

El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el desarrollo del Derecho privado

A propósito del libro de Reiner Schulze-
Arno Engel- Jackie Jones (coords.),
Casebook Europäisches Privatrecht,
Baden-Baden, Nomos Verlag, 2000 (*)

Es conocido el proyecto de la Unión Europea (= UE), relativo a la codificación del Derecho privado o, más a corto plazo, su formulación en forma de «principios» no vinculantes comunes a todos los Estados miembros, a la manera de los *restatements* americanos (1). Con todo, de momento sólo puede

(*) El trabajo forma parte del proyecto DGES PB 98-1173, dirigido por el doctor FERRÁN BADOSA COLL, y se insiere en el III Pía de la Recerca de Catalunya (2001 SGR 00022).

(1) El *restatement* supone una formulación, en forma de ley, de las decisiones jurisprudenciales. Cada precepto va acompañado de un comentario que lo explica y lo justifica. Tal «legislación» (privada) tiene una mera autoridad de persuasión y su finalidad es influenciar en las decisiones jurisprudenciales futuras, a base de estimular también su alegación por parte de los abogados. Vid. «What are Uniform Laws?», en <<http://www.law.cornell.edu/uniform/uniform.html>>. Además, MELVIN EISENBERG, «Why is American Contract Law so Uniform? - National Law in the United States», en Hans Leo Weyers (Hrgs.), *Europäisches Vertragsrecht*, Baden-Baden, 1997 [23-42], 25, quien también plantea si se dan las circunstancias (institucionales y sociales) para poder aplicar el mismo modelo en Europa. Parece que sí, a juzgar por las propuestas elaboradas por la doctrina científica en respuesta a la pregunta de la Comisión sobre si es conveniente seguir adelante en la europeización del Derecho privado y, si sí que lo es, de qué manera (*DOCE*, C 255, de 13-9-2001, 1, o bien, <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/index_en.html>. Vid., además, la resolución del Parlamento Europeo,

hablarse de un Derecho privado europeo en proceso de formación (2), entre cuyas fuentes de producción ocupa un lugar destacado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (= TJCE) (3), que es de la que principalmente se va a tratar en las páginas que siguen.

La importancia de la jurisprudencia del TJCE en la labor de desarrollo y construcción de un Derecho privado europeo (= común a todos los Estados Miembros) está fuera de toda duda, puesto que un Derecho verdaderamente común sólo se consigue si las normas emanadas de las instituciones comunitarias son aplicadas e interpretadas uniformemente, esto es, de acuerdo con los mismos criterios en todos los Estados. El TJCE debe velar por ello y por que no se aplique el Derecho nacional contrario a cualquiera de las libertades que el Tratado de la Comunidad Europea (= TCE) reconoce (art. 220 TCE). Es una labor para la cual necesita, en todo caso, la colaboración de los jueces nacionales, quienes, como garantes del Derecho comunitario, no pueden obviar su aplicación preferente. El juez nacional ha de resolver el caso según las pautas que el TJCE proporciona, en respuesta a la cuestión prejudicial por él planteada (art. 234 TCE), pero esa misma interpretación es la que deberá ser tenida en cuenta por otros tribunales nacionales en el futuro (*Wünsche Handelsgesellschaft* [1986, 947]).

El *Casebook Europäisch.es Privatrecht*, coordinado por REINER SCHULZE, ARNO ENGEL y JACKIE JONES, y en cuya elaboración han participado, en calidad de corresponsales, juristas de varios países (entre ellos, BENOÎT DUMOLLARD y GAELLE MEILHAC, de Lyon; ALBERTO ODDENINO, de Torino; HANS SCHULTE-NOLKE, de Münster), presenta, agrupadas sistemáticamente, una recopilación

de 15-11-2001, sobre la unificación del Derecho Civil de los Estados miembros (<http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/pv2?PRG=CALEND&APP=PV2&LANGUAGE=ES&TPV=PROV&FILE=011115>). Sobre el particular, ESTHER ARROYO - ANTONI VAQUER, «Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo» 2002, en *La Ley*.

(2) Los diferentes significados de la expresión «Derecho privado europeo», en ULRICH DROBNIG, «Private Law in the European Union» 22 (1996), *Forum Internationale*, 3-23, esp. 20 y sigs.; KLAUS SCHURIG, «Europäisches Zivilrecht: Vielfalt oder Einerlei?», en Ulrich Hübner - F. Werner - F. Ebke (Hrgs.), *FS Bernhard Großfeld*, Heidelberg, 1999, 1089-1111; NICOLÓ LIPARI, «Diritto privato e diritto privato europeo» (2000), *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* [7-25], 7-9. Recientemente, un estado de la cuestión, ESTHER ARROYO I AMAYUELAS, «Estudio preliminar», en REINER SCHULZE - REINHARD ZIMMERMANN, *Textos básicos de Derecho europeo*, Madrid-Barcelona, 2002, 17-66.

(3) ULRICH EVERLING, «Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft» 50 (1986), *Rabels Zeitschrift* (= *RabelsZ*) [195-232], esp. 206 y sigs.; SJEFF VAN ERP, «European Union Case Law as a source of European Private Law. A Comparison with American Federal Common Law» 5 (2001), *European Journal of Comparative Law*: <<http://law.kub.nl/ejcl/54/art.54-l.doo>>, con especial énfasis en la jurisprudencia relativa a la responsabilidad del Estado y al enriquecimiento injusto de los Estados miembros y de los ciudadanos, pero especialmente crítico con la unificación indiscriminada de cualquier materia.

de (extractos) de las sentencias del TJCE, que se pueden considerar básicas para la construcción y el desarrollo del ordenamiento jurídico comunitario y, en especial, del Derecho privado europeo. Un total de 19. La pretensión de los autores ha sido, por supuesto, dar a conocer la solución concreta dada al litigio y las consecuencias que de la sentencia derivan pero, en no menor medida, también se ha querido familiarizar al lector con el estilo y la argumentación del TJCE. Además, al caso en estudio se acompaña un *rapport* de Derecho comparado, en el que los autores y/o corresponsales de diferentes países describen sumariamente cómo ha repercutido la doctrina del TJCE en los ordenamientos jurídicos respectivos. En concreto, se estudian el de Alemania, Italia, Francia, Inglaterra y Gales y, ocasionalmente, Austria. Desgraciadamente, y ese puede ser el mayor defecto del libro, no se analiza el Derecho español (4).

El *Casebook* constituye una de las muchas actividades realizadas en el seno del programa *Training and Mobility for Researchers*, dedicado a los «*Common Principles of European Law*» (5), dirigido y coordinado por el Profesor Doctor H. C. REINER SCHULZE, Catedrático de Historia del Derecho y de Derecho Civil de la Wilhems-Westfälische Münster Universität, que este año ha sido prorrogado, aunque ahora el título es «*Uniform Terminologie for European Private Law*» y es la Universidad de Torino y el Profesor GIANMARIA AJANI quien lo coordina. Un proyecto paralelo es el «*Harmonisation und Consumer Law*», financiado igualmente por una beca «Marie Curie» de la Unión Europea y del cual continúa siendo titular y coordinador el mismo profesor SCHULZE.

En las páginas siguientes abordaré el contenido del libro, no sin antes exponer brevemente las características del género al que pertenece y la finalidad que persigue.

(4) En general, en cuanto a la recepción del Derecho comunitario por parte del juez español, vid. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, «El juez nacional como juez comunitario. Valoración de la práctica española», en GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS - DIEGO J. LINÁN NOGUERAS, *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, 653-675; MURIEL LE BARBIER-LE BRIS, *Le juge espagnol face au Droit communautaire*, Université Rennes I, 1998; ENRIQUE MANUEL PUERTA DOMÍNGUEZ, *La directiva comunitaria como norma aplicable en Derecho*, Granada, 1999, 325-344; MATILDE CUENA CASAS, «La primacía del Derecho comunitario: luces y sombras» (2000), en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 459-488. Además, vid. la crónica periódica de jurisprudencia a cargo de los profesores de Derecho comunitario de la Universidad de Granada, publicada en la *Revista Instituciones Europeas* (= RÍE) en los números siguientes: 3 (1989) RÍE 885-914; 3 (1991) RÍE 989-1120; 1 (1994) RÍE 221-263; 1 (1997) RÍE 111-173. En la *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (= RDCE), que es la continuación, vid.: 2 (1997) RDCE 549-580; 5 (1999) RDCE 109-128; 6 (1999) RDCE 395-418; 8 (2000) RDCE 565-592.

(5) Para su funcionamiento, vid. Stephanie Cossmann 6 (1998), *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (=ZEuP) 379-380.

A) LOS CASEBOOKS DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

La libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento en cualquiera de los Estados miembros van a condicionar absolutamente el ejercicio de la profesión en Europa. Esto, como ya ha puesto de manifiesto la doctrina reiteradamente (6), plantea el reto de formar juristas con conocimientos comunes. El método de enseñanza a partir de *casebooks* —método que tiende a generalizarse a juzgar por los numerosos ya publicados—, forma parte de ese proyecto de creación de una cultura jurídica y un Derecho común en Europa. Supone un nuevo reto para la enseñanza en las Universidades europeas que, al asumirlo, no hacen sino adaptar el modelo de los «*Cases and Materials*» de las Universidades y escuelas jurídicas americanas (7). De la misma manera, por cierto, que también de América se está tomando prestado el *restatement* como instrumento de elaboración y de aplicación del Derecho (privado europeo).

