





# **Cuadernos Europeos de Deusto**



# **Cuadernos Europeos de Deusto**

**Núm. 16/1997**

**Dirección y Consejo de redacción:**

Director: Nicolás Mariscal  
Directora adjunta: 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) 413 90 00    Fax: (94) 413 92 84

**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 -

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. 16/1997

## Sumario

---

### Estudios

- J.R. CANEDO, *Libre competencia comunitaria versus servicio público* 11
- J. CERDÁ, *Reflexiones en torno a la posibilidad de validar el modelo contable europeo* 45
- L. DE FEUDIS, *Protocolo adicional n.º 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos* 69
- J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La política audiovisual europea: especial referencia a la directiva televisión sin fronteras y su reforma* 91
- D. RUIZ-JARABO, *El papel del juez nacional en la aplicación del derecho comunitario* 121
- S. SENENT, *La incidencia del Derecho Comunitario en el Derecho penal. Especial referencia a la legislación penal española en materia de contrabando y control de cambios (1.ª parte)* 135

### Jurisprudencia

- C. GIMENO VERDEJO y M.I. ROFES I PUJOL, *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* 185

### Crónica

- B. IÑARRITU, *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea* 207
-





# Estudios



# Libre competencia comunitaria versus servicio público

por José Ramón Canedo

**Sumario:** 1. EL CARÁCTER MEDIAL DE LA COMPETENCIA.—1.1. **La competencia, motor de desarrollo.**—1.2. **La competencia, medio de integración europea.**—2. LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO.—2.1. **La historicidad de la noción.**—2.2. **Servicio público y contraprestación.**—2.3. **Servicio público y monopolio.**—2.4. **Servicio público y solidaridad.**—3. SERVICIO PÚBLICO Y ORDENAMIENTO COMUNITARIO.—3.1. **Nociones afines.**—3.2. **Las ayudas públicas.**—3.3. **Una nueva dimensión de la generalidad.**—4. *DE LEGE FERENDA.*—4.1. **A qué nos referimos.**—4.2. **Posturas de cara a la CIG.**—4.2.1. *La «ficha» sobre los servicios públicos.*—4.2.2. *La Comunicación de la Comisión.*—5. REFLEXIONES FINALES.

En la Unión europea, aunque con particular virulencia en Francia, se ha suscitado últimamente un vivo debate, reflejo de la tensión dialéctica entre los dos conceptos a que se hace referencia en el epígrafe. Los presentes breves apuntes no tienen más pretensión que traer aquí el eco del aludido debate. Ni de lejos se intenta decir nada definitivo. La última palabra, en este como en tantos asuntos, no llegará a decirse nunca. Ni siquiera se ha abordado un análisis exhaustivo y sistemático de las opiniones vertidas y las posturas adoptadas. Menos, lógicamente, la fundamentación de una propia. Nos limitamos a apuntar un posible rumbo de discurso más maduro, que entendemos deseable también en nuestra doctrina, como en el resto de las europeas.

La noción de servicio público tiene una larga tradición en España, emparentada sin duda con la francesa, pero también anterior a la Escuela de Burdeos. El tenor del artículo 128,2 de la actual Constitución<sup>1</sup>, que

---

<sup>1</sup> A pesar de lo ingenuamente pretencioso de la consagrada denominación, es obvio que una Constitución no constituye ex novo un Estado. Si así fuera, toda su legislación anterior carecería de base y habría de dictarse de nuevo. Conviene apuntar que la Constitución francesa no contiene mención alguna ni directa ni indirecta al servicio público lo que no impide que la noción vertebrase todo su derecho administrativo.

con un lenguaje ya «europeizante» (en el sentido que luego podrá apreciarse) se refiere a *servicios esenciales* y establece su posible reserva, mediante ley, al sector público, no autoriza a minimizar la importancia de la cuestión en nuestro Ordenamiento<sup>2</sup>. No es por otra parte éste el único lugar en que la Constitución española hace referencia al concepto que nos ocupa. El artículo 106,2 conserva la expresión tradicional al reconocer a «los particulares, en los términos establecidos por la ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos (...) siempre que dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los *servicios públicos*.» Este precepto constitucional recoge el sistema de responsabilidad de la Administración que encontró por primera vez acomodo legal, como es sabido, en la Ley de Expropiación forzosa y que luego repitió la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado<sup>3</sup>.

Aunque no fuera más que la suerte de esta responsabilidad, tan firmemente establecida, tan «objetivada» y garantizada por el propio Estado, ya sería suficiente para ocupar y preocupar a la doctrina sobre el alcance de la noción de servicio público y su posible dilución por las actuales tendencias. A ello hay que añadir que en dicha noción está implicada toda una «filosofía» de la organización político-pública que no se agota en criterios economicistas.

El tema ofrece múltiples e interesantes perspectivas. Sería deseable que que politólogos, economistas y juristas se ocuparan de él. De la discusión —no por supuesto de la «riña de forofos» ni de la defensa a ultranza de intereses personales o de grupo, pero sí de la confrontación madura de ideas y argumentos— sale la luz. Esto la merece y la necesita. Sin perjuicio de volver en otro momento sobre el asunto, valga esta inicial reflexión.

---

<sup>2</sup> Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «L'influence du droit communautaire sur le droit administratif espagnol», *AJDA-L'actualité Juridique*, n.º especial de 20 junio 1996, pp. 35 ss.

<sup>3</sup> El artículo 106,2 Const. Esp. se limita a declarar el derecho del lesionado sin establecer explícitamente quién es el responsable. Este podría deducirse del lugar que el precepto ocupa en el sistema (Título IV «del Gobierno y la Administración») y en cualquier caso podrán explicitarlo los «términos» de la Ley. El artículo 40 LRJE dice que «los particulares tendrán derecho a ser indemnizados *por el Estado...*». La de EF establece (art. 121,2) la responsabilidad del concesionario y determina (art. 123 que la reclamación ha de dirigirse a la autoridad concedente, que resolverá si procede la indemnización y quién debe abonarla. Contra esta decisión cabe recurso contencioso-administrativo por el reclamante y por el concesionario. De estos precepto se deduce nítidamente la diferencia entre servicio público y sector público que podría resultar confusa en el artículo 128 de la Constitución. Conviene añadir que la LBAL establece la responsabilidad de las administraciones locales.

## 1. EL CARÁCTER MEDIAL DE LA COMPETENCIA

Nunca en los tratados la libre competencia ha aparecido como un fin en sí misma. Ni los de París y Roma ni sus dos únicas modificaciones de fondo, el Acta Unica y el Tratado de la Unión, le otorgan en realidad tal rango. Ni en el artículo B del Tratado de Maastricht ni en el antiguo y mantenido 2 TCEE se la menciona. Su lugar está, como uno más, entre los antes once, ahora veinte apartados del artículo 3, establecidos «para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2». Ocupa el mismo rango (apartado g) que, por ejemplo, «el favorecimiento de la cohesión económica y social» o las dos nuevas políticas de «fomento»: la de investigación y desarrollo tecnológico y la de redes transeuropeas (apartados respectivamente j), m) y n)). Los ejemplos, como habrá ocasión de observar, no están tomados al azar.

Cierto que el artículo 3A —añadido por el último Tratado— pone el acento en «...el respeto al principio de una economía de mercado abierto y de libre competencia» pero ello no obsta al carácter medial de dicho principio. El artículo 85, que prohíbe las ententes «que tengan por objeto o efecto restringir o falsear el juego de la competencia...» contiene una radical excepción que posiblemente no se ha valorado adecuadamente. No se aplica la prohibición a los acuerdos entre empresas, a las asociaciones de empresas o las prácticas colusorias «que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio...»<sup>4</sup>.

Las también excepciones contenidas en el artículo 90,2 (que en general traslada las prohibiciones a las empresas públicas) y en el 92,2 y 3 (excepciones a la prohibición de ayudas estatales) tienen similar sentido, pero de ellas nos ocuparemos más detenidamente en relación ya con el servicio público.

Una lectura con idéntica orientación puede hacerse con toda legitimidad del artículo 86. Este, como es sabido, prohíbe el abuso de posición dominante. En realidad el ideal del competidor mercantil es la obtención del máximo beneficio; aspira consecuentemente a la mayor cuota posible del mercado y, en el límite, a dominarlo. No está vedado. Pero como paradigma de práctica abusiva y sí prohibida, se enumeran:

- a) La imposición de precios y condiciones *no equitativas*;
- b) la limitación de la producción, el mercado o el desarrollo técnico *en perjuicio de los consumidores*;

---

<sup>4</sup> Uno se pregunta por qué la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que tanto empeño ha mostrado en extender el artículo 85 (y 86) a las situaciones derivadas de normas estatales, parece haber olvidado este párrafo 3.

- c) la aplicación de condiciones desiguales que ocasionen desventajas competitivas a terceros contratantes;
- d) la exigencia de aceptar prestaciones complementarias no relacionadas con el objeto del contrato básico.

Salvo en el apartado c) en el que se invoca expresamente la salvaguardia de la propia competencia, en todos los demás ha de entenderse que se contempla al consumidor final que puede resultar perjudicado por las prácticas abusivas o sometido a precios o condiciones no equitativas. En definitiva, el beneficio del competidor no es la *ultima ratio* de la protección de la competencia; lo es un beneficio *erga omnes*, un beneficio social. Es lo que se desprende tanto de las excepciones a las prohibiciones del artículo 85 como de las prohibiciones mismas del 86, los dos artículos básicos de la política de la competencia. Por otra parte tal es necesariamente el fin de toda sociedad organizada y cuya organización sea «querida» por todos. El «estado social» es un corolario, no un añadido, del estado democrático. Esto es trasladable al «cuasiestado» que es la Comunidad; pero es que además, si así no fuera, las Comunidades y la Unión defraudarían las solemnes manifestaciones de los preámbulos de los sucesivos Tratados y contradirían la relación entre medios y fines que el articulado establece.

El objetivo inmediato de la Unión y de las Comunidades que la precedieron y son uno de sus «pilares» está —estimamos que no puede negarse— en el propio concepto: la Unión. Con unos u otros términos todos los Tratados constitutivos, desde el de París al de Maastricht, se autodefinen al inicio de sus respectivos preámbulos como etapas hacia esa meta. Con idéntica reiteración y a seguido aparece el «progreso económico y *social*» de los pueblos reunidos como finalidad última de la acción común. No nos parece excesivo considerar los demás «objetivos» como explicitación, o complemento, o medio de o para la consecución de ellos. Dentro de esta perspectiva y con el carácter medial que le hemos atribuido vamos a encajar la competencia.

### 1.1. La competencia, motor de desarrollo

Al valorar la libre competencia mercantil acostumbra hoy a ponerse más el acento en su calidad de motor del desarrollo y catalizador de la mejor asignación de recursos que en el aspecto individualista de libertad. (¿Es esto el *neoliberalismo*?) El egoísmo que la suscita y la mantiene y la guía no puede ciertamente contarse entre las tendencias más socializadoras del hombre, pero sí es el acicate más constante y operante del esfuerzo individual —y también de las asociaciones espontáneas— de cuya

suma nace el progreso económico capaz de beneficiar a la sociedad entera. Así es o así se presenta. Otras concepciones, algunas de muy alta alcurnia como la solidaridad humana, incluso religiosa, se han revelado escasamente dinámicas, salvo para pequeños y selectos grupos. Con alguna frecuencia su mitificación ha llevado a efectos perniciosos.

(También, por cierto, la de la libertad. A su respecto nos gustaría decir que, aunque parezca jugar a la paradoja, la libertad no puede nacer más que de una limitación consentida de libertades. El *summum* de la libertad individual es la libertad de tirano —también del grupo tiránico— que impone a diestra y siniestra su «real gana». No parece que sea esa la libertad ideal que invocamos. De similar paradoja no está totalmente exenta la competencia mercantil. Competir quiere decir contender varios a una misma cosa. El término natural de la contienda es que la «cosa» la alcance uno de los contendientes. Uno sólo, o al menos no todos. Las normas sobre competencia mercantil tienden no sólo a someter a reglas la contienda, sino, precisamente, a evitar ese término. A que la contienda se mantenga indefinidamente. Una carrera —a eso alude el término *concurrencia*— sin meta; un combate del que se elimina la victoria.)

Ha hecho fortuna la afirmación de que el fin no justifica los medios. La frase es sin duda correcta en su intención, pero para que fuese cabalmente exacta habría que añadir que sólo el fin puede justificar los medios. Si un medio no es apto para el fin a cuya consecución se destina —o cuando deja de serlo o en la medida en que no lo es— ponerlo en juego constituye una memez o una falacia. La primera no necesita de grandes explicaciones. La segunda, que consiste en disfrazar de medio para un fin más alto o más apetecible lo que realmente se persigue, puede resultar a la postre tan pernicioso como no reparar en medios para obtener el fin. En realidad es un forma insidiosa de hacer precisamente eso.

Y pensar que el libre juego de las «leyes» del mercado es capaz de satisfacer *todas* las necesidades y las legítimas apetencias sociales es de un optimismo cósmico próximo a la memez o una manera de disfrazar un liberalismo no *neo*, sino descarnado y desalmado: un darwinismo social. Lo específicamente humano es aprovechar y dirigir e incluso refrenar inteligentemente las «leyes naturales» que con frecuencia nos son adversas. Las del mercado, que desde la perspectiva social juegan ciegamente como las naturales, también.

El optimismo cósmico aludido parece haber presidido la actuación de las instituciones comunitarias, principalmente de la Comisión y del Tribunal de Justicia también. La libre competencia da la impresión de haber sido «adelantada a candilejas» por los directores de la escena comunitaria dejando en el anonimato del foro al resto de los medios contemplados en el artículo 3 del Tratado. Incluso otras «políticas» dan la impresión de

limitarse a subrayar y repetir —en coro— las exigencias de la que se ha erigido en tenor protagonista del mercado común.

El «progreso económico y *social*» parece haberse encomendado por completo a la libre competencia, a la acción espontánea de las leyes cuasinaturales del mercado<sup>5</sup>.

## 1.2. La competencia, medio de integración europea

Este predominio de la libre competencia tiene en la Europa comunitaria otra razón de ser que un renacer de las concepciones liberales favorecido por el fracaso económico y social de las economías de Estado.

La Comunidad o la Unión no es un Estado, pero sí es y aspira a serlo en mayor medida algo análogo a un Estado. Es decir, con diferencias —que algunos incluso quisieran al parecer borrar<sup>6</sup>— una unidad de convivencia regida por el mismo *logos* que el Estado moderno o la polis o el imperio o el reino. Ello hace que Europa haya de construirse «contra» el Estado, basado en una concepción mítica de la soberanía.

La vía inicial para comunitarizar Europa ideada por el pragmatismo idealista<sup>7</sup> de Schuman y Monnet y que había de recorrerse a pequeños pasos fue el «mercado común», primero del carbón y del acero y luego el mercado en general, con el fin de crear, entre los países largo tiempo enfrentados una solidaridad de hecho.

Era el modo de eludir un inmediato choque frontal con el erizamiento de las susceptibilidades nacionalistas de los Estados europeos. El fracaso de la Comunidad Europea de Defensa y de la Unión Política lo demostraron cumplidamente. A pesar de tratarse de la zona menos sensible, también en ella el choque era inevitable. Se trataba no sólo del fraccionamiento de los mercados, sino de la presencia en ellos de los propios Estados, con sus monopolios, sus empresas públicas, sus concepciones en al-

---

<sup>5</sup> Incluso si fuera cierto —y no siempre lo es— que el sistema acaba reequilibrándose por su propia dinámica, cada hombre vive «aquí y ahora». Sin desentenderse del futuro, pero hay que admitir que el aquí y el ahora en que fatalmente estamos confinados tiene algún interés vital.

<sup>6</sup> No somos de la opinión de que el término «natural» de la Unión europea sea un estado federal y que constituya un fracaso todo lo que no sea llegar a él. El gran logro europeo es la ruptura de la estancidad, casi siempre erizada y presta a la defensa y a la ofensa de los viejos Estados. Trasladar idéntica concepción hacia arriba o hacia abajo no nos parece ningún invento ni menos un buen invento. Querriamos mantener la ilusión de que se avanza hacia fórmulas «nuevas» —y por tanto no predefinidas— de convivencia humana.

<sup>7</sup> Frente a la retórica sonora y hueca como un bombo de muchos utópicos y a la furia destructiva de otros, no nos cansaremos de admirar este humilde y sabio dar el paso posible aquí y ahora.



gunos casos hipertrofiadas del servicio público y su intervencionismo económico. Todo ello había venido potenciado y siguió estándolo por las nacionalizaciones o la intervención de sectores económicos de interés estratégico provocadas por la guerra, por las confiscaciones, o por factores de índole ideológica. El único medio de construir un mercado común fue potenciar al máximo la libre competencia empresarial *apátrida*, liberándola del respectivo Estado.

A éste —a los Estados miembros—, en virtud del principio de neutralidad del artículo 222 (CE), la Comunidad Económica Europea le respetó la propiedad de su sector público; pero ha acabado poniéndole en idéntica situación a la de cualquier otro propietario o empresario o accionista. La extensión a «las empresas públicas o a aquellas a las que (los Estados) concedan derechos especiales o exclusivos» de las normas de competencia operada por el artículo 90, unida a la consideración como «empresa» del propio Estado en cuanto actúa en el mercado como prestador de bienes o servicios y el «criterio del inversor privado» aplicado por la Comisión y la jurisprudencia han conducido a esta situación.

Esta fórmula neutral entre economía de Estado y de mercado es incapaz —a nuestro entender por supuesto— de satisfacer ni a tirios ni a troyanos. Un «capitalismo de Estado», el Estado reducido a actuar como un inversor privado, teniendo como meta obligada la obtención de beneficios económicos, no parece que concuerde con el ideal de quienes ponen el acento en el aspecto «social» de la organización pública. A aquellos para quienes el Estado, en lo económico, es el simple garante de la «ley» del mercado (que puede ser la ley de la selva), el Estado capitalista no puede menos de estorbarles a la postre.

En cualquier caso no cabe duda de que las normas sobre competencia y su preferente utilización «contra» la empresa pública constituyeron un elemento de comunitarización del mercado.

## 2. LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

### 2.1. La historicidad de la noción

Ni siquiera la noción de servicio tiene unos perfiles totalmente nítidos. La Comunidad ha recurrido a definirla por exclusión: «... se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas», enumerando ad exemplum las actividades de carácter industrial y mercantil, las artesanales y las propias de las profesiones liberales. Se trata obvia-

mente de una definición a efectos de establecer la correspondiente «libertad» mercantil en el ámbito europeo. De manera general el servicio podría definirse como un «hacer» o «poner a disposición» en oposición a «dar» un objeto material con el añadido de que ello no implique una vinculación personal entre prestador y prestatario, que nos llevaría al trabajo asalariado.

La noción de servicio público es más problemática. A pesar de tratarse de un concepto nuclear en una rama del Derecho tan desarrollada como el administrativo, no es posible encontrar una definición legal del mismo. Ni la jurisprudencia ni la doctrina han dado con una fórmula verbal satisfactoria. Desde un punto de vista objetivo puede convenirse en que la prestación objeto de un servicio público ha de responder a una necesidad «social» y que sólo socialmente, es decir, por intervención de la sociedad políticamente organizada puede satisfacerse adecuadamente. Desde un punto de vista jurídico formal, una actividad se torna servicio público desde el momento en que la autoridad pública se arroga su titularidad<sup>8</sup>.

Lógicamente la *publicatio* de un servicio acostumbra a producirse en consideración al que hemos llamado punto de vista objetivo. Ello hace que nos hallemos ante una noción netamente histórica, es decir variable en función de circunstancias de tiempo y de lugar. Lo es el concepto de necesidad, que varía al par de la evolución técnica. (En algún momento pudo considerarse servicio público la cría caballar y no podía considerarse tal el teléfono por la poderosa razón de su inexistencia). Más el carácter social o público de la necesidad, y más, obviamente, su única u óptima satisfacción mediante la intervención de la autoridad pública. La primera, además de las técnicas, resulta influenciada por razones de índole cultural; la segunda es claramente una opción política en la que, junto con todas las demás, influyen decisivamente motivaciones ideológicas. Puede irse desde una aplicación rigurosa del principio liberal de la subsidiariedad<sup>9</sup> hasta considerar que el bien social exige poner en mano pública la producción de toda clase de bienes y servicios.

---

<sup>8</sup> Según García Oviedo son cuatro los criterios que definen el servicio público: su finalidad, la persona que lo presta, su forma de prestación y su régimen jurídico. No es difícil reconducirlos a los dos dichos. (Citado por JIMÉNEZ BLANCO, en *Europe, concurrence et service public, op. et loc. cit.*, p. 163.

<sup>9</sup> Nos estamos refiriendo no a la aplicación que hace el artículo 3 B del Tratado, sino a la que años antes del pretendido *dies natalis* del principio, exactamente en 1851, expresaba COLMEIRO así: «Cumple a la Administración no acudir a la satisfacción de otras necesidades que las *públicas* (en cursiva en el original) y de estas sólo atiende a las que no pueden abandonarse sin inconveniente y sin peligro a la actividad individual. *Regla general: el Gobierno jamás debe hacer lo que la sociedad puede y sabe hacer por sí misma*». (En este caso el subrayado es nuestro).

Tampoco es la de servicio público una categoría unitaria. Hay lo que podríamos llamar con expresión hoy en boga un «núcleo duro» del servicio público, que prácticamente se identifica con la noción misma de sociedad organizada. No es posible su exacta determinación. De él forman parte por ejemplo la justicia o la seguridad. Es indisociable del ejercicio de la autoridad pública. Existe consecuentemente incluso en los países que ignoran la categoría. El concepto se va reblandeciendo progresivamente hacia su periferia. En el límite podrían situarse determinadas «empresas públicas» surgidas de la necesidad de un servicio de carácter netamente económico, pero que el mercado no está o no estuvo en un determinado momento dispuesto a satisfacer, por su escasa rentabilidad o por el largo plazo de amortización de las inversiones correspondientes.

La *publicatio* de servicios se ha producido de una manera totalmente errática. Un buen ejemplo se puede encontrar en el transporte. Los caminos carreteros —su construcción— ha sido tradicionalmente tarea pública (con antecedentes ciertamente, pero de manera general las autopistas de peaje son invención moderna); el servicio de transporte que los utiliza nació y prácticamente permanece, en mano privada (únicamente el transporte de viajeros dentro de las poblaciones y sus alrededores acostumbra a considerarse servicio público). Con el ferrocarril ha ocurrido casi exactamente al revés. Tanto la construcción de vías férreas —sí que sujeta a concesión— como su explotación se debieron a iniciativa privada para convertirse después ambas a dos en servicio público.

Se nos ocurren todavía otras dos consideraciones —probablemente cabrán muchas más—: no es válido para clasificar un servicio como público el criterio de la naturaleza de la prestación. Con frecuencia se considera necesidad social un determinado quantum de la misma —por supuesto también variable— mientras que lo que lo supere ya no es tal. La otra consideración es consecuencia lógica de las anteriores, pero tiene singular importancia para el planteamiento del problema en el ámbito de la Unión: cada país de los que la componen tiene un concepto distinto de servicio público. En algunos incluso no existe la categoría como tal aunque sí obviamente las prestaciones y las características de las mismas que en los países sobre todo mediterráneos ha dado lugar a su surgimiento.

## 2.2. Servicio público y contraprestación

El servicio público nuclear es en realidad *res extra commercium*. Respecto a los bienes que lo constituyen no cabe una preferencia personal y un precio que se esté dispuesto a pagar en función de ella, ni menos una oferta realizada en función de la demanda. Responde a una necesi-

dad de la colectividad como tal y el servicio «debe existir» en y para la colectividad organizada. El modo «natural» de satisfacción de su costo es el sistema tributario que lo difunde sobre la sociedad entera, que es de obligada satisfacción con independencia de la utilización que de él se haga y al que es ajeno el ánimo de lucro.

Esta llamémosle «vocación de gratuidad» del servicio público no se manifiesta con la misma intensidad en los diversos estratos que como se ha insinuado han ido integrándose en la noción en su rodar por la historia<sup>10</sup>. La sanidad pública, la protección policial, la administración de justicia... al menos en sus contenidos básicos, tienen un costo, pero no puede asignárseles un precio. No ocurre lo mismo evidentemente con las gasolineras o con la cirugía estética.

Sin embargo la «acomercialidad» del servicio está aunque sea mínimamente presente siempre que se trate en rigor de un servicio público y no de un servicio «al público» que son nociones distintas aunque su línea de separación sea a veces difusa. No está regido por la lógica comercial del *do ut des*. Aun en el caso cada vez más frecuente de que a cambio de su utilización se exija una tasa o una tarifa, la obtención de esta contraprestación no es la causa final —el *ut* o para— de su existencia. El acceso al servicio es un «derecho» del ciudadano y el pago de la contraprestación se configura más como una obligación inherente a dicho acceso que como su causa. Consecuentemente cabe una desproporción entre el costo del servicio concreto prestado a un ciudadano y la contrapartida que se le exige.

La única ocasión, el artículo 77, en que el Tratado hace referencia a servicio público ha de entenderse que está en esta línea de la que hemos llamado vocación de gratuidad. Declara «compatibles con el Tratado las ayudas (públicas) que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público». Se da por tanto por supuesto que existen determinadas prestaciones impuestas al oferente del servicio, cuyo costo no es compensado por el usuario y que ha de ser reembolsado con fondos públicos. El artículo 77 hace explícita referencia a transportes, pero la Comisión ya ha utilizado análogos conceptos por ejemplo en su propuesta de Directiva sobre reglas comunes en el sec-

---

<sup>10</sup> Una realidad a nuestro entender no valorada en el debate teórico sobre el servicio público es que prestaciones hoy incluidas en la noción simplemente no existían en el momento en que ésta se perfiló o han sido profundamente modificadas. Piensese, por ejemplo en las telecomunicaciones, el transporte colectivo, la distribución de energía, la televisión... que actualmente llenan el horizonte de los servicios públicos o de interés general. Tampoco existía —comienza a estructurarse a impulso de los avances técnicos— la gran empresa capitalista capaz de afrontar inversiones a largo plazo. Este tipo de empresa «socializa» de algún modo la inversión, cosa que previamente sólo podía hacer el Estado.

tor de la electricidad y debe entenderse que cualquier clase de servicio que soporte idénticas obligaciones es acreedor a las mismas ayudas.

### 2.3. Servicio público y monopolio

Del mismo modo y por similares razones que el que hemos llamado servicio público nuclear manifiesta una vocación de gratuidad que va perdiendo vigor hacia la periferia del concepto, puede decirse que presenta igualmente una tendencia al monopolio. Este le es connatural en aquellos segmentos del servicio público indisociables del ejercicio de la pública autoridad y se produce de hecho (salvo artificios modernos para introducir la competencia) siempre que el poder público asume la prestación, directamente o por medio de entidades instrumentales.

Otras veces el monopolio —en mano ya privada de ordinario— aparece ligado a la concesión de obras públicas y a determinadas concesiones demaniales. No es cosa de entrar, dado el humilde alcance de este trabajo, en la compleja relación existente entre obra pública, dominio y servicio públicos. Todas tres nociones se fueron perfilando más o menos desde la segunda mitad del siglo XIX, bajo la llamada «monarquía administrativa». Es innegable su mutua influencia y una cabal comprensión de las mismas exigiría un estudio serio de su génesis histórica en la que la aludida época es decisiva. Nos limitaremos a apuntar que en ella el «tempo» vital de la sociedad pasa por uno de sus ciclos de aceleración particularmente acusados. Las necesidades públicas se multiplican al compás de los avances técnicos y la propia técnica, incluida la económico-financiera, va haciendo variar el modo de hacerlas frente. El proceso no ha terminado y es más que probable que exija un reequilibrio frecuente entre lo público y lo privado. En lo ideológico los años centrales del XIX coinciden con el principio de subsidiariedad tal como lo hemos visto enunciado por COLMEIRO (vid supra nota 4), pero simultáneamente están presididos por el espíritu de «fomento»<sup>11</sup> por parte de la Administración pública que paradójicamente dio lugar a un fuerte intervencionismo estatal y a la posible hipertrofia del concepto de servicio público.

Ciñéndonos a las obras públicas, éstas se definieron como «todas las de utilidad común que la Administración ejecuta por sí misma, en cuya categoría se comprenden los caminos, los canales de navegación de riego y de desagüe, los puertos de mar, los faros y el desecamiento de terrenos pantanosos en que se interesan uno o más pueblos, la navegación de los

---

<sup>11</sup> El macroministerio de este nombre, luego fraccionado sucesivamente, es un símbolo de este espíritu y su labor digna de aprecio.

ríos y otras cualesquiera construcciones relativas a *satisfacer objetos de necesidad o conveniencia general*.» Dichas obras, cuya conexión con el actual concepto de servicio público no parece necesario subrayar, podían realizarse «por empresa o por administración». «En las obras por empresa, la Administración contrata con particulares su ejecución, cediéndoles en pago los productos o rendimientos de las mismas (...) en compensación de la industria de los empresarios o del capital que adelanten, lo cual constituye un privilegio a su favor por tiempo determinado».

Este es o al menos esto está en el origen de la categoría concesión administrativa de la que a su vez derivan las diversas formas de delegación de servicios públicos. La explotación monopolística de la obra forma parte del pago al constructor y en muchas ocasiones permite la financiación transversal de segmentos del servicio no rentables, pero impuestos en el pliego de la concesión. La reversión de concesiones influye también a nuestro entender en la conversión del Estado —u otros entes públicos— en empresario de servicios y contribuye a la desaparición de su inicial gratuidad.

El sistema de concesiones y la consiguiente explotación monopolística del servicio por empresarios particulares fue por otra parte el que hizo posible, en el siglo XIX, la aportación de capital privado a obras que la empobrecida «Corona» no estaba en condiciones de afrontar. Tras una época en que el poderío económico fue predominantemente público —a costa de tributos y endeudamiento— la situación parece poder volver a repetirse.

Conexo con la obra pública está frecuentemente el llamado monopolio natural o técnico, derivado de la necesidad de utilizar forzosamente un determinado enclave, como puede ser por ejemplo un puerto, las más de las veces de dominio público, o una instalación de impensable multiplicación, como es el caso de muchos de los servicios de red. El carácter monopolístico de la actividad acostumbra a ser en estos casos la causa y no el efecto de *publicatio*<sup>12</sup>.

#### 2.4. Servicio público y solidaridad

Ni las actividades inseparables del ejercicio de poder (no debiera olvidarse que la propia Administración es en sí misma un servicio) ni las ligadas a una infraestructura, como pueden ser, por tomar la terminología del propio Tratado, las de transportes de las telecomunicaciones y de la energía, a las que habrían de añadirse el saneamiento o la distribución de agua o los puertos, agotan el concepto de servicio público. Hay servicios cuya *publicatio* está más ligada al concepto de «solidaridad».

---

<sup>12</sup> Vid. artículo 128 de la Constitución Española.

Hay una propensión —a nuestro juicio lamentable— a entender la solidaridad como un ejercicio «virtuoso» de caridad, cristiana o laica, pero en todo caso como una especie de *consejo* paragonable con la pobreza o la castidad —¡tan socialmente disminuidas ellas!— que se sigue o no según el talante del momento y se interpreta a gusto. Preferimos la acepción jurídica (entendido el *ius* como moral coercible) de «modo de derecho u obligación *in solidum*» es decir, derivados de la integración en unidad, en un *sólido* cohesionado. La Solidaridad en un organización política no se corresponde con el binomio caridad-agradecimiento, sino con el Derecho-obligación.

En este sentido de derecho-obligación derivados de la pertenencia a un todo, cualquier servicio de los calificados como públicos está conectado con la noción de solidaridad, pero hay algunos que lo están más directamente con las connotaciones que el término tiene en el lenguaje habitual. De esta naturaleza pudieran ser por ejemplo los hospitales públicos, la seguridad social, determinados organismos encargados de la salubridad y seguridad del medio de trabajo y un largo etcétera del que no es difícil encontrar ejemplos antiguos y actuales.

Cumple decir que la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia saludada con alborozo como una *paso en el buen sentido* (la expresión es de Kovar) tiende, aunque con las habituales reticencias, a exonerar de las normas de competencia a esta clase de servicios junto con los que constituyen funciones de autoridad.

### 3. SERVICIO PÚBLICO Y ORDENAMIENTO COMUNITARIO

#### 3.1. Nociones afines

El Ordenamiento jurídico comunitario elude claramente hasta la expresión servicio público. En los Tratados únicamente aparece como se ha apuntado en el artículo 77, confinada por tanto al ámbito de los transportes, «La política común de transportes —según reza el artículo 74— persigue los objetivos generales del Tratado» y se establece —de acuerdo con el 75— «teniendo en cuenta las peculiaridades del sector». Podría pensarse por tanto que el artículo 77 sólo afecta a dicho sector peculiar, que no es el único ni siquiera el principal campo en que la noción de servicio público encuentra aplicación<sup>13</sup>. Ya se ha insinuado también sin em-

---

<sup>13</sup> En realidad sectores tan importantes como el carretero y el marítimo fueron inicialmente ajenos a la iniciativa y a la intervención pública y siguen siéndolo salvo en el caso del transporte de pasajeros urbano o de línea. Únicamente el ferrocarril experimentó desde sus inicios una publicatio que ha llegado hasta nuestros días en la mayoría de los países europeos.

bargo que el derecho derivado ha dictado disposiciones idénticas a la que comentamos en sectores ajenos al transporte, aunque guarden analogías con él, principalmente en la regulación de los llamados servicios de red. Como luego veremos, por otra parte, el artículo 77 es en realidad un caso particular de las excepciones a la prohibición de ayudas públicas y éstas a su vez se encuadran dentro de la protección de la libre competencia, lo que lleva a una interpretación conjunta de los artículo 77, 90 y 93.

No es este confinamiento de la expresión servicio público al ámbito del transporte lo más significativo del uso que el Tratado hace de la misma. Lo es el que la utiliza no para calificar un servicio ni siquiera un segmento de él, sino para calificar circunstanciales obligaciones que el prestador del servicio pueda verse obligado a soportar y que justificarían la ayuda pública.

La expresión considerada más afín a la de servicio público en los Tratados y la que parece llamada a sustituirla es la de «servicios de interés económico general» que utiliza el artículo 90. Es la más habitualmente utilizada por la regulación derivada sectorial, por los documentos comunitarios, sobre todo de la Comisión y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Con alguna frecuencia —y con buen acuerdo a nuestro entender— se prescinde del calificativo «económicos». Otras veces se utilizan expresiones como «servicio universal», «servicio de base» o «servicio esencial». (Concretamente el informe del Grupo de Reflexión, de 5 de diciembre de 1995 riza el rizo al referirse a «la noción de servicio público de interés general»).

Se han realizado esfuerzos para deslindar el alcance de estas últimas expresiones<sup>14</sup>. Independientemente de diferencias de matiz semántico que pueden hacer más apropiado el uso de una u otra en determinado sector o para determinada norma, la distinción no nos parece significativa. Con frecuencia además estas precisiones semánticas suelen ser reflejo de intenciones concretas del autor de las mismas. Vamos a considerarlas sinónimas.

No lo son en cambio en absoluto «servicios de interés general» o sus equivalentes y servicio público. La o las primeras aluden únicamente a una de las dos notas que hemos dicho constitutivas de la segunda: la generalidad o el «erga omnes». Ni siquiera en ella el alcance es idéntico. El concepto de necesidad (social) se ha sustituido por el de interés (general). Con ello se gana en extensión del concepto y en facilidad de identificación (son más las cosas que simplemente interesan que las que han de considerarse necesarias y el tránsito de las unas a las otras es difícil de

---

<sup>14</sup> Vid. infra, en 4.2.2. las definiciones dadas por la Comisión.



establecer) pero se difumina la ineludibilidad de la prestación; la reserva al poder público ha desaparecido por completo. No puede considerarse la tal nota un elemento más o menos secundario de la noción de servicio público. En los países en que dicha noción tiene vigor la titularidad del servicio corresponde «por naturaleza» al poder público. Es, como el dominio público, inalienable. Cuando un particular asume la prestación lo hace en virtud de concesión o de cualquier otra forma de delegación. En el nuestro al menos es además el fundamento de la peculiar responsabilidad aquiliana de la Administración, que responde «por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos». La conceptualización comunitaria de los servicios de interés general dejaría esta responsabilidad sin base.

Y lo que puede considerarse tercera nota o si se prefiere corolario de la conjunción de las otras dos, es decir, el sometimiento a un régimen jurídico especial, exorbitante del derecho común, no es que haya desaparecido es que es que está explícitamente proscrito.

Efectivamente la noción de servicios de interés (económico) general está inserta en el artículo 90 de Tratado, cuyo contenido básico es prohibir a los Estados medida alguna contraria a las normas del mismo, con especial énfasis en las de la competencia, respecto a las empresas públicas y aquellas a las que conceden derechos especiales o exclusivos.

Cabría entender que únicamente están incluidas en la prohibición las empresas que «son propiedad del Estado pero que no son el Estado» (las públicas) y las privadas que ejercen un servicio por delegación (que son a las que el Estado acostumbra a conceder derechos especiales o exclusivos). Quedarían excluidas las llamadas entidades instrumentales, los «servicios públicos personalizados» y, por supuesto el propio Estado o la propia Administración. No es así sin embargo. Una ya larga jurisprudencia, al par que el derecho derivado han dejado sentado que la empresa se califica no por cualidad alguna del empresario, sino por la actividad emprendida, de tal modo que incluso sectores de la Administración pública carentes de personalidad y ella misma pueden ser considerados «empresa» a efectos de la aplicación de las normas sobre competencia. Paralelamente pueden no serlo entidades netamente diferenciadas del Estado pero que ejerzan actividades de las consideradas consustanciales a él<sup>15</sup>. Tal fue el caso de EUROCONTROL, entidad internacional cuya misión nuclear es garantizar la seguridad del tráfico en el espacio aéreo europeo y que resultó eximida de la consideración como empresa. Precisamente en la correspondiente Sentencia el Abogado general Tesauro expresó con

---

<sup>15</sup> El calificativo de «regalianas» que la doctrina francesa utiliza frecuentemente para distinguir estas actividades no nos parece conforme con las connotaciones el término *regalía* tiene en nuestro idioma.

particular precisión el criterio utilizado para tal consideración: *«el ejercicio de una actividad de carácter económico, susceptible de ser ejercida, al menos en principio, por una empresa privada y con un fin lucrativo»*.

El párrafo 2 del artículo 90, destinado a establecer posibles excepciones a la general prohibición del 1, prescinde de la clasificación bimembre antes apuntada y da una noción susceptible de alcanzar tanto al sector privado como al público. Precisamente la que comentamos: empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. Tal encargo no las exime de la sumisión a las normas del Tratado, en especial a las de la competencia. Todo lo contrario el tenor del párrafo reitera dicho sometimiento<sup>16</sup> para establecer a seguido un posible límite a él: *«...en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida de hecho o de derecho el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada»*.

Los adjetivos específica y confiada (*mission particulière* (...)) impartie reza la versión francesa y las que hemos podido apreciar en otros idiomas se acercan a una u otra) podrían resultar ambiguos. La jurisprudencia ha entendido que ha de tratarse no de la misión genérica que una empresa desempeñe, sino de un mandato del poder público de realizar una concreta prestación (como podría ser por ejemplo servir una zona no rentable) irrealizable dentro del respeto a las normas de la competencia y sin que exista otro medio de cohonestar ambos imperativos.

Cumple añadir que esta ya angosta vía de escape al imperio de las leyes del mercado se estrecha todavía más a tenor de la última frase del mismo párrafo. Cualquier clase de interés general (que aquí debe entenderse referido al Estado) cede ante la posibilidad de que puedan resultar afectados los intercambios *«de forma tal que sea contrario a los intereses de la Comunidad»*. Es claro que el interés primordial de la Comunidad es la integración en el mercado común.

### 3.2. Las ayudas públicas

Como es sabido el artículo 92 prohíbe, en la medida en que puedan afectar a los intercambios entre los Estados miembros, *«las ayudas otorgadas por los Estados miembros o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia»*. En una ojeada superficial podría parecer que esto nada tiene que ver con el tema que nos ocupa. Fácil es sin embargo apreciar un paralelismo entre las fi-

<sup>16</sup> El párrafo 1 adopta la forma de una prohibición a los Estados de adoptar normas contrarias y el 2 prescribe el sometimiento de las empresas a las mismas normas. Es claro que el alcance es idéntico.

nalidades que se asignan a esta prohibición y las del artículo 90, especialmente atendiendo a la última frase comentada: que no queden afectados los intercambios —la esencia misma del mercado común y el germen de la Unión europea— y que no se falsee la competencia. Por otro lado las ayudas públicas se conectan con lo que hemos llamado «vocación de gratuidad del servicio público: están llamadas a compensar, con cargo al sistema impositivo propio y peculiar del poder público, déficits empresariales. Incluso cuando no se conceden a empresas de servicios, acostumbran a responder a necesidades sociales.

Pero donde la conexión aparece entendemos que más nítidamente es precisamente en las excepciones.

Forman éstas, como es sabido, dos bloques: uno de ayudas ya a priori declaradas compatibles con el mercado común y un segundo cuya compatibilidad puede declararse, con intervención sucesiva de la Comisión, el Tribunal de Justicia y a la postre del Consejo decidiendo por unanimidad. No interesa aquí la diferenciación ni el procedimiento aludido, sino únicamente el conjunto de las ayudas compatibles o compatibilizables. Pueden resumirse así:

- de carácter social;
- destinadas a reparar desastres causados por *vis o casus*;
- para favorecer la economía de regiones alemanas afectadas por la división;
- Id. de regiones con nivel de vida anormalmente bajo o en grave situación de desempleo;
- Id. de determinadas actividades o regiones económicas (a nuestro entender, para no coincidir con la excepción anterior y en razón de los dos miembros de ésta separados por la conjunción «o» debiera entenderse regiones caracterizadas o «regionalizadas» por una economía común).

El elenco (de las ayudas que pueden declararse compatibles) puede ser ampliado por el Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, cabe suponer que siguiendo la línea de las anteriores.

En todas las antedichas excepciones estimamos que es fácilmente apreciable el principio de solidaridad propio del servicio público.

Si se ponen en conexión los artículos 77, 90 y 92, puede concluirse que el Tratado repugna la noción de servicio público como aplicable a servicio concreto alguno. Únicamente admite excepciones puntuales, a las normas de la competencia, basadas en consideraciones de lo que en buena parte de los Estados miembros se entiende por servicio público.

El carácter excepcional ha llevado al Tribunal, siguiendo en ello a la Comisión, a una interpretación extraordinariamente restrictiva.

### 3.3. Una nueva dimensión de la generalidad

El lector avisado habrá podido observar que en la enumeración de excepciones del artículo 90, se ha producido una omisión, la del 90,3 b), que incluye entre las ayudas que pueden ser declaradas compatibles con el mercado común: las destinadas a «fomentar la realización de un proyecto importante de *interés común europeo* o destinadas a poner remedio a una grave perturbación de la economía de un Estado miembro». Nos interesa el primero de los supuestos, ya que el segundo es fácilmente alineable con las restantes excepciones.

En toda la regulación que venimos examinando el interés general venía referido al Estado y se le contemplaba confrontado con el interés específicamente europeo que aparecía centrado en la libre competencia y en la salvaguardia de los intercambios. Únicamente aquí aparece un interés común europeo.

El precepto ha estado ahí, aislado en un contexto no del todo congruente, desde la inicial redacción del Tratado de Roma. Que sepamos no ha sido utilizado jamás. De tal estado de latencia de casi cuarenta años parece destinado a sacarlo «el fomento de la creación y desarrollo de redes transeuropeas» añadido por el Tratado de Maastricht a los medios para «promover (...) un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad (...) un alto nivel de empleo y protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros». Las redes transeuropeas tienen por objeto favorecer la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales y el acceso a las mismas, teniendo en cuenta en particular las necesidades de establecer enlaces entre las regiones insulares, sin litoral y periféricas... El Tratado de la Unión les asigna con especial énfasis (por remisión del artículo 129 B al 130 A) la misión de reforzar la cohesión económica y social y «...en particular reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones más desfavorecidas, incluidas las zonas rurales».

A fin de alcanzar los objetivos enunciados en el artículo 129 B, y según el 129 C, la Comunidad:

- elaborará un conjunto de orientaciones (... que) identificarán proyectos de interés común;
- realizará las acciones que puedan resultar necesarias... y
- podrá apoyar los esfuerzos financieros de los Estados miembros para proyectos de interés común financiados por los Estados miembros...

