial, entendida como igualdad entre grupos. Se trataba en definitiva de decidir si el derecho individual a no ser discriminado por razón de sexo, derecho que ha sido reconocido por el Tribunal de Justicia como derecho fundamental<sup>6</sup>, debe ceder ante los derechos de un grupo desfavorecido, en especial las mujeres, con el fin de compensar las discriminaciones padecidas por ese grupo en el pasado<sup>7</sup>.

Me parece esencial para entender la sentencia —que en mi opinión, adolece de motivación demasiado sucinta—, seguir la exposición que, sobre el concepto de acción positiva, figura en las conclusiones. Según recoge el Abogado General, las acciones positivas se proponían en su origen, eliminar los obstáculos de hecho a los que se enfrentan determinadas

---

<sup>6</sup> Sentencias de 15 de junio de 1978, Defrenne II (149/77, Rec., p. 1.365), apartado 27 y de 28 de enero de 1992, Speybroeck (T-45/90, Rec., p. II-33), apartado 47.

<sup>7</sup> Apartado 7 de las conclusiones.

categorías o grupos de personas en materia de empleo. Se trata de uno de los instrumentos utilizados para conseguir la igualdad de oportunidades de grupos minoritarios u otros grupos desfavorecidos y que consiste, por regla general, en concederles un trato preferencial<sup>8</sup>. Al tomar en consideración el grupo como tal, las acciones positivas significan el paso de una visión individual a una visión colectiva de la igualdad<sup>9</sup>.

La acción positiva puede adoptar diversas formas:

- 1) Puede estar destinada a poner remedio, no a una discriminación en sentido jurídico sino a una situación de desventaja que caracteriza a la presencia femenina en el mercado de trabajo. El objetivo consistirá en eliminar las causas de que el trabajo femenino tenga, todavía hoy, menos oportunidades en cuanto al empleo y a la carrera profesional, mediante acciones que incidan en la orientación y la formación profesionales.
- 2) Puede tratarse de acciones destinadas a favorecer el equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales así como una mejor repartición de estas responsabilidades entre ambos sexos. En este caso se da prioridad a las medidas relativas al horario de trabajo, al desarrollo de facilidades para la infancia, a la reinserción profesional de las mujeres que se hayan dedicado al cuidado de sus hijos, así como a las políticas de seguridad social y de compensaciones fiscales que tengan en cuenta las cargas familiares.

En ambos casos, la acción positiva, a pesar de comportar la adopción de medidas específicas en beneficio exclusivo de la mujer, destinadas en particular a favorecer su situación con respecto al mercado de trabajo, tiene por objeto conseguir una igualdad de oportunidades y, en definitiva, alcanzar la igualdad substancial. Sin embargo, los resultados no se traducirán, de forma inmediata en un aumento cuantitativo del trabajo femenino.

---

<sup>8</sup> La acción positiva tiene su origen en los Estados Unidos en la década de los 60. Una de las acciones positivas típicas consistió en la imposición por la Administración, a las empresas adjudicatarias de contratos públicos, de la obligación de poner en marcha programas de acción en favor de la población de color, so pena de perder esos contratos. Se pasó a continuación a acciones positivas en favor de otras etnias minoritarias y de otros grupos vulnerables. Así, en nombre del principio de igualdad, se concibieron y pusieron en práctica programas de trato preferencial en particular, en el ámbito del acceso a la enseñanza superior y al empleo.

<sup>9</sup> No todos están de acuerdo en utilizar el concepto de grupo. A este respecto, existe una tendencia a afirmar que el trato preferencial en favor de ciertos grupos puede acabar aumentando su sentimiento de inferioridad respecto a la mayoría y llevar aparejado la marginalización definitiva de los beneficiarios, dentro de compartimentos sociales rígidos. Se acusa también al trato preferencial en favor de grupos desfavorecidos de disminuir la eficacia del sistema, poniendo en peligro la afirmación social de los mejores.

- 3) Puede tratarse de una acción positiva concebida como remedio a los efectos, que todavía perduran, de discriminaciones históricas. En este caso, la acción positiva reviste un carácter compensatorio y ello tiene como consecuencia la legitimación de tratos preferenciales en favor de categorías desfavorecidas en particular, mediante sistemas de cuotas o de *goals*<sup>10</sup>. Este es el modelo que ha prevalecido o, por lo menos, es el que se considera como la panacea para eliminar las desigualdades de hecho que existen en la realidad social.

La imposición de cuotas es una medida muy controvertida, sobre todo en el plano constitucional: si bien es cierto que se trata de un instrumento capaz de aumentar cuantitativamente el empleo femenino, no es menos cierto que también es el que tiene mayor incidencia sobre el principio de igualdad entre individuos, principio protegido a nivel constitucional en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

De los cinco Estados miembros cuya legislación contempla la realización de acciones positivas consistentes en otorgar preferencia a la mujer en cuanto al acceso al empleo y a la promoción profesional a saber, Alemania, Austria, Dinamarca, Países Bajos y Suecia, en ninguno de ellos está prevista la posibilidad de tales acciones en disposiciones de rango constitucional.

Concretamente en Alemania<sup>11</sup>, todavía no está nada claro si las disposiciones de rango legal de los diferentes Estados federados, que obligan a los poderes públicos a otorgar un trato preferencial a las mujeres a igual capacitación que los hombres, son compatibles con la Ley Fundamental. Esta cuestión es objeto de debate tanto a nivel político como

---

<sup>10</sup> Mediante los sistemas de cuotas y de *goals*, los Estados Unidos han intentado, desde la década de los 60, eliminar las desigualdades de hecho. Las cuotas consisten en reservar un determinado número de puestos a los grupos más desfavorecidos, con el fin de reequilibrar su representación. Por el contrario, con el sistema de *goals*, se conceden más puntos a los integrantes de un grupo determinado, pero no se cuestiona el derecho de cada candidato a presentarse a todos los puestos disponibles. La jurisprudencia del Tribunal supremo americano se muestra particularmente hostil al sistema de cuotas rígidas y ha precisado las formas y condiciones del sistema de *goals*. Europa se hizo eco de las acciones positivas en el momento en que éstas entraban en crisis en el país que las había visto nacer. En efecto, actualmente, en los Estados Unidos se utiliza el criterio llamado de *strict scrutiny*, en virtud del cual, las normas que inciden sobre un derecho fundamental sólo pueden justificarse si responden a un interés público imperativo.

<sup>11</sup> Agradezco a mi compañera Sabine Hackspiel, administrador principal de formación jurídica alemana en la división de estudios del Tribunal, la ayuda prestada para la preparación de este comentario.

doctrinal y jurisprudencial, sin que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado todavía respecto al problema que se plantea relativo, por una parte, al apartado 2 del artículo 33 —que garantiza la igualdad de acceso a la función pública de acuerdo con criterios de mérito y capacidad— y, por otra, en relación con el principio de igualdad entre hombres y mujeres consagrado en los apartados 2 —que proclama que los hombres y las mujeres gozan de los mismos derechos—, y 3 —que prohíbe la discriminación por razón de sexo, ascendencia, raza, lengua, patria y origen, creencias religiosas y opiniones políticas—, del artículo 3 de la Ley Fundamental.

Con efecto 15 de noviembre de 1994, el apartado 2 del artículo 3 fue completado con la siguiente frase: El Estado está llamado a promover la realización efectiva de la igualdad entre hombres y mujeres y procura que las desventajas existentes sean abolidas. Ni qué decir tiene que la fórmula aprobada fue el resultado de un compromiso al que se llegó después de un vivo debate.

Lo que sí está claro, en todo caso, es que las leyes de los distintos Estados federados deben igualmente respetar la Ley marco de fuente federal sobre la función pública, cuyo artículo 7 dispone que:

Los nombramientos deben tener lugar según la aptitud, capacidad y cualificaciones personales, sin consideración de sexo, ascendencia, raza, creencias, fe religiosa o credo político, del origen ni de las influencias.

En la actualidad, a partir de un estudio preparado en 1986 por el antiguo presidente del Tribunal Constitucional y antiguo ministro del interior, Sr. Benda, para el Gobierno del Estado de Hamburgo, la opinión predominante considera que la Ley Fundamental permite al legislador la introducción, en el régimen de la función pública, de reglas de preferencia en favor de las mujeres, a condición de respetar ciertas condiciones. Así, un régimen de cuotas fijas, que reservara una parte de los puestos a las mujeres, en presencia de candidatos masculinos mejor cualificados, resultaría incompatible con la norma constitucional.

Por el contrario, una vez que se ha comprobado que varios candidatos poseen la misma capacitación, este criterio ya no juega y la preferencia entre los candidatos se deja al poder discrecional de la administración. Ciertamente que este poder discrecional debe ejercerse respetando el principio de igualdad entre los dos sexos y que las normas que otorgan preferencia a las mujeres en caso de igual capacitación no respetan dicho principio. Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante, el alcance de la prohibición de trato distinto debe apreciarse a la luz del apartado 2 del artículo 3 el cual, además del derecho fundamental individual al respeto de la igualdad, contiene una «decisión objetiva» del legislador cons-

titucional en favor de la igualdad entre los sexos que permite otorgar un trato diferenciado para compensar las desventajas de hecho que existen en contra de las mujeres, a condición de que se lleve a cabo mediante disposiciones legales de vigencia limitada en el tiempo y que respeten el principio de proporcionalidad.

Ahora bien, hay una parte de la doctrina y algunos órganos jurisdiccionales que estiman que la violación del principio de no discriminación que comportan esos regímenes no puede justificarse. Se le ha pedido al Tribunal Constitucional en varias ocasiones que se pronuncie, a título prejudicial, sobre la validez del régimen establecido por el Estado de Nordrhein-Westfalen<sup>12</sup>: los tribunales administrativos competentes opinaban que la norma que obliga a los poderes públicos a preferir, en materia de promoción, a las mujeres cuya capacitación fuera igual a la de sus contrincantes masculinos, era contraria a la Ley marco sobre la función pública y a la Ley Fundamental. La mayor parte de estos procedimientos terminó en un auto de archivo, al haber sido promovidos los candidatos masculinos autores de los recursos.

Queda por ver cuál va a ser la incidencia que tendrá la reciente modificación de la Ley Fundamental sobre esta polémica. En todo caso, la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a esa disposición de la Directiva en la sentencia Kalanke, además de vincular al juez nacional respecto a la resolución del litigio concreto, produce efecto como precedente para el resto de los jueces que conozcan de litigios semejantes y deberá ser tenida en cuenta por las autoridades nacionales a la hora de aplicar su legislación en materia de acciones positivas en favor de la mujer<sup>13</sup>.

Está claro que las acciones positivas como la descrita no pueden acogerse a la derogación del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207 que sólo permite a los Estados miembros la adopción de aquellas medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular, para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en el ámbito del empleo, pero seguimos sin saber exactamente en qué puedan consistir esas medidas.

Para averiguarlo, el Abogado General considera necesario definir el concepto de «igualdad de oportunidades» y, en concreto, decidir si esta expresión se refiere a la igualdad en el punto de partida o a la igualdad en el punto de llegada. En su opinión, la igualdad de oportunidades sólo

---

<sup>12</sup> Se trata de un reenvío admisible sólo en caso de que el juez está convencido de que la ley que debe aplicar es inválida. No basta con que tenga dudas respecto a su compatibilidad con una norma de rango superior.