Dirigidos a un público no especializado sino, en general, a todos los juristas y, especialmente, a los profesores, abogados, jueces y estudiantes de Derecho, los *casebooks* permiten una exposición casuística, inductiva y orientada hacia el caso concreto, que ofrece más posibilidades de entender el Derecho y de adaptar las explicaciones dogmáticas teóricas a los problemas reales. Se parte de la consideración que el análisis de los asuntos cotidianos permite hacer más asequible los problemas y sus soluciones. El *casebook*, además, plantea la ventaja de presentar en un solo libro los materiales (jurisprudenciales, legislativos, doctrinales) que, en otro caso, quizá no estarían al alcance del estudioso o cuya recopilación le supondría un notable esfuerzo. Tal estructura ofrece una alternativa interesante —desde luego, no excluyente— a los manuales de texto al uso.

Tal y como se ha señalado, la opción metodológica del *casebook* descarta el método de elaboración de una monografía científica, con artículos doctrinales de análisis del estado de la cuestión, y con manifestaciones a favor y en contra de los argumentos utilizados en las respectivas sentencias (8). Los

(6) Como muestra, vid. las contribuciones publicadas en BRUNO DE WITTE — CAROLINE FORDER, *The Common Law of Europe and the future of Legal Education*, Deventer, 1992. Muy interesante la recensión que publica H. G. Schermers 30 (1993), *Common Market Law Review* (= CMLR) 861-880. Más bibliografía sobre este tema, ARROYO, en SCHULZE-ZIMMERMANN, *Textos básicos...*

(7) Reflexiones generales sobre estos extremos, que hago míos en las páginas que siguen, en la introducción de FILIPO RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht. Lehr- und Textbuch*, Wien, 1999, XVII-XXII; MAURO BUSSANI - UGO MATTEI, «Le fonds commun du droit privé européen» 1 (2000), *Revue Internationale de Droit Comparé* (= RIDC) [30-48], 32-34; OLE LANDO, «Teaching a European Code of Contracts», en BRUNO DE WITTE — CAROLINE FORDER, *The Common Law of Europe and the future of Legal Education*, Deventer, 1992, [223-237], 235-237.

(8) Para eso, vid. REINER SCHULZE, *Auslegung europäischen Privatrechts und angeleglichenen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999.

autores del *Casebook Europäisches Privatrecht* no incluyen los comentarios o tomas de posición doctrinales que las decisiones del TJCE han suscitado en cada país, sino que tan sólo presentan los *rapports* de Derecho nacional que muestran los resultados de esa jurisprudencia; dicho de otra forma, se explica cuál ha sido la repercusión, sobre la doctrina y la legislación de cada país, de las decisiones del TJCE. Todo ello, acompañado de una bibliografía seleccionada —de estudios dogmáticos, pero también de comentarios jurisprudenciales— que constituye una magnífica orientación para el lector que quiera profundizar en los temas que se plantean. En definitiva, se trata de proporcionar una serie de ejemplos que le permitan conocer de qué manera y sobre la base de qué criterios se lleva a cabo la europeización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Normalmente, además, la sentencia del TJCE elegida para formar parte de la recopilación, es comentada y concordada con otras decisiones anteriores o posteriores que corroboran o matizan los extremos discutidos.

Aún partiendo todos de la misma premisa y finalidad, esto es, la de presentar una oferta didáctica, alternativa, no sólo para la enseñanza, sino también para el estudio, cada *casebook* puede tener un contenido distinto: los que más abundan son los que toman en consideración el Derecho comparado, sobre la base de presentar la regulación (legislativa y jurisprudencial) de una determinada materia en cada ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el Derecho de obligaciones (9) o la responsabilidad civil (10). En este mismo ámbito merece destacarse la recopilación de casos de Derecho internacional privado sobre determinación de la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual, realizado por el área de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona, en el seno del Proyecto *Common Principles of European Private Law* antes mencionado (11).

El *casebook* que ahora se presenta no aborda un ámbito jurídico concreto especializado, sino que, en general, recopila una serie de sentencias que han servido para precisar la manera como debe llevarse a cabo la integración entre

(9) INGEORG SCHWENZER y MARKUS MÜLLER-CHEN, *Rechtsvergleichung. Fälle und Materialien*, Tübingen, 1996. Vid. la recensión de D. EINSELE (1998) *RabelsZ* 521-523. Además, el ya citado *casebook* de RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*.

(10) WALTER VAN GERVEN, JEREMY LEVER, PIERRE LARROUCHE, CHRISTIAN VON BAR y GENEVIÈVE VINEY, *Tort Law. Scope of Protection*, Oxford, 1999. Presentación del proyecto «Casebooks for the common law of Europa» 4 (1996), *European Review of Private Law* (= ERPL) 67; id. PIERRE LARROUCHE, «IUS Commune Casebooks for the Common Law of Europe: Presentation, Progress Rationale» 8 (2000) ERPL 101-109. Antes, A.M.C. 4 (1998), RIDC 1208-1209 y André Tunc 3 (1998) RIDC 991-992.

(11) «Case Book» sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Con notas introductorias de J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS y C. PELLISÉ, con la colaboración de BEATRIZ AÑOVIROS, GEORGINA GARRIGA, RAQUEL ROBLES, MECHTELD ROUPE VAN DER VOORT y THOMAS KADNER, en <<http://orbita.bib.ub.es/dos.aspftpsa>>.

los Derechos nacionales y el Derecho comunitario, que reflejan en qué medida los principios del Derecho comunitario (primacía, aplicabilidad y eficacia directa) están al servicio de la protección jurisdiccional de los Derechos que éste proporciona a los ciudadanos y, en definitiva, que demuestran cómo la construcción de un Derecho privado verdaderamente común es posible, también, a través de la jurisprudencia (12).

El TJCE ha desarrollado los principios básicos de la integración del Derecho comunitario (I) y ha garantizado las libertades que consagra el TCE. De entre todas ellas, el *Casebook* se ocupa de la circulación de mercancías, la prestación de servicios y la libertad de establecimiento (II y III). Baste recordar ahora que, en aplicación de la prohibición de normas que limiten su ejercicio, el TJCE proclamó en la sentencia *Cassis de Dijon* [= *Rewe-Zentral-AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*] (1979, 649) la doctrina del «reconocimiento recíproco» que hoy se presenta como un medio extralegislativo idóneo para conseguir la armonización (descentralizada) (13). Otras sentencias incluidas en el *Casebook* se refieren a la política social de la comunidad en materia de la protección a los trabajadores (IV) y al Derecho de la competencia (V) (14). En el epígrafe siguiente detallaremos el contenido de las sentencias recopiladas, atendiendo principalmente a los comentarios realizados por sus autores.

El *Casebook Europäisches Privatrecht* es parte de una colección. Antes que, firmado conjuntamente por REINER SCHULZE y HANS SCHULTE-NÓLKE, recopila los casos más significativos en materia de Derecho del consumo (15). Otros *casebooks* en curso de publicación, analizarán monográficamente temas específicos, como el Derecho de la competencia o el de sociedades, que son materias sobre las cuales adquiere especial importancia la jurisprudencia del TJCE en el desarrollo del Derecho privado.

(12) NICCOLA SCANNICCHIO, «Fonti del diritto comunitario europeo», en Niccoló Lipari (ed.), *Diritto Privato Europeo*, I, Milano, 1997, 56. En este sentido, ROBERTO CARANTÀ, «Judicial Protection against member States: a new *jus commune* takes shape» 32 (1995) CMLR 703-726.

(13) Es un tipo de armonización negativa. Sobre ésta y su escasa incidencia en el ámbito contractual, vid. THOMAS WILHELMSSON, *Social Contract Law and European Integration*, England-USA, 1995, 45-48.

(14) Básico, ANTHONY ARNULL, *European Union and its Court of Justice*, Oxford, 1999.

(15) *Casebook Europäisches Verbraucherrecht*, Baden-Baden, 1999. Vid. la reseña de Dirk Staudenmayer 1 (2001) ZEuP 192-193.

B) EL DESARROLLO DE UN DERECHO PRIVADO EUROPEO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE

1. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO PRIVADO

En la introducción al *Casebook*, los autores hacen notar que, actualmente, el Derecho privado europeo incide en ámbitos muy específicos del Derecho, como el que regula la competencia, las sociedades, la banca o los seguros, pero que también impacta sobre el núcleo clásico del Derecho Civil. Añaden que la armonización afecta tanto a la responsabilidad civil como a las condiciones generales de la contratación o a las garantías sobre bienes de consumo, por citar sólo algunos ejemplos. De manera que conceptos jurídicos tradicionales como «buena fe» deben ser interpretados ya, tanto en el contexto de los contratos celebrados con consumidores como en el de los contratos mercantiles, de acuerdo con los parámetros que proporciona hoy el Derecho privado europeo (16).