En septiembre de 1995 el Consejo promulgó el Reglamento n.º 2.236 con las «Normas generales para la concesión de ayudas financieras co-

munitarias en el ámbito de las redes transeuropeas», En él se contemplan las siguientes ayudas:

- cofinanciación de estudios;
- bonificaciones de intereses;
- contribución a las primas de garantías de créditos;
- subvenciones directas;
- posible combinación de estas dos últimas con la primera.

Todas ellas a los Estados miembros y en desarrollo del tercer guión del artículo 129 C es decir, para apoyar sus esfuerzos financieros para proyectos de interés común.

Sólo con notable posterioridad y tras haber agotado todas las posibles etapas del procedimiento de codecisión se ha logrado sacar adelante las «orientaciones» para identificar dichos proyectos. Han sido objeto de la Decisión 1.692/96, de 23 de julio y «constituyen un marco general de referencia destinado a incentivar las acciones de los Estados miembros y, en su caso de la Comunidad (...) sin prejuzgar el compromiso financiero de un Estado miembro o de la Comunidad». Pretenden asimismo «facilitar la participación del sector privado.»

Fácil resulta observar un giro de noventa grados en la postura habitual del Tratado. El mercado no se contempla aquí como el motor de la nueva política; se pretende facilitar su participación en un esfuerzo que se contempla inicial y básicamente como público: de los Estados miembros —cuyas ayudas siempre aparecían como sospechas de herejía respecto al dogma de la libre competencia— y de la propia Comunidad. Por otra parte los objetivos de las redes enunciados en el artículo 2 (de la Decisión) parecen elementos de una descripción de lo que tradicionalmente se ha entendido por servicio público: seguridad; propósito de reforzar la cohesión económica y social; ofrecer a los usuarios infraestructuras en condiciones económicas razonables; facilitar el acceso general, favorecer a las regiones menos desarrolladas... Una preocupación nueva y a cuya satisfacción no es como a la de las anteriores excesivamente proclive el mercado se acentúa en la Decisión con énfasis notable: la protección del medio ambiente.

#### 4. *DE LEGE FERENDA*

##### 4.1. **A qué nos referimos**

Al hacer referencia al estadio de elaboración de una nueva «ley» comunitaria no estamos aludiendo al derecho derivado. Este viene ya desarrollando los principios del Tratado en materia casi exclusivamente de los llamados servicios de red nacionales. La tendencia de esta regu-

lación secundaria puede afirmarse que está marcada por el intento de establecer un doble deslinde. Primero entre la infraestructura y el servicio directo al usuario que utilizándola se presta, de manera que se encomiende a una entidad la gestión de la primera y su utilización quede abierta a una pluralidad de empresarios susceptible de garantizar una competencia eficaz y la libre prestación de servicios. El segundo deslinde se procura entre regulación y explotación, también en mano distinta al efecto de evitar una competencia desigual y el riesgo de abuso de posición dominante<sup>17</sup>. Esto último propicia la aparición de «administraciones independientes». Paralelamente se ensayan mecanismos para compensar las «obligaciones de servicio público» por lo que atañe a segmentos no rentables<sup>18</sup>.

Tanto este aspecto —y sus distintas modulaciones de acuerdo con las características de cada sector— como la evolución jurisprudencial son, sin duda, de gran interés y han sido tratados amplia y documentadamente desde la perspectiva técnico jurídica. Estudios con ese enfoque pueden encontrarse en la nota bibliográfica final.

Cuando aquí se alude al estadio de *lege ferenda*, nos estamos refiriendo a un posible y entendemos que probable y deseable giro de rango «constitucional», entendiendo por tal una visión más acorde con la lógica, o la filosofía, o el espíritu del servicio público tradicionales en los países de nuestra área cultural y que quede plasmada en el Tratado.

Un tal enfoque sitúa la cuestión en un plano distinto del técnico jurídico en el que el «dogma» legal es punto de partida ineludible. Aquí no se trata de arrancar de una norma, sino de llegar a ella. El punto de partida tiene mucho de metajurídico, y, en el caso de la Comunidad o de la Unión, es, en gran medida, un problema de estrategia de los Estados y de las Instituciones para conciliar las diversas concepciones ideológicas existentes.

---

<sup>17</sup> En realidad se viene perfilando una especie de «doctrina de la separación de poderes» similar a la ya clásica estatal: regulación, explotación y control independientes entre sí; lógicamente el campo más propicio a la intruducción de la competencia, posiblemente el único, es el de la explotación. Resta el problema de a qué tipo de sujetos —que en la hipótesis de esta doctrina suelen no ser las autoridades públicas— se encomiendan las otras dos funciones y la posibilidad de «conquista» de ambos por los explotadores del servicio. *El quis custodit custodem* sigue siendo un problema que se resiste a los artificios ideados para solventarlo.

<sup>18</sup> El estudio realizado por el Centro Europeo de Empresas con Participación Pública (CEEP) al que nos referiremos más adelante, tras un detallado análisis de la regulación sectorial, tanto la ya dictada como la que está en fase de propuesta o estudio, afirma que en ella, «*el servicio público aparece más como una excepción a los principios de competencia que como un principio de fuerza equivalente, susceptible de legitimar una intervención pública, sea (ésta) comunitaria o nacional.*»

## 4.2. Posturas de cara a la CIG

No es obviamente el tema que nos ocupa una de las preocupaciones más notorias de la Conferencia intergubernamental en curso. Su horizonte parecen llenarlo la moneda única, las ampliaciones, la reforma institucional... Sin embargo el debate a que se hizo referencia al inicio de este escrito lleva camino de tener reflejo en ella e incluso de desembocar en alguna reforma del tratado.

### 4.2.1. *La «ficha» sobre los servicios públicos*

El Secretariado General del Parlamento europeo ha difundido una serie de «fichas temáticas» que tienen por objeto «reunir, en forma sistemática y ordenada, las propuestas realizadas por los Estados miembros, las Instituciones de la Unión y los observadores especializados sobre los temas que podrían figurar en el orden del día de la CIG/96»<sup>19</sup>. Una de ellas se refiere precisamente a los Servicios públicos que define así:

«Se entiende comunmente por servicio público (llamado también servicio de interés público o de utilidad pública) una actividad económica de interés general creada como tal a iniciativa de las autoridades públicas y que funciona bajo su responsabilidad, incluso si su gestión está delegada a una empresa (pública o privada), exterior a la Administración. La noción se aplica sobre todo a las actividades llamadas de red, especialmente a la distribución de electricidad, de gas, de agua, los transportes públicos (ferrocarriles y transportes urbanos), el correo y las telecomunicaciones.»

No cabe duda de que se trata del servicio público entendido a la manera tradicional. Elementos pertenecientes al mismo dirá un poco más adelante que han sido introducidos por el Acta única y por el Tratado de la Unión, citando la protección de los consumidores (Título XII), el establecimiento de Redes transeuropeas (Título XIII), la cohesión económica

---

<sup>19</sup> Son por el momento 31 y sus títulos son los siguientes: «Tribunal de Justicia»; «Comisión»; «Tribunal de Cuentas, CES y CDR»; «Integración diferenciada»; «PESC»; «Papel de los Parlamentos nacionales»; «La Jerarquía de normas»; «El Procedimiento de Codecisión»; «CAIJ»; «La Ciudadanía europea»; «UEO, Seguridad y Defensa»; «Los Servicios Públicos»; «La política Social»; «El Parlamento europeo»; «El Consejo europeo»; «El Consejo de la Unión»; «El Presupuesto y la CIG»; «La CIG y la Transparencia»; «La Subsidiariedad y el reparto de competencias»; «La personalidad jurídica de la Unión»; «La Comitología»; «Los derechos fundamentales»; «La CIG y el carácter democrático de la Unión»; «La Coherencia de la acción exterior de la UE»; «La CIG/96 y la eficacia de la Unión»; «EUROPOL»; «La CIG y el Convenio de Schengen»; «La lucha contra el Fraude»; «La energía»; «El Turismo y la CIG»; «La cohesión económica y social».

y social (Título XIV) y la protección del medio ambiente (Título XVI). Tampoco cabe duda de que se trata de objetivos que el mercado no persigue espontáneamente. De ellos dice la ficha que «pueden servir de apoyo a futuros *servicios públicos europeos*» (la expresión en cursiva va en el original subrayada por comillas).

Vamos a recoger de la «ficha», puesto que se trata de un documento preciso, escueto y sin duda autorizado, las posturas de los gobiernos de Estados miembros y del Parlamento y «otras opiniones». La Comisión ha hecho público con posterioridad<sup>20</sup> un Documento que merece comentario aparte.

Como contribuciones oficiales de los gobiernos de los ESTADOS al orden del día de la CIG únicamente se menciona la española. Según ella «el grado de desarrollo, cuantitativo y cualitativo, de los servicios públicos, estrechamente ligado a las peculiaridades y a la prosperidad de cada Estado miembro», debe seguir la regla de la unanimidad en las decisiones del Consejo. Fuera de propuestas gubernamentales formales, hay que mencionar el Informe del Grupo de Reflexión que constata que «una mayoría (de representantes de los países integrados en la Comunidad) preconiza que la CIG examine el reforzamiento de la noción de servicio público de interés general como *principio* que complete los criterios del mercado.» El Ministro de Asuntos exteriores Belga pidió que el *principio* de servicio público se integre en el Tratado. La Delegación para la Unión europea de la Asamblea General Francesa propuso a su vez una modificación del artículo 90,2 tendente a permitir restricciones a la competencia en favor de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general para tener en cuenta en particular los costos que éstas han de soportar para asegurar un servicio universal de calidad. (Como apunta el Documento que luego se examinará de la Comisión esto se ha hecho ya en parte al menos por vía de interpretación jurisprudencial)

La postura del PARLAMENTO es, lógicamente dada la procedencia de la «ficha» la más pormenorizada. Se hace referencia a que en 1994, y sin referencia a la CIG, el Parlamento reclamaba la elaboración de un «Carta Europea de los Servicios Públicos» y se declaraba partidario de crear una Comisión Temporal al efecto<sup>21</sup>.

Ya referidas a la CIG se citan tres Resoluciones. Sin entrar en mayores detalles es interesante subrayar que en las dos primeras<sup>22</sup> comienza a

---

<sup>20</sup> Estamos utilizando la «primera puesta al día» de la ficha, fechada en Luxemburgo el 15 de marzo de 1996.

<sup>21</sup> Resolución sobre las empresas públicas, privatizaciones y servicios públicos en la Comunidad, de 6-5-94.

<sup>22</sup> Resolución sobre la CIG de 17 de mayo de 1995 y Resolución sobre el orden del día de la CIG de 14 de diciembre de 1995, respectivamente.



contemplarse el servicio público desde la perspectiva de un *derecho* de acceso de los ciudadanos.

La tercera<sup>23</sup>, sobre el dictamen del PE sobre la Convocatoria de la CIG y sobre la evaluación de los trabajos del Grupo de reflexión, es la más precisa. Se afirma en ella que la Comunidad no debe orientarse únicamente al establecimiento de un régimen de competencia, sino que debe estar igualmente al servicio del interés general y conllevar para ello «misiones tendentes al refuerzo de la cohesión económica y social y la protección de los consumidores y de los usuarios». Pide concretamente:

- La modificación de los artículos B de Tratado de la Unión (que especifica los objetivos de la misma) y 90 y 100 A del CE (referentes a ayudas públicas y a aproximación de legislaciones respectivamente) para incluir en ellos los servicios de interés general, y
- La inserción en el Tratado de los «principios fundamentales del servicio público, a saber: accesibilidad, universalidad, igualdad, continuidad, calidad, transparencia y participación».

Añadimos por nuestra cuenta que en su dictamen sobre el XXIV Informe sobre la Política de la Competencia el Parlamento<sup>24</sup> «21. Pide a la Comisión que elabore propuestas para la definición y financiación de los servicios públicos y pide que *se incluya una definición de los servicios públicos en el Tratado durante la conferencia intergubernamental de 1996*» y (23) «que el proceso de transformación estructural de los servicios públicos se considere adecuadamente en el marco de la política de competencia respetando *los principios que caracterizan la idea de servicios públicos*».

El COMITE ECONOMICO Y SOCIAL también reaccionó a dicho XXIV Informe afirmando que «con todas sus desventajas en términos de eficacia y de costes el servicio público ha permitido no obstante cierta solidaridad entre las distintas situaciones». No niega el ECOSOC que la liberalización del sector público puede traducirse en ventaja para los consumidores en términos de reducción de precios y mejora del servicio, pero expresa algunas reticencias basadas por una parte en la existencia de «valores, costumbres y culturas jurídicas y sociales diferentes» en los diferentes países y, por otra, en el riesgo de exclusión de determinadas categorías sociales y regiones geográficas en razón de su escasa rentabilidad y las repercusiones sobre el empleo. Pide a la Comisión que exami-

---

<sup>23</sup> Resolución de 13-3-93.

<sup>24</sup> DOCE n.º C 65/92 de 4.3.1996.

ne los efectos reales de los sistemas liberalizadores en los países donde han sido aplicados<sup>25</sup>.

En el apartado correspondiente a OTRAS OPINIONES, se citan dos, la del ISUPE (Iniciativa para los Servicios de Utilidad Pública en Europa) y la del Centro Europeo de las Empresas con Participación Pública en Europa (CEEP).

El primero propone sustancialmente una modificación del artículo 100 A, al que se añadiría el siguiente párrafo: «estas medidas (las de aproximación de legislaciones) toman en cuenta, en aplicación del principio de cohesión económica y social, las consideraciones de utilidad pública que pueden justificar una acomodación de las normas de competencia dictadas por el presente tratado».

El CEEP<sup>26</sup> ha publicado en junio de 1995 un informe muy elaborado cuyo título es *Europa, Competencia y Servicio Público*. A pesar del título propone conservar la expresión consagrada por el artículo 90 —Servicios de interés económico general— con el fin de seguir la línea de las disposiciones vigentes y ajustarse a una terminología lo más aceptada posible en los diversos países. Su propósito es sin embargo insertar sólidamente la noción de servicio público en el sistema comunitario, para lo que sugiere la modificación del Tratado, la elaboración de una «Carta»<sup>27</sup> y la creación de «una instancia de evaluación».

La modificación del Tratado consistiría en la inserción de un Capítulo II en el Título V de la Tercera Parte, a continuación por lo tanto de las normas de la competencia, en el que:

- Se reconocería la competencia de los Estados para crear servicios de interés general con justificaciones (eficacia económica, cohesión social y preparación de un desarrollo sostenible) que serían comunes.
- Se especificarían las cargas susceptible de imponerse a las empresas prestatarias de acuerdo con los principios tradicionales del servicio público (accesibilidad, igualdad, etc.) y de otros que se van perfilando modernamente como la transparencia o la concertación.

---

<sup>25</sup> DOCE n.º C 39 de 12.2.199. Este dictamen y el anterior se reproducen en el *XXV Informe sobre la Política de la Competencia*, editado por la Oficina de Publicaciones Oficiales de las CC EE, Bruselas. Luxemburgo 1996, pp. 339 ss.

<sup>26</sup> La CEEP, creada en 1961, agrupa a las empresas y organizaciones con participación pública y a las que ejercen actividades de interés público. La coincidencia con las empresas contempladas en el artículo 90 es evidente.

<sup>27</sup> Los textos de la modificación propuesta del Tratado y la Carta figuran como anexos I y II en la publicación citada en la bibliografía. Les precede un Rapport de Synthèse que es su justificación y les siguen una serie de «contribuciones» a la aproximación económica (anejo III), jurídica (IV), social (V) y «de los consumidores» (VI).

- Se afirmaría la posibilidad de conferir a las empresas derechos exclusivos o especiales como compensación de las cargas impuestas.
- Se mantendría la aplicabilidad de las normas de competencia contenidas en el artículo 90.
- Se reconocería a la Unión la doble función de armonizar el funcionamiento de los servicios en el ámbito estatal y de coordinarlos a escala comunitaria, con la perspectiva de establecer servicios de interés general a escala europea.

La «Carta» sería un documento orientativo (tanto para la legislación derivada como para la interpretación) decidido por el Consejo y sometido a la aprobación de los Estados, que precisaría:

- El reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión.
- Las justificaciones para la creación de servicios de Interés general.
- Las cargas impondibles a sus gestores.
- Las grandes líneas de su organización y gestión.

La Instancia de evaluación sería un organismo no bien definido (únicamente se afirma que ligarlo al Parlamento Europeo le conferiría la legitimidad y autoridad deseable) al que correspondería:

- desarrollar por sí mismo o más frecuentemente «pilotar» trabajos útiles de investigación o estudio;
- poner a punto, en conexión con los interesados, una batería adecuada de indicadores;
- seguir regularmente la evolución de la situación y la actividad de los servicios de interés general y dar cuenta de este seguimiento en un informe público periódico;
- alentar y organizar el debate público sobre estas cuestiones.

Debemos añadir —la ficha omite esta referencia— que la CEEP había recibido del Presidente de la Comisión el encargo de elaborar la Carta, ya antes propuesta por el PE, y que el estudio se ha realizado con el apoyo financiero de la Comisión.

#### 4.2.2. *La Comunicación de la Comisión*

Muy recientemente (Esto se escribe a finales de octubre y el Documento a que nos referimos lleva fecha 11 de septiembre y acaba de llegar a nuestras manos) la Comisión ha alumbrado una Comunicación que lleva por título «Los Servicios de Interés General en Europa»<sup>28</sup>. Tanto el mo-

---

<sup>28</sup> COM (96) 443.

mento en que se publica como la por cierto mínima modificación del Tratado que propone hacen pensar que se trata de la postura de la Comisión en relación con el tema y de cara a la CIG.

No es fácil resumir el Documento. La frase final de su introducción permite deducir un doble intento por parte de la Comisión: recordar los fundamentos de su política y formular objetivos para el futuro.

El primer intento, que abarca los apartados I y II del Documento, se resuelve en un ejercicio de autocomplacencia. Otro asunto es si justificada o no y en qué medida. Consecuentemente los «*Objetivos para el Futuro*», rúbrica del III, no suponen ninguna inflexión notable de la línea seguida hasta el momento.

Ello se refleja ya en las voluntaristas definiciones («¿De qué se trata?») con que —tras la introducción— se inicia el Documento. Según ellas serían *servicios de interés general* los así considerados por las autoridades públicas, se sobreentiende que estatales. Los *servicios de interés económico general* serían una especie de ellos: los de carácter comercial. Unos y otros están sometidos por los Estados a *obligaciones* de servicio público. El *servicio público* es —a juicio de la Comisión— una expresión ambigua, que confunde misión y estatuto, destinatario y prestatario; a veces se identifica con sector público. *Servicio universal*, por último, es un concepto evolutivo, desarrollado por las Instituciones de la Comunidad, que define un conjunto de exigencias a las que deben someterse en toda la Comunidad «las actividades de telecomunicaciones o de correos por ejemplo». Parece que estamos ante una nueva especie de servicios de interés general: aquellos en los que la generalidad está referida al ámbito comunitario. Los ejemplo que aduce apuntan a servicios de carácter comercial; pero en la Comunidad ya hay atisbos de servicios carentes de ese carácter.

El apartado I del Documento lleva por rúbrica «Los Servicios de Interés General: Elemento Clave del Modelo de Sociedad Europeo». Comienza afirmando la alta valoración de estos servicios por parte de las sociedades europeas que los han creado y atribuyéndoles una función aglutinadora de la sociedad que sobrepasa el mero nivel de las preocupaciones materiales y adopta una dimensión simbólica. Aunque un poco al soslayo alude a los «derechos» que pueden resultar de las misiones —seguridad del abastecimiento, protección del medio ambiente, solidaridad económica y social, ordenación del territorio, fomento del interés de los consumidores... son las que cita— que tienen asignadas.

Esta comunidad de valores, subraya a continuación, da lugar sin embargo a una gran «Diversidad de Modos de Organización» que se produce por países, por regiones incluso, y por sectores. En ello influyen la variedad de tradiciones históricas, la de organizaciones políticas, los distintos

condicionamientos técnicos e incluso geográficos. Titularidad pública o privada; monopolio o régimen de competencia; mayor o menor control, y éste en manos de organismos de diversa índole; centralización o descentralización y ésta por servicio y/o funciones... Estos, amalgamados de varia forma serían los datos de tal diversidad. Constituye un reto para la Europa comunitaria, pero, lejos de constituir un obstáculo debe considerarse un repertorio de soluciones<sup>29</sup>.

El contexto actual es muy distinto del existente en los momentos en que los servicios fueron creados. Estas «evoluciones que deben aprovecharse» se resumen por la Comisión en:

- una mayor exigencia por parte de los usuarios/consumidores en cuanto a posibilidades de elección, calidad y precio, incluso a nivel europeo;
- la presencia de una competencia mundial;
- la mayor posibilidad —con respecto a los años subsiguientes a la Segunda Guerra Mundial— de movilizar el capital privado que los recursos públicos para el desarrollo y mantenimiento de redes de infraestructura. (Interesa subrayar que tal rotunda afirmación no se compadece del todo bien con la apelación al «esfuerzo inversor de los Estados miembros» y la previsión de una «contribución financiera de la Comunidad» en materia de Redes transeuropeas);
- la modificación por las nuevas tecnologías, de los datos de las economías tradicionales caracterizadas por la existencia de monopolios;
- el diverso grado de desarrollo en algunos países, que dificulta las modificaciones.

Este subapartado A del I termina afirmando que «la creación del mercado único y la introducción de una mayor competencia permiten a los servicios de interés general hacer frente a estos cambios y sacar partido, mejorando la oferta y la calidad y bajando los precios.(...) Este dinamismo es indispensable para la expansión del modelo de sociedad europeo, que debe acompañar el surgimiento de la ciudadanía europea.

Todo el siguiente subapartado B es una loa de la «interacción beneficiosa entre el Mercado único europeo y el interés general.»

Comienza invocando el principio de neutralidad comunitaria, respecto a la propiedad pública o privada, del artículo 222 y la libertad (?) que a los Estados confieren las excepciones al artículo 90. Recuerda al respecto que éste no se aplica ni a las actividades no económicas —entre las que cita *ad exemplum* los sistemas obligatorios de escolarización y de segu-

---

<sup>29</sup> Es digno de anotarse que de dicho repertorio es a las soluciones británicas, o acaso más bien norteamericanas, a las que de hecho acude la Comisión.

ridad social (que sin embargo podrían considerarse, por lo menos en un grado difícil de fijar, como una «actividad (...) susceptible, al menos en principio, de ser asumida por una empresa privada y con un fin lucrativo») — ni a las funciones llamadas «de regalía». Será en el apartado siguiente donde se recuerde —por cierto de manera incompleta— la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha conducido, siempre por vía de excepción y consecuentemente de manera muy restrictiva, a tales interpretaciones<sup>30</sup>.

A continuación señala como objetivos de la Comunidad primero lograr el equilibrio entre los imperativos de construcción del mercado común y el dinamismo propio del mercado por un lado y, por otro, los objetivos de interés general. «*El balance de esta interacción es en la actualidad muy positivo, tanto en términos de eficacia de los servicios de interés general como en términos de aplicación de las normas*». La afirmación difícilmente puede ser más rotunda. Objetivo cumplido. Para qué cambiar.

El segundo objetivo es «promover el interés general europeo». Se dedica a glosar la noción de servicio universal, promovida por la Comisión y que se ha desarrollado en resoluciones del Parlamento europeo y del Consejo, que se basa en el interés de garantizar un servicio de calidad a un precio asequible, y que se ha aplicado sector por sector en los actos legislativos.

Prácticamente todo el apartado II («*La aportación comunitaria: Dinamismo, Flexibilidad y Solidaridad*») se dedica a una exposición de la línea seguida por la regulación sectorial comunitaria: Telecomunicaciones, Correos, Transportes, Electricidad y Radio y Televisión. No cuadra a nuestro intento un examen pormenorizado de tal regulación, evidentemente presidida por el intento de «liberalizar» al máximo los correspondientes sectores. En cuanto a los servicios de naturaleza no económica se alude brevemente a «distintas medidas de cooperación adoptadas a nivel europeo (que) pueden apoyar o completar las políticas nacionales por ejemplo en materia de empleo, de protección social, de salud pública de educación y formación o de cultura.»

Lo que sin duda interesa a nuestro intento son los «Objetivos para el Futuro» (III) y, dentro de ellos, «Una Referencia en el Tratado» (B)

Los objetivos, tal y como los presenta la Comisión son marcadamente continuistas. Basta para mostrarlo reseñar los epígrafes del apartado: «Aprovechar al máximo las acciones emprendidas en aras de la competitividad europea», «Reforzar la solidaridad y la cooperación europeas» (donde se preconiza el desarrollo del concepto de servicio universal) y

---

<sup>30</sup> Las Sentencias que se citan son la «Corveau», de 19.5.93, as. C 320/93, *Rep.* p. 2.565; «Almelo», de 27-4-94, as. C 392/92, *Rep.* p. 1.509 y la del T.P.I. de 27.10.94 Ladbroke/Comisión, as. T.32/96 *Rep.* p. 1.994. Parece imprescindible la cita de la Sentencia EUROCONTROL a que antes hemos hecho referencia. Otras pueden encontrarse en la nota bibliográfica final.

«movilizar los instrumentos comunitarios» (donde se afirma que la Comisión proseguirá con sus políticas; se promete para el año próximo un proyecto de desarrollo del espacio comunitario; se insiste en el tema de las redes transeuropeas, y se dice que «los otros servicios de interés general como la salud, la protección social, la educación, el agua, o la vivienda (...) deben garantizarse a nivel nacional o regional» aunque los medios de acción de que la Comunidad dispone (cooperación, ayuda financiera y coordinación) debieran utilizarse «para favorecer la igualdad de oportunidades y luchar contra la marginación».

Con respecto al Tratado, la postura de la Comisión dista mucho de aproximarse a las que hemos visto expresadas en la «ficha» preparada en el seno del Parlamento. Según ella, «el artículo 90 ya se ha puesto a prueba. conviene no modificarlo». «No obstante la Comisión está convencida de que los servicios de interés general deben encontrar en el proyecto europeo una función relacionada con el lugar que ocupan en los valores comunes sobre los que se han construido las sociedades europeas. También convendría trazar un horizonte para los servicios de interés general europeo y consignar a estos efectos los medios de acción ya disponibles en una perspectiva de conjunto». Lo que la Comisión propone tras las precedentes consideraciones es añadir al artículo 3 una nueva letra «u» (pocas van quedando disponible en los alfabetos para añadir al *totum revolutum* en que se va convirtiendo el artículo) cuyo tenor sería el siguiente:

*Una contribución a los servicios de interés general*

«Esta modificación, que no constituiría una base jurídica, establecería sin embargo que los servicios de interés general constituyen una dimensión que debe tenerse en cuenta en la definición de las acciones de la Comunidad y la definición de sus políticas»

Es todo.

## 5. REFLEXIONES FINALES

—Probablemente haya de entenderse el servicio público como un concepto meramente análogo<sup>31</sup>, cuyo *analogatum primum* estaría constituido por prestaciones indisolubles de la organización político-pública.

—Consecuentemente no sólo alude la calificación de público a los destinatarios de la prestación, sino a una responsabilidad de la organiza-

---

<sup>31</sup> Respecto al carácter no unívoco de la noción, vid. la sentencia del Tribunal Constitucional 127/994 de 5 de mayo.

ción político-pública como tal, que *debe* garantizar su existencia y accesibilidad.

—Al deber de la organización corresponde un *derecho* «civil» o «político» en el sentido de exigible por el ciudadano a la *civitas* o la *polis* a la que pertenece. (Precisamente el país en el que se afirma que la noción de servicio público aparece menos patente, Gran Bretaña, está subrayando este aspecto con la elaboración de «Cartas», del ciudadano o del usuario de diversos servicios —de los pacientes en materia sanitaria, de los padres en el sistema educativo...— que recogen derechos y modos de urgirlos<sup>32</sup>.)

—El *logos* del servicio público no proyecta idénticas exigencias sobre todas las actividades de prestación que han ido calificándose de tal. (Vid. supra nota 5). Habría que situarlo más bien sobre un plano secante en diversa media a un conjunto variable de ellas.

—Muchas de estas necesidades públicas —entendemos que nunca las que pertenecen al «núcleo duro» del concepto, pero sí las que más habitualmente acostumbramos a denominar servicios públicos y a las que la Comunidad presta atención preferente<sup>33</sup>— se satisfacen incluso mejor por las fuerzas operantes espontáneamente, básicamente las que mueven el mercado.

—No puede desconocerse sin embargo que la satisfacción de intereses específicamente públicos por dichas fuerzas es *preterintencional*. Ocurre de hecho que el esfuerzo por captar al cliente, sobre todo en competencia con otros oferentes, redunde en una mejora del binomio calidad, precio y en la multiplicación de los servicios o productos ofrecidos y que ello constituye un beneficio público; pero la intención del oferente es el beneficio propio.

—Ello lleva inevitablemente a que el mercado se vuelque sobre las actividades o segmentos de actividad más rentables y sólo más tardíamente o nunca sobre los menos. Lo que los franceses llaman certeramente el *écrémage*. El dinamismo del mercado es función de la expectativa de ganancia. A expectativa de ganancia cero, dinamismo cero. Con respecto a la otra cantada virtud de la competencia, la mejor asignación de recursos, ocurre lo mismo.

—No cabe esperar consecuentemente que *todas* las necesidades sociales y *en toda circunstancia* resulten satisfechas por el mercado espon-

---

<sup>32</sup> Vid. FEINTUCK, M., «La regulation des services publics en Gironde-Pyrenees. Passé, présent et avenir en Europe», *Concurrence et Service public, op. et loc. cit.*, pp. 131 ss.

<sup>33</sup> La Comunidad parece no conocer otros servicios públicos que los de interés *económico* general es decir los que tienen un alto contenido mercantil lo que los sitúa en la periferia del concepto.



táneamente. Se hace necesaria entonces la intervención de la sociedad organizada, menos dinámica ciertamente, pero cuya intención directa es el interés general<sup>34</sup>.

—Tal intervención estuvo regida por el principio de subsidiariedad. Este es bifronte. No sólo significa un límite a la actuación pública (que es en lo que el liberalismo pone el acento); afirma igualmente la presencia de la organización social, presta a intervenir —directamente o regulando la actuación privada— cuando las fuerzas espontáneas no saben o no pueden o simple y llanamente no quieren hacerlo.

—Las circunstancias determinantes de esta última condición han sido variables y se prestan a apreciaciones diversas. Con toda probabilidad seguirán siéndolo.

—El principio de subsidiariedad (de lo público respecto a lo privado) quedó abolido por determinadas tendencia ideológicas. Estas, junto con circunstancias especialmente agudizadas en los períodos bélicos y posbélicos, determinaron la masiva presencia de los Estados en la economía incluso como empresarios de actividades —de servicio y de producción también— sólo circunstancialmente ligadas a la noción de servicio público, pero teñidas siempre de caracteres y prerrogativas propias de éste.

—La respuesta comunitaria a tal realidad fue por una parte el «principio de neutralidad» respecto a la propiedad pública o privada del artículo 222 (precedido por el 83 T.CECA). Por otra, la sumisión del Estado empresario y de los empresarios privados investidos de prerrogativas públicas a las normas generales del Tratado y en especial a las de la competencia.

(El doble juego de estos dos principios corre el riesgo de reducir al Estado —a los Estados miembros— a la condición de un mercader más en la Europa de los mercaderes. Se trataría de un triste jirón harapiento de otras concepciones).

—Sólo por la vía de las excepciones de los artículos 77; 90,2 y 92,2 —que como tales excepciones han sido interpretadas muy restrictivamente— podían los Estados salvaguardar el espíritu del servicio público.

—Esta actitud probablemente ha sido útil para la construcción del mercado común, estableciendo sus «libertades» básicas, debido a la cantonalización estatal de unos servicios públicos hipertrofiados.

—La dinámica interna del propio mercado común —fase de la construcción comunitaria que la Comisión da la impresión de resistirse a rebasar— está haciendo renacer incluso a escala europea las exigencias propias del servicio público. Prueba de ello son las redes transeuropeas

---

<sup>34</sup> No está demás tomar en consideración que las normas de competencia mismas son un artificio legal para encauzar las apetencias del mercado.

(vid. supra) y la penosa elaboración de sucedáneos como el «servicio universal».

—A medida que la Comunidad o la Unión va convirtiéndose en un «solidum» cohesionado, las exigencias de solidaridad que están en la raíz de la noción de servicio público van haciéndose acuciantes. ¿Qué es, por poner un ejemplo extremo, la protección diplomática del artículo 8 C sino un servicio público europeo en la más nuclear acepción del concepto? Y los fondos estructurales o las organizaciones de mercado... ¿a qué responden?

—El *logos* del servicio público pertenece a la esencia misma del estado social, noción esta última que necesita urgentemente acentuar la «Europa de los ciudadanos» si quiere realmente llegar a serlo. El déficit democrático de que tanto se habla tiene su raíz profunda en un déficit social. Está, por encima y por debajo de cuestiones de forma, en la ausencia de un «proyecto sugestivo de vida en común».

—La dimensión comunitaria del servicio público —o, si se prefiere, el infeliz sucedáneo «servicio universal»— de ninguna manera se satisface por la vía —ya considerada por muchos insatisfactoria— de las excepciones previstas en el Tratado para posibilitar un servicio público de ámbito estatal.

—El problema debiera resolverse directamente y hacerse entrar en juego matizadamente el principio de subsidiariedad del artículo 3B.

—La simple introducción de un vago principio en el ya caótico artículo 3 propuesta por la Comisión para la CIG se nos antoja radicalmente insuficiente. Ni es susceptible de dar una orientación definida al derecho derivado ni parece fundamento válido para una jurisprudencia que no sea en exceso «creativa».

## BIBLIOGRAFÍA

- BELORGEY, JM., «Service public et droit communautaire» *AJDA-L'actualité Juridique*, n.º esp. 20 junio 1996.
- Centre European des Entreprises a Participation Publique, *Europe, concurrence et service public*, París, 1995.
- DAMAR, M., *Contexte juridique et économique des entreprises publiques autonomes*.
- DELACOUR, E., «Services publics et concurrence communautaire», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 400, Juillet-aôut 1996 pp. 501 ss.
- FOURNIER, J., «De la LOTI a la Directive n.º 440» *Mélanges en l'honneur de Guy de Braibrant*, París (Dalloz), 1996.
- GONZÁLEZ VARAS, S., «Servicios Públicos y Derecho comunitario de la competencia, especialmente la limitación de los Estados miembros de crear servicios públicos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1.777, p. 4.

- KOVAR, R., «La Cour de Justice et les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général. Un pas dans le bon sens: vers une dérégulation réglée» *E. Techniques Europe*, Juillet 1994 y Aout-sept. 1994.
- KOVAR, R., «Droit Communautaire et Service Public-Esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée», *RTD*, Juin 1996.
- MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, «L'influence du droit communautaire sur le droit administratif espagnol», *AJDA*, cit.
- RAYMUNDIE, O., *Gestion déléguée des services publics en France et en Europe*, Paris (Le Moniteur), 1995.
- SERNA, N., *La Privatización en España-Fundamentos constitucionales y comunitarios*. Pamplona (Aranzadi), 1995.
- TRIANAFYLLOU, D., «Service public et concurrence. Declin ou maintien des monopoles» *REDP*, vol. 7, n.º 4, p. 1.025.



# Reflexiones en torno a la posibilidad de validar el modelo contable europeo

por José Cerdá

Departamento de Organización de Empresas, Economía Financiera y Contabilidad.  
Universidad Politécnica de Valencia

**Sumario:** INTRODUCCIÓN.—UN MERCADO GLOBAL Y VARIOS MODELOS DE INFORMACIÓN FINANCIERA.—¿LA DIVERSIDAD CONTABLE ES UN ESCOLLO?—EL MODELO PROPUESTO.—CONCLUSIONES.—REFERENCIAS.

## INTRODUCCIÓN

El modelo contable europeo (MCE) se describe como aquél que, gracias a la definición de unas hipótesis básicas y las correspondientes características cualitativas, precipita en unos estados representativos de la contabilidad europea de la empresa, mediante el recurso a la técnica de coordinar la información para devenirla equivalente.

Aunque por su misma definición de modelo es una representación de la realidad que pretende reflejar, con desigual grado de perfección en sus partes<sup>1</sup>, al aproximarse a su estudio, los autores han dirigido, por lo general, sus trabajos más hacia el proceso de elaboración que a las técnicas de interpretación por los usuarios.

En la raíz de la elección entre una y otra vertiente existen diversas razones, de entre las cuales no puede omitirse la relativa a los profesionales que, agrupados históricamente en asociaciones, habían contado con una autonomía más o menos reglada. Tal poder, que durante la década de los ochenta se plasma en asociaciones de ámbito transnacional, les hace pensar y actuar como intérpretes auténticos del MCE. La fuerza coercitiva con que nace el MCE será, posiblemente, la causa misma de rechazo por parte de los cuerpos profesionales, que manifiestan su repulsa con fuerza directamente proporcional al grado de autonomía de que disfrutaban. Lo curioso de tal posicionamiento consiste, a nuestro entender, en la uti-

---

<sup>1</sup> GARCÍA BENAÚ, M.A. y otro, «Aproximaciones al Modelo armonizador Europeo». *Cuadernos Europeos de Deusto*. Instituto de Estudios Europeos, 1993, n.º 8, pp. 25-40.

lización de la globalización de la economía y la reglamentarización de la actividad contable de las sociedades como argumentos básicos para rechazarlo.

Pero como este artículo apuesta por la segunda vertiente, es decir por la necesidad de validar el MCE, debe quedar claro que, en el ámbito de aplicación de las normas comunitarias, existe la posibilidad de obtener y comparar las magnitudes fundamentales relativas a sociedades de capital sujetas a las legislaciones mercantiles de diferentes Estados miembros. Tema distinto sería el relativo a la comparación de estados financieros entre sociedades sujetas a normas mercantiles de Estados no miembros. Y un tercero, la comparación de estados financieros de una misma compañía, pero presentados con sujeción a distintos modelos contables.

Este trabajo solamente hace referencia al primer supuesto, es decir, obtener y comparar las magnitudes fundamentales relativas a sociedades de capital sujetas a las normas contables para compañías radicadas en cualquier Estado miembro de la UE.

Por ello dividimos el trabajo en tres partes, a saber:

- I. Un mercado global y varios modelos de información financiera.
- II. ¿La diversidad contable como escollo?
- III. El modelo propuesto.

## UN MERCADO GLOBAL Y VARIOS MODELOS DE INFORMACIÓN FINANCIERA

En principio cabe afirmar que la inexistencia de armonización de los estados financieros a nivel internacional es constatable y aparece en la literatura contable<sup>2</sup>. La relevancia de esta carencia de armonización radica en que la información financiera de las sociedades es la única posibilidad, por parte de los usuarios externos, de tener información contable sobre las sociedades y, obtenida y comparada, tomar decisiones<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Entre las múltiples referencias posibles destacamos las siguientes: HAMPTON III, R., «A World of Differences in Accounting and Reporting». *Management Accounting*, setiembre 1980, pp. 14-18. MOULIN, D.J. y otro, «Practical Means of Promoting Common International Standards». *The CPA Journal*, diciembre 1989, pp. 38-48. PEAVY, D.E. y otro, «Is GAAP the Gap to International Markets?». *Management Accounting*, agosto 1990, pp. 31-35. WALLACE, R.S.O., «Survival Strategies of a Global Organization: The Case of the International Accounting Standards Committee». *Accounting Horizons*, junio 1990, pp. 1-22. CHOL, F.D.S. y otro, «Behavioral Effects of International Accounting Diversity». *Accounting Horizons*, junio 1991, pp. 1-13. GRAY, S.J. y otro, «East-West Accounting Issues: A New Agenda». *Accounting Horizons*, marzo 1991, pp. 42-50.

<sup>3</sup> Al margen de otros puede consultarse, como una primera aproximación, el trabajo de AMIR, E., «The Market Valuation of Accounting Information: The Case of Postretirement Be-

Pero también debe subrayarse que, aún cuando la finalidad última de la contabilidad, la naturaleza de los estándares y los procesos de regulación son diferentes entre los países, los estándares y prácticas alternativas de la información se han generalizado<sup>4</sup>, como se aprecia si se comparan los trabajos más recientes sobre la materia con los primeros que aparecieron, y ello a pesar de la minuciosidad que ofrecen aquéllos.

Con todo, algunos actores de la comunidad financiera prevén serios problemas debidos a tales diferencias. En tal sentido, Correy, por ejemplo, insistió en que el tratamiento contable obligatorio en los US sobre los intangibles, en concreto el «goodwill», colocaba en situación de desventaja a las empresas norteamericanas que luchan por un lugar en los mercados internacionales<sup>5</sup>. Y Choi, en su estudio empírico sobre la diversidad contable, concluye que «las diferencias contables son importantes y afectan las decisiones del mercado de capital de un número importante de actores», después de haber dejado establecido que «basado en las respuestas recibidas de quienes participan más activamente en el mercado, la presunción de que la diversidad contable puede no interferir en la eficiencia del mercado internacional de capital ya no se puede mantener»<sup>6</sup>.

Reflejada la inexistencia de armonización contable, desde la perspectiva de la internacionalización de los mercados de capital, el problema no ha hecho más que aparecer, entre otras causas porque, si la actividad en los mercados internacionales de capital creció bastante durante la década de 1980, se espera siga, al menos, la misma tendencia durante la década de 1990<sup>7</sup>. En efecto, el crecimiento del mercado internacional de capital se debe a distintos factores, entre los que debe anotarse la desaparición de barreras financieras (desaparición de trabas reglamentarias, admisión de títulos extranjeros, innovación de instrumentos financieros, etc.), mejores comunicaciones y cambios políticos<sup>8</sup>.

---

nefits other than Pensions». *The Accounting Review*, octubre 1993, pp. 703-724. Más recientemente puede encontrarse esta problemática, como introducción subyacente, en WELLS, S.C. y otros, «Accounting Differences: U.S. Entreprises and International Competition for Capital». *Accounting Horizons*, junio 1995, pp. 29-39, al que deberemos volver más atentamente en otro momento.

<sup>4</sup> MEEK, G.K. y otro, «A Survey of Research Financial Reporting in a Transnational Context». *Journal of Accounting Literature*, n.º 9, 1990, pp. 145-182.

<sup>5</sup> CORREY, J.C., «Accounting Aspects of Takeovers». *Management Accounting*, setiembre 1990, pp. 47-51.

<sup>6</sup> CHOI, F.D.S. y otro, *o. cit.*, 1991, p. 13.

<sup>7</sup> GRAY, S.J. y otro, *o. cit.*, 1991, pp. 42-50.

<sup>8</sup> A propósito de los cambios políticos se subraya que se han producido condiciones económicas que han reestructurado el esquema del mismo emplazamiento del mercado internacional. Insistiendo en lo mismo, Peavy escribe que la reestructuración del Bloque Oriental den-

Por tanto, y desde el estudio específico de la internacionalización del mercado de capital, el argumento más generalizado insiste en las tres premisas siguientes:

- constatación de la globalización del mercado de capital, reflejada por datos estadísticos,
- la carencia de armonización en la información financiera distorsiona dicho mercado,
- las empresas norteamericanas soportan mayores costes por la confección de los estados financieros que el resto de sociedades que, por tanto, practican competencia desleal.

Como no pretendemos otra cosa que mostrar el estado de la cuestión, reflejando las posiciones más recientes, nos interesa subrayar que, la acusación sobre prácticas desleales desde la información contable, no tendría otro valor que simples declaraciones comerciales o financieras, si no fuera porque las sociedades desleales no son otras que las europeas, precisamente las que siguen el MCE frente a las normas del «International Accounting Standards Committee» (IASC). Al menos así parece desprenderse de las tres premisas anteriores, a saber:

- Globalización del mercado de capital*: con la rotundidad de la evidencia estadística americana se constata que el emplazamiento del mercado de capital es ahora un asunto de índole internacional. En efecto, el total de fondos materializados en deuda en los mercados internacionales de capital excedía los 328 billones de dólares, un incremento de 53 billones con respecto a 1980. Además, la inversión extranjera materializada en acciones USA superaba los 260 billones de dólares en 1989, con un incremento de más del 303% en relación a 1980. La inversión extranjera en USA, materializada en deuda, era superior a los 299 billones de dólares en 1989, con un incremento de más del 2.305%. Para tales fechas las acciones de más de 500 sociedades eran contratadas en más de un país. Y, como evidencias del crecimiento del mercado internacional financiero, debe considerarse el incremento del número de fusiones y adquisiciones o la aparición de «joint ventures» en el mercado<sup>9</sup>.
- La inexistencia de una armonización contable distorsiona el mercado*. En efecto, de lo anterior no cabe sino concluir que las socie-

---

tro de la economía de mercado libre y los cambios en el sistema soviético ofrecen, a las inversiones extranjeras un mercado potencial de más de 400 millones de personas (PEAVY, D.E. y otro, *o. cit.*, 1990, pp. 31-35).