<sup>13</sup> Auto de 5 de marzo de 1986, Wünsche (69/85), Rec., p. 947), apartado 13.

puede significar «poner en situación de obtener una igualdad en cuanto al resultado» es decir, restablecer las condiciones de igualdad entre los sexos en el punto de partida<sup>14</sup>.

Ahora bien, la igualdad en el punto de partida no puede, por sí sola, garantizar resultados iguales, ya que éstos no dependen únicamente de los méritos y del esfuerzo individual de los distintos interesados, sino que pueden también ser influenciados por la estructura social que penaliza a la mujer, tanto por su doble papel como por razón de discriminaciones sufridas en el pasado que hacen que la presencia femenina sea todavía marginal en ciertos sectores, sobre todo, en puestos de responsabilidad.

Estas dificultades no pueden resolverse, en su opinión, mediante regímenes de cuotas ni sistemas similares. Lo que hace falta son, en primer lugar, medidas relativas a la organización del trabajo y, concretamente, al horario de trabajo, a las facilidades para la infancia y otras medidas que permitan conciliar las obligaciones familiares y profesionales.

El Tribunal se ha pronunciado directamente sobre esta excepción únicamente en una sentencia de 1988. En ella consideró que no estaban amparadas por ella, determinadas medidas especiales establecidas en favor de las mujeres en Francia tales como la reducción del horario de trabajo en favor de mujeres mayores de 59 años, la jubilación anticipada, la obtención de permisos por enfermedad de los hijos, la concesión de días suplementarios de vacaciones anuales por hijo, la concesión de un día de permiso al comienzo del curso escolar, la concesión de horas de permiso el día de la madre, descansos diarios para las mujeres que trabajen con material mecanográfico o que estén empleadas como dactilógrafas o telefonistas, la concesión de bonificaciones para el cálculo de la jubilación, a partir del segundo hijo y el pago de primas a las madres de familia que soporten gastos de guardería o de custodia<sup>15</sup>. El Abogado General opina que el Tribunal dio muestras, en esa sentencia, de una severidad excesiva, al interpretar que ninguna de esas medidas era compatible con el principio de igualdad de trato.

Y, en segundo lugar, es indudable que las discriminaciones sufridas por las mujeres en el pasado están todavía produciendo efectos. La existencia de una condición social y cultural tradicionalmente distinta, con diferencias apreciables en cuanto al nivel de escolarización y de formación

---

<sup>14</sup> La disposición nacional objeto del debate no tiene como finalidad garantizar la igualdad en cuanto al punto de partida. En efecto, la circunstancia de que los dos candidatos de distinto sexo poseyeran méritos equivalentes implica, por definición, que estaban ambos en igualdad de condiciones en el punto de partida. Al conceder la prioridad a las mujeres, esa disposición se propone una repartición igual de los puestos de trabajo entre hombres y mujeres desde un punto de vista numérico.

<sup>15</sup> Véase la nota 3 *supra*.

profesional continúa marginalizando a la mujer en el mercado de trabajo. Una tal situación de desigualdad de hecho debe ser eliminada. Para ello, sabemos que la Directiva permite que los Estados miembros intervengan mediante acciones positivas, pero únicamente para elevar el umbral de partida del grupo en desventaja, con el fin de asegurar una situación efectiva de igualdad de oportunidades. Estas acciones positivas deberán, pues, orientarse a eliminar los obstáculos que impiden la igualdad de oportunidades de las mujeres, interviniendo por ejemplo, al nivel de la orientación escolar y de la formación profesional. Por el contrario, las acciones positivas no podrán ir dirigidas a garantizar a las mujeres una igualdad de resultados a nivel de la ocupación de los puestos de trabajo, es decir, en el punto de llegada, como compensación a las discriminaciones sufridas a lo largo del tiempo.

En conclusión, las acciones positivas no pueden ser consideradas y, aún menos utilizadas como un medio para restablecer, por medio de medidas discriminatorias, una situación de igualdad destruida en el pasado y las medidas fundadas sobre el sexo que no vayan destinadas a eliminar un obstáculo ni a suprimir una situación de desventaja son tan ilegales hoy, aunque se utilicen con fines de promover la igualdad como lo eran ayer, cuando cumplían una función discriminatoria.

*María Isabel Rofes i Pujol*

### **La noción de servicios y la eventual traslación de la jurisprudencia «Keck» al ámbito de la libre prestación de servicios en la sentencia *Alpine Investments*<sup>16</sup>**

La sentencia *Alpine Investments* da respuesta a tres cuestiones prejudiciales planteadas por el *College van Beroep voor het Bedrijfsleven* holandés en el marco de un litigio relativo a la prohibición por parte de una reglamentación neerlandesa de la práctica del *cold calling*, práctica consistente en contactar telefónicamente a particulares sin su previo consentimiento escrito para ofrecerles diversos servicios financieros. Estas cuestiones tenían por objeto, por una parte, la inclusión de tal práctica en la noción de servicios del artículo 59 del Tratado CEE y, por otra parte, la compatibilidad con el Tratado de la prohibición de dicha práctica.

En cuanto a la posible inclusión del *cold calling* en la noción comunitaria de servicios, el Tribunal de Justicia considera que a tal efecto no constituyen un obstáculo ni la inexistencia de un destinatario determinado ni la ausencia de desplazamiento por parte del prestador.

---

<sup>16</sup> Sentencia de 10 de mayo de 1995, *Alpine Investments* (C-384/93, Rec., p. I-1.141).

Aunque no la cite expresamente en su sentencia, subyace en el razonamiento del Tribunal la jurisprudencia relativa al carácter transfronterizo de la noción comunitaria de servicios<sup>17</sup>, resumida por lo demás por el Abogado General Sr. Jacobs en sus conclusiones. Según esta jurisprudencia, las disposiciones del Tratado en materia de libre prestación de servicios se aplican no sólo cuando existe un desplazamiento entre Estados miembros del prestador o del destinatario de los servicios, o incluso de ambos, sino también en los casos en los que, sin desplazamiento físico ni del prestador ni de la persona que recibe el servicio, los servicios se prestan, allende las fronteras del Estado, por correo o mediante sistemas de telecomunicaciones, como el teléfono, el telefax o el correo electrónico.

Tanto el Abogado General como el Tribunal de Justicia dan por sentada la presencia en el *cold calling* del otro elemento de la noción de servicios recogido en el artículo 60 del Tratado, esto es, la remuneración, sin extenderse sobre el particular. En este sentido, cabe señalar que la característica esencial de la remuneración reside en el hecho de constituir la contrapartida económica de la prestación, contrapartida que se define normalmente entre el prestador y el destinatario del servicio<sup>18</sup>, aunque no se exige que sea necesariamente el beneficiario quien pague el servicio<sup>19</sup>.

Por lo que respecta a la compatibilidad de la prohibición de la práctica del *cold calling* con el Derecho comunitario, considera el Tribunal que, al privar a los operadores de una técnica rápida y directa de publicidad y de toma de contacto con los clientes potenciales que se encuentran en otros Estados miembros, dicha prohibición puede constituir una restricción a la libre prestación de servicios transfronterizos, importando poco que esté impuesta por el Estado en el que está establecido el prestador de servicios y no por el Estado de establecimiento del destinatario potencial. Tal solución se desprende de la lectura del artículo 59 del Tratado y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a esta disposición<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Véanse las sentencias de 18 de marzo de 1980, Debaue y otros (52/79, Rec., p. 833), de 10 de febrero de 1982, Transporoute (76/81, Rec., 417), de 31 de enero de 1984, Luisi y Carbone (asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec., p. 377) de 26 de abril de 1988, Bond van Adverteerders y otros (352/85, Rec., p. 2.085), de 26 de febrero de 1991, Comisión/Francia (C-154/89, Rec., p. I-659), Comisión/Italia (C-180/89, Rec., p. I-709), y Comisión/Grecia (C-198/89, Rec., p. I-727), de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser (C-41/90, Rec., p. I-4.221), Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros (C-288/89, Rec., p. 4.007), y Comisión/Países Bajos (C-353/89, Rec., p. I-4.069), de 4 de mayo de 1993, Distribuidores cinematográficos (C-17/92, Rec., p. I-2.239), y de 5 de octubre de 1994, TV10 (C-23/93; Rec., p. I-4.795).

<sup>18</sup> Sentencia de 27 de septiembre de 1988, Humbel (263/86, Rec., p. 5.365).

<sup>19</sup> Véase la sentencia Bond van Adverteerders, citada en nota 2 *supra*.

<sup>20</sup> Véanse las sentencias de 17 de mayo de 1994, Corsica Ferries Italia (C-18/93, Rec., p. I-1.783) y de 14 de julio de 1994, Peralta (C-379/92, Rec., p. I-3.453).

A continuación, el Tribunal se plantea la posibilidad, sugerida por los Gobiernos británico y neerlandés, de que la prohibición del *cold calling* no estuviese comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 59 del Tratado por tratarse de una medida de aplicación general, no discriminatoria y que no tienen por objeto ni como efecto otorgar al mercado nacional una ventaja frente a los prestadores de servicios de otros Estados miembros. Este argumento supone una aplicación por analogía en el ámbito de la libre prestación de servicios de la jurisprudencia en materia de libre circulación de mercancías.

Concretamente, en el marco de esta jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha declarado que:

- el artículo 34 del Tratado, que prohíbe las restricciones a las exportaciones de mercancías, se refiere a las medidas nacionales que tienen por objeto o como efecto restringir específicamente las corrientes de exportación y establecer, de este modo, una diferencia de trato entre el comercio interior de un Estado miembro y su comercio de exportación, con el fin de proporcionar una ventaja particular a la producción nacional o al mercado interior del Estado interesado, a expensas de la producción o del comercio de otros Estados miembros (jurisprudencia «Groenveld»)<sup>21</sup>; y que
- las disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 30, que prohíbe las restricciones a la importación de mercancías, siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros (jurisprudencia «Keck»)<sup>22</sup>.

La prohibición del *cold calling* en los Países Bajos constituye una prohibición tanto de exportar servicios como de comercializarlos en el

---

<sup>21</sup> Véanse las sentencias de 8 de noviembre de 1979 (15/79, Rec., p. 3.409), de 14 de julio de 1981, Oebel (155/80, Rec., p. 1993) y de 9 de junio de 1992, Delhaize y Le Lion (C-47/90, Rec., p. I-3.669).

<sup>22</sup> Véanse las sentencias de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard (asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec., p. I-6.097), de 15 de diciembre de 1993, Hünermund (C-292/92, Rec., p. I-6.787), de 2 de junio de 1994, Boermans (asuntos acumulados C-401/92 y C-402/92, Rec., p. I-2.199) y Punto Casa (asuntos acumulados C-69/93 y C-258/93, Rec., p. I-2.355), de 9 de febrero de 1995, Leclerc-Siplec (C-412/93, Rec., p. I-179), de 29 de junio de 1995, Comisión/Grecia (C-391/92, pendiente de publicación en la Rec.), de 11 de agosto de 1995, ITM Bélgica y Vocarex (C-63/94, pendiente de publicación en la Rec.).

territorio nacional. De aceptarse una aplicación analógica de la jurisprudencia en materia de libre circulación de mercancías, lo pertinente sería examinar esta prohibición a la luz del artículo 34. El Abogado General Jacobs en sus conclusiones procede a dicho examen, aunque no acepta la aplicación analógica por considerar que el artículo 34 del Tratado es de dudosa aplicabilidad a las normas del Estado miembro de exportación en materia de comercialización de mercancías.