Pues bien, en este contexto de producción legislativa comunitaria creciente crece también en importancia el papel del TJCE en la fijación de su alcance y contenido, aunque a decir verdad, las cuestiones de interpretación que se pueden plantear ante el TJCE afectan tanto al Derecho secundario como al primario. El TJCE trata de coadyuvar a la integración de los Derechos nacionales y comunitario a través de la cuestión prejudicial (art. 234 TCE), gracias a la cual aquél proporciona criterios interpretativos que operan de manera uniforme sobre las jurisdicciones nacionales. No puede pronunciarse sobre la validez del Derecho nacional que sea contrario al Derecho comunitario pero, en cambio, sí que puede proporcionar indicaciones sobre la manera como debe ser interpretado el propio Derecho interno. Y, de esta manera, la respuesta ya indica la posible contradicción (*Deutsche Gramophon* [1971, 487]) (17).

(16) En cuanto a la experiencia práctica de la europeización del Derecho privado, vid. SONJA FEIDEN - KRISTINA RIEDL, «Towards a Europeanised Judiciary? Practitioner's Experiences of National Judges with the Europeanisation of Private Law», EUI Working Papers, 2000/3. Es especialmente sugerente el libro de IRENE KLAUER, *Die Europaisierung des Privatrechts. Der EuCH als Zivilrichter*, Baden-Baden, 1998. No sólo porque analiza cuál es la situación actual del Derecho privado, según la jurisprudencia del TJCE, sino porque, además, aventura cuáles son sus perspectivas de desarrollo, a la vista de los casos ya resueltos y de los criterios interpretativos establecidos. De muy agradable lectura, vid. la reseña de Torsten Körber 4 (1998), *Europarecht*, 580-582.

(17) Sobre la estructura y funcionamiento del TJCE, en general, y entre otros muchos, GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS, «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en RODRÍGUEZ IGLESIAS — LIÑÁN NOGUERAS, *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, 373-402, esp. 393 y sigs.; en el mismo libro, PIERRE PESCATORE, «Las cuestiones prejudiciales. El artículo 177 del Tratado CEE», 527-571. Además, MANUEL CIENFUEGOS MATEO, *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros: estudio de la interpretación prejudicial y de su aplicación por los jueces y magistrados nacionales*, Barcelona, 1998.

En tanto que instrumento de armonización, la jurisprudencia proporciona principios generales, que el juez extrae, o bien recurriendo a los del Derecho interno de los Estados miembros (ex art. 288.2 TCE), o bien extrayéndolos del Derecho comunitario que ya exista (18). En este sentido, al TJCE se le reconoce la competencia para concretar las cláusulas generales, los conceptos «válvula» o, simplemente, el contenido de las directivas y el Derecho comunitario en general (19). En otro lugar me he ocupado del tema y a él me remito (20).

Se afirma que el rol del TJCE ha sido y es mucho más eficaz en la interpretación de las provisiones del TCE —puesto que éstas vinculan y se aplican uniformemente en todos los Estados miembros— que en el de la interpretación de los preceptos de las Directivas, puesto que éstas no aseguran la uniformidad más que en el resultado, pero no en cuanto a la forma y los métodos. Efectivamente, en este caso, el TJCE sólo puede aportar uniformidad en la precisión de determinados conceptos técnicos que, eventualmente, podrán ser tenidos en cuenta por el legislador; pero no puede asegurar la uniformidad en la interpretación de las normas nacionales implementadas, puesto que ésta depende, en todo caso, de los tribunales nacionales que, por lo demás, no siempre se ajustan al mandato de la «interpretación conforme» y frecuentemente se amparan en la doctrina del «acto claro» (21).

La interpretación de la norma comunitaria corresponde al TJCE, pero tanto la regla interpretada como los parámetros de interpretación reciben aplicación en el Derecho interno de cada país y, generalmente, en el contexto de una controversia entre particulares o entre particulares y el Estado. Desde este punto de vista, el recurso prejudicial (art. 234 TCE) puede representar un auténtico procedimiento para sancionar la infracción del Derecho comunitario en relación con una determinada situación jurídica subjetiva, individual.

(18) Caso *DEKA Getreideprodukte GmbH* (1983, 1-421). Además, WERNER LORENZ, «General Principles of Law. Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities» (1964), *American Journal of Comparative Law*, 1. En lo que concierne al Derecho comparado, KAKOURIS, «L'utilisation de la Methode Comparative par la Cour de Justice des Communautés Européennes», en ULRICH DROBNIG - STEF VAN ERP (eds.), *The Use of Comparative Law by Courts*, The Netherlands, 1999, 97-111. En general, sobre los métodos de interpretación del TJCE, J. MERTENS DE WILMARS, «Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice des Communautés Européennes» (1986), *Cahiers de Droit Européen*, 5; del mismo autor, «Die Grundsätze der Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts» (1994), *Jura*, 455.

(19) Sobre esto, WULF-HENNING ROTH, «Generalklauseln im Europäischen Privatrecht - Zur Rollenverteilung zwischen Gerichtshof und Mitgliedstaaten bei ihrer konkretisierung», en *FS Drobniq*, Tübingen, 1998, 135-153.

(20) ARROYO, en SCHULZE-ZIMMERMANN, *Textos básicos...*

(21) WALTER VAN GERVEN, «ECJ case-law as means of unification of private law?» 2 (1998) *ERPL* [293-307], 293-296. Sobre la doctrina del «acto claro», por primera vez, STJCE, *CILFIT* (1982, 3415).

Esto es así hasta el punto que aunque sólo el juez tiene potestad para plantear la cuestión prejudicial, también los particulares pueden conminarlo a que la presente (22).

2. EL NÚCLEO TEMÁTICO DE LOS CASOS RECOPIADOS

En el *Casebook*, la selección de la jurisprudencia y la bibliografía que la acompaña ha obedecido a criterios subjetivos. Las sentencias se presentan agrupadas en los cinco grandes bloques ya anunciados, que resumimos ahora de acuerdo con los comentarios que proporcionan sus autores. Salvo que sea imprescindible proceder de otra manera, en los resúmenes de los casos citaré los artículos del TCE de acuerdo con su numeración actual, aunque la sentencia hubiere tenido en cuenta la anterior a la reforma efectuada por el Tratado de Amsterdam. Creo que eso facilita el entendimiento. Además, las sentencias se citan de acuerdo con el sistema utilizado por los autores del *Casebook*, según el cual no aparece su fecha, sino sólo el año del repertorio y la página del *Recueil de Jurisprudencia* (23). El caso se identifica por el nombre de uno de los litigantes, según el uso convencionalmente admitido. Si existe alguna duda, puede consultarse el magnífico índice que los autores añaden al final del libro que ahora es objeto de comentario.

I. *La integración del Derecho comunitario en los ordenamientos jurídicos nacionales*

Las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho comunitario se analizan a partir del estudio de cuatro sentencias que establecen el principio de primacía de este último, su aplicabilidad y eficacia directa, la responsabilidad del Estado por su no observancia y la suspensión de la aplicación de toda ley nacional que pueda resultar contraria. Son las siguientes: *Van Gend en Loos* (1963, 3); *Von Colson und Kamann* (1984, 1891); *Francovich* (1991, 1-5357), *Factortame* (1990, 1-2433).

a) La sentencia *Van Gend en Loos* (1963, 1) establece la eficacia directa de determinados preceptos del TCE o del Derecho secundario, de manera que siempre que se den determinados requisitos, los ciudadanos pueden reclamar su cumplimiento directamente ante los tribunales nacionales. Esta solución lle-

(22) SCANNICCHIO, «Fonti del diritto comunitario europeo», en Lipari (ed.), *Diritto Privato Europeo*, 55-56.

(23) Un listado completo de los asuntos del TJCE puede obtenerse en <<http://curia.eu.int/en/jurisp/index.htm>>.

va a considerar la preferencia del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional que se oponga (*Costa c. Enel* [1964, 1251] *Simmenthal* [1978, 629], *Internationale Handelsgesellschaft* [1970, 1125]), aunque no se cuestiona la validez de éste en la parte que no se vea afectada por aquél. La eficacia directa de las Directivas procede siempre que el Estado no efectúe la transposición en los plazos previstos o no lo haga correctamente. Se fundamenta en la teoría del efecto útil (*Ratti* [1979, 1629]). Otros supuestos, *Van Duyn* (1974, 1337), *Enka* (1977, 2203), *Becker* (1982, 53), *Marshall I* (1986, 723). La eficacia directa sólo puede invocarla el particular frente al Estado y no a la inversa (*Pretore di Saló* [1987, 2545]; *Kolpinghuis Nijmegen BV* [1987, 3969] y, para poder invocarla, es necesario que la Directiva tenga un contenido preciso y reconozca Derechos a los particulares incondicionalmente. Son los tribunales ordinarios quienes determinan si tales requisitos concurren (*Fratelli Costanzo* [1989, 1839]). Si la Directiva no es beneficiosa, sino que impone cargas, entonces no es nunca de inmediata aplicación (*Busseni*, 1990, 1-495).

b) *Von Colson und Kamann* (1984, 1891). Establece la obligación de interpretar el ordenamiento jurídico nacional de conformidad con el comunitario. El TJCE recurre a esta teoría ante la imposibilidad de aplicar el efecto horizontal de las Directivas —eficacia entre particulares de las Directivas no transpuestas o transpuestas incorrectamente—. Vid. *Harz* (1984, 1921); *Marshall I* (1986, 723); *Marleasing* (1990, 1-4135); *Nijman* (1989, 3633); *Faccini-Dori* (1994, 1-3325); *El Corte Inglés* (1996, 1-1281). Es una doctrina que deriva directamente del hecho de que el ordenamiento jurídico comunitario es siempre preferente al Derecho nacional. Con todo, la misma sólo se aplica ante la falta o el defecto de transposición y no cuando la norma nacional es contraria a la comunitaria porque, si ello fuera así, se borraría cualquier diferencia entre «aplicación de la Directiva» e «interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva». Por tanto, sólo puede haber «interpretación conforme» cuando la *ratio legis* del Derecho nacional es la misma. Con todo, vid. recientemente, Ocemo 2000, 1-4941.

c) *Francovich* (1991, 1-5357). Establece la responsabilidad del Estado por infracción del ordenamiento jurídico comunitario. En la misma línea, *Brasserie du Pêcheur* (1996, 1-1029) y *Dillenkofer* (1996, 1-4845). La indemnización no sólo se impone cuando fracasa la posibilidad de alegar la eficacia inmediata vertical de la Directiva, sino también cuando fracasa la posibilidad de alegar la eficacia horizontal y es inútil la interpretación del Derecho nacional conforme a la misma (porque es posible que la norma no exista o porque la norma nacional y la Directiva afirman cosas absolutamente diferentes y difícilmente conciliables). Vid. *Faccini-Dori* (1994, 1-3325), *El Corte Inglés* (1996, 1-1281), *Wagner Miret* (1993, 1-6911).