<sup>9</sup> Datos del *Journal of Accountancy*, de 1990.



dades deben satisfacer las necesidades de información diferentes para usuarios norteamericanos y para los de otros países. Ante esta realidad, el IASC presentaba en julio de 1990 la Propuesta de Declaración «Comparability of Financial Statements», conocida como E 32, modificando el «Exposure Draft 32».

Purvis, en su estudio sobre dicha Propuesta afirmaba que «si el volumen de las operaciones financieras internacionales y las continuas inversiones transnacionales afloran, la necesidad de un lenguaje común de las empresas en los estados financieros será una exigencia». Por lo demás, puntualiza que «ya es antiguo el argumento de que los estándares contables de los diferentes Estados luchan contra la eficiencia de los mercados de capital y pueden entorpecer la habilidad de las sociedades para competir con eficacia por el capital»<sup>10</sup>.

— *Las diferencias contables se plasman en un incremento de costes para las empresas* que compiten por los fondos en el mercado internacional, además de realizarse en un contexto de competencia desleal hacia las sociedades que, con honradez, pujan por las oportunidades en el mercado internacional, siendo las norteamericanas las que soportan la peor parte.

En efecto, Biddle, como argumento «a sensu contrario», escribe que la elevación y acumulación de costes por las sociedades extranjeras cuando pretenden ser cotizadas en bolsas americanas, al menos para la mayoría de ellas, se debe a las exigencias contables y de información, siendo los factores que contribuyen a tal incremento de costes las diferencias en las prácticas contables y de auditoría, la exigencia de presentación y registro de los estados financieros, así como las restricciones legales y profesionales en relación a su país de origen<sup>11</sup>.

Estos argumentos, decíamos, adquieren valor al ser reiterados y ejemplarizados. En relación a la ejemplarización, Correy, para defender su posicionamiento sobre el diferente trato de los intangibles, recoge dos ejemplos<sup>12</sup>. Pero existen otros ejemplos recurrentes: los referidos a la sociedad

---

<sup>10</sup> Los textos corresponden a PURVIS, S.E.C. y otros, «The IASC and its Comparability Project: Prerequisites for success». *Accounting Horizons*, junio 1991, pp. 25-44.

<sup>11</sup> BIDDLE, G.C. y otro, «Foreign Stock Listings: Benefits, Costs, and the Accounting Policy Dilema». *Accounting Horizons*, setiembre 1991, pp. 69-80.

<sup>12</sup> El primero es la adquisición de Pillsbury por la sociedad inglesa Grand Met. Como es conocido, la contabilidad del Reino Unido permite activar el «goodwill». Si una sociedad norteamericana hubiera realizado la compra al precio pagado por Grand Met, siguiendo los estándares contables norteamericanos que no permiten activar el «goodwill», debería haber estado cargando la cuenta de resultados durante 40 años, ya que el «goodwill» activado total, es decir 2 billones de dólares, supondría un cargo a resultados de 50 millones anuales.

inglesa Glaxo Holdings p.l.c., a la sueca AB Volvo y a la noruega Halslud Nycomed, si bien a nuestro estudio sólo afecta Glaxo, por seguir el Reino Unido el MCE<sup>13</sup>.

Sin recurrir al tópico de la existencia de una campaña, lógicamente, en este planteamiento y en estos ejemplos, y como era lógico esperar, sólo se hace referencia crítica a la inexistencia de armonización del marco contable que, siendo importante, no puede ser la única causa de los males financieros de la economía norteamericana. En efecto, en el desarrollo planteado, nos parece que, entre otras cosas se olvida, y alguien deberá escribirlo, que en el mismo espacio temporal, es decir durante las dos últimas décadas, la UE, comprendida como un todo, no tiene compensadas todavía las diferentes corrientes temporales de oferentes y demandantes de capital, entre otras causas, porque no existía un mercado europeo de capital.

Es más, como consecuencia de la reunificación alemana, la UE deja de ser el principal oferente en el mercado de capital, puesto que pasa a ocupar Japón, mientras Estados Unidos, que normalmente era importador neto de capital, alcanzó la meta de mayor acreedor mundial.

Con todo, a nuestro entender, los datos estadísticos aparecen de tal guisa porque se contraponen, como si existieran en plan de igualdad, sólo tres grandes bloques y, además, de ellos sólo sus empresas compitieron por los recursos financieros mundiales; es decir, parece olvidarse, cuando menos, la incidencia de los gobiernos que, como demandantes directos de capital, han agudizado la escasez de recursos, también en el mercado globalizado de capital. En tal sentido cabe recordar que, a nivel de la UE, las necesidades de endeudamiento acumulado por las administraciones públicas alcanzó un cuarto de los ahorros brutos acumulados desde la primera mitad de la década de los ochenta y, claro, esto también son datos estadísticos.

Para finalizar la cuestión de la inexistencia de la armonización contable de la información financiera de las empresas y su incidencia en el mercado global de capital, habrá que dejar constancia de que la situación fi-

---

El segundo ejemplo es la compra de Chesebrough-Pond's por Unilever, una sociedad propiedad conjunta de holandeses e ingleses. El precio total pagado por la compra, 3'1 billones de dólares, incluía 2'4 billones por «goodwill». La contabilidad USA hubiera exigido un cargo anual a resultados de 60 millones de dólares. En consecuencia, a Correy le cabe pensar que las empresas USA no puedan competir con éxito en la adquisición, debido al alto «goodwill» a cargar sobre resultados.

<sup>13</sup> Glaxo declaró en 1992 unos beneficios de 1.033 millones de libras esterlinas, mientras que si hubiera sido norteamericana aplicando los US GAAP, sólo hubiera anotado 1.008 millones de libras, pues los ajustes incluirían la amortización del «goodwill» (- 3), impuestos diferidos (- 18) y coste de las pensiones (- 4). CORREY, J.C., *o. cit.*, 1990, pp. 49-50.

nanciera de las empresas comunitarias mejoró durante la última década. En efecto, medida tal mejoría por el ratio global de endeudamiento, que recoge el peso de las deudas en el balance, se observa que descendió desde el 61 al 58% entre 1983 y 1991, como consecuencia, se dice, de que los beneficios obtenidos durante el período se dedicaron a reducir el endeudamiento. A pesar de ello, es decir, del diferencial de los tipos de interés así como que en Estados Unidos los mercados de capital son una importante fuente de recursos para las empresas, a pesar de todo ello, el ratio de endeudamiento de las empresas comunitarias todavía es superior al de las norteamericanas, que pasaron desde el 39 al 47,6%, entre 1983 y 1992, en su ratio de endeudamiento<sup>14</sup>.

Tal vez, dentro de estos razonamientos, habrá que entender la nota de agencia sobre las declaraciones del comisario responsable del mercado interior, Sr. Monti, a propósito del proyecto de Comunicación sobre armonización contable, denominado «Una nueva estrategia para la armonización internacional»<sup>15</sup>.

#### ¿LA DIVERSIDAD CONTABLE ES UN ESCOLLO?

Este apartado exige, antes de precisar el concepto mismo de diversidad, unas acotaciones sobre armonización pues, en el núcleo de la problemática conceptual sobre la diversidad, se encuentra la definición de *armonización contable*, que resitúa los de uniformidad y normalización<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Estos párrafos descansan en los datos que ofrece AREIZAGA, M., «The demand for capital». *Papper unpublied II.E.2*. European Commission. Directorate General Economic and Financial Affairs, August 1994.

<sup>15</sup> Hacemos referencia a la noticia recogida por Infoeuropa, de 14 de noviembre de 1995, bajo la cabecera «La Comisión propone una nueva estrategia para perfeccionar la información contable de las empresas en Europa».

<sup>16</sup> La generalización de la necesidad de una mayor *uniformidad contable*, nacional e internacional, los tratadistas la sitúan temporalmente tras la Segunda Guerra Mundial, dentro del contexto de afloración de nuevas naciones y, en consecuencia, de los primeros conatos sobre lo que llegará a conocerse como internacionalización o globalización de la economía. En tal sentido, se afirma que la aparición de las naciones emergentes conllevaba la necesidad de uniformidad a nivel de conceptos, teorías, sistemas, normas y convenciones contables.

Tal uniformidad exigía, como requisitos, dos pasos previos:

- Mejor estandarización de la información que hiciera posible que los estados financieros se comparasen, midieran la configuración y eficiencia de las empresas y de los sectores, se establecieran presupuestos reales, se pudiera valorar las necesidades de capital y las decisiones en Bolsa, ejecutar los proyectos adecuados, así como el control de programas nacionales, etc.
- La estructuración de modelos microcontables derivados de los teoremas de la medida que, necesariamente, deberían ser consistentes, coherentes y estandarizados.

El término *armonización* se utilizó generalmente en la literatura contable en relación a la elección entre métodos alternativos de medición, si bien un segundo uso del mismo hacía referencia a la cantidad y detalle de la información ofrecida en los informes financieros<sup>17</sup>. Más recientemente, también puede encontrarse el concepto de armonización como sinónimo del énfasis que las directivas contables de la UE dan al concepto de imagen fiel, significando los medios de comparabilidad y transparencia de la información<sup>18</sup>.

Por consiguiente, conceptualmente, la armonización se entiende de formas diversas, pues, si bien es cierto que opera a diferentes niveles, es decir en los conceptos, principios, normas y prácticas, ello no puede significar ni que, conseguida en uno de ellos, se dé en el resto, ni que, conseguido un solo esquema de presentación, se encuentre cerrado el proceso de armonización. Este segundo supuesto sería, precisamente, aplicable al MCE, para el que habría que buscar un nuevo concepto con que referirse a la divergencia producida por la existencia de diferentes prácticas contables, que reflejan las diferencias en objetivos y entornos económicos distintos<sup>19</sup>.

Siendo ello así, una primera aproximación plantea si puede hablarse de armonización, desde la perspectiva de las directivas europeas sobre contabilidad y, en caso afirmativo, cuál sería el sentido en caso de entenderla como reducción en la diversidad contable<sup>20</sup>. Forst ha comenzado por afirmar que las «directivas comunitarias reducen la elección de los principios de medición contable, exigen una tipificación de formatos de los elementos de la declaración anual, y enfatiza la *imagen fiel* que aparece como el elemento de comparabilidad y transparencia»<sup>21</sup>.

Mogg, por su parte, engloba todos y cada uno de los elementos que hemos venido considerando en la armonización, al afirmar que las «razo-

---

Por su parte la *normalización contable* hacía referencia al ordenamiento y codificación, tanto de los esquemas de presentación de la información contable como de los contenidos de la información a presentar.

<sup>17</sup> VAN DER TAS, L.G., «Measuring International Harmonization and Standardization: A Comment». *Abacus* 2, n.º 2, 1992, pp. 211-220.

<sup>18</sup> WALTON, P., «Introduction: The True and Fair View in British Accounting». *European Accounting Review*, n.º 1, 1993, pp. 49-58.

<sup>19</sup> Recientemente, y dentro de este contexto, Archer da un nuevo giro al concepto al aplicarlo a los efectos de la convergencia en las prácticas contables inter-países, contrapuesto al concepto de estandarización que, para él, significa los efectos de la convergencia en las prácticas dentro del mismo país (ARCHER, S. y otros, «The Measurement of Harmonization and the Comparability of Financial Statement Items: Within-Country and Between-Country Effects». *Accounting and Business Research*, 25, n.º 98, p. 67).

<sup>20</sup> FROST, C.A., «Discussion of The Effects of Accounting Diversity: Evidence from the European Union». *Journal of Accounting Research*, supplem 1994, pp. 169-175.

<sup>21</sup> FROST, C.A., *o. cit.*, p. 169.

nes de las lagunas en la comparabilidad (entre Estados miembros) son muy conocidas: diferente interpretación de las prescripciones de las directivas por las sociedades o por los Estados; existencia de un gran número de opciones en las directivas; ausencia en las directivas de un norma específica para una gran cantidad de problemas contables»<sup>22</sup>. Por nuestra parte, coincidiendo en que éstos son los problemas del MCE, pensamos que tienen su origen en la inexistencia de armonización fiscal, en las diferencias en el contexto jurídico y en las diferencias de contexto económico; quedando como temas sin norma específica en las directivas: el tratamiento de pensiones y compromisos de pensiones, los contratos a largo plazo, el leasing financiero y la conversión de moneda extranjera<sup>23</sup>.

En consecuencia, el concepto de armonización no es un concepto unívoco entre los autores. Pues, por un lado, si la armonización puede servir para elegir entre algunas de las opciones contables establecidas, manteniendo la libertad de elección, cabe preguntarse si sólo existe libertad y armonización cuando el resultado, por ejemplo, se calcula siguiendo idéntico procedimiento; y, por otro lado, habría que recordar que, si se sostiene que la armonización reduce y no elimina, la posibilidad de elección no tiene por qué producir impacto sobre los valores contables, siempre que no exista cambio en incentivos.

## Diferencias contables y mercado global de capital

Antes vimos el posicionamiento relativo a la deslealtad informativa ante el mercado de capital, entendido éste como de rango internacional, en razón de las diferencias en los estados contables. Pensamos, no obstante, que es conveniente insistir en aquellos trabajos que parten de la cuestión relativa a si los conceptos y principios contables nacionales, así como las prácticas de los informes, pueden deteriorar la habilidad de las sociedades para competir eficientemente por los fondos en los mercados internacionales de capital<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> MOGG, J., «The Future of European Accounting». *International New* (For Members Overseas of The Institute of Chartered Accountants in England and Wales, The Institute of Chartered Accountants of Scotland and The Institute of Chartered Accountants in Ireland), mayo 1994, pp. 1-2.

<sup>23</sup> CERDA APARICIO, J., *Adaptación de las LEGISLACIONES Nacionales a la IV Directiva del Derecho de Sociedades CEE*. Centro de Estudios Financieros. Madrid 1992, pp. 375-379.

<sup>24</sup> La mayoría de los modelos conocidos hasta ahora pretendían medir el esfuerzo llevado a cabo por el IASC para reducir la diversidad contable. El modelo más conocido es el empleado por TAY, J.S. y otro, «Measuring International Harmonization and Standardization». *Abacus*, marzo 1990, pp. 71-88, que documenta y evalúa los distintos esfuerzos para reducir la diversidad contable. También deben anotarse los llevados a cabo por NAIR, R. y otro, «The

Entendemos que analizar este aspecto de la diversidad contable es sustantivo porque todo informe financiero, en principio, se emite sabiendo que tendrá impacto en los mercados de capital.

Wells, recientemente<sup>25</sup>, se plantea si la diversidad contable tiene incidencia en la posibilidad de competir en el mercado internacional de capital y cuál es el impacto, si existe, de tal diferencia sobre la libertad de competencia y sobre los costes de las empresas norteamericanas en los mercados internacionales de capital. De las conclusiones, realmente curiosas, subrayamos las dos siguientes:

- Existencia de contraposición entre la necesidad de armonización contable y la valoración con que la pide cada grupo. En tal sentido, retoma el sentir de Choi<sup>26</sup> de que, existiendo relación entre la diversidad contable y los efectos en el mercado de capital, presentan tan evidente limitación que los agentes del mercado la descuentan.

---

Harmonization of International Accounting Standards». *International Journal of Accounting*, febrero 1981, pp. 61-77, que incluía la recopilación de requisitos contables internacionales, o bien prácticas nacionales en VAN DER TAS, L.G., «Measuring Harmonization of Financial Reporting Practice». *Accounting and Business Research*, primavera 1988, pp. 158-169. Finalmente anotamos el modelo seguido por NOBES, C., «An Empirical Investigation of the Observance of IASC Standards in Westem Europe». *Management Internacional Review*, winter 1987, pp. 78-79, basada en las definiciones de los principios contables a partir de las notas a las cuentas o memoria.

<sup>25</sup> WELLS, S.C. y otros, *o. cit.*, 1995, pp. 29-39. La metodología que utiliza para tal análisis sigue los siguientes pasos:

- a) Elabora un listado de conceptos, prácticas de información y principios contables con diferente tratamiento en USA.
- b) Remite un mismo cuestionario a cuatro colectivos: profesores de contabilidad, profesionales de la contabilidad, responsables financieros de empresas y gestores de carteras internacionales. La selección de estos grupos, y no otros, la explica el mismo Wells de la siguiente forma:
  - los profesores universitarios de contabilidad se seleccionaron como un grupo que representaba la neutralidad y apertura,
  - el resto de grupos representaban la perspectiva práctica, bien que
    - los profesionales de la contabilidad representaban la perspectiva de los preparadores y auditores de los informes
    - los responsables financieros de empresas y gestores de carteras internacionales representaban la de los inversores.
- c) Recibidas las respuestas, son tabuladas y presentadas en tres cuadros, relativos a estos temas:
  - Impacto percibido de las diferencias contables.
  - Ranking de una serie de organizaciones (Congreso, IASC, SEC, etc.) en relación a los cambios en los usos contables, y
  - Factores que influyen en la competitividad internacional.

Todos los cuadros recogen valores medios, así como el cálculo de la varianza para un valor de significación del 5%.

<sup>26</sup> CHOI, F.D.S. y otro, *o. cit.*, pp. 1-13.

—Consenso sobre que el FASB es la organización o grupo más significativo para tomar cartas en la materia.

No cabe dejar pasar la segunda conclusión, es decir la remisión al FASB y no al IASC como organismo con capacidad de solucionar el problema. En efecto, si parece normal que la armonización pretendiera objetivos internacionales y fuera una tarea del IASC, los datos recogidos son muy expresivos, en el sentido, al menos, de reflejar un reposicionamiento USA, vía remisión de la cuestión al FASB o a la SEC.

### La posición de los mínimos

Por otro lado, en los autores europeos más recientes, la perspectiva de sus trabajos es distinta y diferente a la de sus antecesores, defensores a ultranza de las posiciones del IASC siempre que existía cualquier posibilidad de roce con el MCE<sup>27</sup>. En efecto, la corriente actual más generalizada, si atendemos a las publicaciones técnicas, admite la realidad del MCE, aunque concediéndole un peso mínimo frente al contexto de libertad que supone el IASC.

El nombre con que abrimos este epígrafe quiere ser expresión del ardor con que definen el nivel mínimo de comparabilidad, que les llevará a atacar puntualmente no los resultados obtenidos por el MCE, sino su viabilidad, en contraposición a la corriente anterior, aferrada al IASC frente al Comité de contacto comunitario<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Hacemos referencia a la polémica entre las asociaciones profesionales, agrupadas en asociación internacional, y el Comité de contacto. La pugna por la primacía fue tan fuerte y pública que precipitó, al menos, en tres hechos significativos:

- a) Reunión conjunta del Comité de contacto y asociaciones profesionales, en 1990, donde el primero, tras citar a las asociaciones nacionales de cada Estado miembro, una por una, e invitar como observador al IASC, recordó su calidad de único depositario de la fuerza coercitiva del MCE.
- b) Creación, en 1991, del Foro de asesoría contable como órgano consultivo del Comité de contacto.
- c) Cambio de postura por parte de las asociaciones profesionales de ámbito nacional, que se manifiesta, cuando menos, en:
  - el establecimiento, en casi todos los Estados miembros, de organizaciones profesionales de naturaleza pública,
  - la aparición en el ámbito académico de una corriente, conocida como de mínimos.

Con todo, los éxitos logrados por la UE en el ámbito internacional no han sido ajenos a la cadencia de estos sucesos.

<sup>28</sup> Sobre la antigua polémica entre «profesionales» y «burócratas» puede verse Comisión de las Comunidades Europeas, *L'Avenir de l'Harmonisation Comptable dans les Com-*

El nivel mínimo de comparabilidad se define como aquél en el que un importante número de sociedades, cualquiera que sea el rango de selección, ante diferentes métodos contables posibles para una partida, eligen uno siguiendo una distribución del tipo de probabilidad no condicionada. En otras palabras, la comparabilidad se incrementa cuando la elección hecha por las sociedades converge hacia un método generalmente aceptado o cuando el número de métodos contables a usar es reducido.

El momento actual de este grupo de autores adopta dos corrientes: la primera se centra en cómo medir y qué valor de varianza aparece en relación al grado de armonización contable europea, que algunos reducen ya a efectos de las prácticas en el MCE; la segunda estudia si esos valores son mejores o iguales a los anteriores a la implantación de las directivas contables.

En efecto, con unas u otras variantes y mediante la remisión al análisis de unas u otras prácticas, traemos el pensamiento de estos autores como grupo genérico porque, a nuestro entender, con ellos se produce un salto cualitativo en el estudio del MCE, que se aprecia, al menos, en los siguientes puntos:

- Supone la separación del posicionamiento vinculado al IASC<sup>29</sup>.
- Constata la existencia de diferencias significativas, que las directivas han reducido<sup>30</sup>.

Pero de estas precisiones no se puede concluir nada más que lo que pueda ser defendido como generalización de la corriente contable, que hemos denominado genéricamente mínimos. En efecto, tales autores suponen un paso importante en la aceptación general del MCE como base temática, entre otras razones porque:

- crean conciencia de la conveniencia de ir abandonando los argumentos críticos sobre la flexibilidad introducida por las directivas;
- muestran, gracias al análisis empírico, la necesidad que existía de crear dicho modelo, y

---

*munautés Européennes*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, 1990.

<sup>29</sup> Esta afirmación descansa en Commission of the European Communities, *Accounting Standards Setting in EC Member States. Document*. Office for Publications of the European Communities. Luxemburgo 1993, a propósito de la naturaleza y fuerza coercitiva de cada organización nacional en relación con la participación de las autoridades políticas nacionales en el nombramiento de los respectivos órganos de decisión.

<sup>30</sup> Joos, P. y otro, «The effects of Accounting Diversity: Evidence from the European Union». *Journal of Accounting Research*, Supplem. 1994, p. 141, escriben: «las diferencias fundamentales (es decir, no contables) en las sociedades estudiadas en los diferentes países analizados conllevan a las diferencias observadas que ..., por lo general, son predecibles por cuanto descansan en diferencias en la filosofía y práctica contable de cada Estado miembro ... aunque estas diferencias son menores desde la aplicación de las directivas».



—agradecen la utilidad de los esfuerzos llevados a cabo para reducir las diferencias contables<sup>31</sup>.

No podemos finalizar sin dejar constancia de que la propuesta analítica arranca de los trabajos de Vall der Tas en 1988, tendentes a medir el grado de comparabilidad en las prácticas contables, que, en un primer momento, fueron seguidos por muy pocos, resurgiendo con vigor tras la polémica sostenida con Tay<sup>32</sup>. En principio la metodología es sugerente y hasta, diríamos, esclarecedora en orden a verificar la metodología propuesta<sup>33</sup>, pero no conduce a validar el MCE sino el grado de armonización en las prácticas contables seguidas por diferentes sociedades.

#### EL MODELO PROPUESTO

Como apuntamos en la Introducción, este trabajo sólo pretende mostrar la posibilidad de validación del MCE entre sociedades sujetas a legislaciones mercantiles de Estados miembros.

El modelo, que ofrecemos en forma esquemática, arranca estableciendo las magnitudes fundamentales para sociedades de capital cotizadas en alguna Bolsa de valores radicada en la UE, y del que mostramos dos aplicaciones: una relativa al nivel y composición del endeudamiento de las sociedades cementeras en cuatro Estados miembros, y otra a la estructura financiera y de resultados del subsector automóvil.

Con el primer ejemplo se pretende mostrar cómo el MCE es válido para comparar subgrupos bursátiles de distintos Estados miembros, mientras el segundo nos permite comparar sociedades de diferentes países, dentro de un mismo subgrupo. En todo caso, siempre que las respec-

---

<sup>31</sup> Las frases citadas están tomadas de JOOS, P. y otro, *o. cit.*, pp. 166 y ss., pero se repiten, de forma muy similar, en el resto de autores de esta corriente.

<sup>32</sup> Además de lo expuesto hasta aquí, es conveniente recordar que el desarrollo analítico de este epígrafe surge con el trabajo de VAN DER TAS, L.G., *o. cit.*, spring 1988, pp. 157-169, acotado por los trabajos, comentarios y réplicas entre Tay y Van der Tas. En concreto la polémica se encuentra básicamente en los siguientes trabajos de:

—TAY, J.S. y otro, *o. cit.*, pp. 71-88 y «Measuring International Harmonization and Standardization: A Reply». *Abacus*, setiembre 1992, pp. 217-220.

—VAN DER TAS, L.G., *Harmonisation of Financial Reporting*. Datawyse, Maastricht 1992 y, el ya citado, «Measuring International Harmonization and Standardization: A Comment». *Abacus*, setiembre 1992, pp. 211-216.

<sup>33</sup> En España acaba de aparecer un trabajo que sigue esta técnica. Hacemos referencia al debido a mi profesora, la Dra. GARCÍA BENAÚ, M.A., *Armonización de la información financiera en Europa*. Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Ministerio de Economía y Hacienda. Madrid 1995.

tivas normativas nacionales hayan implementado las directivas correspondientes.

En cualquier caso, ambos ejemplos solamente tienen sentido enunciativo, por cuanto no hacen referencia a la totalidad de sociedades de capital, sino sólo a las cotizadas, por la facilidad en la recogida de información que ofrecen, así como por la comodidad en su tratamiento.

Por lo demás, como es conocido, la normativa comunitaria para estas sociedades, en el ámbito de la UE, descansa, por un lado, en la Directiva 82/171/CEE, relativa a la información periódica que deben publicar las sociedades cuyas acciones sean admitidas a cotización oficial en una Bolsa de valores y, por otro, en las legislaciones nacionales de adaptación de las mismas, que ha sido implementada por los 12 Estados más antiguos, salvo Grecia e Irlanda.

Las distintas legislaciones nacionales de adaptación, en lo relativo a contenido y esquemas de presentación, remiten a la legislación nacional de implementación del Derecho de sociedades<sup>34</sup>.

Por ello, a partir de aquí analizamos los puntos siguientes: magnitudes en el MCE, descripción y ejemplos del modelo propuesto.

## Magnitudes en el MCE

El análisis financiero, desde la perspectiva de la contabilidad académica, «consiste, básicamente, en la determinación del valor de las acciones a partir de la información contable disponible, y parte de considerar que el denominado valor intrínseco de un título está indicado por los llamados datos fundamentales, esto es, por la información contenida en los estados financieros, fundamentalmente en forma de ratios»<sup>35</sup>.

De tal formulación se infiere que la razón última del análisis financiero, desde la perspectiva contable, consiste en presentar en forma de ratios las magnitudes relativas a la sociedad, que vienen reflejadas en su propia información financiera, es decir en los Estados contables disponibles.

Por ello, algunos autores suelen hacer referencia a los conceptos de beneficio bruto/neto del ejercicio o del ejercicio anterior, que descansan en la cuenta de resultados y arrancan con la cifra de negocio. Otros insisten en el análisis de los conceptos de recursos propios, valor contable de

---

<sup>34</sup> Un desarrollo de este tema ha sido estudiado por el autor en *Magnitudes referenciales para el análisis fundamental con base en las sociedades cotizadas de la Unión Europea*. Fundación de Estudios Bursátiles y Financieros. Bolsa de Valencia (pendiente de aparición).

<sup>35</sup> GUERRA GUERRA, A. y otro, «Recientes Desarrollos del Análisis Fundamental», *Análisis Financiero*. Primer cuatrimestre 1995, p. 8.

la empresa versus valor de mercado de la empresa, etc., con origen en el activo total que, como relativo al exigible y al número de acciones, precipita en el valor contable de la acción. Finalmente no falta quienes consideran magnitudes significativas la esperanza/varianza de beneficios.

Pero si insistimos desde la perspectiva de la comparabilidad, deducida de la coordinación de la información para devenirla equivalente, deben enumerarse como magnitudes fundamentales dos grupos de conceptos: los relacionados con el estado de situación financiera y los relativos a los resultados. A estos dos grupos básicos entendemos habría que añadir, al menos desde la perspectiva de la norma comunitaria, los relacionados con los estados de cambios.

La enumeración de ellos, así como la razón contable de los mismos, se reproduce en el gráfico siguiente<sup>36</sup>:

| La información sobre            | Es útil para   |
|---------------------------------|--|
| Recursos económicos             | La predicción de la capacidad de generar flujos de caja.   |
| Estructura financiera           | La predicción de:<br>—necesidad de endeudamiento,<br>—distribución de los flujos de caja,<br>—posibilidad de obtener financiación adicional. |
| Liquidez                        | La predicción de capacidad de cumplimiento de obligaciones a corto plazo.  |
| Solvencia                       | La predicción de capacidad de cumplimiento de obligaciones a largo plazo.  |
| Resultados                      | La predicción de capacidad de generación de los flujos de caja y evaluación de la eficacia en la gestión.                                    |
| Cambios en situación financiera | Valoración operaciones de inversión, financiación y tráfico del período.   |

Por tanto, nuestro objetivo consiste en operar con las partidas contables en que basar las magnitudes fundamentales, como acumulados que son de aquéllas.

<sup>36</sup> Tomado de DE MIGUEL, E. y otro, *Introducción a la Contabilidad y las Finanzas I*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Politécnica de Valencia. Valencia 1995, p. 89.

El MCE fuerza la presentación de los estados financieros de tal forma que las magnitudes significativas aparezcan con claridad y referenciadas al período anterior. A tal finalidad se dedican los artículos 3 al 7 de la Directiva 78/660/CEE. Para desarrollar tal principio, el MCE establece los contenidos y estructura de las cuentas anuales, a saber: del balance —artículos 8 a 21—, de la cuenta de pérdidas y ganancias —artículos 22 a 30— y de la memoria —artículos 43 a 45—. Además, reserva los artículos 31 a 42 para las normas de valoración. A tales normas hay que añadir las específicas de las respectivas normas nacionales de adaptación<sup>37</sup>.

Como conclusión, entendemos que el MCE subraya dos conceptos básicos para el análisis de los estados financieros: la *liquidez* como capacidad de la sociedad para hacer frente a sus deudas a corto plazo y el *resultado* como capacidad frente a los compromisos a largo plazo.

### **Descripción del modelo propuesto**

Aún cuando el MCE así como el análisis desde los datos financieros inciden sobre la coordinación de la información de la situación financiera de cualquier sociedad a analizar, solamente presentamos el modelo para sociedades de capital. Los modelos para bancos, instituciones financieras y de seguros, aunque tendrían similar filosofía, deben tener en cuenta que los esquemas de presentación de dichas entidades son algo diferentes y además, en orden a la comparabilidad, habría que tener en cuenta la adaptación de las respectivas legislaciones nacionales a la comunitaria, constándonos que quedan varios países pendientes de notificación al Comité de contacto de sus respectivas legislaciones nacionales de adaptación y, en puridad, a nivel de UE no se puede generalizar nada sobre el modelo para dichas entidades.

Para el trabajo base hemos recopilado varios miles de sociedades, tomando los datos del «Soporte disquete: Información pública periódica de las Sociedades Cotizadas» (SD), que suministra la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y los soportes similares del resto de países, si ha sido posible, o escaneando; homogeneizadas para el tratamiento informático de datos y agrupadas en los respectivos sectores y subsectores bursátiles, siguiendo aquéllos establecidos para la Bolsa de Madrid.

Las seleccionadas y procesadas tienen en común, al menos, los siguientes rasgos:

---

<sup>37</sup> Un análisis pormenorizado de ello se encuentra en CERDÁ APARICIO, J., *o. cit.*, pp. 141, 145 y 147.

- Cotizan en algún mercado bursátil establecido en cualquier Estado miembro de la UE.
- Siempre que dicho Estado miembro tenga adaptada su legislación.

Por tanto, sentado que cualquier análisis de la situación financiera debe comenzar por el estudio de la *estructura del balance*, es decir, por la calidad de los activos y la exigibilidad de los pasivos, la técnica más simple consiste en presentar el balance por masas patrimoniales en valores relativos que, entre otras ventajas, evita los problemas de conversión de divisas y sortea la dificultad del uso de diferentes escalas numéricas.

Las masas seleccionadas son:

- Fondos propios, Otros fondos y Financiación ajena a largo plazo, que conforman los Fondos de financiación.
- Inmovilizados inmaterial, material y financiero, en valores netos, así como Otros para reflejar el activo fijo.
- La diferencia entre el activo circulante y el exigible a corto como plasmación del capital circulante.

Por lo demás, el activo fijo y el capital circulante conforman las inversiones.

Es decir, se trata de una selección en la que todas las magnitudes vienen suministradas de forma específica por la misma sociedad, salvo los epígrafes I.1.2 y II.1.4, ambos con el nombre de «Otros», que deben ser calculados cada vez, por englobar unas partidas que pueden aparecer en el activo y en el pasivo del balance de algunas sociedades y cuya significación hace referencia a partidas a aplicar en varios ejercicios, bien como origen o como aplicación de fondos.

En cuanto a los *resultados* existen varias cuestiones a precisar, antes de la presentación del esquema, y que, lógicamente, tienen incidencia en la selección de qué partidas escogimos.

La primera es la de establecer si tales resultados son o no los adecuados. Pregunta con varias respuestas, ya que dependerá de quién la formule: el inversionista, el gestor o la administración pública. Es decir, nos referimos a los tres significados del concepto, con relativa importancia, en razón de las especificaciones de la contabilidad de empresa, a saber: desde la perspectiva financiera, de gestión y fiscal.

Cualquier agente de cada una de las tres ramas concede diferente sentido al significado del concepto de resultados. Aquí seguimos al prof. Cañibano, para quien los datos suministrados por la contabilidad financiera de empresa recogen, dentro de la distribución de resultados, no sólo las retribuciones al capital, en forma de dividendos, sino también las cantidades destinadas al pago de impuestos, gratificaciones a consejeros

y cualquier participación de empleados en los resultados, incluso si adoptan la forma de pagas sobre beneficios o similares<sup>38</sup>.

En cualquier caso, la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio forma parte, en el esquema del MCE, del grupo de fondos propios (letra A en el esquema del art. 9 y L en el del art. 10 de la Directiva, con las salvedades propias de ubicación).

En resumen: el resultado en los estados financieros de las sociedades de capital es, caso de ser positivo, el beneficio después de impuestos o, en otras palabras, el beneficio de libre disposición para los accionistas y libre de cualquier participación ajena al mismo; de ahí que su destino final no pueda ser otro que el de aplicarse a sanear pérdidas de ejercicios anteriores, distribuirse como dividendo o ser retenido en forma de reservas.

La segunda cuestión consiste en recordar la inexistencia de armonización fiscal en el marco comunitario, así como la existencia de diferentes reglamentaciones nacionales con incidencia sobre el reparto de dividendos.

Tal vez por todo ello, y siguiendo la práctica más generalizada, insistimos en la cifra neta de negocios como base de cálculo del análisis de los resultados, en cuanto expresión de la capacidad de atender los compromisos a largo plazo, más que en el concepto de resultado.

Siguiendo tal desarrollo, y aún conociendo la disposición de la Directiva 82/12/CEE que exige que los datos en cifra deben indicar el resultado después de impuestos si la sociedad ha efectuado o tiene previsto efectuar pagos a cuenta de dividendos, las partidas seleccionadas del esquema, para un ejercicio, son las siguientes: Cifra de negocios, Coste de los ingresos, Valor Añadido Ajustado, Resultado bruto explotación, Resultado actividades ordinarias y Resultado antes de impuestos, en la que, al igual que para el balance, todas las cantidades nos son suministradas por la empresa.

Para finalizar, debemos afirmar que el modelo se complementarí­a con la posibilidad de ofertar el *estado de cambios*; para lograrlo basta con reiterar la metodología a los períodos simétricos anteriores.

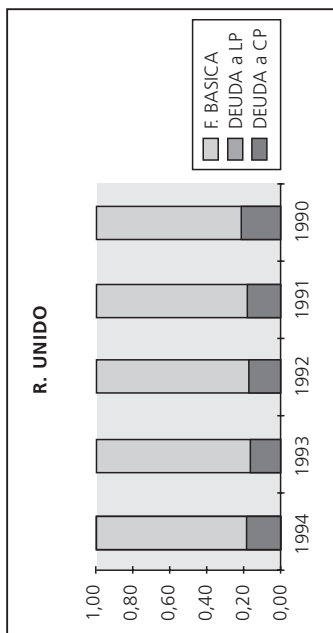
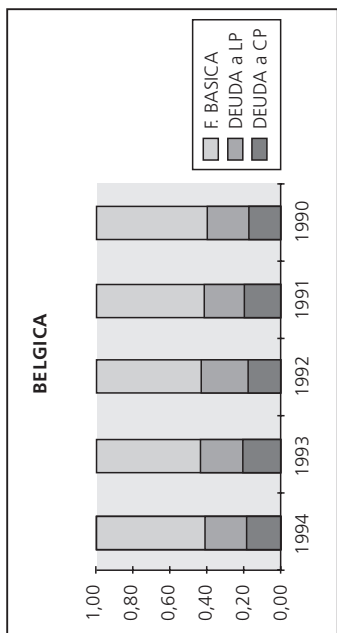
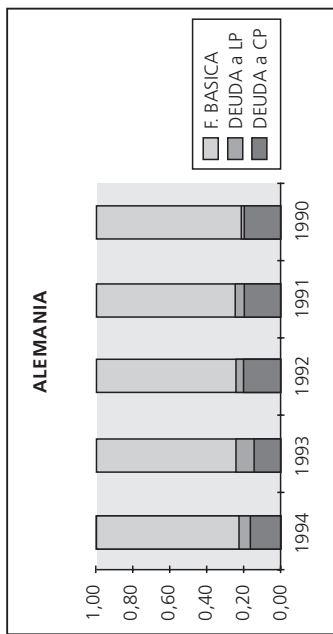
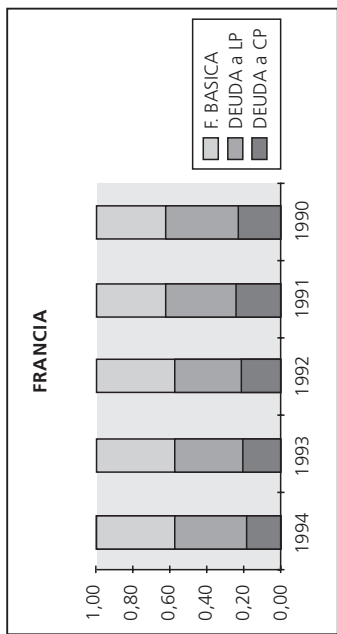
## Ejemplos

Los dos que presentamos, directamente, pretenden mostrar la validez del MCE, bien que desde una perspectiva enunciativa.

En el *primero*, relativo al nivel de endeudamiento y composición del mismo de las sociedades cementeras cotizadas en las Bolsas de Bélgica, Francia, Alemania y Reino Unido, se puede observar, gracias al gráfico adjunto, la claridad de la información suministrada por el MCE.

---

<sup>38</sup> CAÑIBANO CALVO, L., *El Proyecto del Plan General de Contabilidad*. Edit. La Gaceta de los Negocios y Banesto. Balcelona 1990, p. 15.



**Estructura de la deuda en el subgrupo cementeras**

En efecto, el MCE recoge con nitidez, al menos, dos aspectos básicos del endeudamiento de estas empresas: la deuda operativa y la diferente composición de la financiación básica.

La deuda operativa, que identificamos con el exigible a corto, manifiesta claramente el grado de homogeneidad del sector en un entorno globalizado. Los valores son: 16 para Alemania y Reino Unido, 17 para Bélgica y 21 para las sociedades francesas.

El aspecto del endeudamiento recoge la estructura financiera de cada país: el fácil recurso a los mercados de capitales y la carencia de provisiones para riesgos y gastos, hacen que las sociedades del Reino Unido sólo recojan en sus pasivos: recursos propios y exigible a corto. Por contra, la generalización de los planes de pensiones y el uso de métodos de capitalización interna de los mismos, hacen que las sociedades alemanas no necesiten recurrir a las figuras de endeudamiento a largo plazo. Finalmente, las medidas fiscales francesas y otros componentes institucionales nos manifiestan unas sociedades con una financiación básica compuesta por casi tantos fondos propios como financiación externa a largo.

En cualquier caso, el MCE nos manifiesta estos elementos que, en definitiva, no son sino reflejo de la estructura empresarial de cada país en un entorno globalizado.

Mediante el *segundo ejemplo* pretendemos mostrar cómo el MCE también es válido para comparar sociedades del mismo subgrupo, aunque ubicadas en diferentes Estados miembros. En la página siguiente presentamos, en un Cuadro y sólo para 1994, los datos obtenidos para «Automóviles», que recoge cotizadas españolas y sociedades europeas.

Como se observa, el modelo también presenta información comparable, a nivel individual, de sociedades cotizadas. En efecto, que cabe destacar:

- a) En relación al «modus operanti»: el valor significativo de los resultados, la imagen sintética del subgrupo y el posicionamiento de cada sociedad en su entorno.
- b) En relación a todas las sociedades:
  - 1.º Significativo grado de *homogeneidad en los valores* de las sociedades<sup>39</sup>.
  - 2.º *Relativos a la situación financiera*: se nos muestra un subgrupo con:
    - muy fuerte capitalización, mayor, como no era menos de esperar, en las sociedades españolas, por cuanto se trata de filiales;

---

<sup>39</sup> Tal vez deberíamos haber prescindido de los relativos a «Mercedes, Holding», pero han sido mantenidos en razón de su significado, como representativo de la solución adoptada por la corporación ante las guerras comerciales; tema al que pensamos dedicar nuestra atención en otro trabajo.



## Automóviles

|   | Citroen Hisp., S.A. | Renault Esp., S.A. | Allied Signal, A.E.S.A. | Rolls Royce, U.K. | Renault, France | Mercedes, Hold |
|---|---------------------|--------------------|-------------------------|-------------------|-----------------|----------------|
| <b>Situación financiera</b>                 |                     |                    |                         |                   |                 |                |
| Fondos propios                              | 98,65               | 98,42              | 94,38                   | 81,12             | 71,23           | 99,89          |
| Otros fondos                                | 1,35                | 1,58               | 5,62                    | 18,88             | 28,77           | 0,11           |
| <i>Fondos de Financiación</i>               | 100,00              | 100,00             | 100,00                  | 100,00            | 100,00          | 100,00         |
| Ajenos                                      | 4,23                | 0,01               | 0,00                    | 20,09             | 36,31           | 0,00           |
| <b>Total Fondos Financiación Permanente</b> | <b>100,00</b>       | <b>100,00</b>      | <b>100,00</b>           | <b>100,00</b>     | <b>100,00</b>   | <b>100,00</b>  |
| <b>Inversiones</b>                          |                     |                    |                         |                   |                 |                |
| Inmovilizado material neto                  | 93,85               | 82,91              | 87,69                   | 75,18             | 61,61           | 0,64           |
| Inmovilizado inmaterial neto                | 0,00                | 0,00               | 0,00                    | 7,28              | 0,47            | 1,95           |
| Otros                                       | 6,15                | 17,09              | 12,31                   | 17,54             | 37,92           | 97,41          |
| Inmovilizado financiero                     | 0,00                | 0,00               | 0,00                    | 0,00              | 0,00            | 0,00           |
| Activo fijo                                 | 100,00              | 100,00             | 100,00                  | 100,00            | 100,00          | 100,00         |
| Capital circulante                          | 48,23               | 84,33              | 62,85                   | 57,65             | 87,67           | 96,02          |
| Activo circulante                           | 51,77               | 15,67              | 37,15                   | 42,35             | 12,33           | 3,98           |
| Activo circulante                           | 263,84              | 507,89             | 349,90                  | 1.990,00          | 135.460,00      | 110,08         |
| Pasivo circulante                           | -163,84             | -407,89            | -249,90                 | -1.173,00         | -123.559,00     | 0,00           |
| <b>Total Inversiones</b>                    | <b>100,00</b>       | <b>100,00</b>      | <b>100,00</b>           | <b>100,00</b>     | <b>100,00</b>   | <b>100,00</b>  |
| <b>Resultados</b>                           |                     |                    |                         |                   |                 |                |
| Cifra de negocios                           | 100,00              | 100,00             | 100,00                  | 100,00            | 100,00          | 100,00         |
| - Coste de los ingresos                     | -79,72              | -77,84             | -56,91                  | -80,21            | -76,03          | -0,18          |
| Valor Añadido Ajustado                      | 13,27               | 16,93              | 35,05                   | 16,35             | 18,92           | 0,00           |
| Resultado bruto explotación                 | 4,04                | 4,85               | 12,04                   | 2,78              | 1,21            | 99,22          |
| Resultado actividades ordinarias            | 0,96                | 0,58               | 7,45                    | 0,09              | 0,51            | 1,69           |
| Resultado antes de impuestos                | 0,83                | 0,82               | 8,96                    | 2,91              | 1,95            | 100,62         |

- concentración de la inversión en inmovilizaciones, si bien todas mantienen un ratio positivo de capital circulante;
- valores significativos en inmovilizaciones inmateriales (I+D) que, lógicamente, es cero en las filiales;
- elevado índice de inmovilización financiera que, en su mayor parte, representa participaciones cruzadas.