El Tribunal, en cambio, quizás llevado por la actualidad de la jurisprudencia «Keck», examina la prohibición impugnada desde la óptica de la prohibición de las modalidades de venta. Al proceder de este modo, ignora que, como le había indicado el Abogado General, mientras en el asunto Keck se trataba de disposiciones del Estado de importación, en el asunto sometido a la apreciación del Tribunal en Alpine Investments las disposiciones controvertidas son las del país de exportación.

El Tribunal, en su examen, rechazará la aplicación de la jurisprudencia «Keck» por considerar que no existe analogía entre las normativas sobre modalidades de venta y la prohibición del *cold calling*. Señala el Tribunal que el motivo por el que dichas normativas no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado es que éstas no pueden impedir el acceso de los productos procedentes de otros Estados miembros al mercado del Estado miembro de importación o dificultarlo más que al de los productos nacionales. En cambio, la prohibición controvertida emana del Estado miembro de establecimiento del prestador de servicios y no sólo afecta a las ofertas hechas a destinatarios establecidos en el territorio de dicho Estado, o que se desplazan a él para recibir dichos servicios, sino también a las ofertas dirigidas a destinatarios que se encuentran en el territorio de otro Estado miembro, condicionando así directamente el acceso al mercado de los servicios en los demás Estados miembros. Por lo tanto, concluye el Tribunal, la normativa de un Estado miembro que prohíbe a los prestadores de servicios establecidos en su territorio efectuar llamadas telefónicas no solicitadas a clientes potenciales establecidos en otros Estados miembros para ofrecerles sus servicios constituye una restricción a la libre prestación de servicios a efectos del artículo 59 del Tratado.

La solución a la que llega el Tribunal es congruente con su jurisprudencia anterior en materia de libre circulación de servicios, según la cual el artículo 59 abarca las restricciones que no son discriminatorias<sup>23</sup>. Sin

---

<sup>23</sup> Véanse las sentencias Säger, citada en nota 2 *supra*, y de 24 de marzo de 1994, Schindler (C-275/92, Rec., p. I-1.039).

embargo, aunque se pueda estar de acuerdo con la solución adoptada, dado que a la hora de la interpretación y de la aplicación de las disposiciones de los artículos 59 y siguientes del Tratado, el Tribunal ha seguido normalmente las pautas de su jurisprudencia relativa a la libre circulación de mercancías<sup>24</sup>, queda la sensación de que la sentencia *Alpine Investments* no termina de motivar exhaustivamente el rechazo de la aplicación analógica invocada por los Gobiernos británico y neerlandés. Y ello por varias razones:

- por no considerar en absoluto la jurisprudencia «Groenveld»
- por no insistir en la especificidad de las disposiciones del Tratado relativas a los servicios, y
- por no dejar claramente sentado si el rechazo de la transposición de la jurisprudencia «Keck» al ámbito de los servicios es total o si por el contrario se refiere únicamente al caso concreto enjuiciado.

Finalmente, la prohibición del *cold calling*, a pesar de su carácter restrictivo, no es condenada por el Tribunal de Justicia, para quien la reglamentación neerlandesa está justificada por una razón imperativa de interés general, como es el mantenimiento de la buena reputación del sector financiero nacional, y debe considerarse objetivamente necesaria y proporcionada al fin perseguido. Por lo que respecta a la proporcionalidad, estima el Tribunal por un lado que el Estado miembro desde el que se efectúa la llamada telefónica está en mejor situación para regular el *cold calling*, y, por otro lado, que el hecho de que un Estado miembro imponga disposiciones menos rigurosas que las previstas por otro Estado miembro (el Reino Unido se limitaba a exigir la grabación obligatoria de las llamadas no solicitadas) no significa que estas últimas sean desproporcionadas. En su apreciación del test de proporcionalidad, añade el Tribunal que la normativa neerlandesa sólo prohíbe ponerse en contacto con clientes potenciales por teléfono o en persona sin su previo consentimiento mientras otras técnicas de contacto quedan autorizadas, que sólo afecta a las relaciones con clientes potenciales y no con los clientes existentes, quienes mantienen la posibilidad de dar su consentimiento por escrito, y que sólo se limita al mercado de los contratos de futuros sobre mercancías.

*Carlos Gimeno Verdejo*

---

<sup>24</sup> Véase MATTERA, A.: «Les principes de proportionnalité et de la reconnaissance mutuelle dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services: de l'arrêt Thieffry aux arrêts Vlassopoulou, Mediawet et Dennemeyer», en *Revue du Marché Unique Européen*, 1991, n.º 4, p. 191.

## La sentencia Wielockx. Libre establecimiento e impuestos directos

En pleno período estival, el Tribunal de Justicia pronuncia esta sentencia relativa a la compatibilidad con el artículo 52 del Tratado de la normativa neerlandesa del impuesto sobre la renta de las personas físicas. Responde así a tres cuestiones prejudiciales planteadas por el *Ge-rechtshof te s'-Hertogenbosch*, órgano jurisdiccional neerlandés confrontado a un litigio entre el Sr. Wielockx, ciudadano belga residente en Bélgica, y el *Inspecteur der directe belastingen*, acerca de la negativa de este último a deducir del rendimiento imponible del interesado las dotaciones a la reserva para la vejez.

El Tribunal de Justicia reduce las tres cuestiones a dos, que examinará conjuntamente. Se trataba de dilucidar: *a)* si el artículo 52 se opone a que un Estado miembro permita a las personas residentes en su territorio deducir de los rendimientos sujetos al impuesto los rendimientos derivados de la actividad empresarial que se afectan a la constitución de una reserva para la vejez, pero deniegue dicha ventaja a los sujetos pasivos comunitarios que, aunque residan en otro Estado miembro, obtengan en el primer Estado miembro la totalidad o la cuasi totalidad de sus rendimientos, y *b)* si dicha diferencia de trato puede justificarse por el hecho de que las rentas periódicas que el sujeto pasivo no residente perciba posteriormente de la reserva para la vejez no se gravan en el Estado en que ejerza sus actividades profesionales, sino en el Estado de residencia con el que aquel Estado ha celebrado un convenio fiscal bilateral para evitar la doble imposición.

Por lo que respecta a la primera cuestión, debe tenerse en cuenta que los Tratados constitutivos, a pesar de sus sucesivas modificaciones, no han previsto una competencia específica de la Comunidad en materia de fiscalidad directa<sup>25</sup>, por lo que ésta es competencia de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia reconoce esta competencia estatal, aunque

---

<sup>25</sup> El artículo 220 del Tratado CE contempla únicamente la apertura, en tanto sea necesario, de negociaciones entre los Estados miembros, a fin de asegurar en favor de sus nacionales la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad. En la práctica, el único fundamento para una acción comunitaria en el ámbito de la fiscalidad directa lo constituye la cláusula general de armonización del artículo 100 del Tratado CE, según el cual el Consejo adoptará por unanimidad directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común. A su vez, el artículo 100 A, en su apartado segundo, excluye la aplicación a las disposiciones fiscales de las medidas de armonización relativas al mercado interior contempladas en el apartado primero de dicho artículo. Por último, el artículo 73 D, en lo relativo a la liberalización de movimientos de capitales y de pagos, acepta limitaciones derivadas de la aplicación del Derecho fiscal de los Estados miembros.

establece límites a su ejercicio. En efecto, señala el Tribunal, los Estados miembros deben ejercer su competencia respetando el Derecho comunitario y abstenerse, por lo tanto, de toda discriminación manifiesta o encubierta basada en la nacionalidad. A este respecto, y aunque la sentencia no haga expresa referencia a ello, no puede olvidarse que un trato desigual basado en el criterio de residencia conlleva el riesgo de perjudicar principalmente a los nacionales de otros Estados miembros, puesto que los no residentes son con frecuencia no nacionales<sup>26</sup>.

Esta sentencia se incorpora así a la lista de resoluciones en las que el Tribunal ha examinado la compatibilidad de reglamentaciones internas en el ámbito de la fiscalidad directa con el principio de la libre circulación de personas. Entre ellas, pueden citarse:

- La sentencia *avoir fiscal*<sup>27</sup>, en la que se examina la compatibilidad con el artículo 52 del Tratado de la legislación francesa que reconocía a las compañías de seguros con sede social en Francia (incluidas las filiales de compañías extranjeras) una ventaja fiscal conocida como *crédit d'impôt*, mientras se la denegaba a las agencias o sucursales de compañías extranjeras.
- La sentencia Biehl<sup>28</sup>, en la que se examina la compatibilidad con el artículo 48 del Tratado de una disposición fiscal luxemburguesa que, una vez efectuada la retención en origen a cuenta del impuesto sobre la renta, negaba la devolución del exceso ingresado a los contribuyentes que hubieran sido residentes en el Gran Ducado durante sólo una parte del año fiscal.
- La sentencia Bachmann<sup>29</sup>, en la que se examina la compatibilidad con los artículos 48 y 59 del Tratado de las disposiciones fiscales belgas según las cuales la deductibilidad, a efectos del impuesto sobre la renta, de ciertas primas de seguros quedaba condicionada a que el pago de éstas se hubiese realizado a una compañía belga o a un establecimiento de una compañía extranjera situado en Bélgica.
- La sentencia Schumacker<sup>30</sup>, en la que se examina la compatibilidad con el artículo 48 del Tratado de disposiciones fiscales alemanas que deniegan ciertas ventajas a las personas sin residencia permanente o habitual en Alemania.

---

<sup>26</sup> Véase el apartado 19 de las conclusiones del Abogado General Sr. Léger en este asunto.

<sup>27</sup> Sentencia de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia (270/83, Rec., p. 273).

<sup>28</sup> Sentencia de 8 de mayo de 1990, Biehl (C-175/88, Rec., p. I-1.779).

<sup>29</sup> Sentencia de 28 de enero de 1992, Bachmann (C-240/90, Rec., p. I-249).

<sup>30</sup> Sentencia de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93; Rec., p. 225).

Debe tenerse en cuenta que para que el Tribunal pueda examinar este tipo de asuntos, es necesario que exista un elemento de «extranjería comunitaria»<sup>31</sup>. En el asunto Wielockx tal elemento está presente, pues se trata de una persona de nacionalidad y residencia belgas, pero que, usando las palabras del Abogado General Sr. Léger, ha hecho uso de su libertad de circular en la Comunidad para establecerse como trabajador independiente en los Países Bajos.