Los requisitos (con carácter de máximo) para obtener una indemnización del Estado son: que la Directiva conceda derechos a los ciudadanos (frente al

Estado o frente a un particular); que sean unos derechos cuyo contenido regule la Directiva de manera precisa e incondicional, y que exista una relación de causalidad entre la no-transposición y el perjuicio causado. Además, debe tratarse de una infracción del Derecho comunitario de suficiente entidad. Lo es la no-transposición obligatoria en el término concedido al efecto, o la existencia de un comportamiento contrario al Derecho comunitario, que persiste aún a pesar de la existencia de jurisprudencia del TJCE que declare tal contravención (*Rechberger* [1999, 1-3499]; *Dillenkofer* [1996, 1-4845]). En estos casos, la existencia de una falta o negligencia está implícita en la calificación de la violación como «grave». Otros criterios de valoración para apreciar la existencia de violación del Derecho comunitario, en *British Telecommunications* (1996, 1-1631); *Denkavit* (1996, 1-5063); *Hedley Lomas* (1996, 1-2553).

La cuantía de la indemnización ha de ser suficiente, proporcionada y adecuada para asegurar reparación del perjuicio causado y, aunque deberán fijarla los jueces nacionales, así como el procedimiento a seguir en su reclamación, el TJCE ha establecido determinados parámetros de comportamiento en *Francovich* (1991, 1-5357), *Sutton* (1996, 1-2163), *Factortame III* (1996, 1-1029), *Hedley Lomas* (1996, 1-2553). Entre los más significativos, que las condiciones de cobro y el monto de la indemnización no deben establecerse de acuerdo con criterios menos favorables de lo que permitirían otras reclamaciones análogas según el Derecho nacional.

El TJCE no ha aclarado todavía si también es posible reclamar indemnización contra los particulares que violan el Derecho comunitario primario (arts. 85, 86 TCE). Lo planteó el abogado general VAN GERVEN, en las conclusiones del caso *Banks* (1994, 1-1209) (24).

Véase, además, *Comateb* (1997, 1-165), *Maso* (1997, 1-4051), *Palmisani* (1997, 1-4025), *GT Link A/S* (1997, 1-4449), *Petri* (1997, 1-6527), *Daihat-su* (1997, 1-6843), *Norbrook Laboratories* (1998, 1-1431), *Brinkmann Tabakfabriken* (1998, 1-5255), *Carbonari* (1999, 1-1103), *Hospital Ingenieme Krankenhaus Technik Planungs-Gesellschaft* (1999, 1-405), *Konle v. Austria* (1999, 1-3099) (25).

d) *Factortame* (1990,1-2433). Supone la suspensión provisional de cualquier medida de los ordenamientos jurídicos nacionales que sea contraria al Derecho comunitario. La jurisdicción nacional debe desaplicar cualquier norma que impida a los justiciables gozar de sus derechos, aunque sólo sea

(24) WALTER VAN GERVEN, «Non contractual Liability of Member States, Community Institutions and Individuals for breaches of Community Law with a View to a Common Law for Europe» (1994) 1, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 6.

(25) Vid. el dossier preparado por GERRIT BETLEM, «Francovich Follow-Up», en <<http://www.aser.nl/er/fran/fran1.htm>>.

provisionalmente, en espera de la decisión definitiva que confirme o desmienta la existencia de una violación del Derecho comunitario por parte del legislador nacional. Es una aplicación más de la eficacia directa que, en este caso, afecta al Derecho procesal. Esta doctrina se traduce igualmente en la posibilidad de que los jueces nacionales puedan suspender la ejecución de actos dictados en aplicación de normas secundarias del Derecho comunitario si albergan dudas sobre la validez del acto (comunitario) que les sirve de fundamento. Vid. *Zuckerfabrick Süderdithmarschen* (1991, 1-415), *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft* (1995,1-3761), *Krüger GmbH* (1997,1-4517). En esencia, se requieren los siguientes requisitos: que el Derecho que se invoca aparezca como probable, que se tenga en cuenta suficientemente el interés general de la Comunidad (lo cual exige dar la posibilidad de audiencia a la institución de la cual deriva el acto comunitario en el que se basa la disposición nacional cuya aplicación se pretende evitar), y que la no-adopción de la medida haga temer por la eficacia de la resolución judicial que eventualmente acoja las pretensiones del demandado.

II. Libre circulación de mercancías

La doctrina destaca el rol precursor que ha tenido el principio de libre circulación de mercancías para hacer posible la remoción de obstáculos en las transacciones internacionales y la destacadísima labor del TJCE en el desarrollo de tal principio. En concreto, el *casebook* recoge las sentencias *Dassonville* (1974, 1-837), *Cassis de Dijon* ~ *Rewe-Zentral-AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (1979, 649), *Ley de pureza de la cerveza* (1987, 1227), *Stoke on Trent* (1992, 1-6635) y *Keck* (1993, 1-6097).

a) *Dassonville* (1974,1-837). La sentencia determina por primera vez lo que debe entenderse por «medida de efecto equivalente» a las restricciones cuantitativas de la competencia, prohibidas por el artículo 28 TCE. La define como «toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario». El artículo 30 TCE prevé que las normativas que suponen un obstáculo para el libre comercio deban ser, no obstante, toleradas, si tal reglamentación responde a exigencias técnicas o a la protección de la salud de los consumidores o del medio ambiente. En el caso *Dassonville*, el TJCE concluyó que, efectivamente, constituía una medida de efecto equivalente y de discriminación arbitraria la exigencia, por un Estado miembro, de un certificado de autenticidad de un producto que, en cambio, no era exigido en su país de origen a los importadores del producto. El TJCE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la existencia de otras medidas de efecto equivalente contrarias al artículo 28 TCE: el control de plantas de importación

(*Rewe c. Landwirtschaftskammer* [1975, 843]); la exigencia de formalidades injustificadas que pueden ocasionar retrasos a la importación y/o exportación (*Comisión c. Francia* [1977, 515]); determinadas disposiciones sobre la composición o presentación de productos alimenticios (vgr. la cerveza no elaborada según los requisitos exigidos en Alemania (*Reinsgebot für Bier* o Ley de la pureza de la cerveza alemana [1987, 1227]); la margarina que sólo puede presentarse en forma de estructura cúbica, según la normativa belga (*Rau* [1982, 3961]), o un embotellado específico para determinados productos (*Bocksbeutelflaschen* [1984, 1299]; *Petillant de Raisin* [1986, 3879]).

b) *Cassis de Dijon* — *Rewe-Zentral-AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (1979, 649). La sentencia instauro el principio del reconocimiento mutuo, en virtud del cual las disposiciones de un Estado miembro deben ser reconocidas y respetadas en el resto, aún cuando supongan obstáculos al libre comercio, si responden a alguna exigencia imperativa necesaria para la eficacia de los controles fiscales, la protección de la salud pública, la lealtad de las transacciones comerciales y la defensa de los consumidores (o, como posteriormente se ha afirmado, si se trata de proteger el medio ambiente, *Comisión c. Dinamarca* [1988, 4607], o la protección de especialidades sociales o culturales de carácter nacional o regional [*Stoche on Trent* (1992, 1-6635)], así como la protección de la pluralidad de medios de comunicación [*Familiapress* (1997, 1-3689)]) y, naturalmente, también si se ajustan a alguna de las previsiones del artículo 30 TCE que, en todo caso, son de interpretación restrictiva. En cuanto a la exigencia de excepciones basadas en la «salud pública», *Müller* (1986, 511), *Reinheitsgebot für Bier* (1987, 1227), *Aragonesa de Publicidad Exterior* (1991, 1-4151).