3.º *Relativos a los resultados:*

- coeficiente muy bajo del valor añadido ajustado;
- ínfimo valor de resultado de las actividades ordinarias, como consecuencia, además, del pobre valor añadido de las inversiones financieras en participadas que, como venimos de afirmar, son producto de una inexistente diversificación en inversiones financieras;
- existencia de un fuerte componente de los resultados extraordinarios.

## CONCLUSIONES

Como afirmamos al inicio, este trabajo arranca de la creencia en la validez del MCE como sistema contable de información externa de las sociedades. En tal sentido, con esta aportación no hemos pretendido otra cosa que intentar mostrar que es posible la comparabilidad de estados financieros entre sociedades de capital cotizadas en alguna Bolsa de valores radicada en algún Estado miembro, aunque sea una práctica escasa o inexistente, al menos, a nivel de publicaciones.

En relación a la problemática sobre la necesidad de un solo modelo internacional de información financiera, a pesar de las notas de agencia y dado que no disponemos de otra información sobre qué se mueve en Bruselas, sólo hemos tratado de constatar el posicionamiento de algunos autores norteamericanos, subrayando los relativos a la información, así como a la eficiencia del mercado en la asignación de recursos y la constatación de la ineficiencia del IASC.

En el marco europeo, por otro lado, la realidad y el desarrollo teórico manifiestan tal disparidad, que fuerzan a reflexionar sobre tal dicotomía, cosa distinta a la diversidad contable. Las declaraciones y posicionamientos aparecen tan dispares, que solamente una metodología rigurosa, como la de algunos autores, que recogemos en este trabajo, nos mantienen la esperanza sobre dicha técnica.

Por nuestra parte, constatada la inexistencia de modelos sobre validación del MCE, pensamos que el ruido es tan ensordecedor, que el simple

planteamiento de su posibilidad suena a extraño, en el sentido de que el paradigma en vigor radica en cuestionarse no sólo la validez del MCE, sino incluso la misma capacidad de los redactores de las Directivas sobre sociedades.

Con todo y ello, presentamos unos datos, que no quieren ser definitivos, sino simples ejemplos que, en su sencillez, nos devuelvan a los aires que respiraban los expertos contables de la CEE, del Grupo de Estudio del Derecho de sociedades, que describiera W. Elmendorf.

Así y todo, habrá que estar a los movimientos que, en el ámbito de las decisiones políticas, se produzcan a nivel comunitario.

## REFERENCIAS

- AMIR, E., «The Market Valuation of Accounting Information: The Case of Postretirement Benefits other than Pensions», *The Accounting Review*, octubre 1993, pp. 703-724.
- ARCHER, S. y otros, «The Measurement of Harmonization and the Comparability of Financial Statement Items: Within-Country and Between-Country Effects», *Accounting and Business Research*, 25 n.º 98, p. 67.
- AREIZAGA, M., «The demand for capital». Papper unpublied II.E.2. European Commission. Directorate General Economic and Financial Affairs, agosto 1994.
- BIDDLE, G.C. y otro, «Foreign Stock Listings: Benefits, Costs, and the Accounting Policy Dilema», *Accounting Horizons*, setiembre 1991, pp. 69-80.
- CAÑIBANO CALVO, L., *El Proyecto del Plan General de Contabilidad*. Edit. La Gaceta de los Negocios y Banesto. Barcelona 1990.
- CERDÁ APARICIO, J., *Adaptación de las Legislaciones Nacionales a la IV Directiva del Derecho de Sociedades CEE*. Centro de Estudios Financieros. Madrid 1992.
- CHOI, F.D.S. y otro, «Behavioral Effects of International Accounting Diversity», *Accounting Horizons*, junio 1991, pp. 1-13.
- Comisión de las Comunidades Europeas, *L'Avenir de l'Harmonisation Comptable dans les Communautés Européennes*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, 1990.
- Commission of the European Communities, *Accounting Standards Setting in EC Member States. Document*. Office for Publications of the European Communities. Luxemburgo 1993.
- DE MIGUEL, E. y otro, *Introducción a la Contabilidad y las Finanzas I*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Politécnica de Valencia. Valencia 1995.
- FROST, C.A., «Discussion of The Effects of Accounting Diversity: Evidence from the European Union», *Journal of Accounting Research*, suplem 1994, pp. 169-175.
- GARCÍA BENAÚ, M.A., *Armonización de la información financiera en Europa*. Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Ministerio de Economía y Hacienda. Madrid, 1995.
- , y otro: «Aproximaciones al Modelo armonizador Europeo», *Cuadernos Europeos de Deusto*. Instituto de Estudios Europeos, 1993, n.º 8, pp. 25-40.

- GUERRA GUERRA, A. y otro, «Recientes Desarrollos del Análisis Fundamental», *Análisis Financiero*, Primer cuatrimestre 1995, p. 8.
- GRAY, S.J. y otro, «East-West Accounting Issues: A New Agenda». *Accounting Horizons*, marzo 1991, pp. 42-50.
- HAMPTON III, R., «A World of Differences in Accounting and Reporting». *Management Accounting*, setiembre 1980, pp. 14-18.
- JOOS, P. y otro, «The effects of Accounting Diversity: Evidence from the European Union», *Journal of Accounting Research*, Supplem 1994, pp. 141-168.
- MEEK, G.K. y otro, «A Survey of Research Financial Reporting in a Transnational Context», *Journal of Accounting Literature*, n.º 9, 1990, pp. 145-182.
- MOGG, J., «The Future of European Accounting», *International New (For Members Overseas of The Institute of Chartered Accountants in England and Wales, The Institute of Chartered Accountants of Scotland, and The Institute of Chartered Accountants in Ireland)*, mayo 1994, pp. 1-2.
- MOULIN, D.J. y otro, «Practical Means of Promoting Common International Standards», *The CPA Journal*, diciembre 1989, pp. 38-48.
- NAIR, R. y otro, «The Harmonization of International Accounting Standards», *International Journal of Accounting*, fall 1981, pp. 61-77.
- NOBES, C., «An Empirical Investigation of the Observance of IASC Standards in Western Europe», *Management International Review*, winter 1987, pp. 78-79.
- PEAVY, D.E. y otro, «Is GAAP the Gap to International Markets?», *Management Accounting*, agosto 1990, pp. 31-35.
- PURVIS, S.E.C. y otros, «The IASC and its Comparability Project: Prerequisites for success», *Accounting Horizons*, junio 1991, pp. 25-44.
- TAY, J.S. y otro, «Measuring International Harmonization and Standardization», *Abacus*, marzo 1990, pp. 71-88.
- , «Measuring International Harmonization and Standardization: A Reply», *Abacus*, setiembre 1992, pp. 217-22.
- VAN DER TAS, L.G., *Harmonisation of Financial Reporting*. Datawyse, Maastricht 1992.
- , «Measuring Harmonization of Financial Reporting Practice», *Accounting and Business Research*, spring 1988, pp. 158-169.
- , «Measuring International Harmonization and Standardization: A Coment», *Abacus*, 2, n.º 2, 1992, pp. 211-220.
- WALLACE, R.S.O., «Survival Strategies of a Global Organization: The Case of the International Accounting Standards Committee», *Accounting Horizons*, junio 1990, pp. 1-22.
- WALTON, P., «Introduction: The True and Fair View in British Accounting», *European Accounting Review*, n.º 1, 1993, pp. 49-58.
- WELLS, S.C. y otros, «Accounting Differences: U.S. Entreprises and International Competition for Capital», *Accounting Horizons*, junio 1995, pp. 29-39.

# Protocolo adicional n.º 11 a la Convención Europea de Derechos Humanos

por Liliana Silvia De Feudis

Ayudante de investigación.  
Europa-Institut-Universität des Saarlandes

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PROTECCIÓN QUE LLEVA A CABO LA CONVENCION.—3. BASE DEL NUEVO MECANISMO DE CONTROL DE LA CONVENCION TRAS EL PROTOCOLO ADICIONAL N.º 11, FIRMADO EL 11 DE MAYO DE 1994.—4. NUEVO DESENVOLVIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO.—5. SIGNIFICADO DE LA NECESIDAD DE UNA REFORMA.—6. CONCLUSION.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Convención Europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, la Convención), firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950, entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Este Convenio fue firmado por España el 24 de noviembre de 1977 y ratificado el 10 de octubre de 1979. Lanzado por el llamado *Movimiento Europeísta* a partir del Congreso de La Haya de mayo de 1948, el proyecto de una Convención Europea de Derechos Humanos es llevado a cabo dentro del marco del Consejo de Europa y su estatuto fue adoptado en Londres el 5 de mayo de 1949. Todo ello comprende la voluntad de defender y promover la libertad y la democracia<sup>1</sup>. La Con-

---

<sup>1</sup> Además se han adoptado hasta el presente once protocolos adicionales, de los cuales los protocolos n.ºs 3; 5; 10 y 11 han modificado el texto de la Convención. El Protocolo adicional n.º 1 se refiere a la jurisdicción obligatoria del Tribunal Europeo de derechos humanos; el n.º 2 a la competencia del Tribunal de emitir dictámenes en lo concerniente a problemas de interpretación de la Convención; el n.º 3 modifica los artículos 29, 30 y 34 de la Convención; el n.º 4 se refiere, entre otros aspectos, a la libre circulación; el n.º 5 modifica los artículos 22 y 40 de la Convención; el n.º 6 elimina la pena de muerte; el n.º 7 se refiere, entre otros temas, al *no bis in idem*; el n.º 8 se refiere a la aceleración del proceso y modifica los artículos 20, 21, 23, 28 a 30, 31, 34, 40, 41 y 43; el n.º 9 se refiere a la posibilidad del reclamante de dirigirse al Tribunal Europeo de derechos humanos; el n.º 10 modifica el artículo 32 de la Convención, con respecto a la mayoría exigida dentro del Comité de Ministros y el n.º 11 fusiona

vención es el instrumento de referencia del llamado «club» de las democracias<sup>2</sup>.

La idea eje del Consejo de Europa es la potenciación de la democracia de origen liberal como estructura política en el seno de Europa y la defensa de los derechos humanos en el mismo ámbito. El mecanismo básico para obtener tales fines es el de promover Convenciones entre los Estados europeos, miembros del Consejo de Europa, que voluntariamente se adhieran y, en consecuencia, ampliar el marco de la cooperación política. Por eso el Consejo de Europa carece prácticamente de ordenamiento jurídico derivado, ya que las decisiones de sus diversos órganos normalmente no son vinculantes, salvo a efectos internos. Es decir, la vinculación de los Estados surge de su adhesión a la Convención correspondiente y a las normas en ella establecidas. Así sucede con la Convención Europea de derechos humanos, que ha establecido diversos órganos para poder llevar a cabo su cometido. Tales son: La Comisión, el Tribunal y el Comité de Ministros<sup>3</sup>.

La pertenencia al Consejo de Europa permite la participación en la Convención. En efecto, conforme al artículo 66 de la Convención<sup>4</sup>, solamente un Estado miembro del Consejo de Europa puede llegar a ser parte de la misma, pero dicha pertenencia al Consejo de Europa no comporta la obligatoriedad de ser parte de la Convención. Un Estado miembro que cesa de ser parte en el Consejo de Europa, cesa asimismo de ser parte de la Convención.

La Convención Europea de derechos humanos posee un mecanismo de control internacional por demás complejo. Dicho sistema es de todos modos un mecanismo de control subsidiario, en el que se exige que las autoridades nacionales, ya sean judiciales, administrativas o legislativas, se pronuncien con respecto al problema alegado por el requirente en atención a una posible instancia frente al tribunal de Estrasburgo. La Convención establece standards básicos, mientras que los Estados miembros son los encargados de desarrollarlos.

---

la Comisión y el Tribunal y establece un órgano que funciona en forma permanente y que es el Tribunal, en su nueva conformación. Los Protocolos Adicionales n.ºs 1 a 9 han entrado ya en vigor. España ha ratificado los n.ºs 1 a 3, 5, 6, 8 y firmado el n.º 11.

<sup>2</sup> SPIELMANN, Dean, «Les institutions prévues par la Convention européenne des Droits de l'Homme», en *Bulletin des Droits de l'Homme*, Institut Luxembourgeois des Droits de l'Homme 1993, n.º 1, pp. 5 ss. Ver asimismo: BEDDARD, Ralph, *Human Rights and Europe*, A Study of the Machinery of Human Rights Protection of the Council of Europe, London, 1989; SUDRE, Frédéric, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, 1990; VELU, Jacques/ERGEC, Rusen, *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Bruselas, 1990; *Conseil de l'Europe et les droits de l'homme*, Strasbourg, 1991.

<sup>3</sup> Ver Colección de los *Travaux Préparatoires* de la Convención, Vol. IV, p. 44; TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los Derechos Humanos*, Madrid, 1994.

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio, *El Convenio Europeo y su ámbito de aplicación*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Sevilla, 1987.

No debemos olvidar que dentro del sistema europeo de derechos humanos existe también otro sistema de protección y es el que regula el Tratado de la Comunidad Europea, cuyos miembros son también parte del Consejo de Europa y que es llevado a cabo a través del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo<sup>5</sup>. Ambos sistemas parten de un sustrato político muy similar, se basan en parecidos principios estructurales y persiguen objetivos, si no idénticos, al menos complementarios<sup>6</sup>. Con la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el caso *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>7</sup> de 1970, se estableció que el respeto de los derechos fundamentales forma parte de los principios generales de derecho cuya aplicación asegura el Tribunal de Justicia. Ello ha sido corroborado cuatro años más tarde por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Nold/Comisión*<sup>8</sup>.

Más recientemente, a través del Tratado de Maastricht, en su artículo F, par. 2, han resuelto los Estados miembros, que la Unión Europea debe respetar los derechos humanos, tal como están garantizados en la Convención Europea de derechos humanos y de acuerdo a como ellos resultan de la tradición constitucional común de los Estados miembros, constituyendo parte de los principios generales del derecho comunitario.

La Comunidad Europea *debe* respetar los derechos humanos. Se proponía la adhesión de la Comunidad a la Convención Europea de derechos humanos<sup>9</sup>. Poco más tarde la Comisión de las Comunidades Europeas emite un memorandum en el cual se llega a las mismas conclusiones<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> PESCATORE, Pierre, «La Cour de Justice des Communautés Européennes et la Convention Européenne des Droits de l'Homme», en *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Studies in honour of Gérard J. Wiarda, MATSCHER, Franz/PETZOLD, Herbert (ed.), Köln, 1988. pp. 441 ss.; TOSATO, Gian Luigi, *La tutela dei Diritti Fondamentali nella Giurisprudenza della Corte delle Comunità Europee*, Studi in Onore di Giuseppe Sperduti, Giuffrè, Milano, 1984.

<sup>6</sup> PÉREZ, Miguel A. Aparicio/GONZÁLEZ RUIZ, Francisco, *Acta Unica y Derechos Fundamentales (una introducción a los sistemas europeos supranacionales de reconocimiento de derechos humanos)*, Barcelona, 1992, p. 9.

<sup>7</sup> TJCE *Internationale Handelsgesellschaft*, sentencia del 17 de diciembre de 1970, C-11/70, Rec. 1970, p. 1.134, que sigue el famoso *obiter dictum* en el caso *Stauder*, C-29/69, Rec. 1969, p. 425.

<sup>8</sup> TJCE *Nold/Comisión*, C-4/73, Rec. 1974, pp. 491, 502-503.

<sup>9</sup> SCHERMERS, Henry G., *De binding van de Europese Gemeenschap aan mensenrechten*, conferencia en el Europa Instituut de Amsterdam, 1978, reimpresa como «The Communities under the European Convention on Human Rights», en *Legal Issues of European Integration 1978/I*, pp. 1-8. Ver además: NOSTER, Nigel, «The European Court of Justice and the European Convention for the Protection of Human Rights», *Human Rights Law Journal*, vol. 8, Rec. 1987, p. 245.

<sup>10</sup> Memorandum de 4 abril de 1979, *Bulletin of the European Communities 4-1979* (n.º 1.3.1) y Suppl. 2/79.

Con fecha 28 de marzo de 1996 ha expedido el Tribunal de las Comunidades Europeas un dictamen<sup>11</sup> a instancias del Consejo CE que le sometió la pregunta acerca de si la adhesión de la Comunidad Europea a la Convención Europea de derechos humanos estaba vinculada con el tratado de fundación. El Consejo se apoyó en el artículo 228(6) del Tratado CE, en el sentido de que se podía demandar al Tribunal en consulta para que se expida acerca de la conformidad de una planeada convención con el Tratado CE. El Tribunal afirmó la procedencia del pedido de dictamen, a pesar de que no le fue presentado ningún texto convencional. El Tribunal se limitó a pronunciarse sobre la competencia de la Comunidad Europea para el caso de adhesión a la Convención Europea de derechos humanos. El Tribunal expresó que la Comunidad dispone de limitadas facultades y actúa por regla general en razón de específicas atribuciones, las cuales surgen implícitamente de las disposiciones del Tratado. Esto se aplica también para la competencia para contraer obligaciones internacionales. Por otro lado, ninguna disposición del Tratado concede a los órganos comunitarios una facultad general para emitir disposiciones en el ámbito de los derechos humanos o concluir tratados en ese campo. Al faltar entonces, específicas o expresas competencias en la materia, se debe probar si el artículo 235 del Tratado CE puede brindar la base para una adhesión a la Convención de derechos humanos. Dicho artículo permite al Consejo CE, emitir las adecuadas disposiciones cuando sean necesarias, dentro del marco del mercado común, a los efectos de llevar a cabo sus fines. Sin embargo faltan las facultades expresas. Por cierto, no se debe exceder el marco general, que surge de la totalidad de las disposiciones del Tratado y especialmente de las atribuciones y funciones fijas. El artículo 235 no sería entonces la disposición que permitiría una modificación del Tratado<sup>12</sup>. El Tribunal subraya que «sin duda el cuidado de los derechos humanos es una condición previa que es tenida en cuenta dentro del actuar conforme a derecho de la Comunidad, pero la adhesión a la Convención traería como consecuencia una modificación esencial del actual sistema comunitario de protección de los derechos humanos, lo que llevaría a comprometerse de ese modo con una sistema internacional que está concebido institucionalmente de una manera diferente, con la consecuente recepción de las correspondientes disposiciones de la Convención. Una tal modificación del sistema de protección de los derechos humanos en la Comunidad, que tendría efectos profundos en el pla-

---

<sup>11</sup> Dictamen del Tribunal de las Comunidades Europeas n.º 2/94 de fecha 28 de marzo de 1996, *EuGRZ 1996*, pp. 197 ss.

<sup>12</sup> KARL, Wolfram, «Zur Frage des Beitritts der Gemeinschaft zur EMRK», *ÖIMR-Newsletter 1996*, n.º 2, p. 49.



no institucional, tanto en el ámbito comunitario como de los Estados miembros, poseería una dimensión constitucional y se extralimitaría del marco del artículo 235 del Tratado. Un tal cambio podría sólo llevarse a cabo a través de una modificación del Tratado ... De acuerdo al estado actual del derecho comunitario, carece la Comunidad de la competencia para adherirse a la Convención Europea para la protección de los derechos y garantías las libertades individuales.»

Podría preguntarse por qué tener dos sistemas dentro de la misma región que protegen los derechos fundamentales y no englobar todo en uno sólo. La respuesta es la siguiente: el desarrollo de ambas organizaciones ha sido desigual, sus respectivos ordenamientos han tenido un significado diferente. Por otro lado, el Consejo de Europa comprende otros Estados, además de los pertenecientes a la Comunidad Europea, o sea su ámbito de aplicación es diferente.

El problema se genera cuando existen diferencias de interpretación entre el Tribunal de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de derechos humanos, como ya ha sucedido en algunos casos<sup>13</sup>. La pregunta es si se debe esperar hasta que exista una manifiesta confusión o un conflicto directo entre Estrasburgo y Luxemburgo. ¿No se debería ya entablar una más profunda relación entre los dos Tribunales a fin de crear un sistema de cooperación y no de enfrentamiento en temas de derechos humanos<sup>14</sup>? Es bueno recordar con *Schermers*: «Todo Estado, toda nación

---

<sup>13</sup> Por ejemplo en el caso del tratamiento de los pescadores españoles en la Comunidad Europea, en el sentido de la equívoca interpretación del artículo 7 de la Convención de derechos humanos. Ver sobre el tema: CHURCHILL, R.R. & FOSTER, N.G., «Double Standards in Human Rights? The Treatment of Spanish Fishermen by the European Community», en: *E.L.Rev.*, vol. 12, 1987, pp. 430-443. También son de citar el caso SA Musique Diffusion Française y otros/Comisión, TJCE C-100-103/80, *Rec.* 1983, p. 1.880, en el que la decisión del TJCE fue totalmente inconsistente con la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal de derechos humanos, en una tal medida que sostuvo que la Comisión de la CE no es parte dentro del marco del artículo 6 de la Convención (derecho a ser oído) cuando aquélla actúa dentro del derecho de la competencia. Ver sobre este tema: «House of Lords Select Committee on the European Communities», *Human Rights Re-examined*, 23 de junio de 1992. Para una más extensa discusión ver: BIESHEUVEL, M.B.W., «Artikel 6 ECRM en het gemeenschapsrecht», in: *SEW*, vol. 11, 1988, pp. 659-705; DE MELLO, Xavier A., «Droit de la concurrence et droits de l'homme», *RTD eur.*, vol. 29, 1993, pp. 601-633. En Orkem/Comisión, TJCE C-347/87, *Rec.* 1989, p. 3.351 también han existido controversias con los puntos de vista de la jurisprudencia de Estrasburgo. Casos de jurisprudencia anterior que también presentan puntos de rozamiento con la jurisprudencia de Estrasburgo son: National Panasonic/Comisión, TJCE C-136/79, *Rec.* 1980, p. 2.057; AKZO Chemie/Comisión, TJCE C-53/85, *Rec.* 1986, pp. 2.612-2.613; Hoechst AG/Comisión, TJCE C-46/87 y 227/88, *Rec.* 1989, p. 2.924. En el caso citado últimamente fue criticado el TCE por haber pasado por alto la decisión del Tribunal de Derechos Humanos en el caso *Chappell/UK*, sentencia del 30 de marzo de 1989, séries A, n.º 152.

<sup>14</sup> LAWSON, Rick, «Confusion and Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg», en *The Dynamics of the Pro-*

en Europa tiene su propio standard de moral. En tal sentido, no poseemos una Europa integrada, pero tenemos unas bases comunes. No seremos Europa si no poseemos un cierto futuro común, ciertos standards básicos, los cuales sí son iguales en todos los países.»<sup>15</sup> Dichos standards básicos llevados a su punto máximo en la Convención e interpretados por la Comisión y el Tribunal de derechos humanos deben ser aplicados en la Comunidad, una Comunidad cuya existencia deriva de los Estados europeos que conforman dichos standards.

## 2. LA PROTECCIÓN QUE LLEVA A CABO LA CONVENCION

La Convención ha establecido dos órganos para garantizar el logro de sus fines: la Comisión Europea de derechos humanos y el Tribunal Europeo de derechos humanos. En el control de la eficacia de la Convención funcionan además otros dos órganos: el Secretario General del Consejo de Europa y el Comité de Ministros.

La Comisión<sup>16</sup> se planteó en un principio como un órgano de investigación y conciliación de carácter no jurisdiccional, sino administrativo, pero sus múltiples actividades la han convertido en un órgano con perfiles propios de la actividad jurisdiccional. Además reúne todas las condiciones que posee un tribunal<sup>17</sup>. Su actuar tiene varias direcciones: a) decide si un determinado recurso es o no admisible; b) determina la verdad procesal de los hechos que han de someterse a proceso; c) se ocupa en caso de encontrar una violación, de hallar un acuerdo que satisfaga a las partes en conflicto; d) califica el objeto en cuestión; e) actúa como fiscal general dentro del proceso ante el Tribunal. La Comisión no resuelve en

---

*tection of Human Rights in Europe*, Essays in Honour of Henry G. Schermers, Vol. III, editado por LAWSON/DE BLOIS, Dordrecht, 1994, p. 252.

<sup>15</sup> Alocución dirigida frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como delegado de la Comisión de Derechos Humanos, con ocasión del caso *Lingens/A*, sentencia del 8 de julio de 1986, séries A, n.º 103, p. 137.

<sup>16</sup> VILLIGER, Mark E., *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, Zürich, 1993, pp. 113 ss.; ver asimismo ROGGE, Kersten, *Internationaler Kommentar*, Art. 25; MATSCHER, Franz, *EuGRZ* 1982, pp. 512 ss.; NORGAARD, Carl Aage, «European Commission of Human Rights», *EPIL* 8, 1985, pp. 178 ss.; KRÜGER, Hans Christian, «Revised Rules of Procedure of the European Commission of Human Rights», *HRLJ* 12, 1991, pp. 43 ss.; SCHERMERS, Henry G., *The Influence of the European Commission of Human Rights*, Den Haag, 1991.

<sup>17</sup> VILLIGER, Mark E., *op. cit.*, (nota 16), p. 116; comparar: MOSLER, Hermann, «Judgments of International Courts and Tribunals», *EPIL* 1, 1981, p. 111; ROGGE, Kersten, *op. cit.*, (nota 16), Art. 25, pp. 3 ss.; MATSCHER, Franz, *Progress in the Spirit of Human Rights*, Festschrift für Felix Ermacora, Engel, Kehl, 1988, pp. 88 ss.

forma de sentencias, pero es materialmente un órgano jurisdiccional. La tendencia en sus decisiones es más evolutiva que la del Tribunal.

La Comisión está compuesta de tantos miembros como Estados han ratificado la Convención. Sus miembros son elegidos por el Comité de Ministros de acuerdo a una lista preparada por la Asamblea consultiva. Dicha lista es presentada por la delegación de cada Estado. Los miembros de la Comisión tienen un mandato de seis años y pueden ser reelectos<sup>18</sup>. El cuerpo es renovado por mitades cada tres años.

A partir del Protocolo Adicional n.º 8 la Comisión se reúne en sesión plenaria, pero puede constituir salas, cada una de ellas integrada por siete miembros como mínimo. Asimismo la Comisión puede constituir comités, cada uno de ellos integrado por tres miembros como mínimo. La Comisión no sesiona en forma permanente, pero se organiza en función del número de los casos que se someten a su consideración, que aumentan día a día. En la práctica la Comisión sesiona ocho veces al año, cada vez durante dos semanas. La Comisión está asistida en sus funciones por un secretario permanente con sede en Estrasburgo. Actúa a puerta cerrada y sus informes son confidenciales.

El Tribunal<sup>19</sup> es un órgano con funciones jurisdiccionales en sentido estricto, pero puede emitir dictámenes consultivos. Está compuesto por tantos jueces como países miembros del Consejo de Europa, elegidos por la Asamblea consultiva a propuesta en terna de los Gobiernos de los Estados miembros. No podrá haber dos magistrados que sean nacionales de un mismo Estado (art. 38 de la CEDH).

El número de jueces es igual al de los miembros del Consejo de Europa. Los jueces tienen un mandato de nueve años y son renovados por tercios, cada tres. Son inamovibles durante el período de su mandato, independientes en el ejercicio de sus funciones y gozan de amplios privilegios e inmunidades. Funcionan en salas de siete miembros y en pleno.

El Comité de Ministros<sup>20</sup> lleva a cabo sesiones secretas y adopta recomendaciones o resoluciones sin carácter externo vinculante, o sea con efecto declarativo. Su actividad es en gran medida política y de vigilancia de la ejecución de las sentencias del Tribunal de derechos humanos

---

<sup>18</sup> SPIELMANN, Dean, *op. cit.* (nota 2), p. 6.

<sup>19</sup> VILLIGER, Mark E., *op. cit.* (nota 16), pp. 129 ss.; GANSHOF VAN DER MEERSCH, Walter, «European Court of Human Rights», *EPIL* 8, 1985, S. 192 ss.; BARTSCH, Hans-Jürgen, «Neue Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Vorbemerkung», *EuGRZ* 1985, pp. 589 ss.; EISEN, Marc-André, «La Cour européenne des droits de l'homme», *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1986, pp. 1.539-1.783.

<sup>20</sup> RESS, Georg, en *La Convention Européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Pettiti/Decaux/Imbert, Art. 54.

(art. 54). La ejecución misma de la sentencia es llevada a cabo por los propios Estados miembros<sup>21</sup>.

El procedimiento de control en materia de protección de derechos humanos es complejo. Puede iniciarse por denuncia de un Estado miembro contra otro Estado miembro o por denuncia de un particular, organización no gubernamental o grupo de particulares. Los procedimientos iniciados por un Estado han sido escasos, a diferencia de aquellos iniciados por particulares. A partir del Protocolo adicional n.º 9, el requirente puede dirigirse directamente al Tribunal de derechos humanos.

Una vez recibida la demanda, la Comisión decide sobre su admisibilidad. Si la Comisión rechaza de plano la demanda, ello significa el rechazo inapelable de las pretensiones del demandante. Si por el contrario declara su admisibilidad, pueden darse diversas situaciones. El hecho de que la Comisión declare que una demanda sea admisible, no significa valorar la existencia de una violación de algún precepto de la Convención. Ello significa que no existe causa de inadmisibilidad, o sea que se han agotado los procedimientos internos del Estado donde se pretende que se evidencie una violación, que no es anónima, que no reproduce un caso ya desestimado anteriormente, que no se encuentra mal fundada, etc. Pero ello no quita que la Comisión, por supuesto, analice si se han dado las circunstancias que indican la posibilidad de que se haya producido una lesión de los derechos protegidos en la Convención. La Comisión se pronuncia por lo tanto sobre esa circunstancia y además examina la posibilidad de un acuerdo amistoso entre las partes. Si se llega a un acuerdo amistoso y la Comisión lo acepta, el caso se da por terminado. De no darse tal acuerdo la Comisión redacta un informe sobre el fondo del asunto, lo comunica al Estado interesado y al Comité de Ministros. El Comité de Ministros tiene un plazo de tres meses para enviar el caso al Tribunal. De no ocurrir así, debe resolver él mismo y su acuerdo, para tener efectividad, debe obtener una mayoría de dos tercios. Si por el contrario es deferido el caso al Tribunal, se inicia aquí el período jurisdiccional que concluirá con una sentencia.

El procedimiento es primeramente escrito. La Corte puede, tanto como la Comisión<sup>22</sup>, dictar medidas provisionales, cuya adopción parezca deseable en interés de las partes o del normal desarrollo del procedimiento<sup>23</sup>. A

---

<sup>21</sup> SUDRE, Frédéric, *Droit international et européen des droits de l'homme*, p. 239.

<sup>22</sup> Reglamento interno de la Comisión, art. 36.

<sup>23</sup> MACDONALD, Ronald St. John, «Interim Measures in International Law, with Special Reference to the European System for the Protection of Human Rights», *ZaöRV* 1992, pp. 703 ss. Ver casos Bönisch/A, sentencia de 6 de mayo de 1985, series A, n.º 92 y Soering/GB, sentencia de 7 de julio de 1989, series A, n.º 161.

*posteriori* el presidente del Tribunal fija la fecha de apertura de los debates en audiencia pública. El Tribunal examina el caso a la luz del informe de la Comisión y de todos los medios de prueba escrita o argumentación jurídica. En el Palacio de Estrasburgo tiene lugar una audiencia pública en la cual el representante de la Comisión y los abogados del Estado miembro y del requirente presentan o complementan sus argumentos y pueden ser además interrogados por los jueces. Concluida la audiencia los jueces deliberan a puerta cerrada y determinan mediante votación si ha existido o no una violación de la Convención. Se decide por la mayoría, pero los jueces pueden al estilo de la jurisprudencia anglosajona expresar separadamente su voto, ya sea concordante o disidente. La sentencia es pronunciada en audiencia pública. La sentencia es definitiva y se dirige al Estado concerniente. La ejecución de la sentencia es supervisada por el Comité de Ministros.

Debe remarcarse que el Tribunal puede, en la misma sentencia o en otra a ese solo efecto, pronunciarse sobre los daños e intereses que configuran una satisfacción equitativa de la parte lesionada, tal como lo dispone el artículo 50 de la Convención. Asimismo puede el Tribunal llegar a un acuerdo amistoso de las partes. En tal caso el Gobierno parte en el asunto ofrece una suma de dinero a fin de cubrir los daños materiales y morales del damnificado y, según la oportunidad se compromete a modificar la legislación nacional y, por otro lado, el demandante a desistir de su demanda.

El procedimiento en Estrasburgo es por demás complejo y especialmente adolece de una gran lentitud. Según las estadísticas se puede calcular que un procedimiento que concluye con la inadmisibilidad de la demanda tarda entre 1 y dos años, y un procedimiento cuya admisibilidad se ha declarado y sobre el que decide el Tribunal alcanza en promedio una duración de 5 a 6 años. En este contexto también nos encontramos con situaciones extremas que han superado los 14 años de duración. Tampoco se debe aquí dejar de reconocer que el caso *Soering/GB*<sup>24</sup> llevó un año, que el caso *X./F.*<sup>25</sup> 13 meses, *Cruz Varas y otros/E*<sup>26</sup>, 2 años y cinco meses. Pero debemos preguntarnos hasta qué punto se lleva a cabo una protección real y efectiva de los derechos humanos.

Hasta el presente el Tribunal ha resuelto más de 550 casos. Ellos conciernen, entre otros, a los objetos siguientes:

- Derecho a ser oído por un tribunal civil.
- Duración del procedimiento judicial.

<sup>24</sup> *Soering/GB*, (nota 23).

<sup>25</sup> *X./F.*, sentencia de 31 de marzo de 1992, series A, n.º 234-C.

<sup>26</sup> *CRUZ VARAS, E. y otros*, sentencia de 20 de marzo de 1991, series A, n.º 201.

- Diversos aspectos que conciernen al detenido (enfermos mentales, sospechosos de acciones terroristas, vagabundos).
- Procedimiento penal.
- Recursos derivados de castigos corporales infligidos en las escuelas.
- Intromisión en las llamadas telefónicas y el control de la correspondencia.
- Tratamiento de la homosexualidad.
- Conflictos de la seguridad social (seguro de salud, accidentes de trabajo).
- Status jurídico de los hijos extramatrimoniales.
- Actividades sindicales abarcando el monopolio sindical del empleo.
- Medidas de inmigración y de deportación.
- Situación jurídica de los transexuales.
- Libertad de expresión comprendiendo además las restricciones a la publicación de artículos en la prensa.
- Educación sexual obligatoria en las escuelas.
- Derecho de propiedad.
- Derecho de visita de los parientes del menor confiado a la asistencia pública.
- Extradición.
- Circulación transfronteriza de la información.
- Protección de datos.

Tras la creación del Tribunal (21 de enero de 1959) ha aumentado el volumen de trabajo más que proporcionalmente. En la actualidad el número de demandas se ha multiplicado aproximadamente por 30 y el número de sentencias por 20<sup>27</sup>.

Los efectos de la sentencia del Tribunal son los siguientes: declarativo, obligatorio entre partes y no *erga omnes*, definitivo.

Declarativo, porque la sentencia declara si ha habido o no violación de la Convención. Es un proceso de legalidad y no de anulación. Así lo ha dispuesto la sentencia del Tribunal Constitucional Español n.º 245/1991 de 16-12 (*BOE* 15-I-1992) en ejecución de la sentencia del Tribunal de Derechos Humanos en el caso *Barberá, Messegué y Jabardo/E*<sup>28</sup> en cuanto sostiene que «el reconocimiento de España de la competencia de la Comisión Europea para conocer de las demandas sobre la violación de los

<sup>27</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Aperçus, Trente-cinq années d'activité, 1959-1994*, Strasbourg, 1995, p. 18.

<sup>28</sup> BARBERÁ, MESSEGUÉ Y JABARDO, E., sentencia de 6 de diciembre de 1988, series A, n.º 146.

derechos humanos, de conformidad a la dispuesto en el artículo 25 del Convenio, y la aceptación como obligatoria de la jurisdicción del TEDH no suponen, sin embargo, que las sentencias de este Tribunal tengan eficacia ejecutiva, pues de la propia regulación del Convenio, y de su interpretación por el Tribunal Europeo, se deriva que las resoluciones del Tribunal tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos, en este caso sentencia, declarados contrarios al Convenio.»

Obligatorio, porque los Estados *deben* ejecutar la reparación frente a las partes de los efectos producidos por la violación y pagar la indemnización determinada por el Tribunal. Se podría decir que si la violación proviene de un texto legislativo, debería entonces el Estado en cuestión corregir la norma interna. Pero aquí se encuentra el problema, ya que los Estados (art. 53) deben tomar las medidas *pertinentes*. Entonces se los deja en un completo libre albedrío. En la mayoría de los casos los Estados toman las medidas concernientes. Se puede concluir que las sentencias del Tribunal deben ser consideradas como de una persuasiva autoridad dentro de los ordenamientos internos de los Estados miembros, autoridad que va aumentando día a día. El caudal de decisiones ya tomadas por el alto Tribunal hace difícil la consiguiente transposición de las mismas en el ámbito nacional<sup>29</sup>.

Definitivo, porque la sentencia no puede ser contestada o modificada. Sin embargo, ella puede ser objeto de una demanda de interpretación por parte de la Comisión o del Estado parte.

### 3. BASE DEL NUEVO MECANISMO DE CONTROL DE LA CONVENCION TRAS EL PROCOLO ADICIONAL N.º 11, FIRMADO EL 11 DE MAYO DE 1994

Con la firma del Protocolo Adicional n.º 11 en Estrasburgo ha tomado la reforma de la Convención Europea de derechos humanos una forma más concreta y presenta perfiles de amplio ímpetu político<sup>30</sup>.

La creación de este sistema de control, que permite al particular hacer valer supuestas violaciones de los derechos humanos y libertades públicas garantizados a través de la Convención y de sus Protocolos Adi-

---

<sup>29</sup> RESS, Georg, «The Effects of Judgments and Decisions in Domestic Law», en MACDONALD, Ronald St. John/MATSCHER, Franz/PETZOLD, Herbert (ed.), Dordrecht, 1993, p. 848.

<sup>30</sup> DRZEMCZEWSKY, Andrew/MEYER-LADEWIG, Jens, «Grundzüge des neuen EMRK-Kontrollmechanismus nach dem am 11. Mai 1994 unterzeichneten Reform-Protokoll (Nr. 11)», *EuGRZ* 1994, pp. 317 ss.

cionales, tras un insatisfactorio agotamiento de las instancias nacionales, supone uno de los mayores logros del Consejo de Europa<sup>31</sup>.

La conclusión de la guerra fría y el proceso de democratización llevado a cabo al mismo tiempo en los hasta hace poco Estados totalitarios del centro y este europeos suponen al Consejo de Europa nuevas exigencias. Lo que en el año 1945 era visto como un sueño para todos los pueblos de Europa, es ahora visto como una realidad tras el movimiento producido en los antes citados Estados. Esta situación se vive dentro del Consejo de Europa con una intensidad antes nunca vista en los 47 años de su existencia. En el año 1989 abarcaba el Consejo de Europa 23 Estados Miembros, en 1996 son ya 39 y muy pronto serán 40, ya que el 24 de abril de 1996 ha emitido la Asamblea Parlamentaria su voto positivo a la adhesión de Croacia, que debe ser solamente confirmado por el Comité de Ministros<sup>32</sup>. De los Estados antes citados 16 corresponden al centro y este de Europa<sup>33</sup>. Entre los últimos Estados que han ingresado en esta Organización son de citar: Bulgaria, Polonia, Hungría, Estonia, Lituania y la República Eslovaca<sup>34</sup>. Rusia ha entrado en la Organización el 28 de febrero de 1996, con 164 votos favorables, 35 en contra y 16 abstenciones<sup>35</sup>. Muchos otros Estados ambicionan la entrada en el Consejo de Europa. Los Estados nuevos deben satisfacer un período transitorio de acomodamiento y luego podrán ratificar la Convención.

La necesidad de una reforma fue objeto de discusión desde 1985. La fusión de la Comisión y el Tribunal fue una idea que tomó cuerpo a partir de 1986. El Protocolo adicional n.º 8 ha dado un gran empuje al aceleramiento del proceso. Pero la extensión de los procedimientos seguía siendo un elemento negativo y siempre en aumento. El caso *Cardot/F*<sup>36</sup>

<sup>31</sup> PEUKERT, Wolfgang, «Vorschläge zur Reform des Europäischen Menschenrechtssystem», *EuGRZ* 1993, pp. 173 ss.; ver asimismo «Erläuternder Bericht zu Protokoll Nr. 11 zur Europäischen Menschenrechtskonvention», *EuGRZ* 1994, pp. 328 ss.

<sup>32</sup> TARSCHYS, Daniel, «Wandel in Mittel- und Osteuropa und die Stellung des Europarates, Vorträge», *Reden und Berichten aus dem Europa-Institut*, n.º 336, Saarbrücken, 1996.

<sup>33</sup> Andorra pasó a formar parte del Consejo de Europa el 10 de noviembre de 1994, luego de lograr su independencia.

<sup>34</sup> Ver el informe de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 22 de febrero de 1992 en *HRLJ* 1992, p. 230.

<sup>35</sup> Dicha adhesión ha presentado no pocas críticas, ver: «Comentario de redacción del Bulletin européen», *Rivista mensile della Fondazione Europea Dragàn*, 1996, n.º 2 (549), p. 1. Pero a pesar de ello, opinaba el defensor de los derechos humanos, y a la vez vehemente crítico del accionar de Rusia frente a Tschetschenia, Sergei Kowaljow, que este país «necesita ser apoyado y a la vez estar sujeto a presión y que ambas cosas se podrían lograr a través de su pertenencia al Consejo de Europa.» Ver, en contra, DIEHL, Günter: «La propia dinámica de la política rusa es muy fuerte como para dejarse manejar por el Oeste»: «Rußland im Europarat», *Die Politische Meinung* 1996, n.º 318, pp. 11 ss.

<sup>36</sup> CARDOT, F., sentencia de 19 de marzo de 1991, series A, n.º 200.



ha suscitado numerosas críticas. Tras un proceso de más de 7 años se resolvió que todavía no estaba agotada la vía interna. En el caso *H./GB*<sup>37</sup> se necesitaron 5 años para determinar que el proceso de derecho de familia que se había llevado a cabo en el Estado miembro y que había durado 2 años y siete meses había sido muy extenso.

Los motivos que condujeron a la necesidad de modificar el sistema son los siguientes: en primer término el crecimiento en el número y la complejidad de los casos, en segundo término, la plena participación de nuevos países del este, y en tercer lugar, el movimiento que se lleva a cabo dentro de la Unión Europea, donde los derechos humanos van tomando un papel político y legal cada vez más importante<sup>38</sup>.

El Protocolo Adicional n.º 11 presenta las siguientes características:

Un *permanente* Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene a funcionar en reemplazo de los tres órganos existentes, o sea Comisión, Tribunal y Comité de Ministros, en cuanto a lo que se refiere a decisiones sobre un particular o un Estado parte. La competencia del Comité de Ministros se limita al control de ejecución de las sentencias del Tribunal que realizan los Estados miembros.

El Tribunal sesionará permanentemente, o sea tendrá una organización parecida al Tribunal de las Comunidades Europeas de Luxemburgo. La presencia permanente de los jueces en Estrasburgo significará un cambio de mucha importancia. La influencia de los funcionarios que operaban hasta ahora en la secretaría de la Comisión y la Cancillería del Tribunal desaparece. El proceso queda desde el comienzo en manos de los jueces.

El Protocolo ha tenido defensores y detractores. El argumento más importante a favor de la existencia de un único órgano decisorio es el acortamiento de los procesos al eliminar una instancia. Además el nuevo artículo 26 exige el agotamiento del proceso en el ámbito nacional, o sea deben agotarse diversas instancias en el ordenamiento interno antes de invocar al Alto Tribunal.

Al particular damnificado se le permite acceder directamente al Tribunal, teniendo en cuenta que previamente se decidirá en forma separada acerca de la admisibilidad de la demanda<sup>39</sup>. Aquí se alzan algunas voces que dicen que ya en este estadio se presentarían complicaciones<sup>40</sup> que

---

<sup>37</sup> *H./GB*, sentencia de 8 de julio de 1987, series A, n.º 120.