En el enfoque del problema de la discriminación desde la óptica del artículo 52 del Tratado, la sentencia Wielockx constituye un reflejo de la sentencia Schumacker en el ámbito del artículo 48 del Tratado, sin presentar grandes novedades. El Tribunal estima que una diferencia de trato fiscal en los impuestos directos entre residentes y no residentes no constituye una discriminación *per se*, puesto que se trata de situaciones no comparables; sin embargo, el sujeto pasivo no residente, que percibe la totalidad o la cuasi totalidad de sus rendimientos en el Estado en que ejerce sus actividades profesionales, se encuentra, objetivamente, en la misma situación, por lo que se refiere al impuesto sobre la renta, que el residente que ejerce en él las mismas actividades. Por lo tanto, si a un no residente como éste no se le permite disfrutar de ventajas de las que disfruta un residente, como la de constituir una reserva para la vejez deducible, se está en presencia de una discriminación.

A la hora de justificar tal discriminación, al igual que hizo en la sentencia Schumacker, el Tribunal examina el principio de coherencia fiscal enunciado en la sentencia Bachmann y lo clarifica. Con estas sentencias parece asentarse la posibilidad, criticada<sup>32</sup>, de que una discriminación encubierta pueda quedar justificada por exigencias imperativas. En este sentido, cabe decir que con anterioridad a la sentencia Bachmann, las medidas discriminatorias sólo podían encontrar justificación en una disposición expresa del Tratado, y que las exigencias imperativas sólo eran aplicables a medidas que, aplicadas indistintamente, originaban una desigualdad de trato.

Según el principio de coherencia fiscal, debe existir una correlación entre las cantidades deducidas de la base imponible y las que se sujetan al impuesto. En la sentencia Bachmann, este principio resultaba aplicable, puesto que la pérdida de ingresos derivada de la deducción de las primas

---

<sup>31</sup> Véase la sentencia de 26 de enero de 1993, Werner (C-112/91; Rec., p. I-429). En ella, el Tribunal, confrontado con la misma legislación fiscal que la que examinaría posteriormente en el asunto Schumacker, consideró que el Estado miembro podía aplicarla en el caso de situaciones puramente internas como la del señor Werner, ciudadano alemán que, formado en Alemania, trabajaba en dicho país, aunque residía en Bélgica.

<sup>32</sup> Véanse FOSSELARD, D.: «L'obstacle fiscal à la réalisation du marché intérieur», en *Cahiers de droit européen*, 1993, p. 472, 482, y FARMER, P. y LYAL, R., *EC Tax Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 330.

de seguro de los rendimientos totales imponibles se compensaba con la imposición de las pensiones, rentas o capitales debidos por los aseguradores, y, por consiguiente, en el caso de que un Estado estuviese obligado a aceptar la deducción de las primas de seguro pagadas en otro Estado miembro, éste debería poder percibir el impuesto sobre las cantidades debidas por los aseguradores establecidos en ese Estado, lo cual era excesivamente difícil. En el caso de la sentencia *Wielockx*, se pretendía justificar la no deductibilidad de la reserva para la vejez del no residente por el hecho de que las rentas periódicas que éste perciba posteriormente de dicha reserva no se gravan en dicho Estado sino en el Estado de residencia.

No obstante, ya en la sentencia *Bachmann* apuntaba el Tribunal la posibilidad de obtener una solución por vía de convenios bilaterales entre Estados miembros. Esta posibilidad aparece precisamente recogida en las sentencias *Schumacker* y *Wielockx*, en las que se hace referencia a los convenios celebrados entre Alemania y los Países Bajos y entre Bélgica y los Países Bajos con el fin de evitar la doble imposición. Si, como es el caso, estos convenios garantizan la coherencia fiscal, las discriminaciones en materia de ventajas fiscales que aparecen en estas sentencias no pueden justificarse aplicando dicho principio.

Debe señalarse que estas sentencias ofrecen una solución insatisfactoria desde el punto de vista comunitario, en el sentido de que permiten que situaciones comparables sean objeto de un trato distinto en función de la existencia o inexistencia de un convenio bilateral. Aun con todo, lo insatisfactorio de la solución no puede achacarse al Tribunal. Este, al garantizar la aplicación del principio de no discriminación, lleva a cabo una labor de armonización mínima, pero es al legislador comunitario a quien corresponde acabar con las distorsiones fiscales por vía de la armonización legislativa. En esta tesitura, no cabe pensar en una rápida desaparición de tales distorsiones, a la vista de la ausencia de una competencia comunitaria específica en el ámbito de la fiscalidad directa.

Resulta llamativo que en estos asuntos no se plantease la posibilidad de limitar los efectos en el tiempo de la sentencia del Tribunal de Justicia. En efecto, tratándose de la incompatibilidad de disposiciones fiscales nacionales con el Derecho comunitario, la consecuencia lógica es la devolución por parte del fisco de las cantidades entregadas por los contribuyentes de conformidad con tales disposiciones<sup>33</sup>, lo que podría originar problemas financieros a las Haciendas estatales.

---

<sup>33</sup> Véanse en materia de fiscalidad indirecta las sentencias de 16 de diciembre de 1976, *Rewe* (33/76; Rec., p. 1.989), de 27 de febrero de 1980, *Hans Just* (68/79, Rec., p. 501), de 13 de diciembre de 1983, *Lewis* (222/82, Rec., p. 4.083) y de 29 de junio de 1988, *Deville* (C-240/87, Rec., p. 3.513).

En materia de limitación temporal de los efectos de la sentencia, la jurisprudencia del Tribunal parece orientarse en una dirección restrictiva<sup>34</sup>. Según el Tribunal, la limitación de los efectos de una sentencia que decide sobre una solicitud de interpretación parece completamente excepcional, recurriéndose a esa solución únicamente en situaciones muy determinadas, a saber, cuando exista un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y sea patente que los particulares y las autoridades nacionales han sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa comunitaria, en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias, incertidumbre a la que han contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión. De estas condiciones, sólo la segunda parece concurrir en el asunto *Wielockx*, pues ciertamente el trato fiscal diferenciador entre residentes y no residentes está generalizado en los Estados miembros. Por el contrario, no parece que exista un gran número de personas que se encuentren en la misma situación del señor *Wielockx* como para pensar en una devolución masiva del exceso de impuesto que dé lugar a graves repercusiones financieras, siendo ésta probablemente la razón por la que el Gobierno neerlandés ni siquiera sacó a relucir el tema de la limitación de efectos.

*Carlos Gimeno Verdejo*

---

<sup>34</sup> Véase la sentencia de 11 de agosto de 1995, *Rodgers* (asuntos acumulados C-367/93 a C-377/93, pendiente de publicación en la Rec.).



# Crónica



# Crónica Comunitaria: la economía española en el marco de la Unión Europea

por Beatriz Iñarritu

**Sumario:** INTRODUCCIÓN. 1. ESTADO DE LA INTEGRACIÓN. 1.1. Rumania presenta su demanda de adhesión a la Unión Europea. 1.2. Convocatoria y presentación de conclusiones del «comité de sabios» encargado de preparar la conferencia intergubernamental de 1996.— 2. ACTUALIDAD INSTITUCIONAL. 2.1. Consejos Europeos de París, Cannes, Mallorca y Madrid. 2.2. España e Italia: presidencia del Consejo de Ministros. 2.3. Acuerdo de Schengen: Francia pide una prórroga. 2.4. Nombramiento del Defensor del Pueblo europeo. 2.5. Comisión Bilateral de los gobiernos español y vasco para Asuntos Europeos. 2.6. Inauguración de la Oficina de la Salud y la Seguridad en el Trabajo en Bilbao.— 3. CUESTIONES GENERALES DE LA ACTUALIDAD ECONÓMICA. 3.1. La UE define un nuevo marco de relaciones con China. 3.2. La Agenda Transatlántica y el acuerdo de cooperación con Mercosur. 3.3. La cumbre mediterránea y la Unión Aduanera con Turquía. 3.4. Revisión de la Convención de Lome IV. 3.5. Sentencias del Tribunal de Justicia: los deportistas comunitarios y la discriminación positiva de la mujer. 3.6. Investigaciones sobre ayudas públicas: Iberia, SEAT y el sector del automóvil. 3.7. Aprobación del programa operativo del País Vasco. 3.8. Límites de la ayuda pública a la inversión en el País Vasco.

## INTRODUCCIÓN

La Unión Europea sigue su curso. Los últimos Consejos Europeos celebrados en España han servido para constatar la voluntad de avanzar en la construcción comunitaria y para definir la que será la Europa del próximo siglo.

Las decisiones sobre el nacimiento del EURO en 1999 y sobre el inicio simultáneo de las negociaciones de Adhesión con los países del Este, seis meses después de la conclusión de la Conferencia Intergubernamental (prevista para el primer semestre de 1997), se han convertido en verdaderos acicates del quehacer comunitario.

La UE se encuentra volcada en el proyecto de Unión Económica y Monetaria, proceso que se ha convertido ya en el principal debate interno de cada uno de los Estados miembros y que representa la principal preocupación —el cumplimiento de los criterios de convergencia— de los gobiernos nacionales.

La Comisión Europea, consciente del alejamiento con que muchas veces ha actuado respecto a los ciudadanos, ha anunciado el lanzamiento de una campaña de divulgación sobre el EURO. Bruselas tratará de transmitir claramente a los ciudadanos las ventajas que la nueva moneda terminará por reportarle en muy distintos aspectos de su vida cotidiana, en su vida personal, en sus relaciones con la Administración o con la banca. Esta nueva experiencia resulta ser, asimismo, un claro ejemplo de la renovada actitud que pretenden mostrar las instituciones comunitarias de acercamiento a las opiniones públicas.

Asimismo, la consecución de una mayor y más influyente presencia en el exterior se ha convertido en otro eje fundamental del devenir comunitario. La firma de acuerdos internacionales que incluyen aspectos que van más allá de lo puramente económico o comercial se está convirtiendo en una costumbre de la Unión. A pesar de sus incuestionables carencias, el reforzamiento de la Política Exterior y de Seguridad Común, PESC, «segundo pilar» de Maastricht, está dotando a la UE de un mayor protagonismo en muy diferentes escenarios internacionales.

Y todo ello, sin olvidar el problema del desempleo que ha alcanzado dimensiones casi insoportables en el continente, y las cuestiones del «tercer pilar», esto es, la coordinación de las Políticas de Interior y de Justicia. La creación de EUROPOL está en marcha, y también la política común de visados (lista de países terceros y modelo de visado); el reto que queda pendiente es la eliminación de fronteras interiores a los movimientos de personas en todo el territorio comunitario, es decir, la «comunitarización» de Schengen.

## 1. ESTADO DE LA INTEGRACIÓN

### 1.1. Rumanía presenta su demanda de adhesión a la Unión Europea

El pasado 22 de junio el gobierno rumano tramitó la demanda de ingreso en la Unión Europea, con lo que son ya tres los PECOs (Países de Europa Central y Oriental) que han formalizado su candidatura: Hungría, Polonia y la propia Rumanía.

Esta nueva demanda ha sido presentada con el apoyo de todos los partidos políticos, incluidos los de oposición, «porque se trata de un proyecto

nacional consistente en volver a la casa a la que siempre ha pertenecido Rumanía», según subrayó el embajador en Bruselas, *Constanti Ene*.