El principio del reconocimiento mutuo ha dado lugar a toda una serie de sentencias posteriores que han contribuido a la obertura del mercado. Algunos ejemplos: el vinagre no elaborado a partir del vino en Italia, que no podía comercializarse en este país. La prohibición afectaba tanto a la producción nacional como a la de importación, de manera que no sólo no se podía fabricar vinagre a partir de frutas, sino que tampoco se podía comercializar el que de esta manera era fabricado en otros países. Otros ejemplos, *Gilli und Andrés* (1980, 2071); *Rau* (1982, 3961); *Van der Laan* (1999, 1-731).

c) *Reinheitsgebot für Bier* o *Ley de pureza de la cerveza* (1987, 1227). En este caso se cuestionó la validez de la ley alemana de fabricación de la cerveza, que sólo reconocía como tal el producto resultante de la combinación de cuatro ingredientes exclusivamente. En consecuencia, otro método de fabricación impedía la comercialización de la cerveza belga en territorio alemán. El TJCE decidió que el consumidor podía comprar cerveza belga en Alemania, sin que aquella debiera someterse al sistema de depuración que regía en este país. En base a la sentencia recaída en el caso *Reinheitsgebot für Bier*, posteriormente la cervecera francesa *Brasserie du Pêcheur* demandó al

Gobierno alemán en reclamación de indemnización por no haberle permitido exportar cerveza —realizada según normas de fabricación distintas de las alemanas— en Alemania (1996,1-1029). El fundamento de la demanda era la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho comunitario, tal y como lo había declarado la sentencia *Francovich* (aunque, en el caso, se trataba de precisar el régimen de responsabilidad por violación de disposiciones del TCE). El principio reconocido en el caso *Reinheitsgebot* ha sido aplicado en otros supuestos de comercialización de productos alimenticios. Vgr. en relación con la pasta en Italia, la prohibición de vender en este país la que no sea elaborada con grano tierno (caso *Drei Glocken* c. *USL* [1988, 4233]). Además, *Comisión contra Alemania* (1989, 1021).

d) *Stoke on Trent* (1992, 1-6635). Es una de las muchas sentencias en relación con las que el TJCE ha tenido que enfrentarse al tema de los horarios comerciales y a la prohibición de abrir los comercios en horas nocturnas y los domingos. A la pregunta de si ésta era una medida de efecto equivalente que podía afectar la competencia y el comercio interior, el TJCE ha dado varias respuestas. En la sentencia *Oebel* (1981, 1993) dijo que no. En la sentencia *Torfaen* (1989, 3851) dijo, por el contrario, que sí, que era susceptible de afectar el comercio interior, aunque debía averiguarse si, en todo caso, era una restricción justificada. Concluyó afirmando que la distribución del tiempo de trabajo y los festivos era una cuestión que debía ajustarse a las peculiaridades sociales y culturales de la nación. Consideró esto como una exigencia imperativa necesaria, en el sentido expresado en la sentencia *Cassis de Dijon*. Si, en concreto, la medida era o no proporcional, esta era una cuestión que debía quedar al arbitrio de los tribunales nacionales. En los casos *Conforama* (1991, 1-997) y *Marchandise* (1991, 1-1027), concluyó que el volumen de ventas que pueden verse afectadas por el cierre no es tan significativo como para apreciar las existencia de barreras en el comercio interior y límites a las importaciones. A la hora de considerar si la medida era justificada, el TJCE resolvió sobre su proporcionalidad en relación con la finalidad perseguida. En el caso *Stoke on Trent* (igual que en los casos *Anders* [1992, I-6457] y *Payless* [1992, 1-6493]), el TJCE se pronunció a favor de considerar que la medida suponía una limitación a la libre circulación de mercancías. Se trataba de ver, pues, sobre la base del principio de proporcionalidad, si estaba justificada por exigencias imperativas derivadas de peculiaridades sociales o culturales. Concluyó que sí, siguiendo las indicaciones del abogado general VAN GERVEN. En *Keck* (1993, 1-6097) se abandona esta jurisprudencia y, posteriormente, se señala en los casos *Tankstation* (1994,1-2199), *Punto Casa* (1994, 1-2355) y *Semenaro Casa* (1996, 1-2975), que el tema de la obertura de comercios ya no cae en la órbita del artículo 30 TCE.

e) *Keck* (1993, 1-6097). En este caso, el TJCE entendió que la doctrina de la sentencia *Cassis de Dijon* no era aplicable, porque la aplicación de una

normativa nacional prohibiendo determinadas modalidades de venta, indistintamente a los productos nacionales e importados, no es un límite al comercio. No impide el acceso al mercado de los productos importados, ni lo limita en mayor medida que a los productos nacionales. Lo que deba entenderse por «modalidad de venta», en el sentido dado por la sentencia *Keck*, se define también en las sentencias *Hünemund* (1993, 1-6787), sobre la prohibición de hacer publicidad de productos típicos farmacéuticos (no medicamentos) fuera de las farmacias; *Lederer-Siplec* (1995, 1-179), sobre prohibición de publicidad televisiva en el sector de la empresa; *Tankstation* (1994, 1-2199), sobre horarios comerciales; *Punto Casa* (1994, 1-2355), y *Semenaro Casa* (1996, 1-2975), sobre la prohibición de ventas en domingo; *Sauglingsmilch* (1995, 1-1621), sobre la prohibición de vender leche maternal fuera de las farmacias; *Banchero* (1995, 1-4663), sobre la prohibición de vender tabaco en otros establecimientos fuera de los expresamente autorizados.

No así, la sentencia *Mars* (1995, 1-1923) o la sentencia *Clinique* (1994, 1-317). En la primera, el vendedor cambiaba el rótulo del empaquetado del producto para ser vendido en el extranjero. Lo que en otros países hubiese sido legítimo, en Alemania chocaba contra el § 1 de la Ley reguladora de la competencia desleal. Por tanto, el producto debía comercializarse sin el citado rótulo y eso hubiera supuesto la producción de empaquetados distintos, con el consiguiente aumento de los costes. La prohibición del Derecho alemán era una medida de efecto equivalente y no una «modalidad de venta» en el sentido expresado en *Keck*.

Otras «modalidades de venta» caen bajo la órbita del artículo 30 TCE, y deben justificarse cuando no se aplican indiscriminadamente de la misma manera a los productos nacionales y a los de importación. Por ejemplo, en el caso de la prohibición de publicidad televisiva dirigida a menores de doce años, si se demuestra que la prohibición tiene un impacto mayor cuando se refiere a productos procedentes de otros países (caso *de Agostini*, 1997, 1-3843).

III. Derecho de establecimiento y libre prestación de servicios

El TCE no sólo protege la libre circulación de mercancías, sino también la libre circulación (art. 39-41 TCE) de los nacionales de los diferentes Estados miembros (trabajadores dependientes) y su Derecho a prestar servicios (actividades económicas remuneradas) en cualquiera de ellos (art. 49-55 TCE), sin discriminación por razón de nacionalidad, y a los cuales debe reconocer, en su caso (trabajadores autónomos), la libertad de establecimiento (art. 43-48 TCE). De todas maneras, esta última admite restricciones justificadas, que en todo caso deben ser de interpretación restrictiva. El *casebook* analiza las

sentencias *Van Binsbergen* (1974, 1299), *Vlassoupoulou* (1991, 1-2357) y *Gebhard* (1995, 1-4165).

a) *Van Binsbergen* (1974, 1299). El TJCE reconoció la eficacia directa de los artículos 49.1 y 50.3 TCE, en el sentido de impedir cualquier discriminación por razón de nacionalidad a los prestadores de servicios en un país distinto de su lugar de residencia. Es decir, no sólo en el caso apuntado en la sentencia, sino también en relación con la libre prestación de servicios «pasiva», esto es, la del destinatario de los mismos, que va a contratarlos en un país diferente de aquél en el que él tiene su residencia (*Luisi und Carbone* [1984, 377]; *Caifa* [1999,1-11]); o la que supone que tanto el que los presta como el que los encarga permanecen en su país de residencia pero, en cambio, el servicio es internacional, vgr. la emisión de programas televisivos (vgr. *Debauve* [1980, 833]; *Bond van Adveerterders* [1988, 2085]; *de Agostini* [1997,1-727]), e incluso la que supone que tanto el prestador de servicios como los usuarios tienen su residencia en países distintos a aquél en donde éste se presta y se recibe (es el ejemplo de los guías turísticos y, así, *Comisión c. Italia* [1991, 1-709] y *Comisión c. Grecia* [1991, 1-727]). Esta última interpretación ultrapasa el tenor literal de los artículos 49.1 y 50.3 TCE, pero sirve al TJCE para fundamentar la libertad (subsidiaria) de establecimiento sobre la base de la liberalización de cualquier actividad remunerada que no pueda reconducirse a otra libertad (*Luisi und Carbone* [1984, 377]). Por el contrario, el TJCE no incluyó las actividades de una asociación de estudiantes que difundía la dirección de una clínica abortiva, porque no existía ningún contrato de trabajo con la misma, ni se apreció la existencia de una actividad remunerada. La actividad de la asociación en cuestión no era posible reconducirla al ámbito de la libertad de prestación de servicios: la clínica no había encargado tal publicidad (*SPUC* [1991, 1-4685]).

La sentencia *Van Binsbergen* estima que cualquier limitación que tenga por objeto prohibir o restringir las actividades del prestador de servicios debe ser analizada de acuerdo con el principio fundamental de la libertad de tal prestación. Y debe estar justificada, según *Säger* (1991,1-4221). La tendencia es eliminar cualquier obstáculo, incluso si no tiene carácter discriminatorio: *Gouda* (1991, 1-4007), *Schidler* (1994, 1-1039), *Vander Elst* (1994, 1-3803), *Broede* (1996, 1-6511), *SETTG* (1997, 1-3091). No está claro todavía que existan determinadas modalidades —en el sentido utilizado en *Keck*— que no caigan dentro del ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios. Lo negó la STJCE *Alpine Investments* (1995, 1-1142).