<sup>38</sup> Human Rights, «A continuing challenge for the Council of Europe», *Council of Europe Press*, 1995, pp. 16 ss.

<sup>39</sup> Art. 29, ap. 3: «La decisión acerca de la admisibilidad se toma separadamente, en tanto y en cuanto el Tribunal, en casos excepcionales, no decida de otra manera».

<sup>40</sup> TRECHSEL, Stefan, «Zur Reform des Europäischen Menschenrechtsschutz-Systems», en *Europarat und Menschenrechte*, Manfred NOVAK (ed.), Wien 1993, p. 111.

demonstrarían que este protocolo es el resultado de serios compromisos políticos: un comité de tres jueces, incluido el juez informante puede, de acuerdo al artículo 28 declarar por decisión unánime que una demanda es *inadmisibile*. «Si no obra ninguna decisión conforme el artículo 28», decide, por regla general, una cámara acerca de la admisibilidad de la demanda y en la materia propiamente dicha. Este texto se puede interpretar, como si primeramente todas las demandas debieran ser sometidas al comité en pleno. Una tal regla no convence ya que sería algo sin sentido negarle al informante la posibilidad de enviar directamente a la cámara una demanda que él considere admisible<sup>41</sup>.

Se critica el posible veto de las partes, en el caso del artículo 30, que establece la facultad de remitir la demanda a una gran cámara cuando surjan cuestiones de difícil solución en lo que respecta a la interpretación de la Convención o cuando ellas pudieran conducir a una modificación de la jurisprudencia del Tribunal. Así el artículo expresa en su último párrafo: «siempre y cuando las partes no estén en contra de ello». Se deja al arbitrio de las partes la elevación de actuaciones en los casos extremos antes citados. Aquí se podría querer ganar tiempo, cosa que al proceso no lo beneficiaría de ningún modo.

También se arguye que el Protocolo adicional n.º 8, entrado en vigor el 1 de enero de 1990, ya ha proporcionado una mejora en el aceleramiento del proceso, que en realidad no era tan extenso (SIC!)<sup>42</sup>. Se dice además que un segundo control en la instancia frente al Tribunal ofrece una «correcta» prueba del asunto.

Si nos tenemos que decidir por una alternativa, la estadística muestra a las claras que el progresivo peso de la actividad que recae sobre los órganos de la Convención trae como consecuencia la excesiva duración del proceso. Asimismo aparece esta situación poco económica. En ciertos casos resulta sorprendente que el demandante, tras el agotamiento de la instancia nacional tenga el valor de pleitear ante los órganos de Estrasburgo!

Además, según las estadísticas, en muchos casos este doble sistema de instancias repercute en favor de los Estados ya que éstos se encuentran en una mejor posición que el particular de proseguir la instancia. La práctica ha demostrado que una posterior investigación de los hechos casi siempre repercute en favor de los Estados, pues en cuanto el Tribunal tiene una opinión contraria a la seguida por la Comisión, ocurre esto en la mayoría de los casos a costa del particular. Como ejemplos destaca-

---

<sup>41</sup> TRECHSEL, Stefan, *op. cit.* (nota 41), p. 111.

<sup>42</sup> EISSEN, Marc-André, «L'aspect institutionnel du protocole n.º 11 à la Convention», *Bulletin des Droits de l'Homme*, 1995, n.º 4, Institut Luxembourgeois des Droits de l'Homme, p. 5.

bles de ello figuran cuatro casos<sup>43</sup>, en los cuales la Comisión decidió por unanimidad que el Artículo 6 de la CEDH, en lo que concierne a la duración del proceso dentro del ordenamiento interno había sido violado, cuando el Tribunal resolvió también por unanimidad todo lo contrario.

Está en la naturaleza de las cosas el que en casos muy controvertidos y de difícil solución el Tribunal y la Comisión sostengan posiciones divergentes. En los casos hasta el presente resueltos ha habido 226 en los que existieron divergencias, de los cuales 11 han sido casos en que la Comisión no ha encontrado violación y el Tribunal, sí. También problemática es la situación de diferencias de criterio entre ambos órganos con respecto a la admisibilidad del recurso. Ello conduce a grandes dilaciones.

De ahí que lo que se debe evitar es el retraso del proceso, que es además una de las causas más comunes por la que se recurre a las instancias de Estrasburgo. Asimismo se debe evitar que el demandado incurra en mayores costos. Concretamente el proceso frente a las autoridades judiciales de derechos humanos está libre de tasas. Pero ello no significa que las autoridades nacionales no puedan exigir las para cuando se registra la entrada de una demanda. Al demandado no se le deberían ocasionar demasiados gastos. Una demanda que no ha sido rechazada de plano por inadmisibilidad y que sigue las instancias internas no debería estar sometida a tales grandes riesgos.

A pesar de todas las críticas existentes creo firmemente que no se pueden desestimar las virtudes del Protocolo. La reforma no debe quedarse ya en el tintero.

Como síntesis de las ventajas de la reforma del control del sistema, a los fines de hacerlo más efectivo, se pueden destacar:

- Creación de una única instancia, que funcione permanentemente, que pueda actuar en forma profesional y utilizar toda su fuerza para lograr una solución al problema presentado y que asegure la actividad que hasta el momento realizaban la Comisión y el Tribunal. Esto es de una necesidad innegable dado el creciente número de Estados que han adherido a la Convención;
- Una mayor protección de los derechos tutelados;
- Una acabada, pero a la vez simplificada, etapa de prueba;
- Diferenciación entre violaciones de los derechos humanos formales o técnicas, o violaciones de gran peso;
- Establecimiento de tasas para demandas faltas de objeto y elevación de tasas para cubrir gastos de ayudas financieras en los procesos.

---

<sup>43</sup> G./I, series A, n.º 228-F; Andreucci/I, series A, n.º 228-G; Arena/I, series A, n.º 228-H y Cormio/I, series A, n.º 228-I, todas sentencias de 27 de febrero de 1992.

En lo que concierne al nuevo Tribunal estará compuesto por un juez de cada Estado miembro de la Convención. Decidirá en comisiones, en cámaras y en una gran cámara. El juez del Estado miembro parte interviene en la cámara correspondiente y en la gran cámara cuando sea necesario. El Tribunal en pleno decide solamente acerca de cuestiones de organización y administrativas.

Las comisiones estarán compuestas por 3 jueces, las cámaras por 7 y la gran cámara por 17 jueces. Las comisiones actuarán por encargo de las cámaras, pero durante un período determinado. Ellas toman a su cargo la función de filtro que hasta ahora realizaba la Comisión y pueden declarar inadmisibles demandas de un particular. Las condiciones de admisibilidad permanecen sin cambios.

Las cámaras serán también llamadas a sesionar por el Tribunal por un período determinado. Los jueces pueden pertenecer al mismo tiempo a diferentes cámaras. Las cámaras deciden sobre la admisibilidad y el fundamento de una demanda.

La gran cámara toma a su cargo esencialmente las tareas que hasta ahora eran resueltas en *plenum*. Ella decide acerca de demandas de los Estados y demandas de un particular que —excepcionalmente— le son remitidas a su consideración.

La gran cámara estará integrada por:

- El Presidente
- Los Vicepresidentes
- Los Presidentes de las cámaras, así como también jueces nacionales.

Los otros miembros serán nombrados a través del pleno del Tribunal.

La gran cámara puede ser llamada a sesionar en casos concretos o por un determinado tiempo.

#### 4. NUEVO DESENVOLVIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO

La demanda de un particular puede ser planteada por él mismo, bajo las mismas condiciones exigidas hasta ahora.

La Secretaría de la Comisión sigue teniendo vinculación con la Cancillería del Tribunal como hasta el momento actual y en caso de ser necesario puede acompañar una aclaración complementaria. Se supone que una gran cantidad de demandas que no cumplen las condiciones de admisibilidad o que no tengan posibilidades de éxito, serán ya sustraídas del proceso en esta etapa previa. El paso a seguir es el siguiente: se registra la demanda y se nombra un informante. Normalmente la demanda será

examinada por una comisión o comité de tres jueces, a los fines de controlar si ella es admisible o si es infundada en forma evidente. La decisión de que una demanda es inadmisibile es resuelta por unanimidad y tiene carácter definitivo. Si por el contrario encuentra el informante que la demanda no es infundada y es admitida, puede remitirla inmediatamente a la cámara. Hasta aquí el proceso tiene correspondencia con el anterior. La cámara, compuesta por siete jueces, decide sobre la admisibilidad y el fundamento de la demanda. El informante prepara la decisión y puede tomar contacto con las partes. Normalmente se desenvuelve una audiencia oral en las cámaras.

Las partes toman primeramente su posición en forma escrita. También se puede llegar a una conciliación amistosa. Esto puede suceder especialmente tras la decisión sobre la admisibilidad, que por regla general debe ser tomada en forma separada por la cámara. De no darse el acuerdo conciliatorio, entonces sigue el procedimiento hasta llegar a la sentencia.

La cámara puede remitir los autos a la gran cámara cuando considere que su futura decisión se desviará de un anterior pronunciamiento del Tribunal. También puede darse esa situación cuando considere que el asunto es de mucho peso y cuando se plantean cuestiones de interpretación o de aplicación de la Convención o de sus protocolos adicionales. Esto puede tener lugar cuando ninguna de las partes se oponga (art. 30). (Ver lo dicho sobre este punto en el n.º 3).

Acerca de la admisibilidad de la convocatoria a la gran cámara decide un comité formado por cinco jueces (art. 43).

La sentencia de la cámara será entonces definitiva cuando la gran cámara no pueda ser más llamada a intervenir. Las consecuencias jurídicas son las mismas que las que resultan de una sentencia proveniente de la gran cámara, o sea, el Estado afectado está obligado de acuerdo al derecho internacional, al cumplimiento de la sentencia. El Comité de Ministros controla, como lo venía haciendo hasta ahora, la ejecución de la sentencia.

Resumiendo, el procedimiento puede ser concretizado así:

1. Presentación de la demanda ante la Cancillería y, en caso de ser posible, inicio de la correspondencia necesaria entre las partes.
2. Registro de la demanda, asignación de una cámara y nombramiento del informante.
3. Control a través de un comité formado por tres jueces.
4. Decisión del comité. En caso de no admitirse la demanda, la decisión será de carácter definitivo.
5. Traslado de la demanda al Gobierno del Estado parte.

6. Comunicación de los hechos y de los escritos de las partes.
7. Procedimiento oral.
8. Decisión de la cámara acerca de la admisibilidad del recurso.
9. Posibilidad de un acuerdo conciliatorio entre las partes.
10. Sentencia que decidirá sobre el fundamento de la demanda a través de la cámara o en caso de ser necesario, a través de la gran cámara.

## 5. SIGNIFICADO DE LA NECESIDAD DE UNA REFORMA

Dos elementos demuestran el porqué se halla en peligro el sistema actual de protección de los derechos humanos vigente desde hace 40 años<sup>44</sup>.

En primer término: el número de demandas y su complejidad aumenta en forma agigantada y la extensión del Consejo de Europa excede el marco inicial. La Convención fue concebida para diez o doce miembros y por lo tanto el actual sistema no puede resultar efectivo cuando entran a jugar en el espectro convencional casi 40 Estados<sup>45</sup>.

En segundo término se puede decir que la firma del protocolo significará un paso adelante en tanto y en cuanto se produzca rápidamente la ratificación del mismo por parte de los Estados miembros. Día a día suceden nuevas violaciones de los derechos humanos y por ello es por demás conveniente una reforma que por medio de un órgano independiente lleve a cabo su tarea.

El nuevo protocolo fue preparado y concluido en alrededor de 10 meses, tras largos años de discusiones. Entre la Comisión y el Tribunal y es-

---

<sup>44</sup> Ver FLAUSS, Jean-François, «Le Protocole n.º 11: Côté Cour», *Bulletin des Droits de l'Homme*, n.º 3, 1994, p. 3. Para mayores precisiones, ver del mismo autor, «L'activité conventionnelle du Conseil de l'Europe relative à la Convention européenne des droits de l'homme. Bilan d'une décennie», *AFDI* 1989, p. 507.

<sup>45</sup> PETZOLD, Herbert/SHARPE, J.L., «Profile of the Future European Court of Human Rights», en MATSCHER, Franz/PETZOLD, Herbert (ed.), *op. cit.* (nota 5), pp. 471-509; MEYER-LADEWIG, Jens, «Reform of the Control Machinery», en MACDONALD, Ronald St. John/MATSCHER, Franz/PETZOLD, Herbert (ed.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 909-926; PEUKERT, Wolfgang, *op. cit.* (nota 31), pp. 173-183; GOLSONG, Heribert, «Zur Reform der Kontrollinstanzen der Europäischen Menschenrechtskonvention», *EuGRZ* 1992, pp. 249-253; LEUPRECHT, Peter, «New Challenges for the Council of Europe's Human Rights System», en *Mennesker and Rettigheter*, 1992, pp. 3-7; DE VEY MESTDAGH, Karel, «Reform of the European Convention on Human Rights in a changing Europe», en *Studies in Honour of Henry G. Schermers*, Martinus Nijhoff, 1994, pp. 298-320; TOMUSCHAT, Christian, «Quo Vadis, Argentoratum? The success story of the European Convention on Human Rights-and a few dark stains», *HRLJ* 1992, pp. 401-406; DRZEMCZEWSKI, Andrew Z., «The need for a radical overhaul», *New Law Journal* 1993, p. 126, 134-135.

pecialmente con la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se han sucedido un sinnúmero de consultas<sup>46</sup>.

Con respecto a este instrumento es de destacar, sin incurrir en repeticiones, que todo lo actuado fue:

- Primeramente obra de un compromiso político<sup>47</sup> que preparó las bases de la futura reforma. Los nuevos artículos 30<sup>48</sup> y 43<sup>49</sup> tratan de la remisión de demandas de un particular o un Estado parte, de una cámara compuesta por siete jueces a la gran cámara, compuesta por 17 jueces. Estos artículos conforman la parte esencial del mencionado compromiso político, que fue necesario para alcanzar un acuerdo entre los Estados miembros del Consejo de Europa a los fines de simplificar el proceso actual del mecanismo de control e implementar un único control de instancia.
- En segundo lugar, en cuanto al tema del reconocimiento de la demanda presentada por el particular damnificado y del carácter de la jurisdicción del Tribunal, en el sentido de si ella debía ser obligatoria o facultativa como hasta la actualidad, debe decirse que ésta ha sido una discusión de profunda importancia.
- En tercer lugar se decidió no implementar la figura del abogado general.
- Finalmente la determinación de que el nuevo tribunal estuviera compuesto por un número de jueces que tuviera correspondencia

---

<sup>46</sup> Ver el «Informe sobre el Protocolo Adicional n.º 11, (nota 31) y la posición de la Asamblea Parlamentaria de 25 de enero de 1994», *EuGRZ* 1994, pp. 81 ss.

<sup>47</sup> Con el llamado «Compromiso de Estocolmo» en mayo de 1993 se alcanzó el punto mayor de ruptura y se llegó a la conclusión de que la idea de un Tribunal como único órgano de control debía ser aceptada por los estados miembros que hasta el momento se pronunciaban en contra.

<sup>48</sup> El artículo 30 dispone: «**Despacho de la causa a la gran cámara.**

Cuando una causa pendiente de resolución en una cámara presente una dificultad de interpretación de la normativa convencional de gran peso, o cuando la decisión que debería tomar dicha cámara se aparte de un anterior pronunciamiento del Tribunal puede dicha cámara en cualquier momento del proceso, antes de emitir su sentencia, remitir las actuaciones a la gran cámara, siempre y cuando ninguna de las partes del proceso se oponga.»

<sup>49</sup> El artículo 43 dispone: «**Remisión a la gran cámara**

1. Dentro del plazo de tres meses contados a partir de la sentencia de la cámara toda parte interviniente en el proceso puede en casos excepcionales solicitar la remisión de la causa a la gran cámara.

2. Un comité integrado por cinco jueces de la gran cámara admite la causa cuando el caso arroja una cuestión de difícil solución interpretativa o de aplicación de la Convención o de sus protocolos o una difícil cuestión de gran peso en sentido general.

3. Cuando el comité admite la causa, entonces decide la gran cámara a través de una sentencia.»

con el número de Estados partes de la Convención y no como hasta ahora, por un número igual al de los Estados miembros del Consejo de Europa.

Importantes aspectos del protocolo son de destacar:

1. Los cambios estructurales se refieren a una reforma del mecanismo de control. No se refieren a cambios en los derechos protegidos por la Convención o sus protocolos adicionales<sup>50</sup>. El mecanismo de control ha sido reformado profundamente: *se crea una nueva institución*.
2. Se aprovechó la oportunidad para mejorar, en el sentido gramatical, la redacción de algunas de las prescripciones de la Convención. Por ejemplo, el artículo 38 (actual artículo 28) sobre el proceso de conciliación y el artículo 41 (actual artículo 50) acerca de la satisfacción equitativa de la parte lesionada. Asimismo fueron agregados títulos y subtítulos, que sin cambiar el sentido de la Convención, hacen más clara la lectura por parte de los legos. La Asamblea Parlamentaria es la que acentuó la necesidad de una tal reforma<sup>51</sup>.
3. Por último, el artículo 63 actual ha sido prácticamente repetido en su nueva redacción (ahora como artículo 56) en lo que se refiere a declaraciones de un Estado al momento de la ratificación o con posterioridad a ella, en cuanto a que la Convención se aplicará a todos o a algunos de los territorios de cuyas relaciones internacionales el Estado sea responsable (por ejemplo, Gran Bretaña y los Países Bajos), lamentablemente, entonces, se mantiene todavía la situación del carácter facultativo de la demanda de un particular en el caso de estos territorios.

## 6. CONCLUSIÓN

El Protocolo Adicional n.º 11 es, como ha sido expuesto anteriormente, el resultado de un gran compromiso político. Su resultado es positivo.

Existirá un único control que actuará en forma permanente y como órgano jurisdiccional asegurará la garantía de los derechos fundamentales. Ello será de gran importancia en cuanto a la efectividad de la función en la práctica y como institución. Se evitará la duplicación de procedimientos llevados a cabo por la Comisión y el Tribunal.

<sup>50</sup> DRZEMCZEWSKY, Andrew/MEYER-LADEWIG, Jens, *op. cit.* (nota 30), p. 321.

<sup>51</sup> DRZEMCZEWSKY, Andrew/MEYER-LADEWIG, Jens, *op. cit.* (nota 30), p. 321.



La demanda del particular se vuelve obligatoria. Esto significa un desarrollo extraordinario, especialmente teniendo en cuenta que ahora la aceptación del derecho de una petición individual brinda la ventaja de abrir las puertas al nuevo Tribunal para examinar cuestiones provenientes de Estados del centro y este de Europa que ingresaron últimamente al Consejo de Europa, para los que quedó sobreentendido que aquellos que todavía no hubieran ratificado la Convención, ratificarán el protocolo, si ello fuera posible, junto con la Convención, en su nueva versión<sup>52</sup>. De esta manera no tendrán necesidad de efectuar la declaración expresa prevista por el artículo 25<sup>53</sup> sobre la legitimación activa. En cuanto al impacto que producirá la adhesión en los sistemas jurídicos de los nuevos Estados miembros, resulta este aspecto de la Convención un hito que produce un cambio muy positivo<sup>54</sup>.

El rol del Comité de Ministros quedará limitado ahora solamente a la supervisión de la ejecución de las sentencias del Tribunal. Este desenvolvimiento aumenta la credibilidad de la Convención como un sistema judicial, en el cual un cuerpo político no toma parte en las decisiones<sup>55</sup>.

Los acuerdos amistosos no se ven comprometidos por el hecho de que ahora exista un solo órgano decisor.

La Convención prevé ahora especialmente la intervención de terceras partes<sup>56</sup>. Así se valoran las cartas amigables, como un método de asistencia a la labor judicial.

La nueva composición de las cámaras, con siete jueces dará más agilidad al proceso.

Por último, el nuevo sistema quiere ser más abierto y transparente. Las audiencias que se llevan a cabo frente a las cámaras o a la gran cámara serán públicas y el principio de confidencialidad que reinaba en el procedimiento en la Comisión y Comité de Ministros (art. 32), será abandonado.

---

<sup>52</sup> DRZEMCZEWSKY, Andrew/MEYER-LADEWIG, Jens, *op. cit.* (nota 30), p. 317.

<sup>53</sup> Art. 25: «1. La Comisión podrá conocer de cualquier demanda dirigida al Secretario general del Consejo de Europa por cualquier persona física ... que se considere víctima de una violación de los derechos reconocidos en el presente Convenio, en el caso en que la Alta Parte Contratante acusada haya declarado reconocer la competencia de la Comisión en esta materia ...»

<sup>54</sup> HARRIS, David J/O'BOYLE, Michael/WALBRICK, Chris, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, 1995, p. 711.

<sup>55</sup> RYSSDALL, Rolv, «Opinion: The Coming of Age of the European Convention on Human Rights», *European Human Rights Law Review* 1996, pp. 18 ss. (28).

<sup>56</sup> Art. 36, par. 2: «El presidente del Tribunal puede en interés de la administración de justicia dar la oportunidad a un estado contratante, que no sea parte en el proceso, o a cualquier particular afectado, que no sea demandante en el mismo, de expedirse por escrito o de participar en una sesión oral.»

Solamente si el Tribunal demuestra ser un fuerte elemento de continuidad entre el antiguo sistema y el nuevo logrará su tarea con éxito, especialmente en la aplicación de la ya alcanzada experiencia y en tanto en cuanto pueda transferir exitosamente los métodos de trabajo y el *know-how* procedimental de las existentes instituciones.

Una reforma del sistema de protección de los derechos quiere significar una reforma de la Convención, o sea, un protocolo modificatorio requiere la ratificación de todos los Estados miembros. El protocolo entrará en vigor un año después de la ratificación de todos los Estados miembros.

El período de funciones de los actuales jueces y miembros de la Comisión finaliza con la entrada en vigor del nuevo protocolo. La Comisión actuará todavía un año más a los fines de concluir los procesos pendientes (art. 5).

Las demandas que estén pendientes de resolver por la Comisión y que ya han sido declaradas admisibles serán concluidas por la misma de acuerdo al procedimiento anterior. La Comisión tendrá un año para la consecución de estos fines. Estas demandas pueden ser enviadas al nuevo tribunal de acuerdo al artículo 48 (nuevo) y de acuerdo al Protocolo adicional n.º 9 en tanto y en cuanto éste sea aplicable. El comité de la gran cámara resolverá (art. 43) si estos casos serán resueltos por una cámara o por la gran cámara. Demandas que a la época de entrada en vigor del nuevo protocolo se encuentren todavía pendientes, pero no hayan sido declaradas admisibles, quedarán sujetas a resolución por el nuevo tribunal. Casos, que en el momento de la entrada en vigor del nuevo protocolo se encuentren pendientes de resolución por el actual tribunal, serán resueltos por la gran cámara, según el nuevo procedimiento.

Es de esperar que las observaciones de muchos pesimistas<sup>57</sup> queden desvirtuadas y que se produzca la rápida reacción de los Estados miembros ratificando este importante instrumento.

---

<sup>57</sup> EISSEN, Marc-André, *op. cit.* (nota 42), p. 17.

# La política audiovisual europea: especial referencia a la directiva televisión sin fronteras y su reforma

por José Martín y Pérez de Nanclares\*

Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de La Rioja.  
Titular de la cátedra *Jean Monnet* de Derecho Comunitario

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA TELEVISIÓN Y EL TCE: EL PROTAGONISMO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE.—1. **La situación jurídica antes del TUE: la actividad de radiodifusión televisiva como una prestación de servicios.**—2. **La situación jurídica después del TUE.**—III. LA DIRECTIVA TELEVISIÓN SIN FRONTERAS.—1. **Proceso de elaboración.**—2. Contenido.—A. *Principios generales.*—B. *Ambito de aplicación.*—C. *Las cuotas para programas europeos y productores independientes.*—D. *Normas sobre publicidad y patrocinio.*—E. *Normas sobre protección de menores.*—F. *El derecho de réplica.*—3. **Los problemas de la transposición.**—IV. LA REFORMA DE LA DIRECTIVA TELEVISIÓN SIN FRONTERAS.—1. **Criterios que determinan la competencia de los Estados.**—2. **El fomento de las obras europeas.**—3. **Publicidad y televenta.**—4. **La protección de menores.**—5. **El comité de contacto.**—V. HACIA UNA POLÍTICA AUDIOVISUAL EUROPEA.—VI. CONSIDERACIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN

En el último tiempo la televisión se ha erigido para amplios sectores de la sociedad actual en el único instrumento de transmisión de información, cultura y hasta de ocio. A la par, al combinarse los modernos satélites de difusión directa, los cuales permiten recibir a través de una pequeña antena parabólica cientos de programas de las más diversas procedencias, la

---

\* El autor agradece a Mariola Urrea Corres, profesora asociada de Derecho Internacional Público de la Universidad de La Rioja, la estimable ayuda prestada en las labores de documentación y elaboración del presente artículo. La realización de este trabajo se enmarca en el proyecto PS-95-0087 concedido por la Dirección General de Enseñanza Superior del Ministerio de Educación y Cultura.

fibra óptica, que garantiza una multiplicación casi infinita en la oferta de programas de televisión y servicios «a domicilio», el magnetoscopio e incluso el ordenador y la teleinformática, el mundo audiovisual ha entrado en una trepidante aceleración histórica que exige profundas reflexiones jurídicas desde la más sosegada galaxia Gutenberg. Y lo que se constata, de entrada, es que los sustratos jurídico-doctrinales —y hasta las concepciones sociopolíticas subyacentes— se han visto totalmente desbordados por la irrupción, en el plano exterior, de una multiplicidad casi ilimitada de programas transfronterizos, procedentes de países con ordenamientos y culturas jurídicos tan diferentes como variados, y, en el plano nacional, por el acicate que la incursión de las televisiones privadas está produciendo en casi todos los Estados europeos. Obviamente la conclusión primera es la conveniencia de una regulación jurídica del fenómeno audiovisual que supere la tradicional equivalencia entre el área de emisión y las fronteras nacionales.

Este clamor por una regulación transfronteriza del fenómeno audiovisual fue escuchado, siquiera parcialmente, por la CE al adoptar al final de la década de los ochenta y tras un atribulado proceso de elaboración una controvertida directiva para la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las actividades de radiodifusión televisiva<sup>1</sup>, la conocida directiva «televisión sin fronteras». A su arropo, las instituciones comunitarias han ido tejiendo pacientemente una tenue red normativa que intenta abrir paso en el contexto europeo a una verdadera política audiovisual europea para la que el Tratado de la Comunidad Europea (en adelante TCE), pese a la introducción del nuevo artículo 128, no ofrece aún base jurídica suficiente.

Con todo, el trepidante avance científico en materia audiovisual, unido a la experiencia práctica derivada de alguna de las disposiciones de la directiva reseñada, mostraron pronto la conveniencia de abordar una primera reforma que constituirá el *leit-motiv* del presente trabajo. Por ello, una vez situado el fenómeno audiovisual en el marco del TCE (II), con las deficiencias técnico-jurídicas que ello comporta, y analizado *grosso modo* el contenido y problemas de transposición de la directiva «televisión sin fronteras» (III), se tratará de afrontar el estado de los trabajos institucionales comunitarios para la inminente reforma de la directiva (IV). Para terminar, antes de ofrecer las preceptivas consideraciones finales (VI), se aportará como corolario final el análisis de los tímidos pasos dados en el marco comunitario para lograr una verdadera política audiovisual europea (V).

---

<sup>1</sup> Directiva 89/552/CEE de 3.10.1989, DOCE L 298 de 17.10.1989, pp. 23-30. Sobre ella vid. *in extenso* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La directiva de televisión: fundamento jurídico, análisis y transposición al Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea*, Ed. Colex, Madrid 1995; *ibidem*: *Die Fernsehrichtlinie*, Ed. Peter Lang, Frankfurt-Viena-Nueva York-Berna 1995.

## II. LA TELEVISIÓN Y EL TCE: EL PAPEL PROTAGONISTA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE

### 1. La situación jurídica antes del TUE: la actividad de radiodifusión televisiva como una prestación de servicios

El originario Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) no contenía ninguna atribución expresa de competencias para la regulación del fenómeno televisivo o la consecución de una política audiovisual comunitaria. Quiere ello decir que, según el principio de la competencia de atribución<sup>2</sup> las instituciones comunitarias, en el marco de la delimitación vertical de competencias, no tienen un poder general para adoptar todos los actos necesarios encaminados a lograr una política audiovisual global. Mas, en modo alguno, supone que las instituciones comunitarias tan sólo dispusieran de aquellas competencias que se les han atribuido expresa y detalladamente. Tanto el artículo 235, como las teorías de los poderes implícitos (*implied-powers*) y del efecto útil y necesario, desarrolladas por el TJCE, impiden tal afirmación. De acuerdo con aquel artículo y sus concordantes en los Tratados CEEA y EURATOM<sup>3</sup>, en los supuestos en que para lograr alguno de los objetivos de la Comunidad resulte precisa una acción de ésta y el Tratado no haya previsto los poderes de acción necesarios, el Consejo podrá adoptar por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento, las disposiciones pertinentes. Así, este precepto ha servido para adoptar diversos instrumentos jurídicos de la incipiente política audiovisual comunitaria, v.gr. el Programa MEDIA I.

---

<sup>2</sup> Vid. en el antiguo TCEE: artículo 3: «A los fines enunciados en el artículo anterior, la acción de la Comunidad llevará consigo, *en las condiciones y según el ritmo previsto en el presente Tratado (...)*»; artículo 4 párrafo 1.º: «La realización de las funciones asignadas a la Comunidad corresponderá a una Asamblea, un Consejo, una Comisión, un Tribunal de Justicia. *Cada institución actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado*»; artículo 189 párrafo 1.º: «*Para el cumplimiento de su misión* el Consejo y la Comisión adotarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones (...) Todos los subrayados son añadidos. Cfr. Ag Dutheillet de Lamothé, conclusiones al as. 22/70 Comisión/Consejo (AERT), *Rec.* 1971, pp. 285-296 (especialmente p. 294). Actualmente se pronuncia, además, en idéntico sentido los artículos. E TUE y 3B TCE.

<sup>3</sup> Artículo 203 del Tratado EURATOM (reproduce el art. 235 TCEE aunque prescindiendo del inciso relativo a «en el funcionamiento del mercado común») y artículo 95-1.º T CEEA establece: «En todos los casos no previstos en el presente Tratado en que resulte necesaria una decisión o una recomendación de la Comisión para alcanzar, durante el funcionamiento del mercado común del carbón y del acero y de conformidad con las disposiciones del artículo 5, uno de los objetivos de la Comunidad, tal como están definidos en los artículos 2, 3 y 4, dicha decisión podrá tomarse o dicha recomendación podrá formularse con dictamen favorable del Consejo emitido por unanimidad, previa consulta al Comité consultivo». Véase igualmente artículo 13 del Acta sobre elección directa del Parlamento.

Ahora bien, el alcance jurídico de este precepto no debe ser mal interpretado, ya que, en modo alguno, puede deducirse de él una «competencia sobre la competencia» (*Kompetenz-Kompetenz*) en el sentido dado a este concepto de genuino cuño alemán en el Derecho constitucional. El mecanismo de modificación del tratado, recogido hasta noviembre de 1993 en el artículo 236 TCEE (actualmente lo hace en idéntico sentido el art. N TUE), opera en todo caso como límite; cada institución actúa dentro de los límites de las competencias atribuidas por el Tratado (arts. 4-1.º, 189-1.º, 145, 155, etc.); y nunca podría recurrirse al artículo 235 como fundamento jurídico si existiese en el Tratado otras normas de atribución de competencia que prevean otros requisitos procedimentales diferentes.

Por otro lado, se impone señalar que, paralelamente al artículo 235, o, mejor dicho, al artículo 95 TCECA, el Tribunal de Justicia empezó a desarrollar en su más temprana jurisprudencia la teoría de los poderes implícitos (*implied-powers*), según la cual las normas contenidas en el Tratado llevan implícitas en sí mismas todas aquellas otras normas sin las que las primeras perdería su sentido o sin las que no podría lograrse una aplicación útil y razonable de aquellas<sup>4</sup>. Ello no sería sino el reflejo de una regla interpretativa generalmente admitida tanto en el Derecho Internacional Público<sup>5</sup>, como en el nacional<sup>6</sup>, por lo que no puede conside-

---

<sup>4</sup> TJCECA sentencia de 29.11.1956, as. 8/55 Fédération Charbonnière de Belgique/Alta Autoridad, *Rec.* 1955-56, pp. 297-326 especialmente p. 305: La Federación carbonera belga, recurrente conforme al artículo 33 párrafo 3.º del TCECA en relación al artículo 84 y 85 del Reglamento del Tribunal entonces vigente, sostuvo a lo largo del procedimiento oral que a falta de una atribución expresa contenida en el TCECA la Alta Autoridad no estaba habilitada para fijar unos precios-base sobre determinadas variedades de carbón, por lo que consideraba la decisión comunitaria 1-53 de 7 de febrero de 1953 sobre mecanismos de reajuste de precios como una atribución ilegítima de competencias. El reconocimiento de un poder semejante supondría, según la Federación, una interpretación extensiva inadmisibles en Derecho (vid. p. 304). El Ag Lagrange rechazó de plano esta postura (pp. 234-290, especialmente p. 287), considerando la decisión en cuestión ajustada a Derecho por encuadrarse dentro de lo necesario para lograr el objetivo final establecido en el Tratado. Cfr. al respecto la nota de BOULOIS, J. en *Annuaire Français de Droit International* 1956, pp. 441-452. En idéntico sentido se expresó el Alto Tribunal comunitario en su sentencia de 15.7.1960, as. 20/59 Italia/Alta Autoridad, *Rec.* 1960, pp. 708-718; sentencia de 15.7.1960, as. 25/59 Países Bajos/Alta Autoridad, *Rec.* 1960, pp. 781-791.

<sup>5</sup> Cfr. Díez DE VELASCO VALLEJO, M., *Las organizaciones internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid 1994, p. 68; ZULEEG, M., «International Organizations, Implied Powers», en BERNHARD, R. (coord.): *Encyclopedia of Public International Law* 1984, Instalment 7, p. 312.

<sup>6</sup> La Constitución norteamericana recoge la denominada *Necessary and Proper Clause*, siendo conocida la sentencia McCulloch versus Maryland en la que el juez Marshall fijó su alcance en relación al Derecho Federal americano, cfr. TJCE sentencia de 29/11/1956, As. 8/55 Fédération Charbonnière de Belgique/Alta Autoridad, *Rec.* 1955-56, pp. 291-326 (p. 305). En el resto de versiones lingüísticas de la Recopilación de Jurisprudencia diferentes del francés, no coinciden las páginas (en inglés 1955, pp. 292-309 y en alemán pp. 297-326).

rarse al artículo 235 como una codificación de este principio. En realidad, este precepto va más allá de las técnicas de poderes implícitos ya que «permite una extensión de las competencias de las instituciones comunitarias a materias que el Tratado CEE no les atribuía»<sup>7</sup>.

Más usada por el TJCE ha sido sin embargo la doctrina del *efecto útil y necesario*<sup>8</sup>, por otra parte estrechamente emparentada con la anterior. De esta manera, la interpretación buscada por el Alto Tribunal comunitario ha de hallar los criterios adecuados que, en el contexto teleológico, permitan dotar al precepto comunitario de la eficacia que más acorde resulte para la consecución de los objetivos de la Comunidad. Ha sido, precisamente, en base a esta doctrina, en virtud de la que el Tribunal ha fundamentado su polémica jurisprudencia sobre la eficacia directa de las Directivas.

Debemos, así, concluir que las instituciones comunitarias, junto a las competencias explícitas atribuidas por el Tratado, poseen todas aquellas que «sean necesarias» para el cumplimiento de las funciones a ellas encomendadas. De esta forma el Tribunal comunitario con un método interpretativo «complacientemente integrador» y dinámico ha ampliado notablemente el alcance de las atribuciones expresas de competencias hechas en el Tratado, lo cual no siempre ha sido bien recibido por la doctrina<sup>9</sup>. Ahora bien, la Comunidad no está legitimada para elaborar al amparo del artículo 235 o sus correlativas teorías de los poderes implícitos o del efecto útil y necesario, sin ninguna otra atribución competencial, una política audiovisual comunitaria de carácter general. No obstante, pueden resultar muy útiles para la elaboración de determinados instrumentos ju-

<sup>7</sup> Así se expresa LÓPEZ ESCUDERO, M., *Los obstáculos técnicos al comercio en la CEE*, Universidad de Granada, Granada 1991, pp. 219-220. Este autor, pese a que su obra se consagra específicamente al estudio de una temática bien diferente a la aquí tratada, presenta una brillante descripción general de la delimitación vertical de competencias en el Derecho comunitario (*op. cit.*, pp. 204-231).

<sup>8</sup> TJCE Sentencia de 15/07/1960, as. 20/59 Italia/Alta Autoridad (tarifas para transporte de carbón por carretera), *Rec.* 1960, pp. 663-697 (especialmente p. 688: «La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour admettre que les règles établies par un traité impliquent les normes sans lesquelles ces règles ne peuvent être appliquées utilement ou raisonnablement»); Sentencia de 31/03/1971, as. 22/70 Comisión/Consejo (AERT), *Rec.* 1971, pp. 263-284, (p. 276, fto. 24: «L'article 75 paragraphe 1 charge le Conseil de (...) prendre «toutes autres dispositions utiles»»); sentencia de 21.06.1974, as. 2/74 Reyners, *Rec.* 1974, pp. 631-657 (p. 655, fto. 50). Especialmente generoso se mostró el TJCE en la sentencia de 12.07.1973, as. 70/72 Comisión/Alemania, *Rec.* 1973, pp. 813-833, en particular p. 829, fto. 13 (en virtud de un efecto útil del art. 93-2.º TCEE se deduce la posibilidad de exigir el reembolso de las ayudas otorgadas en violación del Tratado).

<sup>9</sup> COLIN, J.P., *Le gouvernement des juges dans les Communautés Européennes*, R. Pichon, Paris 1966. Este autor se cuestiona si no son excesivos los poderes concedidos al Tribunal (vid. especialmente pp. 13, 37 y, sobre todo, p. 513).

rídicos complementarios para los que no exista una base jurídica suficiente en el Tratado, pero sean convenientes o incluso necesarios para lograr una aplicación razonable de otras normas efectivamente insertas en el Derecho originario comunitario.

Es por ello —y resulta fundamental respecto a nuestro tema— que se hace preciso buscar en el Tratado una atribución de competencia suficiente para, prescindiendo del papel que pueda jugar de forma accesoria y puntual el artículo 235, poder regular la actividad de radiodifusión televisiva. A este respecto, el TJCE se encontró en 1974 con el dilema de tener que dilucidar en el asunto *Sacchi*<sup>10</sup> si la actividad de radiodifusión televisiva se trataba de una mercancía al estilo de los bienes inmateriales como la electricidad<sup>11</sup>, en cuyo caso resultaría subsumible en los artículos 30 y siguientes del Tratado o si, por el contrario, se trataba de una prestación de servicios, con lo que le resultarían aplicables los artículos 59 y ss.

El TJCE, siguiendo la propuesta del Abogado General REISCHL<sup>12</sup>, consideró que las emisiones de televisión como tales, incluidas aquellas que tengan un fin publicitario, caen bajo las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios<sup>13</sup>, mientras que el comercio con los materiales diversos (soportes de sonido, películas, aparatos y otros productos utilizados para la emisión de programas de televisión) es subsumible en las disposiciones sobre libre circulación de mercancías<sup>14</sup>. Similar criterio diferenciador entre servicios y mercancías utilizaron el Tribunal y el Abogado General LENZ en el asunto *Cinéthèque* al considerar que las cuestiones suscitadas como consecuencia de una prohibición temporal de venta de películas de vídeo, en provecho de las salas de cine comerciales, tenía que ser considerada y resuelta a partir de las disposiciones del tratado relativas a la circulación de mercancías y no a partir de las de prestación de servicios<sup>15</sup>. Importante es, en definitiva, diferenciar lo que es la obra artística (la «película») de su soporte material (rollo o vídeo-ca-

---

<sup>10</sup> Se trataba de una cuestión prejudicial que encontró su origen en un procedimiento penal incoado en Italia contra el promotor de una cadena privada de televisión infringiendo las normas nacionales relativas al monopolio estatal italiano de materia televisiva.

<sup>11</sup> En el conocido asunto *Costa/Enel* el TJCE había considerado la electricidad como una mercancía en el sentido del Tratado; TJCE sentencia de 15.7.1964, as. 6/64 *Costa/Enel*, *Rec.* 1964, pp. 1251 y ss.

<sup>12</sup> Abogado General Reischl, conclusiones al as. 155/73 *Sacchi*, cit., *Rec.* 1974, p. 4.412.

<sup>13</sup> TJCE As.155/73 *Sacchi*, cit., p. 432 tenor 1.º de la sentencia.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 428, fto.7 y p. 432 tenor 1.º de la sentencia.

<sup>15</sup> TJCE sentencia de 11.07.1985, as. 60-61/84 *Cinéthèque/FNCF*, *Rec.* 1985, pp. 2.618-2.628 (p. 2.623, fto. 11). Sin embargo las Directivas sobre cinematografía (DOCE 1963, pp. 2.661-2.663) se han dictado al amparo de las disposiciones relativas a la libertad de prestación de servicios.



sette). La emisión de la película es una prestación de servicios; la importación de un vídeo-casette lo es de una mercancía.

La jurisprudencia posterior no aporta en el aspecto relativo a la consideración de la actividad de radiodifusión televisiva como prestación de servicio en el sentido de los artículos 59 y ss. del TCEE novedad alguna. En el asunto *Debauve*<sup>16</sup>, tras remitirse expresamente a la «doctrina *Sacchi*» establece que no «hay razón alguna para tratar a las retransmisiones de televisión vía cable de forma diferente»<sup>17</sup>. En la sentencia recaída en 1988 con ocasión del complejo caso *Bond van Adverteerders*<sup>18</sup> el Tribunal declaró que la difusión por cable de programas televisados emitidos desde otros Estados miembros con mensajes publicitarios específicamente destinados al público del Estado de recepción «constituye varias prestaciones de servicios en el sentido de los artículos 59 y 60 TCEE»<sup>19</sup>.

Por lo que respecta a la jurisprudencia surgida ya en la década de los noventa cabe decir que en la primera de ellas, asunto *ERT* (monopolio griego de televisión)<sup>20</sup>, el Tribunal se remite de nuevo a la doctrina

---

<sup>16</sup> El origen del asunto *Debauve* se remonta al año 1979. El Derecho belga preveía para las emisiones de radio y televisión un monopolio a favor de dos empresas belgas a las que les estaba legal y expresamente prohibida la emisión de publicidad comercial. Igualmente, estaba prohibida la retransmisión a terceros —por ejemplo vía cable— de programas de radio o televisión que contuvieran mensajes publicitarios. Tras denuncia de diferentes organizaciones de consumidores fue procesada la empresa distribuidora, Coditel, acusada de haber violado la prohibición de emisión de publicidad en sus retransmisiones radio-televisivas. Los acusados, entre ellos *Debauve*, argumentaron en su defensa que tal prohibición era contraria a los artículos 59 a 66 TCEE. Ante ello el Tribunal de Lüttich haciendo uso de la potestad del artículo 177 párrafo segundo TCEE planteó al TJCE la cuestión prejudicial de si una norma nacional que prohíba la retransmisión de programas de televisión con mensajes publicitarios vía cable es compatible con el artículo 59 TCEE.

<sup>17</sup> TJCE sentencia de 18.3.1980, as. 52/79 *Debauve*, *Rec.* 1980., pp. 833 y ss., en particular. 855, fto. 8.

<sup>18</sup> El artículo 4 párrafo 1.º del Reglamento ministerial que regulaba las retransmisiones por cable prohibía retransmitir a través de las redes de cable nacionales programas procedentes del extranjero que contuvieran publicidad especialmente dirigida al público neerlandés, salvo que dispusieran de autorización ministerial expresa. Comoquiera que no era el caso de los afectados en el proceso nacional, una empresa distribuidora y diferentes agencias publicitarias, hicieron constar en su defensa que tal disposición reglamentaria era contraria tanto al artículo 59 del Tratado como al artículo 10 CEDH.

<sup>19</sup> TJCE sentencia de 26.4.1988, as. 352/85 *Bond van Adverteerders*, *Rec.* 1988, pp. 2.085 y ss., especialmente, p. 2.137, tenor 1.º de la sentencia.