El gobierno de Bucarest estima que «las instituciones democráticas están suficientemente establecidas» y calcula que en dos años habrá solucionado la mayor parte de obstáculos normativos. De esta forma, pretende cumplir todas las condiciones para ingresar en la UE en torno al año 2000, cuando toda la legislación esté perfectamente armonizada.

Asimismo, los representantes rumanos hicieron valer su deseo de que la Ampliación de la UE al Este se realice siguiendo el principio de igualdad de trato entre los distintos PECO, aunque se mostraron dispuestos a aceptar que otros negocien de forma más rápida a partir del momento en que todos comiencen simultáneamente dichas negociaciones de Adhesión.

### **1.2. Convocatoria y presentación de conclusiones del «comité de sabios» encargado de preparar la conferencia intergubernamental de 1996**

Tal como estaba previsto, el pasado 3 de junio tuvo lugar en Taormina (Sicilia) la primera reunión del «Grupo de Reflexión» encargado de preparar las futuras reformas de la Unión Europea.

El grupo quedó integrado por 18 expertos, uno por cada Estado miembro, dos miembros del Parlamento Europeo y un representante de la Comisión Europea, *Marcelino Oreja*, comisario de Asuntos Institucionales. La presidencia correspondió al representante español, al entonces Secretario de Estado para los Asuntos Comunitarios, *Carlos Westendorp*.

Ya en la sesión inaugural del Comité, el gobierno británico hizo valer su postura contraria a la reducción del derecho de veto y la consiguiente extensión de las votaciones por mayoría. En la actualidad, todas las decisiones en materia de política exterior, asuntos de justicia o fiscales entre otras, se adoptan por estricta unanimidad, lo que provoca importantes parálisis.

*Westendorp* restó importancia a las declaraciones del representante británico y evitó toda dramatización. Aseguró que en la primera reunión del grupo se llegó a un acuerdo total sobre los objetivos: preparar a la UE para la ampliación, reforzar las políticas de seguridad y defensa y definir métodos para combatir la criminalidad. Estos dos últimos temas, conocidos como «el segundo» y «el tercer pilar» del Tratado de Maastricht, son los menos desarrollados hasta el momento, ya que se requiere la unanimidad de los Quince.

Incluso los británicos mostraron su conformidad con estas tres áreas prioritarias, en las que deben concentrarse los esfuerzos. Sin embargo,

también apuntaron hacia la posibilidad de una UE «a la carta», de forma que los países se acojan a las políticas comunitarias que más les interesen, a lo que el presidente español del grupo respondió, de forma gráfica, que en ese caso «la UE corre el riesgo de convertirse en un queso gruyere, con agujeros por todas partes».

El pasado 5 de diciembre, el Grupo envió su informe, «*Una estrategia para Europa*», a los Jefes de Estado y de Gobierno de los Quince, tras trece reuniones de trabajo a lo largo de cinco meses.

Este documento no ha supuesto un gran avance en la prevista reforma del Tratado de Maastricht. Las diferencias son muy importantes y el grupo se ha centrado en establecer un mero catálogo de opciones posibles. El gran número de participantes y el escaso margen de maniobra de los Secretarios de Estado han hecho muy difícil afinar en las decisiones. Su contenido refleja, en gran medida, el estado actual de división en el seno de la Unión.

El informe propone a los futuros negociadores que se centren en los cambios necesarios, sin comprometerse en una revisión completa del Tratado. En este sentido, se establecen tres objetivos. En primer lugar, conseguir una Europa más próxima y accesible a los ciudadanos; en segundo lugar, alcanzar mayores cuotas de eficacia y la preparación de la ampliación, y por último, una mayor capacidad de acción en el plano exterior.

Asimismo, se considera de gran importancia la seguridad interior, con un especial énfasis en el problema de la droga y el blanqueo de dinero.

## 2. ACTUALIDAD INSTITUCIONAL

### 2.1. Consejos Europeos de París, Cannes, Mallorca y Madrid

A lo largo del primer semestre de 1995, y bajo la presidencia francesa del Consejo de Ministros, se celebraron dos reuniones de Jefes de Estado o de Gobierno de los Quince.

El primer Consejo Europeo, que tuvo lugar el 9 de junio en París, fue convocado de forma extraordinaria por el presidente francés, *Jacques Chirac*. La situación de la antigua Yugoslavia fue el tema principal del encuentro, y los líderes de los Quince decidieron descartar la retirada de los «cascos azules» desplazados en Bosnia antes de diciembre.

Por su parte, el Consejo «ordinario» tuvo lugar a finales del mismo mes de junio, los días 26 y 27, coincidiendo con la finalización de la presidencia francesa, en la ciudad de Cannes.

Los temas tratados por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Quince fueron los tres siguientes:

— *El reparto de los fondos de ayuda de la acción exterior comunitaria.*

Los líderes comunitarios aprobaron el triple paquete de ayudas económicas para el período 1996-2000, destinadas a los 70 países ACP (Africa, Caribe y Pacífico), los 6 del Este (PECO) y los 12 de la cuenca sur del Mediterráneo, incluidos por vez primera Turquía y Palestina.

Estos 88 países se repartirán, en cinco años, algo más de 4 billones de pesetas, un 28,5% más que en el quinquenio anterior en términos nominales, un 8% más en términos reales una vez descontada la inflación del 20,5%.

El VIII FED (Fondo Europeo de Desarrollo), destinado a los ACP, se nutre de aportaciones nacionales y alcanzará, en virtud del acuerdo de Cannes, la cifra de 13.300 millones de ECUs. Por su parte, los PECO, Países de Europa Central y Oriental, recibirán de la UE 6.692 millones de ECUs.

La asignación a los Países Mediterráneos provocó un encendido debate entre el canciller alemán *Kohl* y el presidente del gobierno español *Felipe González*, en torno al equilibrio entre las ayudas al Este y a los Mediterráneos.

El punto de partida se centraba en alcanzar el porcentaje del 70% de las ayudas a los PECO para los Mediterráneos; sin embargo, mientras el gobierno alemán pretendía conseguir este equilibrio al final del período, en el año 2000, los representantes españoles defendían dicho porcentaje para todo el quinquenio 1996-2000. Finalmente, triunfaron las tesis de *González* y se aprobó la cifra mencionada de 4.687 millones de ECUs, que equivale al 70% de los 6.692 millones asignados a los PECO.

Esta decisión fue interpretada, en medios diplomáticos españoles, como la consolidación de la Política Mediterránea de la UE, y más en particular, como un apoyo decisivo a la Conferencia Euro-mediterránea que se celebró en noviembre en Barcelona.

— *La financiación de las grandes redes de infraestructuras de transporte.*

En este apartado, el Consejo Europeo decidió delegar en el Consejo de Ministros de Economía y Finanzas —ECOFIN— la decisión sobre el reparto de los fondos comunitarios disponibles para las redes europeas de transportes hasta el año 2000. En este sentido, cabe destacar la decisión del gobierno español de levantar finalmente su reserva a la idea de «priorizar entre los pro-

yectos prioritarios» en favor de los que se encuentren más avanzados.

De esta forma, el 75% del presupuesto se destinará a los 14 proyectos más maduros, entre los que se encuentran tres proyectos españoles: dos conexiones de alta velocidad ferroviaria con Francia, Madrid-Barcelona-Montpellier y Madrid-Vitoria-Dax, y la autopista Valladolid-Lisboa. Sólo el 25% se asignará a proyectos menos costosos o apenas avanzados, como son la mayoría de los españoles, ya que España carece de recursos presupuestarios para acometer las obras al mismo ritmo que otros Estados miembros.

En todo caso, la referencia del 75% quedó establecida con un carácter meramente indicativo, ya que el procedimiento de compromiso será el tradicional, año por año, con lo que todos los proyectos podrán obtener recursos a medida que se vayan presentando.

Las sumas comprometidas para el período ascienden a 2.160 millones de ECUs, a los que podrían sumarse otras dotaciones presupuestarias por importe de otros 2.000 millones de ECUs.

— *La creación de la EUROPOL, organismo de coordinación de las policías europeas.*

La oposición del primer ministro británico, *John Major*, al eventual sistema de arbitraje ante los posibles conflictos suscitados por actuaciones de EUROPOL entre los distintos Estados de la UE impidió la creación de la «policía común», conocida también como «FBI europeo».

Todos los líderes comunitarios, salvo *Major*, se mostraron de acuerdo en ceder esta labor de arbitraje al Tribunal de Justicia comunitario. La alternativa propuesta por *Major* es la mediación del propio Consejo Europeo, quien trataría de buscar arreglos de buena voluntad entre los gobiernos implicados, y en último término, si no se alcanzase un acuerdo amistoso, se devolvería el conflicto a los tribunales nacionales.

Los otros catorce líderes comunitarios decidieron finalmente postponer la decisión, en un gesto de «comprensión» al líder británico, quien atraviesa por una delicada situación interna frente a los euroescépticos de su propio partido.

La decisión que se adoptó al final, fue la de firmar la Convención de creación de EUROPOL, y poner en marcha las estructuras necesarias, dejando la solución al debatido papel del Tribunal para una posterior resolución, una vez que los Parlamentos nacionales hayan procedido a la ratificación del Convenio.

Por tanto, la creación efectiva de la agencia policial europea ha sido aplazada un año, ya que el tema será tratado de nuevo en junio de 1996, en la cumbre ordinaria de la presidencia italiana.

El retraso produjo una notable decepción en medios comunitarios, por cuanto EUROPOL es una pieza clave del «tercer pilar» del Tratado de Maastricht, el referido a Interior y Justicia. Será, fundamentalmente, una red informática y una base de datos, utilizable por cada país de la UE en su lucha contra la delincuencia transnacional, incluyendo terrorismo, narcotráfico y comercio de coches robados, principalmente.

El uso de datos confidenciales puede generar situaciones de conflicto y de desprotección de ciudadanos, de ahí la importancia de establecer un sistema eficaz de arbitraje y de protección de los derechos de los individuos.

Catorce de los Quince están dispuestos a aceptar al Tribunal de Luxemburgo; el Reino Unido no quiere ceder competencias de su sistema judicial.

En todo caso, y siguiendo las instrucciones de Cannes, el 26 de julio los Quince firmaron en Bruselas la Convención que instituye EUROPOL. Su entrada en vigor queda pendiente, sin embargo, de la aprobación de ocho reglamentos de aplicación, entre los que figura el relativo a los poderes de interpretación de la Convención por parte del Tribunal de Justicia comunitario y el referente a la solución de litigios.

El tercer Consejo Europeo del año se ha celebrado en Formentor (Mallorca), bajo la presidencia española. La cumbre tuvo lugar los días 22 y 23 de septiembre, y en ella no se adoptaron decisiones formales.

Los Quince se comprometieron a compartir el despliegue militar que vigile la paz en la antigua Yugoslavia y a cofinanciar hasta un tercio de su reconstrucción.

También decidieron no invitar a Estados Unidos, Rusia y a los países del Este a la Conferencia Euromediterránea de Barcelona, para «no restar eficacia» a una reunión que previsiblemente «sentaría las bases de una nueva relación entre la UE y sus socios mediterráneos».