La sentencia *Van Binsbergen* justifica las restricciones a la libre prestación de servicios en la necesaria aplicación de reglas profesionales que obedezcan al interés general —reglas de organización, calificación, deontología, control, responsabilidad—, pero sólo si la medida no es aplicada de manera discriminatoria (es decir, si no se aplica sólo a las personas que residan en un determinado

Estado). Análogamente, *Van Wasemael* (1979, 35), *Webb* (1981, 3305). Otras sentencias han añadido el principio de orden público, la seguridad o la sanidad y, naturalmente, mantienen la exigencia de no-aplicación discriminatoria de la medida (*Alpine Investments* [1995,1-1142], *Schindler* [1994,1-1039], *Broede* [1996,1-6511], *deAgostini* [1997,1-3843], *Coenen* [1975, 1547]). Numerosas sentencias se refieren a esta cuestión en el ámbito de la actividad aseguradora. Así, *Comisión c. Dinamarca* (1986, 3713), *Comisión c. Alemania* (1986, 3755) y *Comisión c. Irlanda* (1986, 3817). Además, todas las restricciones deben satisfacer el principio de proporcionalidad. Es decir, hará falta comprobar si el mismo objetivo no podría cumplirse con medidas menos penalizadoras para el prestador de servicios. Entre otras, *Cornelis van Schaick* (1994,1-4837), *Vander Elst* (1994,1-3803) y *Ramrath* (1992,1-3351).

b) *Vlassopoulou* (1991, 1-2357). El caso planteado por la señora Vlassopoulou afectaba a la libertad de establecimiento y vino motivado por la negativa a reconocer en Alemania los estudios universitarios realizados en otro país. En relación con este mismo tema, el TJCE ya había exigido antes el reconocimiento de títulos o diplomas, en relación con otro tipo de profesiones distintas de las de abogado: primero, a propósito de las Directivas que exigen el reconocimiento (*Broekmeulen* [1981, 2311]; *Auer II* [1983, 2727]) y, después, cuando es el propio Derecho nacional el que permite la apreciación de equivalencia (*Thieffry* [1977, 765]; *Patrick* [1977, 1199]; además, *Heylens* [1987, 4097], en relación con la libertad de prestar servicios). El caso analizado no se reconduce a ninguno de estos supuestos.

Siguiendo las conclusiones del abogado general y la jurisprudencia por él citada, el TJCE consideró necesario establecer la regla según la cual los conocimientos adquiridos en un país para el ejercicio de una profesión —acreditados a través del correspondiente título—, han de poder ser valorados en un país miembro distinto en el que se quiera ejercer aquélla, a fin de poder apreciar la equivalencia. Además, si el Estado de acogida exige una determinada experiencia práctica, corresponde a sus autoridades comprobar si la experiencia profesional adquirida por el solicitante, ya sea en el país de origen, ya sea en el país de acogida, corresponde a la exigida en este último. La decisión tomada debe ser, además, susceptible de revisión judicial (confirmado en *Borell* [1992, I-3003]).

El recurso a la doctrina sentada en la sentencia *Vlassopoulou*, sólo será necesaria en la medida que las Directivas o las leyes de transposición en cada Estado no reconozcan la equivalencia. Especialmente ineficaces (o limitadamente eficaces) son las Directivas cuando un nacional comunitario ha obtenido su calificación profesional en un tercer Estado no perteneciente a la UE (*Tawil-Albertini* [1994, 1-451]). Existe al respecto una recomendación (no vinculante) del Consejo tendente a facilitar el reconocimiento (DOCE L 19, de 24-1-1989, 24).

c) *Gerbhard* (1995,1-4165). La decisión *Gerbhard* es importante por dos razones: delimita la distinción entre libertad de establecimiento (es la que se reconoce en el caso concreto; vid. también *Kemmler* [1996,1-703]) y libertad de prestación de servicios y, por otra parte, establece una doctrina común para cualquier libertad de circulación de las que reconoce el TCE. La sentencia precisa el alcance de la libertad de establecimiento. Afirma que deben cumplirse las exigencias del Estado nacional, pero siempre que éstas reúnan las condiciones que exige el TJCE: que no se apliquen de manera discriminatoria, que se justifiquen en el interés general, que sean necesarias y proporcionadas a la finalidad perseguida (*Kraus* [1993,1-1663]). Además, el Estado debe tener en cuenta los conocimientos obtenidos por el afectado en su país de origen y, en su caso, proceden al reconocimiento de la equivalencia (*Vlas-soupoulou* [1991,1-2357]; *Thieffrey* [1977, 765]). La referencia a la «proporcionalidad» recuerda a *Cassis de Dijon* y, seguramente, deben admitirse las mismas limitaciones que ya establecía *Keck*. En este sentido, *Sodemare* (1997, 1-3395). Otras sentencias, que aplican el principio de prohibición de limitaciones que no hacen atractiva o limitan la libertad de establecimiento, y en las que el TJCE ordena su justificación para poder admitirlas, son: *Centros* (1999, 1-1459), *Pfeiffer* (1999, 1-2835) y *Kraus* (1993, 1-1663).

La sentencia no dice, empero, si a partir de la libertad de establecimiento, el señor Gerbhard podía deducir el Derecho de ejercer en Italia como abogado. Debían ser los tribunales italianos quienes lo apreciaran, a la vista de las cualificaciones y los títulos del señor Gerbhard.

En el ámbito legislativo, la Directiva 77/249, de 22-3 [DOCE L 78, de 26-3-1977, 17] tiende a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados; y la Directiva 89/48, de 21-12-1988 [DOCE L 19, de 24-1-1989, 16], regula el reconocimiento de títulos de enseñanza superior de formaciones profesionales de una duración mínima de tres años. También debe tenerse en cuenta la Directiva 98/5, de 16-2 (DOCE L 77, de 14-3-1998, 36), destinada a facultar el ejercicio permanente de la abogacía en un Estado miembro distinto de aquel en el que se expidió el título, y la Directiva 92/51, de 18-6 [DOCE L 209, de 24-7-1992, 25; modificaciones sucesivas en DOCE L 217, de 23-8-1994, 8; DOCE L 184, de 3-8-1995, 21; DOCE L 184, de 12-7-1997, 31; DOCE L 54, de 26-2-2000, 42] relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales que complementa a la Directiva 89/48 antes mencionada. La Directiva 99/42, de 7-6 [DOCE L 201, de 31-7-1999, 77], establece también un mecanismo de reconocimiento de títulos respecto de las actividades profesionales a que se refieren las Directivas de liberalización y de medidas transitorias. Recientemente, la Directiva 2001/19, de 14-5-2001 [DOCE L 206, de 7-2001, 1], modifica las Directivas 89/48 y 92/51.

IV. *Protección a los trabajadores*

Son muchas las disposiciones del TCE que se ocupan de los mismos. Los artículos 39-42 TCE se refieren a la libertad de circulación de los trabajadores autónomos. El ámbito de aplicación de estos preceptos ha sido delimitado en la sentencia *Levin* (1982, 1035), a partir de la definición del término «trabajador». Estas personas tienen los derechos que les reconoce el artículo 39.2 y 3 TCE, sin posibilidad de discriminación por razón de nacionalidad. De ahí, la STJCE *Bosman* (1995, 1-4921) dedujo la existencia de prohibición de limitaciones a la libertad de circulación. Además, desde el punto de vista de la política social comunitaria, el artículo 141 TCE otorga el Derecho fundamental a obtener una retribución igualitaria hombres y mujeres si éstos realizan prestaciones equivalentes. Sobre ello, *Defrenne II* (1976, 455) y *Barber* (1990, 1-1889). El derecho de los trabajadores y la política social a ellos referida se complementa y amplía con el derecho secundario. El caso *Directiva sobre organización del tiempo de trabajo* (1996, 1-5755) se hace eco de la demanda de un Estado miembro contra el legislador comunitario pidiendo la nulidad de la disposición por falta de competencia para dictarla.

a) *Levin* (1982, 1035). La sentencia se pronuncia sobre el concepto «trabajador» y «actividad asalariada», considerando que estos términos tienen alcance comunitario y no puede dejarse su determinación a los Estados miembros si no se quiere correr el peligro de que tales conceptos varíen y, por ende, que acabe siendo ilusoria la protección al trabajador. El TJCE considera que el trabajo parcial, si bien proporciona unas rentas inferiores a lo que puede considerarse el salario mínimo, es en cambio un medio de vida para muchas personas —no importa si éstas tienen un complemento de salario derivado de otras fuentes—, de manera que el «efecto útil» del Derecho comunitario puede verse seriamente comprometido, y cuestionada la realización de las finalidades del TCE, si el goce de Derechos del Título relativo a la libre circulación de trabajadores estuviera reservado a los trabajadores a tiempo completo y con un salario al menos igual al mínimo interprofesional en el sector considerado. De todas maneras, debe tratarse de actividades reales y efectivas. Quedan excluidas las jornadas de trabajo tan reducidas que no pueden ser consideradas ejercicio de una «actividad económica» (no fue el caso en *Bettray* [1989, 1621]). Los motivos que un trabajador haya tenido para decidir buscar trabajo en otro país son irrelevantes a los efectos de reconocerle el Derecho de entrar y permanecer en el país en que desea ejercer el trabajo. Estos principios han sido posteriormente confirmados y ampliados en las sentencias *Kempf* (1986, 1741), *Lawrie-Blum* (1986, 2121), *Agagste* (1989, 4459), *Raulin* (1992, 1-1027), *Steymann* (1988, 6159).