<sup>20</sup> *Elliniki Radiofonia Tileorasi-Etairia (ERT)* era una empresa pública griega bajo el control del Estado, a la que se le había concedido un derecho exclusivo tanto de emisión nacional de programas de televisión como de retransmisión de programas extranjeros. En diciembre de 1988 una persona jurídica de Derecho privado y el alcalde de la ciudad de Thessaloniki fundaron una empresa de televisión y empezaron a emitir programas. Así llegó el caso al juez de primera instancia (*Monomeles Protodikeio*) al que se le solicitó que se prohibiera la emisión de la programación, se tomaran medidas ejecutorias y se embargara todo el equipo técnico. Los acusados se defendieron amparándose en el Derecho Comunitario, de modo que el juez

*Sacchi*<sup>21</sup>, mientras que en las dos sentencias restantes, *Comisión/Países Bajos* y *Stichting Collectieve Antennecollectieve Gouda*<sup>22</sup>, ni siquiera se plantea la cuestión, dándose en todo momento por supuesto que la actividad de radiodifusión televisiva es una prestación de servicios<sup>23</sup>. Idéntico criterio se mantiene en la más reciente jurisprudencia, en la cual el TJCE ya ni entra a examinar la prestación de servicio<sup>24</sup>.

---

griego haciendo uso del párrafo segundo del artículo 177 planteó una cuestión prejudicial al TJCE formulando diez preguntas sobre la interpretación del Tratado, en especial de los artículos 2, 3f, 9, 30, 36, 85 y 86, así como del artículo 10 CEDH.

<sup>21</sup> TJCE sentencia de 18.6.1991, as. C-260/89 ERT, *Rec.* 1991, p. I-2925, fto. 13. Vid. sobre esta sentencia MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Fernsehmonopole und Gemeinschaftsrecht» *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 1992, pp. 607-613.

<sup>22</sup> El origen de los asuntos C-288/89 *Stichting* y C-353/89 *Comisión/Países Bajos*, cit., se cifra, por su parte, en la polémica ley neerlandesa reguladora de la producción y difusión de programas radiofónicos y de televisión (en adelante, *mediawet*). Concretamente en las condiciones impuestas por el artículo 66 para la retransmisión por cable de programas provenientes de otros Estados miembros que contengan publicidad especialmente destinada al público neerlandés. La misma ley obliga igualmente a los organismos de televisión a dirigirse a una concreta empresa nacional holandesa (*bedrijf*) a la que se reserva la realización técnica de determinados programas. La *mediawet* preveía igualmente la exigencia de determinadas condiciones a la estructura de las emisoras de televisión establecidas en otro Estado miembro para poder emitir programas a los Países Bajos. En el asunto C-353/89 la Comisión, haciendo uso del artículo 169 TCEE, recurre al TJCE instándole a que declare que el Estado de los Países Bajos ha incumplido (a través de la *mediawet*) sus obligaciones derivadas del artículo 59 TCEE. El asunto C-288/89 es una cuestión prejudicial planteada por el *Raad van State* a instancia de 10 empresas distribuidoras de televisión por cable, a quienes se había impuesto sendas multas por incumplimiento de los requisitos exigidos en materia de publicidad (prohibición de anuncios para determinados productos o en días festivos, limitaciones a la duración o frecuencia, etc.) por la «*Mediawet*» para la retransmisión de programas extranjeros. Se cuestiona igualmente la compatibilidad de la citada ley con el artículo 59 TCEE. Ambos asuntos merecieron conclusiones conjuntas del Abogado General Tesauró, aunque sentencias separadas.

<sup>23</sup> TJCE as. C-353/89 *Comisión/Países Bajos*, cit., ftos. 11 a 20 (campo de aplicación del artículo 59) y as. C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*, cit., ftos. 9 a 16.

<sup>24</sup> Cfr. TJCE sentencia de 16.12.1992, as. C-211/91 *Comisión/Bélgica*, *Rec.* 1992, pp. I-6.757-6.779. El TJCE declaró contrario al Derecho comunitario, especialmente a los artículos 52, 59, 60 y 221, la legislación belga de la Comunidad flamenca que prohibía la transmisión, en una red de distribución de programas televisados de servicios de radiodifusión de otros Estados miembros, si la emisión no se realizaba en la lengua o en las lenguas del Estado miembro en que estuviere establecido el servicio de radiodifusión. Por último, en la sentencia de 05.10.1994, as. C-23/93 *TV 10 S.A./Commissariaat voor de Media*, el TJCE analiza una vez más una medida adoptada por el *Commissariaat voor de Media* holandés tendente a evitar que un organismo de televisión se sustraiga a la normativa audiovisual holandesa mediante el establecimiento en Luxemburgo. El TJCE solventa la cuestión relativa a la categorización de la actividad de radiodifusión televisiva como una prestación de servicios con una simple remisión a su jurisprudencia *Sacchi*. Por último, el TJCE ha tenido también ocasión de entrar a examinar la inadecuada transposición de la directiva en los ordenamientos belga y británico, sentencias de 10.9.1996, as. C-11/95 *Comisión/Bélgica* y as. C-222/94 *Comisión/Reino Unido* (no publicadas aún en la Recopilación oficial).

Si bien no tenemos ninguna objeción de fondo sobre la solución adoptada, sí se echa en falta una argumentación más rigurosa por parte del Tribunal en lo que a nuestro juicio constituye la piedra angular de toda la jurisprudencia comunitaria sobre el fenómeno televisivo. La motivación sobre la que descansa la consideración de las emisiones de televisión como prestación de servicios se reduce a señalar que «*a falta de disposiciones expresas en el TCEE en sentido contrario las emisiones de televisión se consideran, según su propia naturaleza, como prestación de servicios*»<sup>25</sup>. Es precisamente esa «falta de disposiciones expresas en el Tratado» la que exigía construir una teoría estable sobre la que sustentar la atribución de competencias que implícitamente supone esta jurisprudencia, ya que el TJCE no sólo ha «clarificado» la categorización de toda emisión de radiodifusión televisiva bajo la libertad comunitaria de prestación de servicios —aunque no haya jurisprudencia expresa para las emisiones vía satélite no vemos razón alguna para tratarlas de modo diferente<sup>26</sup>—, sino que a la vez ha respondido implícitamente la lógica pregunta previa de si tal actividad está cubierta por el Tratado de Roma.

Con idéntica argumentación a la usada podría haber establecido que a falta de disposiciones expresas en el Tratado en sentido contrario las emisiones de televisión se consideran, según su propia naturaleza, como mercancía en el sentido de los artículos 8, 30 y ss; o incluso que precisamente por esa falta de disposiciones expresas la actividad de radiodifusión televisiva cae fuera del ámbito de aplicación del Tratado, por lo que las instituciones comunitarias no tendrían competencia al respecto.

No es por ello de extrañar que una parte nada desdeñable de la doctrina alemana, movida por una especial sensibilidad respecto al orden competencial federal de su país, se haya pronunciado beligerantemente crítica con lo que consideran una atribución ilegítima de competencias que en modo alguno cubre el Tratado<sup>27</sup>.

Tras aceptar la competencia comunitaria en la materia, sirva, por último, señalar respecto a la decantación del Tribunal de Justicia hacia las normas reguladoras de la prestación de servicios en lugar de por las de mercancías, que, pese a su rechazo por un sector doctrinal minoritario,

<sup>25</sup> TJCE as. 155/73 Sacchi, cit., p. 427, fto. 6. Subrayado añadido.

<sup>26</sup> No es el medio de transmisión —hondas hertzianas, cable o satélite— lo relevante, sino el objeto de la emisión, es decir, la prestación de un servicio. Sobre las características de la prestación de servicios subyacente, particularmente, el tratarse de una actividad limitada en el tiempo, realizarse normalmente por una remuneración y el traspaso de fronteras, vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *op. cit.* (*La directiva...*), pp. 98-117.

<sup>27</sup> Una síntesis de las diferentes posiciones doctrinales existentes al respecto se encuentra en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Die Bedeutung des Gemeinschaftsrechts für das Fernsehen*, Universität des Saarlandes, Saarbrücken 1989, pp. 65-71.

encabezado por WILMA DONÀ VISCARDINI<sup>28</sup>, que considera inviable tal distinción, van EMPEL<sup>29</sup>, quien critica el método empleado por el TJCE y HUNNINGS<sup>30</sup>, cuya crítica se basa en la falta de argumentación del Alto Tribunal, tal interpretación ha encontrado una positiva acogida en la doctrina<sup>31</sup>.

Sin embargo, del tratamiento dado por el TJCE al monopolio de televisión, al excluir en el asunto *Sacchi* la aplicabilidad del artículo 37 (de la distinción hecha en favor de las normas de prestaciones de servicios en detrimento de las de mercancías se deriva la inaplicabilidad del artículo 37<sup>32</sup>) y decantarse por una tibia e imprecisa interpretación del artículo 90-2.º no podrá decirse lo mismo<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Esta autora no considera factible el criterio de distinción adoptado por el TJCE al considerar la actividad de radiodifusión televisiva como prestación de servicios y no como mercancía (DONÀ VISCARDINI, W., *loc. cit.*, p. 94) por tratarse de un criterio —ella lo denomina criterio de la materialidad— inseguro (*loc. cit.*, p. 95).

<sup>29</sup> VAN EMPEL, M., «Nota al asunto Bond van Adverteerders», *Sociaal-Economische Wetgeving* 1989, pp. 287-294, especialmente pp. 290 y 291. Para este autor los aspectos más relevantes que caracterizan a la prestación de servicios (ej. remuneración, elemento transfonterizo, etc.) no son tratados *in abstracto* sino tan sólo sobre una base creada *ad hoc* por el Tribunal. Vid en el mismo tono crítico su obra *Televisie en Europees cultuurbeleid. Welk Europa? Welk cultuurbeleid?*, en *Informatierecht/AMI* 1988, p. 112.

<sup>30</sup> Vid. la nota de HUNNINGS. N.M. al asunto Debaue, publicada en *Common Market Law Review* 1980, pp. 564-569.

<sup>31</sup> BUFFET-TCHAKALOFF, M.F., «La réglementation communautaire de la communication audiovisuelle», en *Droit et pratique du commerce international*, T-16, n.º 3, 1990, pp. 353-386 (p. 360); DONY-BARTHOLME, M., «L'audiovisuel et les règles relatives à la libre circulation des services» en VANDERSANDEN, G. (ed.), *L'espace audiovisuel européen*, Universidad Libre de Bruselas, Bruselas 1991, pp. 33-51 (especialmente pp. 34 y 51); FALLON, M., «La radio et la télévision face au juge européen», en *Annales de droit de Louvain*, 1987, pp. 153-204 (especialmente pp. 171-172); GORMLEY, L., «Televisie zonder grenzen: Het nieuwe groenboek van de Commissie en de reclame», en *Intellectuele eigendom & reclamerecht* 1985-86, pp. 85-88 (p. 85); HERMANN, G., «Grenzüberschreitende Fernseh- und Hörfunksendungen im Gemeinsamen Markt», en *GRUR Int.* 10/1984, pp. 578-592 (p. 583); MASTROIANI, R., «Il diritto comunitario e le trasmissioni televisive», en *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali* 1-2/1990, pp. 170-196 (p. 174); ROLLA, F., «La disciplina comunitaria dei servizi televisivi», en *Il diritto dell'informazione e dell'informatica* 1991, pp. 213-234 (especialmente p. 218); SCHWARZE, J., «Rundfunk und Fernsehen in der Europäischen Gemeinschaft» en SCHWARZE, Jürgen (ed.), *Fernsehen ohne Grenzen*, Baden-Baden 1985, pp. 11-44 (p. 26); STEINDORF, E., «Dienstleistungsfreiheit im EG-Recht», *RIW* 1983, p. 831 (especialmente p. 832). Todos ellos aceptan la posición del Tribunal sin reparo ni objeción alguna, no llegándose ni a plantear una solución diferente.

<sup>32</sup> RICHIELLO, G., «La vicenda della TV via cavo nelle sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee e della Corte Costituzionale», en *Il diritto di autore*, 1974, pp. 180-197 (p. 193). Por esta solución, seguida por el TJCE, se habían decantado en el asunto *Sacchi* los gobiernos italiano y alemán.

<sup>33</sup> Además de los autores críticos ya citados (vid especialmente DONÀ VISCARDINI, W., *loc. cit.*, pp. 90-92), pueden incluirse a DECOCQ, A., «Aspects internationaux et européens de

## 2. La situación jurídica tras la entrada en vigor del TUE

Si bien es cierto que la directiva de televisión se elaboró bajo el fundamento jurídico que suministraba el TCEE, se impone actualmente considerar si el TUE, en vigor desde el 1 de noviembre de 1993, ha introducido alguna modificación sustancial en la situación jurídica recién descrita.

De una primera lectura superficial del articulado del nuevo Tratado podría desprenderse que la revisión decidida en Maastricht ha pretendido, entre otros extremos, retomar lo previsto en la propuesta de 1984 para un Tratado de Unión Política<sup>34</sup> y resolver definitivamente la tradicional discusión doctrinal en torno a la eventual competencia de la CE para intervenir en materia audiovisual. Para ello, efectivamente, se ha incluido en la tercera parte del TCE un nuevo título IX que en el único precepto que lo integra (art. 128 TCE), bajo el epígrafe general «Cultura», hace referencia expresa al «sector audiovisual» en su apartado segundo, cuyo tenor es el siguiente:

2. La acción de la Comunidad favorecerá la cooperación entre Estados miembros, si fuere necesario, apoyará y completará la acción de éstos en los siguientes ámbitos:

- la mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos;
- la conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea;
- los intercambios culturales no comerciales;
- la creación artística y literaria, *incluido el sector audiovisual*.

En el momento presente resulta aún prematuro vislumbrar la operatividad concreta que tendrá este artículo. No obstante no nos parece aventurado señalar que expresiones como «contribuirá», «favorecerá», «apoyará», «completará» o «fomentará» no contribuyen a precisar las fronteras de la competencia comunitaria en materia audiovisual. Lo que sí parece claro es que se trata de una competencia concurrente por la que «si fuere necesario» (art. 128-2.º) la Comunidad «apoyará y completará la acción»

---

la communication audiovisuelle de droit communautaire», *RIDC* 1989, pp. 361-375 (p. 364 *in fine*); considera un silogismo en sí mismo la respuesta ofrecida por el TJCE para excluir la aplicabilidad del art. 37 TCEE).

<sup>34</sup> Aprobado por el Parlamento Europeo el 14 de febrero de 1984, DOCE C 77 de 19.03.1984, pp. 33-53: artículo 55 (competencia concurrente de la Unión en materia cultural y Política informativa); artículo 61-3.º (competencia armonizadora de los derechos de autor y para el libre tráfico de bienes culturales) artículo 62 (Política informativa, fomento de la colaboración entre radio y televisiones para preparar una programación europea).

llevada a cabo por los Estados miembros. La competencia queda de forma primaria en manos de los Estados, no estando la Comunidad llamada a actuar sino en calidad de apoyo.

Tampoco parece óptimo el instrumento jurídico de actuación concedido al Consejo por el párrafo 5.º de este artículo 128 para contribuir a la consecución de los objetivos fijados para esta nueva competencia en materia cultural. Y no porque se haya escogido el nuevo procedimiento de codecisión incluido en el artículo 189 B TCE, ni porque se requiera la previa consulta al Comité de las Regiones, lo cual es de alabar, sino porque se exige que el Consejo se pronuncie por unanimidad durante todo el procedimiento del 189B y, sobre todo, porque se excluye expresamente toda armonización de disposiciones de los Estados miembros. De esta forma, pese a haberse incluido en el párrafo segundo el sector audiovisual dentro de los ámbitos de posible actuación comunitaria (de apoyo y complemento) no puede realizarse armonización alguna a su amparo. Tan sólo caben medidas de fomento o recomendaciones, las cuales, por cierto, también requieren el desproporcionado requisito de la unanimidad en el Consejo. Ello no puede, por menos, que producir extrañeza. Sobre todo, cuando en los paralelos artículos 126 y 127 (educación, formación profesional y juventud) no se exige tal requisito, remitiéndose simplemente al artículo 189B, previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, para las medidas de fomento y exigiendo la mayoría cualificada para las recomendaciones (arts. 126-4.º y 127-4.º TCE). De hecho podría considerarse, incluso, paradójico el uso del nuevo procedimiento de codecisión, cuando se precisa en todo momento la unanimidad en el Consejo.

En definitiva, el artículo 128 TCE, como supuesta inclusión de una competencia comunitaria en materia cultural en general y audiovisual en particular dentro de un título específico denominado Cultura, no aporta avance alguno, al menos por lo que se refiere al sector audiovisual.

Además el abusivo uso de conceptos jurídicos indeterminados obligará una vez más al Tribunal de Justicia comunitario a interpretarlos de forma concreta, lo cual, sin duda, conducirá a que, independientemente del resultado a que se llegue, se le acuse de crear Derecho más que de garantizar su respeto en la interpretación y aplicación del Tratado, con la dosis de desgaste que ello comporta.

Por otra parte, refiriéndonos concretamente a las medidas armonizadoras ya dictadas en materia audiovisual y a las aún en trámite, cabe destacar que, si bien no podrán ampararse en modo alguno en este artículo 128, sigue totalmente vigente la interpretación hecha por el TJCE al considerar la actividad de radiodifusión televisiva como una prestación de servicios en el sentido de los artículos 59 y ss. del antiguo TCEE (se mantiene intacto

en el TUE), por lo que podrá seguirse dictando Directivas armonizadoras en virtud del artículo 57-2.º (ahora bajo el procedimiento de codecisión del artículo 189B TCE)<sup>35</sup> en relación al 66. Y el principio de subsidiariedad, en modo alguno, podría afectar a la directiva que nos ocupa. En primer lugar, porque de ninguna manera sería susceptible de desplegar efectos retroactivos en relación a directivas ya adoptadas con anterioridad a su entrada en vigor<sup>36</sup>. Cuestión diferente es que la Comisión pueda retirar una propuesta de Directiva no adoptada aún. Y, en segundo lugar, porque este principio, en virtud de la propia formulación del artículo 3B TCE, no resulta aplicable a aquellas materias que sean competencia exclusiva de la CE, como es el caso de la supresión de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios o capitales<sup>37</sup>. De ahí que resulte de renovado interés adentrarse con exhaustividad y de forma inmediata en el estudio de tal afirmación jurisprudencial. No parece adecuado profundizar en esta sede a propósito de la sugestiva, pero estéril discusión levantada en torno a la operatividad concreta que gane el principio de subsidiariedad. Sin embargo creemos adecuado apuntar la posibilidad de que este controvertido principio pudiera llegar a configurarse *in extremis* en «un segundo artículo 235», cuyos efectos serían precisamente los contrarios a los perseguidos por los redactores del Tratado de Maastricht.

---

<sup>35</sup> El párrafo 2.º del artículo 57 se mantiene, prácticamente, inmodificado salvo la remisión al nuevo procedimiento del 189 B. De una atenta lectura se desprende igualmente un leve cambio lingüístico al cambiar la posición sintáctica de la frase «a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo» situada hasta ahora al principio del artículo («Con el mismo fin, el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea...») y pasando ahora al segundo inciso del párrafo segundo («Será necesaria la unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento europeo, para aquellas directivas cuya ejecución...»). Parece del todo punto indefendible exigir la propuesta de la Comisión y la consulta al Parlamento Europeo (denominado ya definitivamente como tal en lugar de Asamblea) tan solo cuando sea necesaria la unanimidad.

<sup>36</sup> En sentido contrario parece expresarse los Consejos Europeos de Edimburgo, Lisboa y Bruselas, cfr. al respecto MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *loc. cit.* («La atribución...»), notas 30 a 33.

<sup>37</sup> Es conocida la afirmación relativa a la falta, en los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, de un catálogo o listado de reparto competencial al estilo existente en la mayor parte de las Constituciones occidentales. Ello, sin embargo, no es óbice para que del articulado del TCE y de la interpretación jurisprudencial hecha de ellos por el TJCE pueda extraerse *in concreto* la existencia de determinadas competencias exclusivas en favor de la Comunidad. Aunque esta postura no es pacífica en la doctrina, considero que la CE dispone de tal competencia exclusiva, al menos, en las siguientes materias: la organización común de los mercados agrícolas (arts. 38 y ss. TCE), supresión de obstáculos a las cuatro libertades fundamentales precisas para la consecución del mercado único previsto en el artículo 7A TCE, los elementos esenciales de la política de transportes (art. 75-1.º TCE), las reglas generales de la competencia (arts. 85 y ss. TCE), la conservación de los recursos pesqueros, la política comercial común (arts. 113 y ss. TCE) y las futuras políticas monetarias (arts. 105 y ss. TCE).

### III. LA DIRECTIVA TELEVISIÓN SIN FRONTERAS

#### 1. Proceso de elaboración

La directiva de televisión, «*une de plus médiatiques de toutes les directives de l'histoire de la construction européenne*»<sup>38</sup>, fue aprobada por el Consejo el 3 de octubre de 1989 tras largas, tensas y difíciles discusiones. El italiano Antonio TIZZANO describe de manera exquisita su iter legis: «*raramente un atto comunitario ha suscitato, dentro e fuori l'Europa dei 12 un interesse così vivo, un dibattito così acceso, reazioni così contrastanti; e raramente un atto comunitario ha vissuto vicendi così alterne, fasi di così forte incertezza ed è stato fino all'ultimo momento vicino al fallimento come la direttiva che qui si considera*»<sup>39</sup>.

En este marco, independientemente de la función que, de acuerdo al artículo 155 TCE corresponde a la Comisión como motor legislativo, es de capital importancia el papel jugado por el Parlamento Europeo (PE) y por el TJCE. El primero desde fechas bien tempranas —antes de que la Comisión mostrara el menor interés al respecto— demanda una respuesta clara y enérgica para lograr una «televisión sin fronteras» dentro de la CE. La idea inicial del PE era, sin duda, bastante más ambiciosa que la alcanzada después en su versión definitiva por la directiva en cuestión. No se trataba tan sólo de armonizar las disposiciones en materia de actividad televisiva (publicidad, protección de menores, etc.) sino de lograr a la vez una verdadera televisión europea. El TJCE, por su parte, no había tenido hasta 1989 demasiadas ocasiones para pronunciarse sobre el fenómeno televisivo<sup>40</sup>. Sin embargo, las aprovechó para —sin haber sido preguntado en ese sentido— dejar fuera de toda duda la competencia comunitaria para armonizar esa materia. Incluso va más allá. En el ya citado asunto *Debauxe* instó indirectamente a la Comisión a que presentara propuestas armonizadoras. Con su jurisprudencia el TJCE se anticipaba, por tanto, a la interesante polémica levantada un decenio más tarde en algunos Estados miembros, especialmente Alemania y Países Bajos, en torno a la competencia de la CE para regular a partir de las disposiciones relativas a las prestaciones de servicios una materia de un carácter eminentemente cultural.

---

<sup>38</sup> HORDIES, J.P./JONGEN, F., «La directive “télévision sans frontières”, analyse juridique» en VANDERSANDEN, G. (coord.), *L'espace audiovisuel européen*, Institut d'études européennes, Bruselas 1991, pp. 75-87 (p. 75).

<sup>39</sup> TIZZANO, A., «La direttiva CEE sulla televisione senza frontiere», *Il Foro italiano* 1990, pp. 92-103 (p. 92).

<sup>40</sup> Vid. *supra*, apdo. II.1.



En contraposición al mencionado interés mostrado por el PE y el TJCE destaca la desidia inicial de la Comisión y, sobre todo, los resquemores y tibieza del Consejo. Éste ha actuado en todo momento como verdadero lastre, cuya carga queda patente durante todo el interminable procedimiento legislativo e incluso una vez aprobada la directiva. De esta forma, a la ambiciosa propuesta inicial se le van descolgando contenidos y fuerza vinculante a medida que transcurría el tiempo. Los plazos se alargaron hasta el límite de la exasperación, habiendo de ser adoptado el texto final en el último instante y bajo un precario consenso que convierte a la directiva en el mínimo común denominador de todas las soluciones posibles. Y, aun esto, con matices. Por exigencias de la delegación alemana hubo que introducir una declaración conjunta del Consejo y Comisión en la que se declaraba que las polémicas cuotas para programas europeos vinculan tan sólo de forma política. Las cuotas no serían, por tanto, exigibles ante el TJCE, manifestación ésta inconcebible desde un punto de vista técnico-jurídico

El primer paso concreto hacia la consecución de una norma comunitaria en el sector audiovisual lo marcó la propuesta de resolución presentada el 18 de septiembre de 1980 por los diputados HAHN y PEDINI en el seno de la Comisión de Cultura del PE<sup>41</sup>. Tras año y medio de trabajos y discusiones la citada Comisión presentó el 23 de febrero de 1982 el denominado Informe HAHN<sup>42</sup>, el cual, junto a la propuesta de resolución de 1980, condujo a la resolución del PE de 12 de marzo de 1982 sobre «Radio y televisión en la CE»<sup>43</sup>. En ella se instaba a la Comisión a que en un plazo máximo de seis meses presentara un informe sobre medios de comunicación encaminado a la consecución de un programa de televisión europeo<sup>44</sup>. Se consideraba, igualmente, imprescindible preparar un marco jurídico *ad hoc* para la radio y la televisión europeas cuyo fin, entre otros, sería regular en el plano comunitario normas relativas a publicidad y protección de menores. Dos aspectos resultan especialmente relevantes. De un lado, es la primera vez —y será la última, al menos de forma tan ambiciosa— que se defiende la constitución de un programa

---

<sup>41</sup> Doc. 1-409/80 de 18.09.1980.

<sup>42</sup> Doc. 1-1013/81 (PE 73.271 final). Otros informes complementarios de relevancia son la propuesta de resolución del Schinzel y otros sobre el peligro que supone la comercialización de la televisión para la pluralidad de opiniones (doc. 1-422/80), el informe Scholl (doc. 1-596-/86) sobre política de información de la Comisión, así como la Resolución del PE de 10.01.1981 sobre Política de información (DOCE C 28 de 09.02.1981, p. 74).

<sup>43</sup> DOCE C 87 de 05.04.1982, pp. 109-112.

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p. 111, n.º 1. Vid. DUPAGNE, M., «EC policymaking: The case of the “Television Without Frontiers” directive», en *GAZETTE-The International Journal for Mass Communication Studies* 1992, pp. 99-120 (p. 100).

europeo como tal, la constitución de una verdadera televisión europea en el sentido propio de la expresión. De otro lado, el marco jurídico debería ser común para la radio y la televisión.

Sin embargo, hubieron de pasar seis años hasta que la Comisión presentara al Consejo, con base en el conocido Libro verde<sup>45</sup>, una propuesta de directiva «para la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de la actividad radiodifusora»<sup>46</sup> cuya base legal sería el artículo 57-2.º en relación al artículo 66 del Tratado. A partir de este momento el *iter legis* se regirá por las normas relativas al procedimiento de cooperación (art. 149-2.º TCEE), introducido de nuevo cuño por el Acta Única Europea (art. 6-9) y trasladado sistemáticamente, tras la entrada en vigor del TUE al artículo 189C TCE<sup>47</sup>. Y habrá que esperar tres años más para que en el último momento, una vez superadas en el seno del Consejo posturas manifiestamente irreconciliables, se adopte definitivamente la directiva.

Pero la propuesta inicial de la Comisión, ya de por sí diluida en relación con lo que el PE añoraba (la consecución de un verdadero programa europeo en el marco, incluso, de un organismo de radio y televisión plenamente europeo), se quedó, como consecuencia de una política ambigua y timorata, en un contenido verdaderamente minimalista<sup>48</sup>. Como escribe DUPAGNE la Directiva no es sino «*a diluted version of the original proposal and the Green Paper*»<sup>49</sup>. Las cuotas no son tales. La radio queda completamente fuera. Los derechos de autor se esfuman sin dejar el menor rastro. El derecho de réplica —probablemente con razón en base a la, a nuestro juicio, falta de competencia en la materia— se reduce a ofrecer unas simples líneas maestras muy alejadas de lo que una verdadera «coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas» existentes en la materia hubiesen exigido. El esfuerzo interpretativo que se hará necesario para estudiar el alcance concreto de las disposiciones de este texto de compromiso será una ardua tarea debido a la triste formulación exigida por la falta de consenso inicial. La valoración global de

<sup>45</sup> *Télévision sans frontières: Livre vert sur l'établissement du marché commun de la radiodiffusion, notamment par satellite et câble*, COM (84) 300 final.

<sup>46</sup> DOCE C 179 de 17.07.1986, pp. 4-10; COM (86) 146 final; PE- Doc.C2-38/86; doc. del Consejo 6379/86. vid. igualmente *Boletín CE*, suplemento 5/86 y *Boletín CE* 4/87, p. 14.

<sup>47</sup> El artículo G.45 TUE ha derogado el artículo 149 del antiguo TCEE. Los párrafos 1.º y 3.º han pasado a configurar el nuevo artículo 189 A y el párrafo segundo —el procedimiento de cooperación como tal— pasa al artículo 189 C TCE.

<sup>48</sup> DELWILT, P./COBIN, C., «Etude du cheminement de la directive "télévision sans frontières": synthèse des prises de positions des institutions communautaires», en VANDERSAN- DEN, G. (coord.), *L'espace audiovisuel européen*, Institut d'Etudes européennes, Bruselas 1991, pp. 55-74 (p. 69).

<sup>49</sup> DUPAGNE, M., *loc. cit.* («EC policymaking...»), p. 114.

la directiva, acuñada, entre otros, por GUDIN, resulta tan lapidaria como incuestionable: la Directiva es «*le resultat d'un compromis politique*»<sup>50</sup>.

## 2. Contenido

### A. Principios generales

La directiva representa un importantísimo e inevitable paso adelante. Ofrece un marco jurídico comunitario que garantiza sin titubeos la libertad de recepción y la posterior retransmisión de las emisiones de televisión procedentes de otros Estados miembros (art. 2.2 DTV). Todo programa que cumpla los contenidos mínimos establecidos por la directiva tiene asegurada, conforme al principio del Estado emisor, su libertad de circulación por todos los Estados miembros sin traba ni control alguno, salvo que concurran los muy restrictivos requisitos exigidos para invalidar temporalmente la prohibición absoluta de suspensión de la retransmisión en supuestos de reiterada infracción manifiesta, seria y grave de las normas de protección de menores. Desde esta base jurídica, asentada sobre la libertad de prestación de servicios, por tanto de carácter eminentemente económico, se incardina también en el artículo 10 de la CEDH (libertad de expresión), de matiz más cultural y político<sup>51</sup>.

### B. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la directiva comprende todas las emisiones de televisión, incluidas las meramente nacionales o no transfronterizas. La única excepción de carácter general son las emisiones destinadas exclusivamente a ser captadas en países distintos de los Estados miembros y que no sean recibidas directa o indirectamente en uno o varios Estados miembros (art. 2-3 DTV). Con carácter particular, se excluye también la regulación sobre cuotas de programación para las emisiones de televisión locales que no formen parte de un red nacional, así como las normas sobre inserción y duración máxima de publicidad para las emisiones destinadas exclusivamente al territorio nacional y que no puedan ser recibidas directa o indirectamente en uno o más de los restantes Estados miembros (art. 20 DTV).

Para el adecuado desenvolvimiento de los objetivos señalados por el legislador comunitario, la propia directiva establece las definiciones de

<sup>50</sup> GUDIN, C.E., «Existe-t-il un marché européen de la télévision», en *Revue des Affaires Européennes* 1/1990, pp. 25-42 (p. 26).

<sup>51</sup> Véase COM (90) 78 final, p. 14 *in fine* y considerando 8.º de la exposición de motivos de la directiva.

radiodifusión televisiva, publicidad televisiva, publicidad encubierta y patrocinio (art. 1 DTV), cuya concreta determinación condiciona el propio ámbito de aplicación.

### C. *Las cuotas para programas europeos y productores independientes*

La directiva recoge como uno de los elementos neurálgicos de su contenido, una serie de disposiciones para la «promoción de la distribución y de la producción de programas televisivos» europeos (arts. 4 a 9 DTV), a saber, las polémicas cuotas. Así, con una formulación imprecisa y jurídicamente criticable, se establece que «los Estados miembros velarán siempre que sea posible y con los medios adecuados para que los organismos de radiodifusión televisiva reserven para obras europeas (...) una proporción mayoritaria de su tiempo de difusión, con exclusión del tiempo dedicado a las informaciones, a manifestaciones deportivas, a juegos, a la publicidad o a los servicios de teletexto» (art. 4.1 DTV), sin que en virtud de la denominada *clause de non recul*, en ningún caso podrán ser inferiores a las existentes en 1988 (art. 4.2 DTV). Por otra parte, los Estados han de velar también para que «los organismos de radiodifusión televisiva reserven, como mínimo, el 10% de su tiempo de emisión o, alternativamente a elección del Estado miembro, el 10% como mínimo de su presupuesto de programación, a obras europeas de productores independientes de los organismos de radiodifusión televisiva» (art. 5 DTV). A este respecto y para garantizar el adecuado cumplimiento se atribuye a la Comisión la función de velar por la correcta aplicación de las cuotas «de conformidad con las disposiciones del Tratado», exigiéndose a los propios Estados el envío cada dos años de un informe tipo *monitoring* sobre la aplicación de las mismas.

La directiva introduce también una disposición protectora de las salas cinematográficas exigiendo que los Estados velen «para que los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia no procedan a la difusión de obras cinematográficas (...) antes de un plazo de dos años después del comienzo de su explotación en salas de cine de uno de los Estados miembros de la comunidad; en caso de obras cinematográficas coproducidas por el organismo de radiodifusión televisiva, dicho plazo será de un año» (art. 7 DTV). Eso sí, salvo que exista «acuerdo contrario entre los derechohabientes y el organismo de radiodifusión televisiva».

Por último, para la defensa de las lenguas minoritarias se incluye, en armonía con la doctrina *Gröner* del TJCE<sup>52</sup>, la posibilidad de criterios más estrictos permitiendo la facultad de «establecer, por lo que se refiere a algunas o al conjunto de las emisiones de los organismos de radiodifusión

---

<sup>52</sup> TJCE sentencia de 28.11.1989, as. C-379/87 Anita Gröner, *Rec.* 1989, pp. 3.987 y ss.

televisiva que dependan de su competencia, normas más detalladas o más estrictas, en particular, con arreglo a criterios lingüísticos» (art. 8 DTV).

#### D. *Normas sobre publicidad y patrocinio*

Respecto a la publicidad televisiva se establece como principios generales la separación entre programa y publicidad y la obligación de inclusión de la publicidad en bloques que eviten los espacios publicitarios aislados, los cuales se completan con prohibiciones de toda técnica subliminal y de la publicidad encubierta (art. 10 DTV), así como de la publicidad de tabaco (art. 13 DTV) y medicamentos que precisen receta médica para su adquisición (art. 14 DTV).

La directiva incluye, asimismo, todo un elenco de normas reguladoras del patrocinio (art. 17 DTV) y restrictivas de la publicidad de bebidas alcohólicas (art. 15 DTV) y productos destinados a los menores (art. 16 DTV). Se fijan, además, severos límites —reiteradamente ignorados en algunos Estados— al tiempo máximo de publicidad: 15% del tiempo de emisión diario, ampliable hasta el 20% si incluye espacios de televenta, sin que en ningún caso supere en total los doce minutos por hora (art. 18 DTV).

Por último, también se establecen límites al número máximo de interrupciones permitidas, cifradas en un máximo de dos para una película de noventa minutos, ampliable a tres si la película dura 110 minutos o más, y sin que, en ningún caso, quepa la interrupción de servicios religiosos, telediarios, documentales y programas infantiles de duración inferior a los treinta minutos (art. 11 DTV).

#### E. *Normas de protección de los menores*

La directiva prohíbe la pornografía y la violencia gratuita, así como aquellos programas que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores o inciten al odio sexual, racial o religioso. Por otro lado, no podrán emitirse en horario de audiencia infantil los programas con escenas eróticas o violentas que de cualquier manera puedan perjudicar —no seriamente— el desarrollo físico, mental o moral de los menores (art. 22 DTV), sin que en ningún momento determine el legislador el alcance de los conceptos jurídicos indeterminados que emplea en esta disposición.

#### F. *El derecho de réplica*

De modo sucinto la directiva regula también el derecho de réplica ante alegaciones incorrectas pronunciadas en un programa de televisión (art. 23 DTV).

### 3. Los problemas de transposición

Por lo que respecta a la transposición posterior de la directiva el panorama no ha sido especialmente halagüeño. Transcurrido el plazo previsto de dos años para su conversión en derecho nacional (art. 25 DTV) la mitad de los Estados miembros no habían cumplido debidamente con esta obligación formal. Existe, incluso, el caso extremo de quien habiendo defendido a capa y espada desde la correspondiente presidencia semestral su aprobación, transcurridos más de dos años desde la conclusión del plazo de transposición, no había presentado ni tan siquiera un proyecto de ley al respecto.

Con todo, actualmente todos los Estados miembros de la UE han dictado algún tipo de norma para transponer la directiva en sus respectivos ordenamientos nacionales. En Alemania y Bélgica, conforme a sus disposiciones constitucionales de reparto competencial, lo han hecho los entes regionales (*Länder* y Comunidades valona y flamenca), mientras que en el resto de Estados miembros la legislación de transposición ha sido elaborada por los Parlamentos nacionales. El instrumento jurídico primario utilizado ha sido usualmente la ley, si bien ésta se ve desarrollada reglamentariamente, en algunos casos, y mediante la autoregulación a través de códigos de conducta en otros.

La transposición de determinadas disposiciones muy concretas de la directiva (especialmente la normativa de publicidad) mediante instrumentos de autorregulación puede ser perfectamente compatible con las exigencias comunitarias derivadas de los artículos 5 y 189 TCE y artículo 25 DTV. Se hace tan sólo para regular aspectos delicados de la directiva en los que, conforme a algunos ordenamientos nacionales, si se hiciera una amplia regulación estatal podrían verse conculcados derechos fundamentales como la libertad de expresión. En determinadas concepciones nacionales (británica, danesa, neerlandesa...) se deja un amplio margen de maniobra a la autorregulación. Pero en los ordenamientos jurídicos de referencia los *codes* aludidos, y es lo relevante a estos efectos, son jurídicamente vinculantes llegando a existir organismos efectivos de control (la *Stichting Code Comisie* en los Países Bajos, la *Independent Television Commission* en el Reino Unido, etc.) investidos, incluso, de potestad sancionadora. Obviamente, no podría considerarse transposición adecuada de la directiva la autorregulación en el sentido entendido en ordenamientos jurídicos como el nuestro, donde su obligatoriedad jurídica y cumplimiento no están garantizados, no crea resortes eficaces de control y es dejado a la libre iniciativa de los afectados. La misma pertinencia de la transposición, con mayor motivo, cabría predicar de la potestad normativa concedida a determinados organismos autónomos de control sobre la televisión, como el *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* francés.

Aunque la doctrina, desde una perspectiva dogmática, lo critique no es óbice para que, en la práctica, resulte irrenunciable para algunos Estados.

En cualquier caso, si se realiza un estudio minucioso de los ordenamientos nacionales, se concluye que ningún Estado miembro de la UE ha transpuesto la directiva de manera totalmente satisfactoria, existiendo en algún caso ya condena expresa del TJCE<sup>53</sup>. En todos los ordenamientos jurídicos se constata bien una transposición incompleta (ambas Comunidades belgas, Dinamarca, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Reino Unido, Portugal), bien violaciones concretas palmarias de alguna de las disposiciones previstas en la directiva (Francia, Luxemburgo), bien ambas (Comunidades belgas, Dinamarca, Alemania, Reino Unido, Italia, Países Bajos, Portugal)<sup>54</sup>.

El principio fundamental de libre retransmisión de programas extranjeros procedentes de otros Estados miembros no ha sido transpuesto, en modo alguno, ni en la Comunidad flamenca de Bélgica ni en el Reino Unido. Y en otros cuatro ordenamientos no se encuentra debidamente garantizado, llegándose a apreciar violaciones muy concretas del principio (Comunidad valona de Bélgica, Dinamarca, Alemania y Francia) que reclaman inmediata enmienda. Por lo que respecta a la previsión de suspensión de la retransmisión de dichos programas por incumplimiento reiterado por lo previsto en el artículo 22 DTV, no ha sido transpuesto en la Comunidad flamenca y viola los límites regulados en el artículo 2.2 DTV en el Reino Unido y Luxemburgo.

El capítulo de la directiva relativo a cuotas tampoco ha sido transpuesto de forma totalmente afortunada. Las disposiciones previstas en el artículo 4 para la promoción de obras europeas en sentido estricto, salvo en la Comunidad flamenca de Bélgica, ha sido transpuesto en todos los ordenamientos jurídicos nacionales. Y de hecho, en contra de lo que pudiera pensarse a la vista de determinadas aportaciones doctrinales, cumplen plenamente los (ciertamente vagos e imprecisos) límites fijados por la DTV. Por el contrario, ni la Comunidad flamenca ni Alemania ni Irlanda ni Italia han considerado pertinente transponer en sus ordenamientos nacionales la norma relativa a cuotas para obras de productores independientes. Entre los que sí lo han hecho, tan sólo Francia ha optado claramente en favor de un 10% del presupuesto del organismo de televisión en detrimento del 10 % del tiempo de emisión, elegido por el resto de ordenamientos.

---

<sup>53</sup> TJCE sentencia de 10.9.1996, as. C-11/95 Comisión/Bélgica y C-222/94 Comisión/Reino Unido (no publicada aún en la Recopilación oficial).

<sup>54</sup> Un detallado estudio de las normas de los doce Estados miembros —no incluye Austria, Suecia y Finlandia— en cada una de las materias reguladas por la directiva, así como una determinación de los aspectos deficientemente transpuestos se encuentra en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *op. cit.* (*La Directiva...*), pp. 346-555. El ordenamiento austriaco es igualmente analizado en *ibidem: op. cit.* (*Die Fernsehrichtlinie...*), pp. 377-386.

*In crescendo*, por lo que al grado de incumplimiento respecta, la *clause de non recul*, de carácter vinculante indudable (a diferencia del resto de disposiciones se trata claramente de una obligación de resultado y no de una mera obligación de medios), no ha sido transpuesta, en modo alguno, en la Comunidad flamenca de Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, Reino Unido, Irlanda y Portugal.

Y por último, resta hacer referencia a la violación del artículo 8 DTV en relación a los artículos 6 y 59 ss TCE que se esconde en los ordenamientos británico, italiano, neerlandés y portugués al incluir una clara discriminación por razón de la nacionalidad entre las normas de promoción de la lengua nacional. La directiva permite, en efecto, la adopción de normas encaminadas a proteger y promocionar la lengua nacional. El TJCE, por su parte, también ha considerado tales medidas compatibles con el Derecho Comunitario Europeo. Ahora bien, únicamente, en cuanto tales. Es decir, como medidas orientadas de acuerdo a «criterios lingüísticos» y no tendentes a proteger la industria audiovisual nacional frente a la de otros Estados miembros. Todo Estado está legitimado para fijar una cuota de emisión de obras en su lengua nacional, pero de ninguna manera podrá exigir que las citadas obras sean de la nacionalidad de referencia. Los Países Bajos, por poner un ejemplo, pueden exigir que los organismos de televisión establecidos en su territorio dediquen un 40% del tiempo de emisión a obras cuya versión original sea en neerlandés. Pero el Derecho Comunitario impide que una película producida en dicha lengua por la vecina Comunidad flamenca belga no pueda incluirse en ese porcentaje.

El resto de disposiciones de la directiva, salvo algunas violaciones puntuales en materia de publicidad y patrocinio, especialmente en el ordenamiento italiano, ha sido transpuesta de forma bastante ajustada a lo exigido por el Derecho comunitario.

Por lo que a España respecta, amén de la insatisfactoria y tardía transposición realizada por la ley 24/1994<sup>55</sup> *de lege ferenda*, no resultaría desaconsejable ir considerando la posibilidad de preparar una codificación, sin duda compleja, de todo el Derecho audiovisual elaborado por el Estado en un único cuerpo, al estilo del existente en algunos de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, con el objetivo de superar la dispersidad creciente y el caos normativo actual.

---

<sup>55</sup> Ley 15/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la directiva 89/552/CEE, *BOE* n.º 166 de 13.7.1994, p. 22.342. Sobre su contenido y deficiencias, vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La directiva “televisión sin fronteras”. El proyecto de ley para su transposición al Derecho español», *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia* 1994, *Bol.* 94, pp. 5-18 con nota de actualización en *ibidem* *Bol.* 98, p. 12.