El apartado más relevante del Consejo fue la aprobación del calendario de trabajo de la Unión hasta el año 2000. Los máximos responsables de los Quince confirmaron el comienzo de la Conferencia Intergubernamental, que debe reformar el Tratado de Maastricht, durante el primer semestre de 1996 bajo presidencia italiana y su conclusión bajo presidencia holandesa, en el primer semestre de 1997.

Finalizada la CIG, seis meses después, comenzarán las negociaciones para la Ampliación de la UE a Malta, Chipre y los países del Este. Paralelamente, en 1998, se producirá el momento crucial de la Unión Monetaria, ya que los Quince tendrán que decidir qué socios de la Unión formarán parte, en 1999, de la divisa única.

Este momento coincidirá con la negociación de las nuevas Perspectivas Financieras, que sustituirán, del 2000 en adelante, al denominado paquete *Delors-2*.

La cumbre de Mallorca fue una reunión de reflexión informal y no decisoria. Sin embargo, varios de los líderes comunitarios alabaron la oportunidad y el contenido del encuentro, y se pronunciaron a favor de repetirla todos los semestres.

Por último, los pasados 15 y 16 de diciembre tuvo lugar en Madrid el Consejo Europeo que puso fin a la presidencia española de la Unión, y que marcó todo un éxito de la diplomacia española.

En un clima de marcado optimismo, los Jefes de Estado y de Gobierno alcanzaron una serie de acuerdos históricos para la construcción comunitaria, como son la denominación y el escenario de la entrada en vigor de la moneda europea —EURO—, la fecha para el inicio de la Conferencia Intergubernamental y el calendario de Ampliación a los países del Este.

El proceso hacia la Unión Económica y Monetaria ha avanzado un paso más con la selección del nombre de la moneda, EURO, y la determinación de la fecha en que se elaborará la lista definitiva de los países que la pondrán en marcha en 1999.

Será a comienzos de 1998, «lo antes posible», cuando el Consejo Europeo decida qué Estados miembros podrán acceder al EURO, que comenzará a ser utilizado a partir del 1 de enero de 1999 —inicio de la tercera fase de la UEM—.

En este primer momento, la moneda única se utilizará tan sólo para grandes transacciones, como la emisión de Deuda Pública negociable, aunque ya cualquier transacción económica podrá ser denominada en la nueva divisa.

Será tres años después, el 1 de enero del 2002, cuando comenzarán a circular los nuevos billetes y monedas; los nacionales dejarán de ser de curso legal en un plazo máximo de seis meses. A partir del 2002, todas las operaciones de las Administraciones públicas pasarán a realizarse en moneda única.

A pesar de los importantes acuerdos alcanzados, restan aún un gran número de decisiones para que el EURO sea una realidad, como son la conversión de la Deuda emitida, la división decimal para convertir moneda nacional en moneda común o las relaciones con las divisas que, en una primera etapa, no se integren en el EURO.

Por otra parte, los Quince han iniciado ya un debate sobre el llamado «pacto de estabilidad», mediante el que los Estados miembros se comprometan a mantener sus ajustes presupuestarios más allá del inicio de la tercera fase de la UEM, es decir, después del año 1999. El mantenimiento de la austeridad en las finanzas públicas y de los criterios de convergencia tras la creación de la moneda única serán condiciones necesarias para dar credibilidad al EURO ante los mercados.

La nueva divisa será reflejo de las Economías que se incorporen a ella, de forma que cuanto más fuertes sean éstas, más fuerte será el EURO. La Comisión Europea deberá definir y concretar este rigor presupuestario de los Estados miembros en la tercera fase.

Los Quince acordaron asimismo que la Conferencia Intergubernamental (CIG) comience el próximo 29 de marzo en la ciudad italiana de Turín, tras la aprobación del informe elaborado por el «Grupo de reflexión».

Persiste la unanimidad respecto al riesgo que corre la UE de quedar paralizada si no se afronta una reforma de las instituciones, lo cual no es óbice para la existencia de un frontal desacuerdo en torno a las soluciones idóneas o factibles en el actual estado de relaciones de los Quince.

Este desacuerdo hizo que el Consejo no llegara a ningún acuerdo sobre la participación del Parlamento en la CIG ni sobre los protagonistas de la reunión inaugural. La mayor controversia se suscitó entre Italia y Francia. La propuesta italiana apunta a que sean los Jefes de Estado y de Gobierno quienes inauguren la Conferencia, a lo que el presidente francés, *Chirac*, se opone radicalmente por no desear que se suscite demasiada expectación a propósito de la misma.

La previsión es que la Conferencia se reúna una vez al mes a partir de marzo a nivel de Ministros de Exteriores y que dure aproximadamente un año, aunque es probable que no pueda concluir hasta las elecciones legislativas en el Reino Unido, en abril de 1997.

Otro acuerdo importante del Consejo Europeo se centró en el calendario de la Ampliación al Este, tras un encendido debate sobre la aplicación de un tratamiento diferenciado a los países aspirantes. El gobierno alemán no ocultó su deseo de «primar» a sus vecinos Polonia, República Checa y Hungría, mientras los escandinavos presionaban en favor de las repúblicas bálticas.

Finalmente, se adoptó el principio de «igualdad de trato inicial» para todos los países candidatos, lo que significa que las negociaciones se iniciarán simultáneamente con todos ellos, aunque su conclusión efectivamente difiera de forma significativa, en función de la maduración política y económica de cada país.

El texto de conclusiones establece que el Consejo Europeo «aspira a que la fase inicial de las negociaciones coincida con el inicio de las negociaciones con Chipre y Malta».

Las negociaciones formales con estos dos países mediterráneos comenzarán seis meses después de concluida la Conferencia Intergubernamental, lo que significa que previsiblemente todas las negociaciones podrían comenzar en 1998. Para algunos de estos países posiblemente bastarán dos años de conversaciones, con lo que el año 2000 podría ver nacer una Unión Europea nuevamente ampliada.

Por último, la cumbre también trató el tema de la creación de empleo. Los Quince dieron su visto bueno a un documento de síntesis elaborado a partir de sendos informes de la Comisión por una parte y de los Ministros de Finanzas y Trabajo por otra.

En dicho documento se aboga por el desarrollo de un «enfoque integrado de la política del empleo» y se hace una llamada a la «movilización de los interlocutores económicos, sociales e institucionales a todos los niveles» para poner en práctica las estrategias de empleo: formación, flexibilización del trabajo, moderación salarial, adecuación de los costes laborales indirectos, eficacia de la protección social, mejora de la información entre oferentes y demandantes de empleo y fomento de iniciativas locales de empleo.

El Consejo se declaró asimismo, partidario de proseguir con la transformación de las políticas pasivas de protección al parado en políticas activas de creación de empleo. También hizo mención a un reforzamiento de los servicios de colocación, así como al «afianzamiento de los sistemas de prestaciones de desempleo, para evitar la pérdida de motivación para el trabajo».

## 2.2. España e Italia: presidencia del Consejo de Ministros

Siguiendo el turno de rotación semestral, España sucedió a Francia en la presidencia del Consejo de Ministros el pasado 1 de julio. Era la segunda vez que el gobierno español asumía dicha responsabilidad, ya que también dirigió el Consejo durante el primer semestre de 1989.

Con tal motivo, el pasado 3 de julio, la Comisión Europea y el gobierno español mantuvieron en Madrid una reunión conjunta. En ella, *Felipe González* expuso las prioridades del semestre: la preparación de la implantación de la moneda única, la creación de empleo y la apertura de la UE hacia el Mediterráneo, Sudamérica y Europa del Este.

También aseguró el presidente del gobierno español que, durante el semestre, se trabajaría para adecuar la Política Agraria Común al proceso de adaptación económica de los países del Este y que se estrecharían las relaciones de la UE con Estados Unidos.

Por su parte, el 1 de enero Italia sustituyó al gobierno español y asumió la presidencia del Consejo. Entre sus prioridades figuran las siguientes:

- la continuación del desarrollo de un espacio económico integrado, la concertación sobre las políticas estatales de relanzamiento del empleo y la puesta en marcha de una estrategia de crecimiento que incluya el desarrollo de redes transeuropeas,
- el desarrollo de una Comunidad de ciudadanos, principalmente por medio del reforzamiento de valores como la cultura, la educación, la juventud, la salud, el turismo o la lucha contra el crimen organizado y la corrupción,
- la organización de la Unión Europea como protagonista en las relaciones internacionales.

### 2.3. Acuerdo de Schengen: Francia pide una prórroga

El primer ministro francés, *Alain Juppé*, anunció el pasado 28 de junio que su gobierno pediría una prórroga de seis meses para la plena aplicación del Acuerdo de Schengen.

En su opinión, el gobierno galo «constata que, en sus tres primeros meses de funcionamiento, el Acuerdo no marcha como debiera marchar» y por ello «es necesario realizar algunos ajustes». A pesar de esta declaración, la mayoría de analistas están de acuerdo en que la decisión tiene una motivación más política que técnica, en tanto que parece estar dirigida al electorado más conservador, preocupado por la creciente inmigración ilegal.

### 2.4. Nombramiento del Defensor del Pueblo europeo

El pasado 12 de julio fue elegido Defensor del Pueblo europeo el finlandés *Jacob Söderman*. Tras casi un año de repetidos fracasos para lograr un acuerdo, los eurodiputados consiguieron por fin el consenso para constituir esta institución creada por el Tratado de Maastricht.

Fueron necesarias tres votaciones del Parlamento Europeo. En la última ronda, la elección se centró en dos candidatos, el citado socialdemócrata finlandés, *Söderman*, y el democristiano alemán, *Siegbert Alber*. El primero consiguió 241 votos, y el segundo, 221.

El nuevo Defensor del Pueblo de la UE ha sido ministro de Justicia y magistrado del Tribunal Supremo de su país, y en el momento de su designación era el Defensor del Pueblo finlandés, cargo que ocupaba desde 1989.

Su nueva responsabilidad tendrá una duración coincidente con la legislatura del Parlamento Europeo, y se basará en la recepción de las quejas por el comportamiento de las instituciones comunitarias, irregularidades jurídicas o violaciones de la noción de equidad dentro del ámbito estrictamente comunitario. La definición de su labor ejecutiva está por definir, aunque en principio se trata de una figura más bien de corte político, a medio camino entre la rigidez y solemnidad del Tribunal de Justicia comunitario y el resto de las instituciones comunitarias.

## **2.5. Comisión Bilateral de los gobiernos español y vasco para Asuntos Europeos**

Los gobiernos central y vasco firmaron el pasado 30 de noviembre un acuerdo de constitución de una «Comisión Bilateral para Asuntos Europeos».

De esta forma, el País Vasco se convierte en la primera Comunidad Autónoma en negociar con la Administración central sus relaciones con la Unión Europea, en aquellos asuntos que afecten a las competencias recogidas en el Estatuto de Autonomía.

La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene transferidas completamente las competencias de Policía, Cultura, Fiscalidad y Carreteras. A partir de ahora, cuando las relaciones con Europa afecten a alguna de estas materias, la Comisión Bilateral deberá fijar el criterio común del gobierno de Vitoria y del de Madrid.