b) *Bosman* (1995,1-4921). Un juez belga elevó cuestión prejudicial preguntando si no era contrario al principio de libre circulación de trabajadores

y al Derecho de la competencia, el sistema de transferencia de jugadores en virtud del cual el nuevo club debía pagar una suma de dinero al club antiguo, y la imposición de una cláusula de nacionalidad, en virtud de la cual en campeonatos oficiales no se podía alinear a más de tres jugadores comunitarios, a lo que debían sumarse dos jugadores que hubiesen jugado ininterrumpidamente en el país de que se tratara durante cinco años consecutivos, de los cuales tres en equipos júnior (regla «3+2»). El TJCE declaró que la práctica del deporte constituye una actividad económica, en el sentido del artículo 2 TCE, y, por lo tanto, el Derecho comunitario es aplicable. Los jugadores de fútbol profesionales o semiprofesionales ejercen una actividad por cuenta ajena o efectúan prestaciones de servicios retribuidas, según *Walrave* (1974, 1405) y *Dona* (1976, 1333). Las limitaciones que impone la regulación del Derecho comunitario tienen por objeto suprimir barreras de origen estatal, pero también se aplica a la regulación establecida por asociaciones que no se someten al Derecho público y cuya normativa viene impuesta por la autonomía privada (también, *Walrave* [1974, 1405]). El TJCE confirma que el pago de una cantidad entre clubes en concepto de transferencia, constituye un obstáculo a la libre circulación de trabajadores. No se consigue demostrar que estén justificadas. La regla del «3+2» constituye igualmente un obstáculo, porque es discriminatoria. Nada tiene que ver que la regla sólo se aplique a la alineación de jugadores en partidos oficiales, precisamente porque la participación en tales encuentros constituye la actividad esencial de un jugador profesional. Son restricciones que no están justificadas, puesto que, a diferencia de lo que estableció la sentencia *Dona* (1976, 1333), no se trata de una exclusión que afecte a determinados encuentros y realizada por otros motivos diferentes de los económicos (vgr. mantener un cierto número de nacionales para hacer «cantera», tal y como se alegaba).

c) *Defrenne II* (1976, 1-5755). En aplicación de la doctrina establecida en *Van Gend en Loos*, el TJCE estima que el artículo 141 TCE es de aplicación directa. En virtud de este artículo, los Estados miembros deben asegurar la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres en igualdad de condiciones. La medida obedece a dos consideraciones: por un lado, económicas, pues se trata de que empresas situadas en un país miembro en el que la igualdad es efectiva, no sufran perjuicios por la competencia de otras empresas situadas en otros países en los que la discriminación salarial en detrimento del sexo femenino aún existe. Por otro lado, sociales: el artículo 141 TCE es una medida de política social que ha de asegurar, mediante una acción común, el progreso social, que contribuye a perseguir la mejora constante de las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos de Europa.

Literalmente, el artículo 141 TCE está dirigido sólo a los Estados miembros. Sin embargo, la señora Defrenne lo invocaba directamente frente a su empresario. En la decisión *Walrave* (1974, 1405), el TJCE reconoció por

primera vez que no sólo las actuaciones de las autoridades públicas, sino también determinadas disposiciones de regulación colectiva del trabajo están sujetas a las prescripciones de los artículos 48 y 59 TCE. Lo mismo, *Bosman* (1995, 1-4921). En la sentencia *Defrenne II*, el TJCE va un poco más lejos: la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres por razón del salario afecta a todos los contratos celebrados entre particulares. La razón radica en el deseo de asegurar la plena eficacia del Derecho comunitario que, en relación con la prohibición de discriminación salarial, sólo puede asegurarse completamente a partir del reconocimiento de su eficacia horizontal. Tras *Defrenne II* (1976, 1-5755), se promulgó la Directiva 75/117 sobre prohibición de discriminación salarial.

Con todo, la sentencia no contempla las consecuencias de la infracción del principio. En las posteriores *Kowalska* (1990, 1-2591), *Nimz* (1991, 1-297), *Beune* (1994, 1-4471), se afirma ya que el discriminado tiene acción para exigir las mismas condiciones de trato que el que no lo está.

En *Defrenne II* (1976, 1-5755), el TJCE diferencia entre lo que son discriminaciones directas y las que son indirectas. Las primeras son las determinaciones relativas al salario establecidas en prescripciones legales, convenios colectivos o acuerdos individuales que abiertamente establecen diferencias entre hombres y mujeres a partir de decisiones que sólo pueden vincularse al sexo, vgr. el embarazo (*Dekker* [1990,1-3941]; *Jiménez Melgar* [C-438/99, 4-10-2001]). Estas están en todo caso prohibidas. Tal tipo de discriminaciones se daban en el caso de la señora Defrenne, puesto que ésta, por el mismo trabajo, percibía menos dinero que sus colegas masculinos.

Es discriminación indirecta toda diferencia de salarios que, aún basada en un criterio que en sí mismo es neutro, en cambio conduce al resultado de perjudicar a las personas pertenecientes a un determinado sexo. Por ejemplo, la contratación de trabajadores en régimen de media jornada, que suele comportar siempre un salario más bajo y que, normalmente, afecta a las mujeres (*Jenkins* [1981, 911]; *Rinner-Kühn* [1989, 2743]; *Nimz* [1991, 1-297]; *Botel* [1992, 1-3589]). Con todo, puede pasar que el tratamiento desigual entre diferentes grupos de trabajadores esté justificado y que esto no tenga nada que vez con la discriminación por razón de sexo (*Bilka* [1986, 1607]). La apreciación concreta de la medida discriminatoria corresponde a los tribunales nacionales.

La jurisprudencia estableció también que si bien la carga de la prueba de la existencia de una discriminación indirecta corresponde al que la sufre, si consigue demostrar, a partir de la existencia de estadísticas significativas, que una determinada remuneración corresponde siempre a un determinado sexo y que ésta es discriminatoria respecto de la remuneración que corresponde al otro, entonces es el empresario —o el legislador si es una norma la que establece tal diferencia— quien ha de justificar con base a razones objetivas

la diferencia (*Enderby* [1993, 1-5535]; *Seymour-Smith* [1999, 1-623]). La inversión de la carga de la prueba tiene lugar también cuando una empresa utiliza un sistema de remuneración ambiguo, opaco, que no permite saber qué factores han resultado decisivos para fijar el sueldo (*Specialarbejderforbundet* [1995, 1-1275]). Vid., posteriormente, el artículo 4 de la Directiva 97/80, de 15-12-1997, *relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo* (DOCE L 14, de 20-1-1998, 6).

Naturalmente, es esencial para poder aplicar el artículo 141 TCE, que la discriminación opere sobre grupos de personas que realizan el mismo trabajo, lo cual, por supuesto, no justifica una diferente remuneración. Ahora bien, no es lo mismo el médico que ha estudiado medicina que la psicóloga que ha estudiado psicología, aunque los dos aparentemente hagan el mismo trabajo como «psicoterapeutas» porque, en definitiva, sus conocimientos son distintos (*Wiener Gebietskrankenkasse* [1999, 1-2865]). Las diferencias de cualificación profesional pueden justificar una discriminación indirecta por razón de salario e incluso puede llevar a la conclusión de que no se está desarrollando un mismo trabajo, tal y como exige el artículo 141 TCE.

d) *Barber* (1990, 1-1889). El TJCE fija el concepto de prestación salarial entendiendo incluida la pensión por jubilación en el artículo 141 TCE. Antes, ya había interpretado ampliamente el concepto. Vid. *Rinner-Kühn* (1989, 2743), *Liefting* (1984, 3225), *Worringham* (1981, 767), *Garland* (1982, 359), *Bilka* (1986, 1607). En el caso analizado, el TJCE considera discriminatoria la diferencia de edad de cobro de la pensión entre los trabajadores de uno y otro sexo. Establece que, aunque la legislación nacional fija esa misma diferencia, en el caso en examen tal diferencia ha sido acordada voluntariamente o a partir de una decisión unilateral del empresario. Las prestaciones caen bajo el ámbito de aplicación del artículo 141 TCE y la diferencia de edad en el cobro va contra el precepto. Comprende, en el concepto de salario, también las remuneraciones futuras e incluso cuando la relación laboral ya ha finalizado. Esto se repite en *Bôtel* (1992, 1-3589), *Neath* (1993, 1-6935), *Lewark* (1996, 1-243). De todas maneras, por razones de seguridad jurídica, el TJCE decide que el efecto directo del artículo 141 TCE no se puede alegar para pedir retroactivamente el Derecho a pensión, es decir, con fecha anterior a la sentencia, a no ser para los trabajadores o causahabientes que ya hubieren hecho valer sus reclamaciones ante los tribunales o hubieren reclamado de forma equivalente. En la práctica, sólo serían consideradas prestaciones salariales las posteriores al día 17-5-1990. Así, *Ten Oever* (1993, 1-4879). De todas maneras, más adelante se señaló que tales limitaciones temporales no servían cuando se trataba de un sistema de seguridad privado establecido por la empresa (*Beaune* [1994, 1-4471], *Vroege* [1994, 1-4540], *Fisscher* [1994, 1-4583]). En este sentido, la situación ya estaba clara desde *Defrenne II* (1976, 455) y *Bilka* (1986, 1607).