## IV. LA REFORMA DE LA DIRECTIVA TELEVISIÓN SIN FRONTERAS

La propia directiva, en su artículo 26 establece que «a más tardar al final del quinto año después de la fecha de adopción mencionada en el artículo 25 [3 de octubre de 1991] y después cada dos años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un informe relativo a la aplicación de la presente directiva y, si fuere necesario, formulará propuestas para adaptar la presente directiva a la evolución en el campo de la radiodifusión televisiva». Por otra parte, el artículo 4 de la directiva, prevé también la reforma del sistema de cuotas al considerar que «el Consejo volverá a examinar la aplicación del presente artículo sobre la base de un informe de la Comisión, acompañado de las propuestas de revisión que considere adecuadas, a más tardar al final del quinto año a partir de la adopción de la presente directiva», esto es finales de 1994. En virtud de las disposiciones citadas y atendiendo a la «invitación» realizada por el Consejo Europeo de Essen para que la Comisión elaborara una propuesta de reforma<sup>56</sup>, ésta presentó los correspondientes informes general<sup>57</sup> y segundo sobre las cuotas<sup>58</sup>, así como una propuesta inicial de reforma de la directiva conforme al procedimiento de codecisión<sup>59</sup>.

A juicio de la Comisión, respaldado por la doctrina mayoritaria y en lo sustancial por el propio Consejo<sup>60</sup>, la directiva ha sido juzgada en su globalidad de forma positiva de lo que se desprende la no necesidad de adoptar una modificación sustancial del texto, sino modificaciones puntuales que contribuyan a adaptar el texto originario a las nuevas necesidades actuales. El objetivo básico de la reforma es fijar un cuadro jurídico más claro, seguro y eficaz para favorecer el desarrollo de la actividad de radiodifusión televisiva en el seno del espacio audiovisual europeo y, de paso, clarificar y solventar algunas deficiencias detectadas en el texto de la directiva. Los aspectos concretos a revisar se concretan fundamentalmente

---

<sup>56</sup> Vid. «Conclusiones del Consejo Europeo de Essen de 9 y 10 de diciembre de 1994», *Revista de Instituciones Europeas* 1995, pp. 349-400, especialmente p. 356 (sociedad de la información).

<sup>57</sup> COM (95) 86 final de 31.5.1995. Informe sobre la aplicación de la directiva 89/552/CEE con arreglo al artículo 26.

<sup>58</sup> COM (96) 302 final de 15.7.1996, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento relativa a la aplicación de los artículos 4 y 5 de la Directiva 89/552/CEE «Televisión sin fronteras». El primer informe, incompleto en muchos aspectos, se encuentra en COM (94) 57 final y Bol. 3-1994, punto 1.2.178.

<sup>59</sup> COM (95) 86 final de 31.5.1995, cit., pp. 54-66. La propuesta modificada de la Comisión se encuentra en COM (96) 200 y Bol. 5-1996, punto 1.3.176.

<sup>60</sup> Posición común CE n.º 49/96, aprobada por el Consejo el 8.7.1996, DOCE C 264 de 11.9.1996, pp. 52-60. Sobre la posición del Comité Económico y Social, vid. su dictamen de 13 de septiembre de 1995, DOCE C 301 de 13.11.1995 y Bol. 9-1995, punto 1.3.138. Respecto a la posición del Parlamento Europeo vid. el dictamen en primera lectura, DOCE C 65 de 4.3.1996.

en los siguientes: precisar y concretar los criterios que determinan la competencia de un Estado miembro sobre el organismo de radiodifusión televisiva, debiendo concretarse, conforme a la jurisprudencia *Factortame*, en el del establecimiento efectivo; mejorar la redacción de determinadas cuestiones del sistema de cuotas clarificando, sobre todo, el alcance del concepto jurídico indeterminado «cada vez que sea realizable»; liberalizar la televenta aumentando su tiempo de emisión permitido de una a tres horas diarias y permitiendo canales dedicados exclusivamente a la teletienda; relajar la regulación sobre interrupción de programas por publicidad; y reforzar la regulación de protección de menores.

### 1. Criterios que determinan la competencia de los Estados

La Comisión, ya en 1986, consideraba que debía ser el establecimiento el criterio determinante para fijar la competencia del ordenamiento jurídico a aplicar conforme al principio del Estado emisor. Sin embargo, debido fundamentalmente a la peculiaridad política de determinados organismos de radiodifusión establecidos en Alemania<sup>61</sup>, se optó finalmente por recoger en la redacción final de la directiva el simple criterio de la competencia (art. 2.1. DTV). Sin embargo, como ya señalábamos en otra sede<sup>62</sup>, hechos como el controvertido asunto *Ret Hot Television* mostraban los problemas que se derivaban de la regulación de la directiva, máxime cuando existen Estados que, como sería el caso de Luxemburgo, están interesados en conceder licencias de satélites a emisiones extranjeras, frecuentemente extracomunitarias, garantizándoles una relajación de las normas de publicidad aplicables o incluso la exclusión de la aplicación del Derecho nacional de ese Estado, con lo que se desvirtúa la exigencia mínima para el adecuado desenvolvimiento del principio básico del Estado emisor y se corre el riesgo de vacío jurídico. Además, el creciente número de problemas achacables a la aplicación del criterio del enlace ascendente refuerza los argumentos contra su uso como criterio para determinar la competencia<sup>63</sup>.

En la propuesta de reforma la Comisión, con razón, está convencida de que el lugar de establecimiento efectivo es el criterio más eficaz para determinar la competencia de acuerdo con los objetivos de la directiva, esto es, para concretar la responsabilidad del Estado sobre los organismos de radiodifusión televisiva. Ello cohonesta además con la postura manteni-

---

<sup>61</sup> Alemania era desde donde emitían sus emisiones los organismos de radiodifusión de las fuerzas armadas, los cuales estaban establecidos en territorio alemán pero no dependían de la competencia de la República Federal.

<sup>62</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *op. cit.* (*La Directiva...*), pp. 243-244.

<sup>63</sup> COM (95) 86 final, cit., pp. 33-34.

da por el TJCE en su ya citada sentencia *Factortame* al considerar que «el concepto de establecimiento en el sentido del artículo 52 y siguientes del Tratado implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente en otro Estado miembro por una duración indeterminada»<sup>64</sup>. Por ello se proponen como criterios básicos para determinar el establecimiento principal los siguientes: el lugar en que el organismo de radiodifusión tenga su sede central; el lugar en que se adopten las decisiones editoriales sobre la programación; y el lugar del control central donde se ensambla definitivamente el programa que va a ser emitido al público. Sin embargo, la redacción adoptada por el artículo 2 de la posición común de 8 de julio de 1996 resulta tan engorrosa como inútil, ya que a la postre vuelve a introducir elementos que se apartan parcialmente del concepto de establecimiento efectivo acuñado por la jurisprudencia.

Por el contrario, dado que el criterio de establecimiento pone el acento en el organismo responsable de la edición de las parrillas de programas, sí resulta especialmente útil la propuesta de inclusión en el artículo primero de una definición expresa de organismo de radiodifusión televisiva.

## 2. El fomento de las obras europeas

La redacción concedida por la directiva al sistema de cuotas, muy particularmente el uso reiterado de conceptos jurídicos indeterminados como «siempre que sea posible» o «con los medios adecuados» ha sido reiteradamente criticada por la doctrina. Sin embargo, la posición común, salvo la modificación de determinados aspectos de la definición de obras europeas, mantiene intacto en lo básico la regulación originaria. A mayor abundamiento, se reduce a 18 meses el período de dos años exigido actualmente desde el comienzo de la explotación de una película en las salas de cine hasta su emisión por televisión; y la excepción de reducción a un año se amplía también con carácter general a todas las cadenas de pago.

## 3. Publicidad y televenta

La propuesta de reforma introduce como novedad la regulación específica de la televenta por entenderse que es una actividad distinta a la publicitaria en sentido estricto. En su regulación se le extiende, en lo fundamental, las restricciones exigidas a los mensajes publicitarios, si bien los bloques de televenta difundidos por una cadena no dedicada

---

<sup>64</sup> TJCE sentencia de 25.7.1991, as. C-221/89 The Queen/Secretary of State for Transport, *Rec.* 1991, p. I-3.905, especialmente p. 3.962, fto. 20.

exclusivamente a la televenta tendrán una duración mínima ininterrumpida de quince minutos y el número máximo de bloques diarios será de ocho.

Por otro lado, atendiendo a las demandas de los sectores económicos afectados y abanderado por las posturas políticas más neoliberales, se introduce como novedad la posibilidad de cadenas dedicadas exclusivamente a la televenta.

#### 4. La protección de menores

La nueva regulación propuesta para la protección de menores, pese a decantarse por la inclusión de dos nuevas disposiciones que complementen el actual artículo 22, continúa manteniendo la criticable y oscura distinción entre prohibición absoluta de programas que puedan perjudicar *seriamente* el desarrollo físico, mental o moral del menor, especialmente la pornografía y violencia gratuita, y programas que puedan perjudicar —sin el calificativo de seriamente— el citado desarrollo del menor, los cuales serán permitidos salvo que se garantice, por la elección de la hora de emisión o mediante medidas técnicas, que los menores que se encuentren en su zona de difusión no vean ni escuchen dichas emisiones.

En todo caso, esta regulación, circunscrita al ámbito televisivo pretende ser extendida y regulada con mayor cuidado en otros servicios audiovisuales de nueva aparición y muy difícil control<sup>65</sup>.

##### 5. El comité de contacto

La posición común prevé la creación de un Comité de contacto bajo los auspicios de la Comisión formado por representantes de las autoridades competentes de los Estados miembros y presidido por un representante de la Comisión. Sus funciones básicas serán las de facilitar la aplicación efectiva de la directiva a través de la consulta periódica acerca de los problemas prácticos que resulten de su aplicación, así como ser foro para el cambio de impresiones e intercambio de información.

#### V. HACIA UNA POLÍTICA AUDIOVISUAL EUROPEA

La directiva y su reforma continuarán constituyendo el marco jurídico básico al que ha de adaptarse la legislación nacional, particularmente en todo lo relativo a libertad de recepción y retransmisión, cuotas destinadas a programas de procedencia europea y de productores independientes, publicidad, patrocinio, protección de menores y derecho de réplica.

---

<sup>65</sup> Cfr. Libro verde de la Comisión de 16.10.1996 sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información; así como las conclusiones del Consejo sobre pedofilia en Internet, Bol. 9-1996, punto 1.3.91.

Sin embargo, no es el único instrumento jurídico comunitario en materia audiovisual. En realidad, se ve arropada por una larga serie de acciones comunitarias. El principal exponente es el Programa MEDIA<sup>66</sup>, cuya valoración como instrumento básico de fomento y apoyo a la industria audiovisual europea ha sido altamente positiva<sup>67</sup>, lo que ha conducido al relanzamiento de un programa MEDIA II para el período 1996-2000<sup>68</sup>. Su objetivo básico es contribuir a incrementar la competitividad de la industria audiovisual europea y, a diferencia de la primera versión, es menos generalista y se centra en la mejora de la formación, el desarrollo de obras audiovisuales europeas y el apoyo a la distribución favoreciendo la formación de redes de distribución transnacional<sup>69</sup>.

Junto a este cuadro de actuación base existen otros instrumentos jurídicos comunitarios que, desde el mismo objetivo (fomentar el desarrollo de la industria audiovisual europea), han actuado de forma concreta en materia de televisión de alta definición<sup>70</sup>, normas para la introducción de servicios avanzados de televisión en Europa<sup>71</sup>, normas sobre competencia en los servicios de telecomunicación<sup>72</sup>, etc. Tampoco faltan normas

---

<sup>66</sup> Cfr. Decisión 90/685/CEE de 21.12.1990 del Consejo sobre la ejecución del Programa MEDIA, DOCE L 380 de 31.12.1990, pp. 37-40. Para profundizar en su contenido vid. las dos proposiciones de la Comisión al Consejo para un programa de acción para la promoción de la industria audiovisual en Europa (MEDIA), COM (90) 78 final y COM (90) 132 final. También resulta especialmente instructiva la posición mantenida por el Parlamento Europeo, DOCE C 324 de 24.12.1990. Actualmente existen ya dos propuestas de Decisión de la Comisión tendentes a adoptar un programa MEDIA II para el período 1996-2000.

<sup>67</sup> Una amplia valoración de este programa de acción se encuentra la Comunicación de la Comisión de 23.07.1993 sobre la evaluación del Programa de fomento de la industria audiovisual europea-MEDIA (1991-1995), COM (93) 364 final.

<sup>68</sup> Vid. Decisión 95/563/CE de 1.7.1995, DOCE L 321 de 30.12.1995, p. 25 y Decisión 95/564/CE de 22.12.1995.

<sup>69</sup> Sobre la puesta en marcha del programa puede verse, entre otras, el anuncio de puesta en ejecución del programa de fomento para el desarrollo y la distribución de obras audiovisuales europeas, DOCE C 288 de 1.10.1996, pp. 47-48.

<sup>70</sup> DOCE L 142 de 25.5.1989. Como referencias doctrinales básicas sobre este complejo fenómeno sirva citar las siguientes: CARPENTIER, M., «Télévision haute définition: du laboratoire au marché», en *Revue de Marché Commun* 2/1990, pp. 111-116; MESSERSCHMIDT, U., «Produktions- und Sendenormen für hochauflösendes Fernsehen (HDTV)», en *Media Perspektiven* 7/1985, pp. 558-560; REINERS, U., «Verbesserte Fernsehsysteme-die Alternativen», en *Media Perspektiven* 2/1990, pp. 61-76, especialmente pp. 61-76; WIJDEVELD, H.R.M., «De invoering van HDTV in Europa», en *Media-Forum (Tijdschrift voor Media-en Communicatienrecht)* 9/1990, pp. 88-90; ZIE-MER, A., «HDTV-Produktion und Nutzungsaspekte», en *Media Perspektiven* 7/1985, pp. 556-557.

<sup>71</sup> Decisión 93/424/CEE de 22.7.1993, DOCE L 196 de 5.8.1993. En la misma fecha acordó el Consejo una Resolución relativa al desarrollo tecnológico y normativo en el ámbito de los servicios avanzados de televisión, DOCE C 209 de 3.8.1993 y *Bol. CE* 6/1993 punto 1.2.230. y *Bol. CE* 7-8-/1993, punto 1.2.197.

<sup>72</sup> Directiva 88/301/CEE de la Comisión de 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicación, DOCE L 131 de 27.5.1988, pp. 73-77;

concretas de desarrollo y complemento de lo previsto en la directiva de televisión, v.gr. en materia de derechos de autor<sup>73</sup>.

Con todo ello parece haberse abierto, lenta pero decididamente, la senda que conducirá a una verdadera política audiovisual europea. Sirva recordar que el Libro Blanco «Crecimiento y Economía», adoptado por el Consejo Europeo en diciembre de 1993<sup>74</sup>, subraya la importancia del sector audiovisual para la Unión Europea y sienta los principios básicos para la instauración y puesta en marcha de un verdadero *espacio común de la información*<sup>75</sup> que dé adecuada réplica a las exigencias de la actual sociedad de la información en que vivimos. Entre las principales vías futuras de actuación comunitaria se encuentra la profundización en el fomento de la industria audiovisual europea, especialmente la de programas<sup>76</sup>, en la elaboración de normas comunes en materia tecnológica, particularmente televisión digital<sup>77</sup>, así como el tratamiento jurídico de fenómenos problemáticos para el Derecho Comunitario Europeo cuyo máximo exponente actual son la concentración creciente en los medios audiovisuales<sup>78</sup> y la liberalización de las infraestructuras en telecomunicaciones y redes de televisión por cable<sup>79</sup>.

---

Directiva 90/388/CEE de la Comisión de 28 de junio de 1990 sobre competencia en el mercado de servicios de telecomunicación, DOCE L 192 de 24.07.1990, pp. 10-16.

<sup>73</sup> Así por ejemplo la directiva 93/83/CEE del Consejo de 27.09.1993 para la coordinación de determinadas disposiciones sobre derechos de autor en relación a la televisión por satélite y retransmisión por cable, DOCE L 248 de 06.10.1993, p. 15.

<sup>74</sup> *Libro Blanco* «Crecimiento, competitividad y empleo: retos y pistas para entrar en el siglo XXI», COM (93) 700 final.

<sup>75</sup> *Ibidem*, capítulo V, especialmente puntos A y C.

<sup>76</sup> Vid. *Libro verde*, «Opciones estratégicas para reforzar la industria de programas en el contexto de la Política Audiovisual de la Unión Europea», COM (94) 96 final, especialmente pp. 38-41.

<sup>77</sup> Particularmente interesante resulta la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión (por la que se deroga la Directiva 92/38/CEE), DOCE C 341 de 18.12.1993, COM (93) 556 final y *Bol. CE* 11/1993, punto 1.2.200; Comunicación de Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre difusión de señales digitales de vídeo-Un marco para la Política comunitaria-Proyecto de Resolución del Consejo, COM (93) 557 final; Comunicación de la Comisión al Consejo por la que se presenta un proyecto de Resolución del Consejo sobre la fijación de un marco para una política comunitaria en materia de radiodifusión televisiva numérica, COM (93) 557 final y *Bol. CE* 11/1993, punto 1.2.201. El Consejo (Telecomunicaciones) de 7 de diciembre de 1993, tras mostrar su satisfacción por la propuesta de Directiva presentada por la Comisión, hizo hincapié en que «las normas comunes constituyen el fundamento esencial de un desarrollo armonioso de la radiodifusión televisiva digital acorde con las condiciones del mercado e invita a la Comisión a proseguir su programa de trabajo», cfr. *Bol. CE* 12/1993, punto 1.2.268.

<sup>78</sup> *Libro verde*, «Pluralismo y concentración de los medios de comunicación en el mercado interior-Valoración de la necesidad de una acción comunitaria», COM (92) 480 final.

<sup>79</sup> Comunicación de la Comisión de 25.10.1994, COM (94) 440 final.

De forma paralela, el Consejo de Europa ha desplegado también una importante línea de actuación en materia audiovisual. Por lo que a este trabajo respecta, destaca el Convenio sobre televisión transfronteriza de 5 de mayo de 1989<sup>80</sup>, sin que ello signifique que se trate de la única intervención en la materia<sup>81</sup>. De acuerdo con su artículo 29-2.º, entró en vigor, el 5 de mayo de 1993 al ser ratificado por, al menos, siete Estados parte<sup>82</sup>. Actualmente ha sido firmado por al menos doce Estados miembros de la Unión Europea<sup>83</sup>.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

La política audiovisual europea se hace imprescindible desde una triple perspectiva. Desde el punto de vista socio-político, una Unión Europea que aspire a contar con una verdadera opinión pública europea suficientemente asentada como para articular una sociedad civil propia que en su momento forje un auténtico Estado europeo no puede permanecer ajena al vital papel que adquieren los medios audiovisuales. Con unos medios audiovisuales dispersos y disgregados en el plano local o nacional difícilmente podrá lograrse, en lo términos anhelados por el Consejo Europeo de Estrasburgo (1989), una plena adhesión de los ciudadanos a la idea europea. Desde la perspectiva jurídica, la realidad de una televisión transfronteriza emitida y recibida a lo largo y ancho del planeta es del todo punto incompatible con una regulación eminentemente nacional y basada en unas concepciones administrativas caducas. Por último, en el plano económico la actuación comunitaria resulta también imprescindible para favorecer la concentración de sinergias e impulsar el

c r e c i m i e n -

<sup>80</sup> *Convention Européenne sur la télévision transfrontière du 19 mars 1989*, Traités Européens-Serie Nr. 132, Strasbourg 1989. Un completo comentario de este Convenio se encuentra en Conseil de L'Europe, *Rapport explicatif de la Convention Européenne (5 mai 1989)*, Traités et rapports, Strasbourg 1992.

<sup>81</sup> De entre la larga lista de actuaciones del Consejo de Europa en materia audiovisual se podrían entresacar por su rango y por su incidencia en aspectos también regulados por el CCE y por la Directiva comunitaria el *Arrangement européen sur l'échange des programmes au moyen de films de télévision* (1958); el *Arrangement européen pour la protection des émissions de télévision* (1960) con sus cuatro protocolos posteriores, el último de los cuales es de 1989; el *Accord européen pour la repression des émissions de radiodiffusion effectuées par des stations hors des territoires nationaux* (1965).

<sup>82</sup> Italia (12.02.92), Malta (21.01.93), Polonia (1.05.93), San Marino (1.05.93), Suiza (1.5.93), El Vaticano (7.1.93), Reino Unido (1.5.93), Chipre (10.10.91).

<sup>83</sup> Alemania (9.10.91), Finlandia (26.11.92), Francia (12.02.91), Grecia (12.03.90), Italia (16.11.89), Luxemburgo (5.5.89), Países Bajos (5.5.89), Austria (5.5.89), Portugal (16.11.89), España (5/5/89), Suecia (5/5/89), Reino Unido (5.5.89).

to y competitividad de uno de los sectores con mayores posibilidades de crecimiento futuro.

La CE, empero, ha abordado la regulación del fenómeno audiovisual fundamentalmente desde la perspectiva económica, abordando las exigencias jurídicas tan sólo de modo parcial y obviando de manera absoluta la dimensión socio-política. De entrada, se constata en la propia atribución de competencia del artículo 128 TCE, la cual resulta, como poco, timorata en sus concepciones y restrictiva en la regulación. Por otra parte, la propuesta de reforma de la directiva «televisión sin fronteras» acoge una creciente influencia de las corrientes economicistas en boga tendentes a acentuar la liberalización de la regulación televisiva, particularmente en materia de publicidad y televenta.

A mayor abundamiento, elude abordar temas neurálgicos de la directiva, como podría ser la controvertida cuestión de las cuotas para programas europeos. Por el contrario, inspirada en una tesis funcionalista no siempre adecuada, se crea un comité de contacto con funciones meramente decorativas, mientras que se sigue ignorando la necesidad de crear una autoridad europea de control. Y respecto a cuestiones que motivan directamente la reforma, v.gr. la necesidad de considerar el establecimiento efectivo como criterio rector para determinar el Estado emisor que ejercerá la competencia sobre el organismo de radiodifusión televisiva y evitar vacíos legales como el experimentado en el asunto *Ret Hot Television*, la decidida propuesta inicial de la Comisión se ha ido desvirtuando a lo largo del procedimiento legislativo hasta sedimentar en la posición común un farragoso precepto. Lo propio cabe decir de la reforma en materia de protección de menores; si bien el informe sobre la aplicación de la directiva se expresa la inaplazable necesidad de clarificar la regulación, tanto la propuesta de la Comisión, como la posición común del Consejo y el Parlamento siguen aferradas a la literalidad de la redacción en vigor.

En definitiva, se constata la ineludible necesidad de lograr en este sector normativo mayores dosis de fantasía jurídica para regular un fenómeno transfronterizo que, al abrir una *nueva comunicación* está poniendo en entredicho todo tipo de categorizaciones sociológicas, semióticas y, sobre todo, jurídicas, aparentemente consolidadas desde hace décadas. Por mucho que el legislador se empecine, las ondas no entienden de mojonos.



## **El papel del juez nacional en la aplicación del derecho comunitario**

por Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer

Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Es un honor muy especial pronunciar la conferencia de apertura del curso 1996-1997 del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Deusto. Desde esta tierra me asomé a Europa, por primera vez, en los veranos de mi infancia y, años después, en San Sebastián ejercí funciones jurisdiccionales como magistrado. El germen de mi actual condición de miembro del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas surgió, pues, en el País Vasco, por lo que me llena de satisfacción estar hoy aquí, aportando mi sincero reconocimiento a la labor realizada por el Instituto de Estudios Europeos como avanzada universitaria para conocer la realidad de un fenómeno de integración entre unos pueblos que, por encima de los logros económicos alcanzados, tal vez excesivamente valorados, ha conseguido mantener la paz durante más de cuarenta años y fomentar los intercambios no sólo de mercancías y de capitales, sino también de personas, de culturas, de modos de entender la existencia y de solucionar los conflictos.

Con la instauración de las Comunidades Europeas se ha puesto en práctica un nuevo concepto de integración, basado en la unión cada vez más estrecha de Estados y de pueblos, decididos a suprimir las fronteras existentes entre ellos. La libertad es la pauta: libertad de las personas para circular, para establecerse, para trabajar, para intercambiar sus productos. La implantación de esta nueva sociedad requiere un derecho original que, penetrando sus fronteras, se imponga a los Estados y a los ciudadanos y, para asegurar la aplicación de ese derecho, es imprescindible, contar con unos jueces.

El juez comunitario, en principio, es el Tribunal de Justicia, a quien compete la función esencial de garantizar el respeto del derecho en la interpretación y en la aplicación de los Tratados. La transcendencia de su misión se pone de relieve si se considera que la implantación de un dere-

cho uniforme, en todo su ámbito, es consustancial a la existencia de la propia Comunidad Europea. Por su propia naturaleza y por su finalidad, la norma común exige también una interpretación y una aplicación uniformes. El que fue gran Presidente del Tribunal de Justicia durante los años sesenta, Robert Lecourt, puso de manifiesto que la piedra angular de la Comunidad no es sólo una misma norma común, sino que esa norma sea interpretada y aplicada de igual manera en toda la extensión de un territorio por los tribunales de todos los Estados miembros.

El carácter preferentemente descentralizado de la ejecución administrativa del derecho comunitario y de su control jurisdiccional hace necesario que, en la aplicación de sus normas, colaboren los jueces internos de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia sólo tiene una competencia de atribución referida a las materias que, de manera expresa, le confieren los Tratados constitutivos. Por tanto, junto al Tribunal de Justicia, surgen también los jueces nacionales como jueces comunitarios. Teniendo en cuenta, además, la particularidad esencial del derecho de las Comunidades de poder ser invocado por los ciudadanos europeos, el juez comunitario ordinario o de derecho común es el juez nacional.

Los autores de los Tratados fundacionales han querido dotar a la Comunidad de un poder judicial autónomo, creando un vínculo orgánico entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales, con objeto de conseguir una aplicación armoniosa y un desarrollo coherente del derecho comunitario.

La Comunidad no dispone de una organización jurisdiccional propia. Como los problemas de derecho comunitario y los de derecho nacional aparecen con frecuencia entremezclados, sería muy difícil atribuir unos a los órganos judiciales de la Comunidad y los otros a los de los Estados miembros. Además, establecer un recurso ante el Tribunal de Justicia contra las decisiones de los órganos jurisdiccionales internos, que han resuelto un litigio de derecho comunitario, plantearía igualmente dificultades y supondría un importante abandono de sus poderes soberanos por los Estados miembros, que éstos no estaban dispuestos a consentir en el momento de la constitución de las Comunidades. Los jueces nacionales siguen siendo, pues, soberanos en su orden jurídico, en cuanto a la realización del derecho comunitario. La colaboración entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia, como órganos judiciales comunitarios, se arbitra a través de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea. Este precepto es una solución de compromiso, que tiene en cuenta las peculiaridades de las relaciones entre el ordenamiento jurídico comunitario y los derechos internos de los Estados miembros. No configura al Tribunal de Justicia como un órgano jurisdiccional de casación europea, sino que institucionaliza la coordina-

ción y la cooperación judicial necesarias entre dicho Tribunal y los jueces nacionales, confiando al primero la misión de pronunciarse a título prejudicial, dentro de un proceso de carácter incidental, sobre las cuestiones de derecho comunitario que se planteen en los procesos de que conozcan los diversos tribunales internos.

Como ha resaltado el Tribunal de Justicia en la sentencia *Rheinmühlen*, de 16 de enero de 1974 (asunto 166/73, Rec. p. 33), el artículo 177 es esencial para preservar el carácter comunitario del derecho instituido por el Tratado, y tiene por objeto hacer posible que, en cualquier circunstancia, ese derecho produzca los mismos efectos en todos los Estados miembros de la Comunidad. Es una solución original que permite conciliar la legítima autoridad del juez nacional con la necesaria uniformidad del derecho comunitario y asegurar el respeto del reparto de competencias, manteniendo la unidad de los procedimientos.

El sistema del artículo 177 descansa en la diferencia entre interpretación y aplicación de las normas, distinción de gran sutileza que, en ocasiones, puede provocar dificultades. Al confiar al Tribunal de Justicia prácticamente el monopolio de la interpretación y de la determinación de la validez de los preceptos comunitarios, por medio de la cuestión prejudicial, se está asegurando su aplicación uniforme, lo que constituye una exigencia inherente a su propia existencia.

Esa posición central del Tribunal de Justicia le ha dado la oportunidad de representar un papel fundamental en el desarrollo del derecho comunitario, habida cuenta del alto grado de judicialización que se da en este último. Así, ha deducido en sus resoluciones una serie de conceptos y de principios, cuya potencialidad no había sido plenamente percibida por los redactores de los Tratados, lo que le ha permitido construir el ordenamiento jurídico de las Comunidades, esforzándose por promover su plena eficacia. Ésta implica que el derecho comunitario produzca efectos directos en el sistema jurídico de los Estados miembros y que goce de primacía frente al derecho nacional. El sistema instaurado sólo puede funcionar dentro de un espíritu de cooperación y de mutuo respeto. Su éxito depende de que los jueces nacionales sean conscientes del papel eminente que les corresponde representar. La importancia de su función se desprende de la circunstancia de que, investidos de una misión de orden público, los jueces internos asumen la responsabilidad de promover, en la vida diaria, el carácter positivo vinculante del derecho comunitario.

El proceso prejudicial, calificado de incidental, se instituyó con la finalidad de servir al juez nacional y de ayudarle en su labor de aplicar el derecho comunitario en un proceso principal, para que lo haga de acuerdo con unos parámetros comunes y para evitar las divergencias hermenéuticas que, con toda certeza, se producirían si se dejara a los diferentes

jueces interpretar, con total autonomía, las disposiciones de un nuevo ordenamiento jurídico, habida cuenta de las distintas tradiciones y de las concepciones jurídicas muy diversas a que pertenecen los órganos jurisdiccionales de cada Estado integrado en la Comunidad.

A pesar de esta concepción del sistema, perfectamente adecuada a su finalidad y a su configuración en los textos normativos, la práctica ha demostrado que la competencia del Tribunal de Justicia, calificada de «prejudicial», es, en realidad, esencial, y la competencia principal del juez nacional aparece, sin embargo, como un simple accesorio de la aplicabilidad directa del derecho comunitario.

El fenómeno ha tomado tales proporciones que ha suscitado alguna reacción. Ha habido quien lo ha atribuido no sólo al propio artificio en que reposa el reenvío, sino a otros factores de naturaleza tanto estructural como funcional. Por un lado, la amplitud reconocida a la aplicabilidad directa y la combinación de ésta con la primacía han reducido las relaciones del derecho comunitario con los derechos nacionales a un modelo único, cuyas virtualidades centralizadoras sobrepasan las exigencias de una estructura institucional que ni siquiera llega a ser federal. Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha impuesto una dialéctica singular, al incitar a los jueces internos para que le dirijan cuestiones prejudiciales. Esta actitud, que puede ser considerada como de vocación pedagógica, ha mantenido a los jueces nacionales un poco bajo tutela, situación peligrosa que puede condicionarlos a la hora de asumir sus responsabilidades.

La competencia prejudicial del Tribunal de Justicia viene, en todo caso, doblemente condicionada. En primer lugar, por los límites que le impone la pregunta formulada por el órgano jurisdiccional interno, límites que ha de respetar con todo rigor. En segundo término, porque el juez comunitario debe dar a sus respuestas un carácter general objetivo, de suerte que la interpretación que proporcione no quede excesivamente constreñida a las circunstancias particulares del caso en que surgió la cuestión, y pueda incorporarse a la norma sobre la que recaiga, otorgándole su autoridad.

Al cabo de los años, la función comunitaria del juez nacional aparece definida con unos contornos que el Tribunal de Justicia ha ido precisando en sus resoluciones. Los principios estructurales básicos del nuevo ordenamiento jurídico, la primacía y el efecto directo, aparecen como imperativos categóricos dirigidos fundamentalmente a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Comunidad.

Los jueces nacionales van a ver su función redefinida por el Tribunal de Justicia, de acuerdo con las exigencias del derecho comunitario, que les impone el deber de asegurar una protección directa, inmediata y efectiva de los derechos que confiere a los justiciables. Pero han de ejercer su cometido dentro de un contexto procesal regulado por el derecho interno,

que no siempre les confiere los medios contenciosos adecuados para garantizar la plenitud de efecto del derecho comunitario. De ahí surgen algunas dificultades que el Tribunal de Justicia ha pretendido ir superando, por medio de un aumento paulatino del carácter comunitario del título en que se fundan las competencias jurisdiccionales de los jueces internos.

En todo caso, la jurisprudencia ha reconocido a los ciudadanos comunitarios lo que se podría llamar un «derecho al juez», que está perfectamente recogido en la sentencia Johnston, de 15 de mayo de 1986 (asunto 222/84, Rec., p. 1.663), como la existencia de un control jurisdiccional efectivo, al que ya se había aludido en la sentencia Heylens, 15 de octubre de 1987 (asunto 222/86, Rec., p. 4.097), como «un principio general de derecho comunitario, que se deriva de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y que se consagró en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos». El derecho procesal interno no puede, por consiguiente, privar a los particulares de la posibilidad de hacer valer, en vía jurisdiccional, los derechos que les otorga el ordenamiento de las Comunidades. En la sentencia Factortame, de 19 de junio de 1990 (asunto C-213/89, Rec., p. I-2.433), se ha llegado a decir que «corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, por aplicación del principio de cooperación enunciado en el artículo 5 del Tratado de la Comunidad Europea, asegurar la protección jurídica que se deriva para los justiciables del efecto directo de las disposiciones del derecho comunitario».

La función del juez interno queda enriquecida al ser instituido como juez de derecho común del ordenamiento jurídico comunitario. Su condición constitucional queda modificada de manera importante. El control de legalidad comunitaria que se le atribuye es muy ilustrativo al respecto: cualquier juez nacional, de cualquier orden jurisdiccional, y no sólo del contencioso-administrativo, puede controlar la sumisión del derecho interno, de cualquier rango, al sistema jurídico de las Comunidades. El desdoblamiento de la figura del juez nacional, que es al mismo tiempo juez interno y juez comunitario de derecho común, es difícil de asimilar. La paradoja que se desprende del hecho de que cualquier ciudadano pueda dirigirse al juez, como órgano del Estado, con la pretensión de que deje inaplicadas las normas de ese Estado del que recibe su propia potestad jurisdiccional, plantea dificultades que sólo cabe superar, desde un conocimiento serio del fenómeno comunitario y de la vocación de integración que comporta.

El juez interno ya no queda reducido a su labor tradicional de interpretar y aplicar la producción normativa del legislador estatal. Ni siquiera el principio de sumisión jerárquica, dentro de la propia estructura jurisdiccional, ha quedado impune.

La organización judicial de la Comunidad se basa, por consiguiente, en la idea de la subsidiariedad, aunque este principio no ha recibido su consagración formal hasta su reconocimiento explícito en el artículo 3B, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, atemperado por el criterio de la proporcionalidad, que recoge el apartado 3 del propio precepto. Hay subsidiariedad en el sentido de que a los órganos judiciales creados por los Tratados, el Tribunal de Justicia y después el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades, sólo se les han conferido las competencias específicas que los órganos jurisdiccionales nacionales no estaban en condiciones de ejercer.

El Tribunal de Justicia asume el papel de auténtico tribunal constitucional dentro de la Comunidad, al controlar la conformidad con los Tratados del derecho comunitario derivado, al garantizar el equilibrio institucional, al delimitar la distribución de competencias entre las Comunidades y los Estados miembros, al proteger los derechos fundamentales y al realizar el control preventivo de la adecuación a los Tratados de los acuerdos de las Comunidades con terceros.

En cumplimiento de su función esencial, el Tribunal de Justicia ha ido precisando los principios estructurales del derecho comunitario en estrecha colaboración con los órganos jurisdiccionales internos. Las sentencias más importantes al respecto se han pronunciado respondiendo a las cuestiones prejudiciales formuladas por los jueces nacionales. La sentencia *Van Gend and Loos*, de 5 de febrero de 1963 (asunto 26/62, Rec., p. 3), tuvo ocasión de precisar que «la Comunidad constituye un nuevo orden jurídico de derecho internacional, en cuyo beneficio los Estados han limitado, aunque de manera restringida, sus derechos soberanos y cuyos súbditos no son solamente los Estados miembros, sino también sus nacionales». Por consiguiente, «el derecho comunitario, dependiente de la legislación de los Estados miembros, al tiempo que crea deberes u obligaciones para los particulares, está también destinado a engendrar derechos que entren a formar parte de su patrimonio jurídico», «derechos que tienen su origen no sólo en atribuciones específicas del Tratado, sino igualmente en las obligaciones que impone de forma bien definida tanto a los particulares, como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias». La eficacia directa del derecho comunitario significa su aptitud para originar, por sí mismo, derechos y obligaciones en el patrimonio jurídico de los particulares. Reconocer la eficacia directa es garantizar el estatuto jurídico del ciudadano europeo y comprometer seriamente al juez nacional en la protección de los derechos que le otorga el ordenamiento jurídico comunitario.

La sentencia *Costa c. ENEL*, de 15 de julio de 1964 (asunto 6/64, Rec., p. 1.141), impuso después el principio de la primacía. La primacía

del derecho comunitario significa que sus normas tienen preferencia sobre las de derecho nacional, de manera que, en caso de conflicto, se deben aplicar aquéllas, cualquiera que sea el rango de las normas internas y con independencia de que hayan sido aprobadas con posterioridad. La primacía del derecho comunitario aparece como una consecuencia necesaria del efecto directo: si el efecto directo se justifica en una regla básica del derecho comunitario, que exige que sus normas sean aplicadas de manera general, uniforme e incondicionada en todos los Estados miembros, es claro que no pueden quedar sometidas a preceptos de derecho interno, anteriores o posteriores a la norma comunitaria, que tengan un contenido contradictorio con ella. Si tal eventualidad se produce, los fundamentos del efecto directo imponen que la norma interna sea desplazada. De la propia sentencia *Costa c. ENEL* se desprenden los elementos esenciales de la doctrina de la primacía, que la jurisprudencia posterior no hará sino confirmar:

- en primer lugar, la primacía es una condición existencial del derecho comunitario. Si una norma interna, aunque fuera de rango constitucional, pudiera derogar a la norma europea ésta dejaría de ser común y la Comunidad misma de subsistir;
- en segundo lugar, la superioridad del derecho comunitario viene dada por su propia naturaleza, y no por ningún tipo de concesión del derecho constitucional de los Estados miembros;
- en tercer lugar, el orden jurídico comunitario prevalece en su integridad sobre los derechos nacionales, lo que significa que la primacía beneficia a todas las normas comunitarias, primarias o derivadas, directamente aplicables o no, y frente a todas las normas internas; y
- por último, la primacía se predica tanto en el orden comunitario como en los sistemas jurídicos internos, donde se impone a todas las autoridades y, en especial, a sus órganos jurisdiccionales.

La sentencia *Costa c. ENEL* no precisó, sin embargo, las modalidades de la sanción de esa primacía que corresponden a los jueces nacionales, y fue necesario esperar a que la sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978 (asunto 106/77, Rec., p. 629), precisara las condiciones de ese principio, declarando que «el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de sus normas, dejando inaplicada, si es preciso, y por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que sea necesario solicitar o esperar la eliminación previa de esta última, por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional».

La importancia de la doctrina sentada por la jurisprudencia Simmenthal se percibe a primera vista. Confiere al juez nacional un poder tal, al permitirle controlar la sumisión al derecho comunitario de su legislación nacional, que modifica de hecho el sistema constitucional de los Estados miembros. La sentencia invita a «todo juez nacional competente» a dejar inaplicada «por su propia autoridad» cualquier ley estatal, incluso posterior, incompatible con el derecho comunitario, sin que tenga que pedir o esperar su eliminación previa, por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional. La función del juez nacional ha quedado extraordinariamente enriquecida y ha adquirido una proyección decisiva, si se tiene en cuenta el carácter expansivo del derecho comunitario y la voluntad firme de las propias Comunidades y de los Estados que las componen de seguir avanzando en la unión económica hacia una unión política cada vez más cercana, como se puso de relieve en el preámbulo del Tratado de la Unión Europea.

Después de fijar esos principios estructurales del derecho comunitario, que determinan la actuación del juez nacional al aplicar sus normas, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha preocupado de completar los poderes que, por definición, han de corresponder al juez nacional para que pueda llevar a cabo su cometido de manera adecuada. En la sentencia *Factortame*, de 19 de junio de 1990 (asunto C-213/89, Rec., p. 2.433), se concede al juez nacional la facultad de suspender cautelarmente el derecho interno, fundándose en el derecho comunitario, es decir, se instituye al juez interno en juez competente para adoptar medidas cautelares, permitiéndole garantizar la protección provisional de los derechos que las propias normas comunitarias conceden a los particulares, incluso aunque se cuestione la existencia de tales derechos en un proceso y a pesar de que el derecho nacional excluya el ejercicio de semejante competencia. La sentencia viene a confirmar la plena responsabilidad del juez nacional como juez ordinario de derecho comunitario, al investirlo de todos los atributos judiciales, entre los que la disponibilidad de medidas cautelares resulta primordial para definir un poder jurisdiccional completo. Además, refuerza la total operatividad del principio de primacía del ordenamiento comunitario, al declararlo capaz de imponerse sobre las normas nacionales superiores en vía provisional o cautelar, cuando así lo requieran las necesidades específicas que las circunstancias del caso revelen, en razón de la efectividad final de dicho ordenamiento.

Fundándose en el reconocimiento de las medidas cautelares como un medio imprescindible para conseguir la tutela judicial efectiva en derecho comunitario, la sentencia *Zuckerfabrik*, de 21 de febrero de 1991 (asuntos C-143/88 y C-92/89, Rec., p. I-415), declara que la coherencia del sistema de protección provisional exige que el juez nacional pueda



acordar, igualmente, la suspensión de un acto administrativo interno fundado en un reglamento comunitario cuya legalidad se cuestiona.

Después, la sentencia Atlanta, de 9 de noviembre de 1995 (asunto C-465/93, Rec., p. I-3.781), ha concedido a los órganos jurisdiccionales nacionales la facultad de adoptar medidas cautelares que configuren o regulen las actuaciones o las relaciones jurídicas controvertidas respecto a un acto administrativo nacional, basado en un reglamento comunitario cuya validez es objeto de una cuestión prejudicial. Esto significa que el juez nacional puede adoptar otras medidas cautelares, además de la suspensión, contra los actos administrativos internos dictados en aplicación de una norma jurídica comunitaria cuya validez se cuestiona. En este caso, como en el asunto contemplado en la sentencia Zuckerfabrik, se requiere, para la adopción de las medidas cautelares:

- que el órgano jurisdiccional tenga serias dudas acerca de la validez del acto normativo comunitario y, en el supuesto de que no se haya sometido al Tribunal de Justicia la cuestión de validez del acto impugnado, la plantee él mismo;
- que exista urgencia, en el sentido de que las medidas cautelares sean necesarias para evitar que la parte que las solicita sufra un perjuicio grave e irreparable;
- que el órgano jurisdiccional tenga debidamente en cuenta el interés de la Comunidad; y
- que, en la apreciación del cumplimiento de todos esos requisitos, el órgano jurisdiccional nacional respete las sentencias del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Primera Instancia dictadas sobre la legalidad del reglamento o el auto de medidas provisionales relativo a la concesión, en la esfera comunitaria, de medidas provisionales similares.

En cualquier caso, hay que destacar que el derecho comunitario respeta el principio de la autonomía procesal e institucional de los Estados miembros para organizar el ejercicio de la función jurisdiccional en su territorio, aunque impone ciertos límites que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha precisado paulatinamente. El principio general aparece recogido en la sentencia Rewe, de 16 de diciembre de 1976 (asunto 33/76, Rec., p. 1.989), y en la sentencia San Giorgio, de 9 de noviembre de 1983 (asunto 199/82, Rec., p. 3.595), en las que se reconoce que, a falta de regulación comunitaria en la materia, corresponde al órgano jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y establecer las modalidades de los recursos procesales adecuados para garantizar la protección de los derechos que para los particulares se derivan del efecto directo del derecho comunitario, quedando claro que

esas modalidades no pueden ser menos favorables que las relativas a los recursos similares de naturaleza interna y que no pueden ser concebidas de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario. Las excepciones a ese principio son numerosas y la más llamativa es, tal vez, la constituida por la sentencia *Oleificio Borelli*, de 3 de diciembre de 1992 (asunto C-97/91, Rec., p. I-6.313), en la que se impuso a un órgano jurisdiccional italiano la obligación de declarar admisible el recurso contra un acto que, por ser de carácter meramente preparatorio, no era impugnabile con arreglo al derecho interno.