El acuerdo, que satisface una antigua reivindicación del gobierno vasco, ha tenido como contrapartida la rúbrica de adhesión del ejecutivo autónomo a la «Comisión Multilateral de Asuntos Europeos», en la que se integran todas las demás Autonomías y a la que hasta ahora únicamente acudía como invitado.

La Comisión estará integrada por cuatro representantes del gobierno central y cuatro del ejecutivo autónomo, siendo la función de estos últimos la «defensa de los intereses vascos en Bruselas y la participación en la construcción europea», según palabras del vicelehendakari vasco, *Juan José Ibarreche*.

## **2.6. Inauguración de la Oficina de la Salud y la Seguridad en el Trabajo en Bilbao**

El pasado 25 de octubre se constituyó en Bilbao la Agencia Europea de Seguridad y Salud Laboral.

El Consejo de Administración está formado por un total de 48 miembros, tres por cada Estado miembro de la UE y tres por la Comisión Europea. Cada trío de consejeros nacionales representa, a su vez, a la Administración de cada país, a las organizaciones empresariales y a los sindicatos.

El reglamento de la Agencia establece que su objetivo será *«proporcionar a los organismos comunitarios, a los Estados miembros y a los medios interesados, toda la información técnica, científica y económica útil en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo»*.

Asimismo, durante la sesión inaugural fueron elegidos presidente del organismo el irlandés *Tom Walsh* en representación de los gobiernos nacionales, y vicepresidentes la británica *Janet Asherson* (por los empresarios), el holandés *Marcel Wilders* (por las centrales sindicales) y el sueco *Allan Larsson* (por la Comisión).

### 3. CUESTIONES GENERALES DE LA ACTUALIDAD ECONÓMICA

#### 3.1. La UE define un nuevo marco de relaciones con China

El pasado 5 de julio, el vicepresidente de la Comisión Europea y responsable del Comercio Exterior de la UE, el británico *Leon Brittan*, presentó un documento que establece la nueva estrategia en las relaciones comunitarias con China.

La Comisión propone olvidar las sanciones económicas adoptadas en 1989 tras la matanza de la plaza de Tiananmen, y sustituirlas por un relanzamiento de relaciones y cooperación.

El cambio de actitud de las autoridades comunitarias se basa en el interés indudable que ofrece actualmente el mercado chino, el más grande del mundo, con 1.200 millones de habitantes. Además, las reformas económicas han permitido un crecimiento de la producción industrial china del 20% anual y han hecho posible que la Economía china sea ya comparable con la japonesa. Como dato significativo podría citarse que si hace diez años el 80% de las fábricas chinas funcionaban bajo un sistema de planificación, hoy tan sólo hay dirigismo en el 15%.

El saldo comercial de la UE con China se ha deteriorado drásticamente desde finales de los años ochenta. Las reformas económicas tuvieron un efecto multiplicador en las exportaciones chinas a la Comunidad, y el pasado año, la UE cosechaba un déficit comercial histórico de más de 10.000 millones de ECUs (1,6 billones de pesetas).

Un comunicado de la Comisión señala que «las inversiones de la UE en China son desesperadamente bajas si se comparan con las realizadas

en otros mercados emergentes», y advierte asimismo que el mercado chino será «el más importante del mundo en muchos sectores de alta tecnología».

Las razones económicas han prevalecido sobre los argumentos políticos, y han dado lugar al nuevo enfoque en las relaciones con China, en el que la Comisión desea intensificar la cooperación desde una perspectiva global.

En este sentido, el ejecutivo comunitario llega a proponer a los Quince que apoyen la entrada de China en la Organización Mundial del Comercio, y recomienda que se relancen las inversiones europeas en el país. También propone que la UE preste asistencia técnica a China, favorezca el intercambio de universitarios, suministre asesoría en materia energética y establezca centros de información para las empresas.

En palabras de *Brittan*, «la nueva estrategia comunitaria favorecerá la transformación de China en una Economía de libre mercado, y ésta traerá consigo la democratización del país».

*Brittan* señaló que los Quince disponen de métodos complementarios para presionar al gobierno chino en relación a las violaciones de los derechos humanos: las declaraciones públicas negativas utilizadas de manera selectiva, las discusiones en privado con los responsables chinos y la cooperación en la formación de los jueces, que dé lugar a un sistema judicial nuevo.

### 3.2. La Agenda Transatlántica y el acuerdo de cooperación con Mercosur

Las relaciones internacionales de la Unión Europea con el continente americano han experimentado en los últimos meses un fuerte impulso, con la conclusión de dos importantes acuerdos.

El pasado 3 de diciembre, los presidentes de la Unión Europea, *Felipe González*, de la Comisión, *Jacques Santer*, y de Estados Unidos, *Bill Clinton*, rubricaron en Madrid la Nueva Agenda Transatlántica.

Más de cinco meses de complejas negociaciones fueron necesarios para alcanzar un compromiso que sienta las bases para una nueva etapa en las relaciones entre Europa y Estados Unidos, incluyendo los ámbitos político, comercial, cultural y social.

Establece la Agenda un nuevo marco de cooperación entre ambos bloques, incluyendo un plan de acción con más de un centenar de medidas a desarrollar en los campos político, comercial y sociocultural. De esta forma, se termina con una mera dinámica de «consultas» para comenzar una etapa de «acciones conjuntas».

El Acuerdo fija cuatro grandes objetivos:

- promover la paz, la estabilidad, la democracia y el desarrollo.
- combatir la criminalidad internacional y, en particular, el terrorismo y el narcotráfico,
- expandir el comercio internacional para crear un gran mercado transatlántico mediante la reducción, e incluso la supresión en ciertos casos, de las barreras arancelarias,
- crear nuevos puentes sobre el Atlántico para fomentar la integración entre los pueblos europeos y el norteamericano por medio de nuevos canales de comunicación para empresarios, legisladores, científicos y estudiantes, entre otros sectores.

En opinión del presidente de la Comisión, la firma de la Nueva Agenda Transatlántica «marca un momento histórico» en Europa y Estados Unidos, sobre la creación de «un espíritu nuevo» de colaboración mutua. Subrayó que, a partir de ahora, uno de los grandes peligros mundiales, el narcotráfico, «no podrá esconderse en las fronteras».

Asimismo, la Unión Europea también firmó el 15 de diciembre en Madrid, el acuerdo de cooperación interregional con Mercosur —Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay—.

El convenio representa un paso hacia la liberalización del comercio entre las dos áreas, y es el primero de este tipo que la Unión Europea firma con una zona no limítrofe.

Es por ello que ha sido considerado como un tipo de acuerdo pionero en las relaciones comerciales de la Unión, en tanto que constituye el «primer ejemplo de regionalismo abierto» y supone asimismo, un apoyo importante a la propia organización sudamericana.

Se inicia de esta forma el diálogo político entre ambas partes, UE y Mercosur, y una progresiva liberalización comercial. También contempla el acuerdo la posibilidad de negociar, en un plazo de cinco años, una asociación más profunda «en un sentido más equilibrado y solidario».

El vicepresidente de la Comisión, el español *Manuel Marín*, afirmó que el objetivo final sería la creación de una zona de libre cambio entre las dos zonas para el año 2005. En todo caso, existe un obstáculo importante para avanzar en esta línea, como son las normas de la Organización Mundial del Comercio, que no autorizan la creación de una zona de libre cambio sin que se incluya al sector agrícola. Son precisamente este tipo de productos, los agrícolas, los que constituyen la principal exportación del Cono Sur a la UE, donde son sometidos a una superprotección.

### 3.3. La cumbre mediterránea y la Unión Aduanera con Turquía

La Conferencia Euromediterránea celebrada en Barcelona el pasado mes de noviembre, llegó a congregarse a veintisiete delegaciones y estableció las bases de la futura zona de libre comercio que unirá en el 2010 a la Unión Europea y a los países de ribera sur del Mediterráneo.

El documento final de la Conferencia se apoya en tres ejes: la asociación política que pretende crear un contexto de convivencia estable, los acuerdos económicos y la asociación cultural.

En particular, el compromiso firmado comprende los siguientes aspectos:

- eliminar progresivamente los obstáculos a las inversiones extranjeras directas,
- impulsar acuerdos de cooperación regional que desarrollen los intercambios entre los asociados,
- favorecer las relaciones entre las empresas europeas y mediterráneas, creando un entorno y un marco normativo favorable,
- adoptar un programa de apoyo técnico a las PYMEs.

Se fijó, asimismo, un calendario para avanzar en el contenido de la Declaración mediante la celebración de conferencias sectoriales sobre la energía, la utilización del agua y la desertización, y la captación de la inversión privada.

Por su parte, el Parlamento Europeo dio su aprobación —dictamen conforme— el pasado 13 de diciembre al Acuerdo de Unión Aduanera con Turquía.

Dicho Acuerdo ha entrado en vigor el 1 de enero de 1996, tras una reforma parcial de la legislación antiterrorista, necesaria para mejorar la situación de los derechos humanos en Turquía y afianzar las libertades fundamentales.

Equivale a introducir a Turquía en el Mercado Único, pero sin beneficiarse de la libre circulación de personas, y refuerza el diálogo político e institucional entre las partes.

### 3.4. Revisión de la Convención de Lomé IV

El pasado 4 de noviembre tuvo lugar la 20 sesión ministerial conjunta ACP (África, Caribe y Pacífico)/ UE en Isla Mauricio, bajo la presidencia del ministro del Plan de Nueva Guinea-Papúa y el ministro español de Asuntos Exteriores.

En esta reunión se firmó la revisión de la cuarta convención de Lomé y el segundo protocolo financiero hasta el año 2000. Igualmente, se rubricó el Protocolo de Adhesión de Austria, Finlandia y Suecia a la Convención.

A diferencia de las Convenciones quinquenales anteriores, Lomé IV fue firmada para diez años, el 15 de diciembre de 1989, estando prevista su entrada en vigor el 1 de marzo de 1990 y su revisión mediado el plazo de su aplicación.

Lomé IV revisado y el nuevo protocolo financiero entrarán en vigor seguramente en 1997, tras el procedimiento de ratificación previsto. Mientras tanto, medidas transitorias permitirán la no interrupción de la asistencia financiera europea.

### **3.5. Sentencias del Tribunal de Justicia: los deportistas comunitarios y la discriminación positiva de la mujer**

El Tribunal de Luxemburgo ha emitido dos sentencias especialmente relevantes en los últimos meses.

La primera hace referencia a la «discriminación positiva» hacia las mujeres. Según el dictamen del Tribunal comunitario, las políticas que favorecen a la mujer son contrarias al Derecho Comunitario.

Su sentencia declara ilegal una norma de la Administración del Estado alemán de Bremen que establece que, en caso de igualdad de cualificaciones para ocupar un puesto público, las mujeres tienen preferencia en los Departamentos donde estén infrarrepresentadas.

Según la Corte de Justicia, esta preferencia supone «una discriminación sobre la base del sexo» y por tanto, la legislación de Bremen «va más allá de una promoción de la igualdad de oportunidades, en tanto que otorga a las mujeres una prioridad absoluta para la contratación o ascenso en los cargos públicos».