Como consecuencia de la sentencia *Barber*, se solicitó a las empresas que establecieran un sistema de pensiones único para hombres y mujeres. Desde luego, no se consiguió una igualación en el cobro al alza, sino a la baja, de forma que los hombres pasaron a cobrar lo mismo que las mujeres (prestaciones más bajas) y no a la inversa. Contra tal práctica, *Smith* (1994, I-4435) y *Van den Akker* (I-4527).

En *Neath* (1993, I-6935) y *Coloroll* (1994 I-4489), se establece que el artículo 141 TCE sólo se refiere al cobro de las pensiones y no al pago de las contribuciones, de manera que es lícito que la mujer pague unas cuotas más elevadas que las del hombre, teniendo en cuenta que su esperanza de vida es más larga y, por lo tanto, que la cotización que realiza la empresa es mayor.

En el ámbito legislativo, el artículo 7.1 de la Directiva 79/7, de 19-12-1978, *relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social* [DOCE L 6, de 10-1-1979, 24] y el artículo 9.a) de la Directiva 86/378, de 24-7-1986, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social* [DOCE L 225, de 12-8-86, 40], permitían mantener diferencias en el cobro de la renta. La última de las citadas fue modificada por Directiva 96/97, de 20-12-1996 [DOCE L 46, de 17-2-1997, 20; corrección de errores, DOCE L 151, 18-6-1999, 39], en armonía con lo dispuesto en la sentencia *Barber* y posteriores.

Entre las Directivas relativas a la prohibición de discriminación, vid. Directiva 76/207, de 9-2-1976, *relativa al 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* (DOCE L 39/1976, de 14-2-1976, 40); Directiva 75/117, de 10-2-1975, *relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos* [DOCE L 45, de 19-2-1975, 19]; Directiva 86/613, de 11-12-1986, *relativa al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre protección de la maternidad* [DOCE L 359, de 19-12-1986, 56]; Directiva 92/85, de 19-10-1992, *relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en el período de lactancia* (Décima Directiva específica con arreglo al art. 16.1 de la Directiva marco 89/391/CEE) [DOCE L 348, de 28-11-1992, 1]; Directiva 96/34, de 3-6-1996, *relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental, celebrado por UNICE, CEEP y CES* (DOCE L 145, 19-6-1996, 4). Posteriormente ampliada al Reino Unido por Directiva 97/75, de 15-12-1997 (DOCE L 10, de 16-1-1998, 24).

La ya citada Directiva 97/80, de 15-12-1997, *relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo* (DOCE L 14, de 20-1-1998, 6) ha sido modificada por la Directiva 98/52, de 13-7-1998, *relativa a la ampliación de la Directiva 97/80, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte* (DOCE L 205, de 22-7-1998, 66).

Contra el racismo y la xenofobia, vid. Directiva 2000/43, de 29-6-2000 (DOCE L 180, de 19-7-2000, 22-26), *relativa al principio de igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico*. Posteriormente, vid. Directiva 2000/78, de 27-11-2000, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación* (DOCE L 303, de 2-12-2000, 16-22). Recientemente, en un contexto general de prohibición de discriminación entre personas, vid. Protocolo núm. 12 al Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4-11-2000.

e) Directiva sobre distribución del tiempo de trabajo (1996,1-5755). En fecha 23-11-1996, el Consejo promulgó la Directiva 93/104, sobre determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo (DOCE L 307, de 31-12-1993, 118). La Directiva se dictó al amparo del antiguo artículo 118 TCE (actual art. 137 TCE, que modifica aquél, ampliando la base de la competencia). El Reino Unido impugnó la norma por falta de competencia para promulgarla. La sentencia se pronuncia sobre cuáles deben ser los fundamentos de tal competencia y establece el principio de proporcionalidad en la armonización. En el caso concreto, el TJCE sólo da la razón al Gobierno del Reino Unido en cuanto a la impertinencia de considerar el domingo como día de descanso que mejor favorece la salud y la seguridad de los trabajadores.

V. *Derecho de la competencia*

La Unión Europea está orientada hacia el mercado y aspira a la libre competencia y, por tanto, sanciona las prácticas desleales (art. 3.1.g TCE). El TCE establece reglas sobre la competencia en los artículos 81 a 89: prohíbe los monopolios (art. 81), el abuso de posición dominante (art. 82) y las ayudas concedidas por los Estados o mediante fondos estatales que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo determinadas empresas o producciones (art. 87 TCE). Estas previsiones han sido complementadas con el Reglamento 4064/89, de 21-12-1989, sobre control de la fusión de empresas (DOCE L 395, de 30-12-1989, 1).

La ejecución de las reglas sobre competencia corresponde esencialmente a la Comisión. Los artículos 81 y 82 son, sin embargo, aplicables directamente y su eficacia se proyecta en las relaciones entre particulares. Los acuerdos contrarios a las prácticas monopolísticas (art. 81.2 TCE) son sancionados con la nulidad, aunque son los tribunales nacionales quienes deben determinar tales consecuencias jurídicas a base de apreciar primero si una práctica es contraria a tal prohibición. Es lo que sancionan las sentencias *Brasserie de Haecht II* (1973, 77) y *Delimitis* (1991, 1-935).

C) CONSIDERACIONES FINALES

Para acabar quisiera tan sólo dejar apuntado —puesto que no es éste ni el lugar ni el momento para discutir sobre las insuficiencias del sistema— que existen propuestas de cambio de la estructura judicial comunitaria actual, en aras a facilitar una mayor productividad (26) y, sobre todo, después del Tratado de Niza (27). Otras reformas apuntan a la necesidad de cambios para asegurar, en el futuro, la aplicación uniforme de un Derecho privado de naturaleza vinculante para todos los Estados miembros de la UE, en consonancia con los renovados impulsos con los que se afronta el proceso de europeización del Derecho privado —lo demuestran las recientes *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo* (11-7-2001) y Resolución del Parlamento Europeo (15-11-2001) (28). Ello demostraría que la elaboración de un texto de Derecho privado vinculante, de aplicación general y directa, es una futura realidad —aunque no sea, por ahora, de inmediata realización— y en este contexto la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo (Lando) y el Grupo de Estudio sobre un Código Civil Europeo (von Bar) piensan, en lo tocante a la estructura judicial futura, que:

«A binding legal text unifying a substantial part of private law across the Union would raise the question of the appropriate judicial structure for disputes arising within its scope. The fundamental principle that Community law should have a consistent meaning applicable in all Member States must be honoured. That necessarily requires that final decisions on points of law relating to the text should be conclusively determined by a competent court at a European Level. However, the sheer volume of litigation arising in patrimonial private law means that the existing model whereby national courts refer questions to the EJC (a model already under strain, perhaps, in the related areas of the Brussels and Rome Conventions) would doubtless not be workable. Only when a draft binding text is under discussion will it be necessary to devise a suitable scheme, but even now various options are apparent. One would be the creation of a number of European Courts of Appeal, subordinate to the European Court of Justice, constituted on a regional or supra national basis. A possibly more efficient solution would be to invoke the existing national judicial structures, perhaps with the addition of "leap-frogging" procedures enabling cases to proceed more immediately from lower national courts to national supreme courts

(26) WALTER VAN GERVEN, «The Role and Structure of the European Judiciary now and in the future» (1996), *European Law Review*, 211.

(27) Cambios en la estructura judicial que son importantes, pero todavía mínimos, según MANUEL LÓPEZ ESCUDERO, «Modificaciones al Tratado de Niza en el sistema jurisdiccional comunitario», 7/8 (2001), Suplemento *Boletín Europeo Universidad de La Rioja*, 27-40.

(28) Comentada en ARROYO-VAQUER, *op. cit.*, nota 1.

or from higher (but not supreme) national courts to European Court. That would avoid the drawback of imposing a yet further rung on the ladder towards conclusive dispute resolution in the final court of appeal. This latter solution might have the advantage that the national courts would have an active function (susceptible to review at a European level) in interpreting and developing the common European patrimonial law. This would tap into existing judicial creativity in the Member States at all court levels and ensure that the European law continues to develop under the widest range of European judicial influence. Such an approach, of course, would necessarily require wide dissemination of reported judicial decisions at the superior national level in order that persuasive material can be put forward in argument before national courts in other Member States. That again points to the need for a central agency, such as a European Law Institute, which can ensure, or assist other in ensuring, a wide availability in the various European languages of publications (of commentaries and decisions) relevant to the European Patrimonial law» (29).

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS
Departamento de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

(29) Vid. núm. 97 y 98, págs. 47-48 de la respuesta a la consulta de la Comisión, en <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/index_en.html>. Debería añadirse todavía, GIUSEPPE GANDOLFI, en Académie des Privatistes Européens (ed.), *Code Européen des contrats*, Milano, 2001, 111: «il est souhaitable que les doctrines et les jurisprudences des différents pays ne tendent pas à faire revivre, sous l'effet de la force d'inertie, la disparité qui existe aujourd'hui: celle-ci pourrait vraisemblablement disparaître définitivement à travers la mise en place d'une seule et unique Cour Suprême européenne».