La Comisión Europea criticó abiertamente el fallo del Tribunal por medio del comisario para Asuntos Sociales, *Padraig Flynn*, quien apuntó que las medidas del Estado de Bremen tenían un carácter limitado y aseguraban que ningún hombre mejor cualificado que una mujer sería discriminado. Afirmó asimismo que «la Comisión interpreta que una autoridad nacional podría legítimamente usar una medida de este tipo para continuar el objetivo social de aumentar la participación de la mujer en sectores concretos».

El pronunciamiento del Tribunal tendrá sin duda, importantes consecuencias sobre las denominadas «medidas de discriminación positiva» para favorecer el empleo entre las mujeres.

La segunda sentencia «histórica» del Tribunal comunitario declara ilegal que un deportista comunitario ocupe plaza de extranjero. Según los jueces europeos, es factible entonces que los equipos de la UE presenten una alineación compuesta en su totalidad por extranjeros (comunitarios), en tanto que no deben ser considerados como tales.

El Tribunal considera ilegales las cláusulas que limitan el número de jugadores nacionales de otros Estados miembros, por entender que constituyen una discriminación contraria al principio de la libre circulación de trabajadores establecida en el Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Europea.

Defiende de esta forma, el derecho fundamental de acceder libremente a un empleo, sobre la base de la igualdad de trato a trabajadores nacionales y a trabajadores procedentes de otros Estados de la UE. Rechaza, de esta forma, la tesis de que los deportistas se enmarquen en el ámbito de la cultura y no en el del trabajo, y únicamente admite la excepción de las selecciones nacionales.

La sentencia sólo afectará a los partidos de las ligas nacionales, ya que las competiciones continentales van más allá del ámbito de competencias comunitario.

Los jueces han tenido en cuenta las consecuencias que esta sentencia podría tener para los clubes o equipos que hayan establecido relaciones jurídicas de buena fe, con lo que han decidido excluir, con carácter excepcional, todo efecto retroactivo de la interpretación establecida en la sentencia.

La sentencia amenaza con modificar completamente las normas de funcionamiento del fútbol europeo, y es por ello que ha conmocionado a todos los estamentos de este deporte, que casi mayoritariamente han reaccionado en contra. Hasta el momento, los clubes que participan en las competiciones auspiciadas por la UEFA únicamente pueden alinear tres jugadores no nacionales de su país, a pesar de que, desde hace ya diez años, la Comunidad Europea viene conminando al organismo para adaptarse al Derecho Comunitario.

Para la Comisión Europea, la situación provocada por la sentencia es consecuencia precisamente de la negativa de la UEFA a irse adaptando paulatinamente a la nueva situación. «El fútbol profesional es una actividad económica no cultural, y por tanto, ha de regirse por las leyes de Economía, y no puede beneficiarse de las exenciones culturales previstas en la normativa comunitaria», declaró el comisario de la competencia, *Karel Van Miert*.

El 19 de enero la Comisión lanzó un ultimátum de seis semanas para que la organización futbolística haga respetar la sentencia. En el caso de que la UEFA continúe desoyendo el llamamiento de la Comisión, se iniciará un procedimiento de infracción.

### 3.6. Investigaciones sobre ayudas públicas: IBERIA, SEAT y el sector del automóvil

El gobierno español se ha visto inmerso en dos procedimientos de investigación de la Comisión Europea en relación a las ayudas concedidas a las empresas IBERIA y SEAT.

El proceso abierto sobre IBERIA se basa en el plan de viabilidad presentado por la compañía, que prevé una ampliación de capital de 130.000 millones de pesetas. Durante el período de información iniciado por la Comisión se llegaron a recibir un total de 17 alegaciones —15 en contra y 2 a favor— por parte de terceros implicados en el sector.

Comenzó entonces una tensa negociación entre la delegación española (el ministerio de Industria y la propia compañía) y el ejecutivo comunitario, centrada en distintos aspectos concretos del plan de viabilidad.

Los responsables de IBERIA hicieron valer como argumentos principales a su favor el alto grado de abstención en la presentación de alegaciones por parte de otras compañías (en la UE operan unas 200 líneas aéreas) y la comparación con las ayudas recibidas por otras empresas (en 1994 Air France contó con el visto bueno de la Comisión para unas ayudas que superaron el medio billón de pesetas).

En septiembre, la Comisión dio su visto bueno a 48.000 millones de pesetas, menos del 40% de los 130.000 millones solicitados. Corresponderían, por una parte, al capítulo social, 35.000 millones destinados a financiar las jubilaciones anticipadas y bajas anticipadas para 3.500 trabajadores, y por otra, a la renovación de la flota, 13.000 millones.

Finalmente, el pasado 14 de diciembre el ejecutivo comunitario autorizó una ampliación de capital en IBERIA por un total de 87.000 millones de pesetas, al tiempo que condicionó una ayuda suplementaria de 20.000 millones al cumplimiento del plan de viabilidad y a unas rígidas exigencias de rentabilidad.

A pesar de que son unas ayudas inferiores a las defendidas por el gobierno español, 130.000 millones de pesetas, el Ministerio de Industria manifestó finalmente su conformidad con una decisión que ponía fin a nueve meses de complicadas negociaciones.

IBERIA deberá mejorar sustancialmente su estructura financiera, reduciendo su nivel de deuda, y cumplir escrupulosamente el plan de viabilidad, que incluye la reducción de la plantilla y la renovación de la flota. Asimismo, estará obligada a reducir su participación en las compañías latinoamericanas.

Según el comisario de Transportes, *Neil Kinnock*, el hecho que ha desbloqueado el proceso ha sido la disposición de la compañía aérea a

realizar una sustancial reducción de sus intereses en varias compañías iberoamericanas, lo que supondrá una desinversión en torno al 90%.

La Comisión sólo considerará otra inyección de capital en 1997 de 20.000 millones si la reducción de costes y la mejora de productividad son una realidad durante el 96 y se reducen los riesgos.

Por lo que se refiere a SEAT, fue el pasado 13 de junio cuando la Comisión Europea abrió un expediente sobre la presunta ilegalidad de las ayudas estatales otorgadas a la empresa.

SEAT ha recibido sendos créditos por importe de 30.000 y 6.000 millones de pesetas, librados por el Instituto de Crédito Oficial, ICO, y el Instituto Catalán de Finanzas respectivamente. La decisión de la Comisión supuso la paralización automática de la ayuda de 10.000 millones de pesetas que quedaba pendiente para cumplir el compromiso de las administraciones central y autonómica con la empresa, alcanzado en julio de 1994.

Durante un mes, las partes afectadas o meramente interesadas —empresas competidoras— pudieron presentar sus alegaciones a Bruselas, argumentando razones a favor y en contra de las ayudas.

El comisario de la competencia, *Karel Van Miert*, aclaró entonces que la decisión se basaría en gran medida en el «plan de reestructuración de una empresa en dificultad» presentado por la empresa y avalado por el gobierno español. La Comisión debería juzgar si las previsiones de SEAT son correctas, y si con el plan previsto la empresa podrá salir adelante, o si por contra, serán necesarios recortes de capacidad.

A comienzos de octubre, el Ministro de Industria, *Juan Manuel Eguigaray*, y el comisario de Competencia, *Van Miert*, anunciaron una posición de entendimiento para la autorización de las ayudas públicas a la empresa.

El principio de acuerdo se alcanzó sobre la base de una reducción del 30% de la actividad de SEAT, que se concretaría en el cierre de la fábrica de la zona franca del puerto de Barcelona, y en la potenciación de la planta de Martorell.

El acuerdo permitirá la concesión de los 46.000 millones de pesetas de subvenciones a la empresa.

Un tercer procedimiento sobre ayudas públicas españolas fue iniciado por la Comisión en septiembre, esta vez sobre todo el sector del automóvil.

El ejecutivo comunitario exigió a España, el pasado 20 de septiembre, la notificación de todos los regímenes de ayudas existente al sector, a nivel nacional o regional, desde el 1 de enero de 1995. Esta decisión lleva implícita la aplicación del marco comunitario de ayudas al sector con carácter retroactivo, y responde a un vacío legal creado por una sentencia del Tribunal de Justicia dictada en junio.

España se opuso, el pasado mes de julio, a aplicar el esquema de ayudas con carácter retroactivo al 1 de enero. Fue el único socio de la UE en este rechazo, y en septiembre ha llevado el tema al Tribunal de Luxemburgo, por considerar que la retroactividad de la decisión comunitaria comporta inseguridad jurídica.

La Comisión, ajena a las protestas españolas, y consciente de que la Corte no resolverá el contencioso a corto plazo, ha procedido en línea con su criterio, exigiendo a las autoridades españolas la notificación de todos los regímenes de ayuda para el sector automovilístico.

España espera, entretanto, una sentencia favorable del Tribunal de Justicia que anule la aplicación retroactiva del marco de ayudas y contraiga a la Comisión.

### **3.7. Aprobación del programa operativo del País Vasco**

El Director General de Políticas Regionales de la UE, *Eneko Landa-buru*, presentó el pasado 14 de julio en Bilbao, el Programa Operativo 1994-96 del País Vasco.

Este Programa establece las ayudas que, durante el trienio, recibirá la Comunidad Autónoma con cargo a los Fondos Estructurales de la UE, por su consideración de zona industrial en declive (objetivo 2 de la Política Estructural comunitaria).

Prevé inversiones globales de 111.000 millones de pesetas, de los que 55.600 serán aportados por el FEDER (Fondo Europeo de Desarrollo Regional) y el FSE (Fondo Social Europeo).

Las acciones contempladas se clasifican en seis grandes ejes: competitividad empresarial, protección del Medio Ambiente unida a la industria, desarrollo de la Investigación tecnológica, mejora de las redes de transporte unida a las actividades económicas, desarrollo local y urbano y asistencia técnica.

El capítulo más beneficiado de la financiación comunitaria es el de la red de transportes y telecomunicaciones, que recibirá, en conjunto, en torno a 13.300 millones de pesetas.

### **3.8. Límites de la ayuda pública a la inversión en el País Vasco**

La Unión Europea aprobó en diciembre el nuevo mapa de incentivos regionales, que permite la concesión de ayudas públicas a la inversión en todo el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Esta decisión significa una ampliación geográfica, ya que anteriormente la autorización estaba limitada a zonas concretas, pero también

significa una reducción en el límite de las ayudas —antes no podían superar el 30% de la inversión en determinadas zonas, y ahora, el máximo es del 25% para todo el territorio—.

Por tanto, a partir de ahora, el conjunto del País Vasco será considerado de forma uniforme en cuanto a la posibilidad de conseguir ayudas públicas a la inversión, y en cuanto al máximo que podrán alcanzar, el 25% de dicha inversión.

Este nuevo esquema de incentivos ha sido acogido de forma muy favorable por el ejecutivo autónomo, ya que permite la elaboración de un sistema de ayudas sin limitaciones geográficas o sectoriales.

El nuevo «techo» del 25% tampoco supone una contrariedad grave, por cuanto la política de subvenciones del Gobierno Vasco está inmersa en una clara tendencia descendente.



# Cuadernos Europeos de Deusto



Bizkaiko Foru  
Aldundia

Ekonomi Sustapen  
Saila

Diputación Foral  
de Bizkaia

Departamento de Promoción  
Económica



Universidad de  
Deusto

Deustuko  
Unibertsitatea