La elaboración del principio de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario es, sin duda, una de las construcciones jurisprudenciales más importantes que el Tribunal de Justicia ha realizado en respuesta a las cuestiones prejudiciales que le han formulado diferentes órganos jurisdiccionales nacionales. La doctrina sentada alcanza la condición de principio estructural del derecho comunitario, junto a los de eficacia directa o de primacía en su relación con los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, y ha sido considerada de manera unánime como uno de los hitos de la jurisprudencia comunitaria, pronunciada con el fin no sólo de paliar las carencias de la voluntad política de los Estados y de las instituciones de la Comunidad en la realización de los objetivos perseguidos por los Tratados, sino también con el de compensar el déficit democrático de las propias Comunidades, reforzando la protección jurisdiccional de los particulares. Diferentes declaraciones del Tribunal de Justicia han dejado entrever que corresponde al juez nacional, en el marco de las obligaciones que resultan del artículo 171 del Tratado de la Comunidad Europea, deducir las competencias de los pronunciamientos del propio Tribunal, para asegurar el pleno efecto del derecho comunitario en el futuro y para reparar las consecuencias dañosas producidas en el pasado por los incumplimientos de los Estados. La declaración de la obligación de indemnizar a las víctimas de los perjuicios sufridos como consecuencia del comportamiento de los Estados miembros, poco respetuoso con el derecho comunitario, se produjo muy pronto, ya en la sentencia *Humblet*, de 16 de diciembre de 1960 (asunto 6/60, Rec., p. 1.128). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia parecía exigir la existencia de procedimientos jurídicos efectivos, que condujeran normalmente a la concesión de un derecho a reparación, en caso de infracción del derecho comunitario por las administraciones nacionales, siempre que la norma quebrantada tuviera efecto directo o que la violación hubiera sido constatada por una sentencia de incumplimiento, dictada con arreglo al artículo 169 del tratado de la Comunidad Europea, o, con mayor motivo, cuando concurrieran ambas situaciones.

El principio de la responsabilidad de los Estados miembros frente a los ciudadanos, como consecuencia de los perjuicios derivados de la violación de las obligaciones impuestas por el derecho comunitario, y concretamente por no haber desarrollado una directiva comunitaria, se produjo en la sentencia *Francovich y Bonifaci*, de 19 de noviembre de 1991 (asuntos C-6/90 y C-9/90, Rec., p. I-5.403). La sentencia, después de proclamar que el principio es inherente al sistema del Tratado, analiza las condiciones que deben concurrir para que se dé esa responsabilidad de los Estados miembros, señalando que dependen de la naturaleza de la violación del derecho comunitario y exigiendo:

- primero, que el resultado perseguido por la directiva implique la atribución de derechos a los particulares;
- segundo, que el contenido de esos derechos pueda ser identificado con arreglo a las disposiciones de la directiva; y
- tercero, que exista una relación de causalidad entre la obligación que incumbe al Estado y el perjuicio sufrido por quien reclama reparación.

Por último, la sentencia añade que, respetando las condiciones que impone para que nazca el derecho a reparación por la no transposición de una directiva por un Estado miembro, pertenece a cada ordenamiento jurídico interno designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procedimentales de los recursos destinados a asegurar la plena eficacia de los derechos que a los particulares confiere el sistema jurídico comunitario, precisando que las condiciones de fondo y de forma fijadas por las diversas legislaciones nacionales en materia de reparación de daños no pueden ser menos favorables que las relativas a reclamaciones similares de naturaleza interna.

El principio de la responsabilidad del Estado por los perjuicios causados a los particulares, como consecuencia de su incumplimiento del derecho comunitario, ha experimentado una cierta evolución en diversas resoluciones hasta su consagración definitiva en la sentencia *Brasserie du Pêcheur-Factortame*, de 5 de marzo de 1996 (asuntos C-46/93 y C-48/93, aún no publicada en la Rec.). La sentencia aclara que la obligación de reparar los daños «no puede depender de las normas internas de reparto de competencias entre los poderes constitucionales» y se apoya en las conclusiones del Abogado General G. Tesouro para confirmar que, al igual que sucede en el ordenamiento jurídico internacional, el Estado que incurre en responsabilidad ha de ser considerado en su unidad, independientemente de que la violación que haya causado el perjuicio sea imputable al poder legislativo, al poder judicial o al poder ejecutivo, sin que puedan ponerse en entredicho las exigencias de la protección de los derechos de los parti-

culares que invocan el derecho comunitario. La sentencia añade un nuevo requisito para que surja la responsabilidad estatal: es necesario que la violación del derecho comunitario sea «suficientemente caracterizada», aclarando que el criterio decisivo para considerar que una violación del derecho comunitario es suficientemente caracterizada radica en «la inobservancia manifiesta y grave, por parte tanto de un Estado miembro como de una institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación».

Un último desarrollo del principio se contiene en la sentencia Dillenkofer, de 8 de octubre de 1996 (asuntos C-178/94, C-179/94, C188/94, C-189/94 y C-190/94, aún no publicada en la Rec.), en la que se reiteran los requisitos ya apuntados, justificando que la exigencia de una violación suficientemente caracterizada del derecho comunitario, aunque no estaba mencionada en la sentencia Francovich y Bonifaci, era inherente a las circunstancias del caso. La sentencia precisa que la violación del derecho comunitario es suficientemente caracterizada cuando una institución o un Estado miembro, en el ejercicio de su poder normativo, ha desconocido de manera manifiesta y grave los límites que se imponen al ejercicio de sus poderes, añadiendo que, en la hipótesis de que un Estado miembro no estuviera confrontado a elecciones normativas y disponía de un margen de apreciación muy reducido, casi inexistente, la simple infracción del derecho comunitario puede bastar para determinar la existencia de una violación suficientemente caracterizada. Además, se aclara que el derecho a obtener la reparación del perjuicio no puede quedar condicionado a la existencia de una previa sentencia del Tribunal de Justicia en la que se constate el incumplimiento del derecho comunitario por parte de un Estado miembro, ni a la concurrencia de cualquier tipo de culpa o de negligencia del órgano estatal al que se impute la infracción.

Con los poderes del juez nacional así definidos, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros han sabido, por lo general, comprender su función y han asumido la responsabilidad que les impone el derecho comunitario. La colaboración instaurada por la remisión judicial prevista en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas se ha revelado como un instrumento eficaz para lograr la necesaria uniformidad en la interpretación del derecho comunitario, compensando los riesgos asumidos con la implantación de un sistema judicial descentralizado para la aplicación del nuevo ordenamiento jurídico.

El derecho, la práctica del derecho, su aplicación diaria, constituye un elemento esencial de la vida de un país; forma parte de su propia realidad, como su arquitectura, su paisaje, su arte y su cultura. Expresa la personalidad de un pueblo, su manera de pensar y de sentir, la opción política que ha adoptado, su más profunda aproximación al ser humano, a

su proyección social y a la defensa de su individualidad más fundamental. Por ello, es importante que, bajo la imprescindible acción unificadora del Tribunal de Justicia, los jueces nacionales sigan desempeñando su papel de jueces comunitarios, aplicando las normas del ordenamiento jurídico de las Comunidades de una manera uniforme, pero adaptada a la realidad social en que ejercen su función jurisdiccional, conscientes siempre de la trascendencia del proceso de integración europea, pero también pendientes de la protección de los derechos del ciudadano. El imperio del derecho ha de resplandecer siempre en un fenómeno histórico que ha encontrado sus señas de identidad en la defensa de los principios democráticos y en la protección de los derechos humanos, y se ha de expresar en un control jurisdiccional efectivo que no ha de quedar circunscrito al solo pilar de las Comunidades dentro de la Unión Europea, sino que se ha de extender a las demás actividades de ésta, aunque se refieran a la cooperación intergubernamental.

Bilbao, 31 de octubre de 1996.



# La incidencia del Derecho Comunitario en el Derecho penal. Especial referencia a la legislación penal española en materia de contrabando y control de cambios<sup>1</sup> (1.<sup>a</sup> parte)

por Santiago Senent Martínez

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN.—II. INCIDENCIAS DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA EN MATERIA DE CONTRABANDO.—1. **La necesaria influencia de los principios relativos a la libre circulación de mercancías y la Unión Aduanera en el Derecho de contrabando.**—1.1. *Aspectos relativos a la libre circulación de mercancías y la prohibición de medidas de efecto equivalente.*—1.2. *Aspectos relativos a la Unión Aduanera.*—2. **La difícil determinación del bien jurídico protegido en el delito de contrabando.**—2.1. *Unidad o multiplicidad de bienes jurídicos protegidos en el delito de contrabando.*—2.2. *La protección de los bienes jurídicos comunitarios a través de la legislación penal en materia de contrabando.*—3. **El territorio como elemento esencial del delito de contrabando. El concepto de terrorismo aduanero de la Comunidad.**—4. **Análisis de los diversos tipos penales previstos en la Ley Orgánica de Contrabando de 1995 desde la perspectiva del Derecho Comunitario y la jurisprudencia del TJC. La posición de los tribunales españoles.**—4.1. *Contrabando de géneros de lícito comercio.*—4.1.1. Importación y exportación de géneros de lícito comercio.—4.1.2. Operaciones de comercio, tenencia o circulación de géneros de lícito comercio no comunitarios.—4.1.3. La cuestión del origen de la mercancías.—4.1.4. El llamado tránsito comunitario.—4.2. *Contrabando de géneros estancados.*—4.2.1. Concepto de género estancado. La cuestión de los monopolios y su compatibilidad con el Derecho Comunitario.—4.2.2. Actividades prohibidas.—4.3. *Contrabando de géneros prohibidos.*—4.3.1. Los géneros prohibidos comprendidos en la Ley de Contrabando.—4.3.2. Los

---

<sup>1</sup> El presente trabajo es una adaptación a la vigente Ley de Contrabando y a las recientes sentencias del TJC sobre esta materia y sobre los delitos monetarios del trabajo de investigación presentado para el Master de Estudios del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Deusto, trabajo que se ha dividido en dos partes para su publicación.

géneros prohibidos desde la perspectiva del Derecho Aduanero Comunitario.—4.4. *Contrabando de obras u objetos de interés historico-artístico.*—4.5. *La obtención fraudulenta del despacho de mercancías. La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto 212/88.*—5. **Consideraciones críticas sobre la vigente Ley de Contrabando de 1995.**

## I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es poner de manifiesto la incidencia del Derecho Comunitario en el Derecho Penal, especialmente en los delitos de contrabando y los relativos al control de cambios.

Debe observarse que los Tratados Constitutivos han creado un sistema jurídico completo, con vocación de permanencia y que tiende a producir sus efectos en todos los ámbitos materiales que constituyen su objeto, sin que pueda hablarse de áreas del derecho inmunes al Derecho Comunitario. Por otra parte, no debe olvidarse que el Derecho Penal constituye un ordenamiento tuitivo de bienes jurídicos, y que dichos bienes jurídicos son de diversa índole y algunos de ellos inciden en el ámbito material del Derecho Comunitario, por lo que si el grado de protección de un bien jurídico no se puede considerar en ningún modo como absoluto, si no que se acomoda a diversos intereses económico-sociales-políticos, no cabe duda que la regulación de la actividad económica también va a incidir directamente en los aspectos penales, y si aquellos, en algunos sectores vienen regulados por el Derecho Comunitario, éste, en definitiva, tiene que incidir directamente en el Derecho Penal.

Hoy en día ya no puede hablarse del Derecho Comunitario desde una perspectiva exclusivamente económica. La vocación integradora de los Tratados Constitutivos ha supuesto una extensión de sus normas y principios a otros sectores de la actividad humana y de las relaciones entre los Estados miembros. Basta una lectura del artículo D del Tratado de la Unión Europea para apreciar cómo se ha producido una modificación cualitativa en los objetivos de este proceso integrador que ya no tiende exclusivamente a lo económico o comercial y que se manifiesta de modo más expresivo en el cambio de denominación, llevado a cabo por el artículo G del TUE.

El Derecho Comunitario, a través de los instrumentos del efecto directo y la primacía, va a obligar, en ocasiones, a los Estados miembros a reelaborar su normativa interna, a fin de adaptarla a la norma comunitaria. El Juez nacional, por su parte, deberá interpretar el Ordenamiento Ju-



rídico Nacional a la luz del Derecho Comunitario. En cualquier caso, el Derecho Comunitario se aplicará siempre, aunque contravenga la norma nacional, cualquiera que sea la índole del precepto. Esta afirmación incluye, por tanto, a las normas penales. En efecto, la normativa penal no puede escapar al ámbito de influencia del Derecho Comunitario, ya que de ser así, cabría la posibilidad de que no se logaran los fines de los Tratados, al mantener los Estados miembros una esfera de su Ordenamiento Jurídico inmune a la influencia del Derecho Comunitario, lo que supondría un incumplimiento de las obligaciones impuestas a los Estados por el TCCEE en su artículo 5.

No se trata de realizar un estudio exhaustivo de las interrelaciones entre Derecho Comunitario y Derecho Penal, tan sólo de poner de manifiesto como a través de esa incidencia el Derecho Comunitario va a producir una serie de efectos en el Derecho Penal. En primer lugar, produce un efecto descriminalizador de determinados comportamientos, que ahora se ven amparados por la norma comunitaria, con lo que la sanción penal es incompatible con aquella. En segundo lugar, produce un efecto penalizador de determinados comportamientos. El Derecho Comunitario no contempla un sistema global de protección frente a las transgresiones de sus normas. Existen, por otra parte, una serie de intereses jurídicos, netamente comunitarios, a los que se les puede extender la noción de bien jurídico protegido, como aquel interés de la vida de la comunidad a la que presta protección el Derecho Penal<sup>2</sup>. Se hace necesario, por tanto, establecer cuales son esos bienes jurídicos y arbitrar unos mecanismos adecuados para su protección, bien sea a través de la propia normativa comunitaria, bien sea utilizando los mecanismos sancionadores de los Estados miembros.

El modo a través del cual se manifiesta esa vertiente criminalizadora del Derecho Comunitario viene constituido por la potestad sancionadora directamente emanada del Derecho Comunitario que se encuadra, no obstante en el ámbito de la potestad sancionadora administrativa. Asimismo por la posibilidad de crear tipos penales a través de las normas comunitarias, pudiéndose citar como ejemplos el artículo 27 del Estatuto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o el artículo 294 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, posibilidad que, no obstante, debe considerarse limitada a las normas contenidas en los Tratados, que exigen ratificación por los parlamentos nacionales, pues de otro modo no se respetaría el principio de legalidad, garantía básica del Derecho Penal.

---

<sup>2</sup> Véase sobre este aspecto JESCHECK, H.H., en *Tratado de Derecho Penal, parte general*, editado por Bosch, Barcelona, 1981, volumen primero, páginas 350 y siguientes.

También puede citarse el llamado Principio de asimilación y el nuevo artículo 209 A del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Por el principio de asimilación, la norma comunitaria prevé que los preceptos penales de los Estados miembros, protectores de determinados intereses nacionales, se apliquen igualmente a la tutela de los correspondientes intereses de la Comunidad<sup>3</sup>. Este principio puede operar de diversas formas. De este modo, la norma comunitaria podría establecer un precepto por el que obligará a los Estados miembros a sancionar los intereses jurídicos comunitarios del mismo modo que sanciona los suyos propios que puedan equipararse. Existe otro mecanismo de asimilación que consiste en la descripción por la norma comunitaria del comportamiento que debe ser sancionado, o al menos del bien jurídico digno de protección. La finalidad de los preceptos es compeler al Estado, a través de su sistema penal, a actuar directamente, sin necesidad de intervención del legislador nacional. Tan sólo se requiere la labor interpretativa en orden a subsumir el nuevo comportamiento antijurídico en el tipo penal concreto.

Del mismo modo puede destacarse como mecanismo a través del cual el Derecho Comunitario produce un efecto criminalizador la cooperación de los Estados Miembros en materia penal y las nuevas previsiones del Tratado de la Unión Europea en su Título VI relativas a la cooperación en materia de Justicia e Interior y las obligaciones que a los Estados miembros impone el artículo 5 del TCEE.

Debe distinguirse, en este ámbito, el importante papel que ha desempeñado el TJC, especialmente a partir de la sentencia dictada en el caso del maíz griego<sup>4</sup> al reconocer la incidencia del Derecho Comunitario en el Derecho Penal, no sólo amparando una serie de conductas que a la luz de la norma Comunitaria no pueden ser perseguidas por los Estados miembros, sino también destacando la especial obligación que incumbe a estos en orden a garantizar la eficacia del Ordenamiento Jurídico Comunitario, llegando incluso a sancionar penalmente los comportamientos que vulneren aquél.

Son muchos los ámbitos del Derecho Penal que pueden verse afectados por el Derecho Comunitario. El presente trabajo se centra en dos aspectos que revisten actualmente especial interés: la legislación penal española en materia de contrabando y en materia de control de cambios. Ambas aparecen íntimamente relacionadas con dos de las que han venido a llamarse libertades fundamentales del Derecho Comunitario, que son la libre circulación de mercancías y la libre circulación de capitales.

---

<sup>3</sup> A este respecto, puede verse GRASSO G., *Comunidades Europeas y Derecho Penal*, ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 1993, páginas 160 y siguientes.

<sup>4</sup> Sentencia del TJC de 21-9-1989. Asunto 68/88 Comisión contra Grecia.

La legislación penal en materia de contrabando exigía una reinterpretación, es más, una modificación, a fin de adaptarse a las nuevas previsiones del Derecho Comunitario. Dicha reforma se ha llevado a cabo a través de la elaboración de una nueva Ley de Contrabando<sup>5</sup>, debiéndose analizar si, efectivamente, la nueva Ley responde a las exigencias que el Derecho Comunitario comporta en esta materia. En efecto, la creación de un Mercado Único y de una Unión Aduanera, inciden en un doble ámbito. Por un lado algunos comportamientos hasta ahora sancionados penalmente van a quedar descriminalizados. El Juez Nacional deberá interpretar los preceptos a la luz del Derecho Comunitario y no aplicarlos cuando el imputado haya actuado conforme a lo dispuesto en los Tratados y en el Derecho Derivado. Se ha producido, por tanto, una derogación tácita de la norma penal; asimismo, se mantiene una norma ambigua, que crea confusión en los particulares, provocando una cierta inseguridad jurídica. Pero es más, la creación de la Unión Aduanera, la existencia de un interés financiero de la Comunidad, como es el arancel aduanero, exigen una nueva definición de los bienes jurídicos protegidos por las legislaciones sobre contrabando y extraer las conclusiones pertinentes, que en cualquier caso deberán pasar por una nueva regulación y una adecuada protección penal a los intereses jurídicos comunitarios dignos de ella. No se puede afirmar, como se ha hecho que el delito de contrabando ha quedado vacío de contenido por la aplicación del Derecho Comunitario. Al contrario, se abren nuevas perspectivas que exigen, eso sí, un adecuado análisis de la normativa, a fin de determinar que conductas deben sancionarse y de que modo, con el objeto de que los intereses tanto nacionales, como cada vez más comunitarios, gocen de una adecuada protección.

La legislación penal en materia de control de cambios también va a precisar una reinterpretación. La libre circulación de capitales incide especialmente en esta materia. Si bien es cierto que en este ámbito se admiten ciertos mecanismos de control, es necesario determinar hasta que punto esos mecanismos son compatibles con el Derecho Comunitario, y si la sanción penal del incumplimiento de las formalidades es proporcional a la infracción y sobre todo acorde con el Ordenamiento Comunitario. No debe olvidarse que también algunos comportamientos, que, en principio, entrarían en el ámbito de la legislación penal en esta materia, pueden verse amparados por el Derecho Comunitario y que existen otros intereses directamente afectados, como pueden ser la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios que podrían operar como

---

<sup>5</sup> Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre de represión del contrabando. *BOE* n.º 297 de 13 de diciembre de 1995.

causas de justificación de diversas conductas, o incluso convertirlas en atípicas. En este sentido debe destacarse las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional al TJC ya resueltas por el TJC en el sentido que posteriormente se analizará. Sin embargo, desde otro punto de vista, los mecanismos de sanción penal relativos al control de cambios pueden llegar a convertirse en instrumentos adecuados para la protección de intereses financieros de la Comunidad Europea y no sólo del Estado. Asimismo, puede convertirse en una normativa adecuada para garantizar el respeto a ciertos límites o controles, dirigidos a evitar otros comportamientos delictivos o el beneficio que de ellos pudiera derivarse.

En definitiva, este trabajo pretende poner de manifiesto la necesidad de contemplar el Derecho Penal desde otra perspectiva, y sobre todo de acomodarlo a las exigencias, que en este ámbito se derivan del Derecho Comunitario.

## II. INCIDENCIAS DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA EN MATERIA DE CONTRABANDO

### 1. **La necesaria influencia de los principios relativos a la libre circulación de mercancías y la Unión Aduanera en el Derecho de contrabando**

#### 1.1. *Aspectos relativos a la libre circulación de mercancías y la prohibición de medidas de efecto equivalente*

Cuando se constituyó la Comunidad Económica Europea, en la mente de los que la crearon estaba la idea, esencialmente económica, de crear un espacio económico único, donde la libre circulación de las personas, capitales, servicios y mercancías estuviese garantizada<sup>6</sup>. De este modo nacen las cuatro grandes libertades del sistema comunitario.

La libre circulación de mercancías implica que éstas pueden circular sin obstáculo por todo el territorio comunitario, y que pueden tener acceso a los mercados de todos los Estados en las mismas condiciones que las nacionales, sin que puedan ser objeto de cualquier género de discriminación. De este modo, el Título Primero de la tercera parte del TCCEE se refiere a la libre circulación de mercancías, disponiendo el artículo 9-1 que la Comunidad se basará en una unión aduanera, que abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías y que implicará la prohibición,

---

<sup>6</sup> Artículo 3-C del TCCEE.

entre los Estados miembros, de los derechos de aduana, de importación y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países.

Evidentemente, la aduana y la necesidad de pagar unos derechos al introducir las mercancías en un Estado miembro, era el principal obstáculo a esa pretendida libre circulación, por lo que era necesario suprimir los aranceles aduaneros y todas las exacciones de efecto equivalente a los derechos de aduana. Es más, la consecución de esa libre circulación de mercancías y la creación de una unión aduanera, ha supuesto la eliminación de los controles interiores de mercancías, de tal modo, que las mercancías originarias de la comunidad y aquellas que se encuentran en situación de libre práctica<sup>7</sup> pueden ser transportadas desde un punto del territorio de un Estado miembro al de otro Estado miembro sin ser sometidos a ningún control aduanero y por tanto, sin que exista obligación alguna de presentar dichas mercancías en las oficinas de aduanas o de pagar cualquier derecho por su importación.

Esta situación debe influir, sin duda, en la legislación penal sobre contrabando<sup>8</sup>, pues el objeto de ésta es precisamente sancionar penalmente, o administrativamente, en función del valor de la mercancía, a aquellas personas que infringiendo la norma de control aduanero introducen, de modo irregular, mercancías en el territorio español. Como veremos posteriormente, la libre circulación de mercancías ha incidido decisivamente en la normativa penal, de tal modo que ha venido a descriminalizar algunas conductas en el sentido descrito en el capítulo anterior del presente trabajo.

Si el contrabando se configura como un delito de mera actividad, consistente en el incumplimiento de determinadas formalidades, y éstas ya no son exigibles por aplicación de una normativa, que goza de efecto directo y de primacía respecto a la legislación nacional, no puede sino afirmarse que la introducción de mercancías procedentes de países comunitarios en territorio español sin presentarlos al despacho en aduanas y sin cumplir las formalidades aduaneras es impune. ¿Significa esto que la legislación sobre contrabando es innecesaria? La respuesta debe ser matizada, puesto que la libre circulación de mercancías se predica, no de to-

---

<sup>7</sup> Se consideraran de libre práctica en un Estado miembro los productos procedentes de terceros países respecto de los cuales se haya cumplido, en dicho Estado miembro, las formalidades de importación y percibido los derechos de aduana y cualesquiera otras exacciones de efecto equivalente exigibles, siempre que no se hubieren beneficiado de una devolución total o parcial de los mismos. Artículo 10-1 del TCCEE.

<sup>8</sup> La regulación sobre esta materia se contiene en la Ley Orgánica de Contrabando de 12 de diciembre de 1995.

das ellas, sino tan sólo de las comunitarias, entendiendo por tales las originarias de los países comunitarios y las que se encuentran en situación de libre práctica. Por otra parte, ningún derecho o libertad se configura de modo absoluto. De éste modo, el propio TCCEE contempla la posibilidad de establecer prohibiciones o limitaciones a esta libre circulación de mercancías.

Dice el artículo 36 del TCCEE que las disposiciones de los artículos 30 a 34, ambos inclusive, no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y de vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria, ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.

Se establecen así una serie de bienes protegidos, constituidos por: el orden público, moralidad pública y seguridad pública; salud pública; patrimonio artístico-histórico-arqueológico nacional; propiedades inmateriales y especiales. Se trata, en algunos casos, de conceptos jurídicos indeterminados. El TJC se ha pronunciado al respecto de alguno de ellos y respecto a la moralidad pública ha afirmado que corresponde en principio a cada Estado miembro determinar las exigencias de la moralidad pública sobre su territorio, según su propia escala de valores, en la forma por él elegida<sup>9</sup>. Respecto al orden público, se ha pronunciado en el sentido de prohibir su invocación para facilitar medidas de interés económico<sup>10</sup>. En cualquier caso, la restricción debe estar justificada y no constituir un medio de discriminación arbitraria y una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros. Además, debe ser proporcionada, pues el artículo 36 constituye una excepción al principio de libre circulación de mercancías y debe, por tanto, interpretarse de modo que no extienda sus efectos más allá de lo que es necesario para la protección de los intereses que trata de garantizar<sup>11</sup>.

El TJC, en la sentencia dictada en el asunto CASSIS DE DIJON<sup>12</sup>, ha ampliado la posibilidad de estas restricciones al afirmar que, si bien todo producto legalmente fabricado y comercializado en un Estado miembro debe ser, en principio, admitido en el mercado de cualquier Estado miembro, los obstáculos a la circulación intracomunitaria que resulten de dispa-

---

<sup>9</sup> Sentencia del TJC de 14 de diciembre de 1979 asunto 34/79 Regina.

<sup>10</sup> Sentencia del TJC de 19 de diciembre de 1961 asunto 7/61 (Comisión/Italia).

<sup>11</sup> Sentencia del TJC de 12 de octubre de 1978 asunto 13/78 Eggers.

<sup>12</sup> Sentencia del TJC de 20 de febrero de 1979 asunto 120/78.

ridades de las legislaciones nacionales relativas a la comercialización de los productos en cuestión, deben ser aceptados en la medida en que estas prescripciones puedan ser reconocidas como necesarias para satisfacer exigencias imperativas relativas, particularmente, a la eficacia de los controles fiscales, a la protección de la salud pública, la lealtad de las transacciones comerciales y a la defensa de los consumidores. La Comisión, por su parte, se ha referido también a la protección del medio ambiente.

Entiende MARTINEZ LAGE que se trata de exigencias imperativas derivadas de la «Rule of reason», por lo que cualquier objetivo de interés general cuya regulación no haya sido asumida por la Comunidad podrá ser invocado —si cumple los demás requisitos— y habrá de contrastarse si puede, o no, justificar una restricción a la libre circulación de mercancías<sup>13</sup>. Estas limitaciones sólo serán aplicables cuando se den las siguientes condiciones de invocabilidad. 1.º Sólo es aplicable en ausencia de reglamentación comunitaria sobre la materia. 2.º Es necesario que se trate de normas nacionales indistintamente aplicables a la producción nacional y a las importaciones. Es necesario, por último, que exista una relación de causalidad entre la reglamentación y la exigencia imperativa, que la reglamentación sea apropiada y no excesiva con respecto al fin perseguido y que no exista otro medio de obtener el mismo fin con menos daño para la libre circulación de mercancías.

Por tanto, y si bien es cierto que las instituciones comunitarias se han preocupado cada vez más de elaborar normativas armonizadoras que impidan estas restricciones, lo cierto es que la pretendida libre circulación de mercancías no va a impedir la existencia de restricciones y de controles y deberá determinarse qué papel va a asumir la aduana en esos controles y si la omisión de los mismos va a considerarse como un delito de contrabando. A alguna de estas cuestiones pretenden dar respuesta las siguientes páginas.

## 1.2. *Aspectos relativos a la Unión Aduanera*

El Capítulo Primero del Título Primero de la tercera parte del TCCEE se refiere a la unión aduanera. La unión aduanera es el instrumento que tiene por objeto facilitar la creación de un espacio económico y comercial único así como garantizar la libre circulación de mercancías. Se fundamenta en la supresión de controles aduaneros para las mercancías que

---

<sup>13</sup> MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «La contribución de la Jurisprudencia a la realización de la libre circulación de mercancías. Las exacciones de efecto equivalente o restricciones cuantitativas», en *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, dirigido por RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. Editado por el Consejo General del Poder Judicial y la Universidad de Granada, Civitas, Madrid 1993. Páginas 755 y siguientes.

circulan entre los países comunitarios y la instalación de unos controles aduaneros para las mercancías procedentes de países terceros. Asimismo, se suprimen los aranceles que se estén aplicando en sus relaciones comerciales recíprocas<sup>14</sup>, y se crea un arancel aduanero común que grava las importaciones de productos originarios de países extracomunitarios, arancel que constituye uno de los recursos financieros propios de la comunidad europea y que tiene precisamente por objeto la protección de la producción intracomunitaria.

La normativa básica sobre esta materia se encuentra en el Código Aduanero Comunitario<sup>15</sup> y en su Reglamento de aplicación<sup>16</sup>. Como quiera que la Comunidad Europea no goza de una administración periférica, la gestión del control aduanero en la recaudación del arancel aduanero común se encomienda a las administraciones de aduanas de los Estados miembros. Por otra parte, la normativa comunitaria no contiene una normativa sancionadora de los incumplimientos e infracciones que puedan cometerse en materia aduanera, por lo que existe una remisión a la normativa nacional<sup>17</sup>. De este modo, el Estado se erige en garante del cumplimiento de la normativa comunitaria y asume la obligación de sancionar las conductas irregulares, incluso con sanciones penales. Por tanto, la Ley de Contrabando será la norma a aplicar en los casos de incumplimiento de la normativa aduanera. Ya no se protegen tan sólo intereses nacionales, sino también comunitarios, como se verá, se produce así una criminalización de determinadas conductas. Además las referencias que la Ley de Contrabando hace a normativas extrapenales se entenderán hechas ahora, en algunos casos, a la normativa comunitaria. La Ley de Contrabando constituye un supuesto de norma penal en blanco, por lo que la integración del tipo penal se va a llevar a cabo, a partir de la constitución de la unión aduanera, a través de la normativa comunitaria y no de la nacional, ya que va a ser aquella la que debe determinar el presupuesto normativo del tipo de contrabando. Conceptos como el de territorio aduanero de la comunidad, origen de las mercancías, valor de las mercancías, entre otros, sólo podrán ser entendidos a la luz de las disposiciones contenidas en el CAC y en su RA.

---

tes.

<sup>14</sup> Artículo 12 del TCCEE.

<sup>15</sup> Reglamento (CEE) número 2913/92 del Consejo de 12 de octubre de 1992.

<sup>16</sup> Reglamento (CEE) número 2454/93 de la Comisión de 2 de julio de 1993.

<sup>17</sup> Dicha normativa viene constituida fundamentalmente por las Ordenanzas de Aduanas aprobadas por decreto de 17 de octubre de 1947, Real Decreto 511/77 de 18 de febrero de 1977 que aprueba el Texto refundido de los Impuestos integrantes de la Renta de Aduanas, Ley General Tributaria, Leyes 37/92 y 38/92 de IVA e Impuestos Especiales y Ley Orgánica de Contrabando de 1995. La Ley de Impuestos Especiales ha sido modificada por la Ley 40/1995 de 19



Los controles aduaneros no han desaparecido, al contrario, se refuerzan y siguen siendo necesarios para determinar qué tipo de mercancías se está importando, su origen, valor y para la recaudación de la cuota arancelaria. Otra cuestión es cual sea el tipo de aduanas que deberá asumir ese nuevo reto. Como dice MUÑOZ MERINO la liberalización de la circulación de mercancías necesita unos controles más completos; control de cambios, de inversiones, legislación fiscal, derechos de la competencia, vigilancia multinacionales. No obstante, es preciso saber que el aumento de control no es necesariamente reforzamiento de los mecanismos tradicionales, que fueron pensados para una circulación de mercancías totalmente distinta. No hay que perder de vista que el abuso de formalidades puede anular o restringir los efectos de la desmovilización arancelaria. Creemos así que la liberalización exige un mayor control, por su puesto, no permite un control físico de las mercancías, sino probablemente sólo un control contable de las mismas, que sería cometido de una aduana más amplia, que extendiera sus atribuciones a todos los planos de la vida de la empresa ligados a sus actividades de intercambio con el exterior. Se trataría de crear una gran administración del comercio exterior que permitiera una mayor rapidez y eficacia<sup>18</sup>.

En cualquier caso la unión aduanera exigía una reinterpretación de la normativa sobre contrabando, es más, una nueva regulación en la materia, que ya se ha llevado a cabo, aunque con un retraso de varios años. Este trabajo pretende de modo somero contribuir modestamente a arrojar luz sobre los múltiples problemas que la Unión Aduanera y la libre circulación de mercancías han suscitado en relación a los delitos de contrabando.

## **2. La difícil determinación del bien jurídico protegido en el delito de contrabando**

### *2.1. Unidad o multiplicidad de bienes jurídicos protegidos en el delito de contrabando*

Un tema muy discutido al hablar del delito de contrabando lo constituye cual será el bien jurídico protegido en dicho delito. Ya definimos el bien jurídico como aquel interés de la vida de la comunidad a la que presta protección el Derecho Penal. De tal modo, que las normas jurídico penales prohíben bajo sanción aquellas acciones que resultan apropiadas para lesionar, de forma especialmente peligrosa, los intereses de la vida de la colectividad.

---

de diciembre, *BOE* n.º 303 de 20 de diciembre de 1995.

<sup>18</sup> MUÑOZ MERINO, Ana, *El delito de contrabando*. Aranzadi 1993. *Infra* página 175 y si-

El bien jurídico viene constituido por un valor ideal del orden social jurídicamente protegido, en cuyo mantenimiento tiene interés la comunidad. La necesidad de protección de determinados bienes jurídicos responde a una determinada concepción social vigente en un momento histórico concreto. El legislador, acogiendo dicha demanda social, dotará de protección penal a un concreto bien jurídico. La delimitación del bien jurídico protegido en el delito de contrabando es un aspecto fundamental para analizar y comprender la estructura del delito y la repercusión que en el mismo haya de tener el Derecho Comunitario.

Tradicionalmente, se ha venido a incluir el delito de contrabando en el ámbito del derecho socio-económico. Pero, no existe una definición unánime de este concepto. Sin embargo, si entendemos éste como el conjunto de reglas cuyo función es la protección y organización de la economía nacional. El contrabando, desde el momento en que supone una transgresión de dichas normas, implica una violación de ese derecho económico<sup>19</sup>. Y es que los intereses que se protegen a través de los instrumentos aduaneros son varios y complejos, y están íntimamente relacionados con esas reglas de interés público que tienden a ordenar y proteger la economía y el bienestar común. Ahora bien, en este derecho económico podemos hablar, a la vista de lo expuesto, de una diversidad de bienes jurídicos, tales como los derechos de los trabajadores, la salud pública, el medio ambiente, el tráfico mercantil o la hacienda pública, por citar algunos en una relación que no es exhaustiva, pero que si sirve para poner de manifiesto la evidente disparidad existente entre algunos de ellos.

Ubicado ya el delito de contrabando, se hace necesario responder, a la vista de lo heterogéneo de la regulación relativa al contrabando, si entre figuras tan distintas existe un único bien jurídico protegido que conecte todas ellas o por el contrario son varios los bienes jurídicos protegidos. En primer lugar, es necesario distinguir como hace JESCHECK<sup>20</sup> entre bien jurídico protegido y objeto de la acción ya que los bienes jurídicos no constituyen objetos aprehensibles del mundo real, sino valores ideales del orden social, sobre los que descansan la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la colectividad. El concreto objeto en el que se realiza la acción típica recibe, en cambio, el nombre de objeto de la acción. Bien jurídico y objeto de la acción, como idea y fenómeno son conceptos mutuamente relacionados, pero que conceptualmente deben mantenerse separados. El desvalor del resultado del hecho radica en

---

guientes.

<sup>19</sup> Véase MUÑOZ MERINO, Ana, *El delito de contrabando*. Obra citada, página 110 y siguientes.

<sup>20</sup> Véase MUÑOZ MERINO, Ana, *El delito de contrabando*. Obra citada, página 353 y si-

el menoscabo real del objeto de la acción. En cuanto al valor ideal, el bien jurídico, en cambio, escapa a la acción inmediata del autor. La lesión del bien jurídico protegido consiste en el desprecio del específico interés de la vida de la comunidad que toma cuerpo sólo en el objeto de la acción. Del mismo modo, tampoco pueden confundirse los conceptos de bien jurídico protegido y de «ratio legis» pues ni son idénticos ni absolutamente coincidentes.

Ahora bien, la Ley de Contrabando describe una serie de comportamientos que considera delictivos. La cuestión a dilucidar es si son uno o varios los bienes jurídicos protegidos.

Un importante sector doctrinal<sup>21</sup> considera que la hacienda pública constituye el único bien jurídico protegido y entiende que en aquellos casos en los que no hay una lesión de los intereses de la hacienda pública no puede hablarse de delito de contrabando, llegando incluso a afirmar que tan sólo tienen tal carácter los supuestos de los apartados primero y segundo del número uno del artículo 1.º de la Ley de Contrabando a los que nos referiremos en otro apartado. Parte esta concepción de una noción de la hacienda pública que sólo se centra en el aspecto recaudatorio de ésta, olvidando que no siempre la actuación aduanera tiene una finalidad recaudatoria y que, como entiende MUÑOZ MERINO, tanto si el Estado deja de ingresar como si no lo hace, en el supuesto de importaciones y exportaciones clandestinas de mercancía y géneros sujetos o no al arancel, se están infringiendo las normas que regulan la actividad financiera del Estado en su aspecto de control de las fronteras, y esto tiene la consideración de delito de contrabando<sup>22</sup>.

Estos autores consideran que la Ley de Contrabando atiende a otros bienes jurídicos, como son la salud pública, o la protección del patrimonio artístico, que en esencia no difieren de la protección que a los mismos bienes jurídicos se da en otras normas penales. Aceptar esta postura nos llevaría a concluir que siendo el bien jurídico protegido del delito de contrabando la hacienda pública en su dimensión recaudadora, estas conductas coincidirían con las descritas para el delito fiscal, limitándose la Ley de Contrabando a introducir un elemento especial, al cometer la defraudación en relación al arancel aduanero y no operar los límites de los artículos 349 y siguientes del Código Penal. Del mismo modo, los supuestos de contrabando de géneros prohibidos, como puedan ser las drogas o las armas, no serían sino especialidades de los delitos de tráfico de

---

guientes.

<sup>21</sup> En este sentido puede citarse a IGLESIAS PUJOL, en *La Hacienda Pública como bien jurídico protegido. Contrabando y delito fiscal*. BOSCH, Barcelona 1982. Páginas 73 y siguientes.

drogas o del delito de tenencia ilícita de armas, que se consideran equiparables al delito de contrabando por el legislador<sup>23</sup>.

A nuestro juicio, debe hacerse un esfuerzo para entender que razón ha movido al legislador a agrupar todas estas figuras delictivas bajo una misma rúbrica, y sin obviar las posibilidades de que existan bienes jurídicos específicos, analizar que nexo de unión existe que justifique el trato unitario y este nexo de unión lo constituye precisamente el que en todas las figuras delictivas descritas en la Ley vigente de Contrabando se está actuando al margen del control aduanero. Es precisamente el normal y correcto control aduanero el bien jurídico protegido por el delito de contrabando que actuará como bien jurídico medio para proteger otros<sup>24</sup>. Asumimos de este modo la postura seguida por MUÑOZ MERINO al considerar que las conductas tipificadas en la Ley de Contrabando, por uno u otro motivo, atentan contra los intereses que tiene el Estado en la ordenación de la política económica en su versión de control de las mercancías en las aduanas, función asignada a la hacienda pública en su sentido más amplio<sup>25</sup>. Esta conclusión nos permite determinar en que casos la conducta va a ser relevante por existir interés del Estado en el control de las mercancías<sup>26</sup>.

Por otra parte, se configura el delito como de mera actividad, al actuar al margen del control aduanero, pues no requiere para su comisión que se produzca perjuicio patrimonial alguno, con independencia de que en algunos casos coincidan el perjuicio y la conducta formal<sup>27</sup>.

## 2.2. *La protección de los bienes jurídicos comunitarios a través de la legislación penal en materia de contrabando*

Ya vimos como uno de los objetivos de la Comunidad Europea era crear una unión aduanera, de tal modo, que el control aduanero que se ejerciera a través de la misma sirviera para garantizar la eficacia de la política comercial de la Comunidad y la protección de unos intereses que le son propios, además de permitirles de este modo recaudar unos recur-

---

<sup>22</sup> Véase MUÑOZ MERINO, Ana, *El delito de contrabando*. Obra citada, página 129.

<sup>23</sup> En este sentido se manifestó la Sala Segunda del TS en sentencias de 16 de setiembre de 1987, 25 de enero de 1989 y 10 de febrero de 1990.

<sup>24</sup> Así lo entiende VIDAL ALBARRACÍN, Hector G., en *El delito de contrabando*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987 y en el mismo sentido SOTO NIETO, Francisco, en *El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando*. Trivium, Madrid 1989. Ambos citados por MUÑOZ MERINO, Ana, en *El delito de contrabando*. Obra citada, página 125.

<sup>25</sup> MUÑOZ MERINO, Ana, en *El delito de contrabando*, Obra citada, página 129. Esta misma postura ha sido de algún modo seguida por el TS en las sentencias de 15 de octubre de 1986, 7 de noviembre de 1987, 20 de noviembre de 1987, 2 de marzo de 1988 o 14 de mayo de 1988.

<sup>26</sup> En el caso de mercancías procedentes de países comunitarios.

tos financieros a través del arancel aduanero comunitario. La noción de bien jurídico protegido también es aplicable, como se vio en el capítulo anterior, a los intereses propios de las Comunidades Europeas y no cabe duda que en este caso nos encontramos ante un interés digno de protección. Pero, no debe olvidarse que la actuación aduanera de la Comunidad se realiza a través de las administraciones nacionales y son éstas también las encargadas de sancionar las conductas irregulares con sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias.

Es entonces cuando la Ley de Contrabando aparece como un instrumento adecuado para la protección de esos intereses o de ese bien jurídico que ahora sería el interés de la Comunidad Europea en el control de las mercancías a través de las aduanas. La exigencia de que el Estado proceda a proteger esos intereses comunitarios se encuentra, con carácter general, en el artículo 5 del TCCEE que impone a los Estados miembros la obligación de adoptar todas las medidas, generales o particulares, apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del TCCEE o resultantes de los actos de las instituciones de la comunidad. Asimismo, los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del TCCEE, en este sentido debe destacarse el contenido del artículo 2 del Tratado que establece como misión de la Comunidad el establecimiento de un Mercado Común y de una Unión Económica. Por su parte, las letras a, b y c del artículo 3 del Tratado se refieren a la supresión, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana y de las restricciones cuantitativas a la entrada y salida de las mercancías, así como de cualesquiera otras medidas de efecto equivalente. La exigencia de una política comercial común y de un mercado interior, caracterizado por la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, aparecen como medios necesarios para alcanzar dicho fin y están íntimamente ligados a los aspectos aduaneros. Los Estados, están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para conseguir dichos fines y por ende, también deberán perseguir los comportamientos que los ponen en peligro y la sanción de las conductas constitutivas de delitos de contrabando puede ser un buen medio para ello.

En un orden más específico, esa exigencia de protección se encontraría en el artículo 209A del TCCEE que contempla una asimilación de los intereses financieros de la Comunidad a los del Estado, que debe dotarlos de la misma protección que otorgue a sus propios intereses financieros<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> MUÑOZ MERINO, Ana, en *El delito de contrabando*, Obra citada, página 138.

<sup>28</sup> El propio TJC se ha pronunciado sobre esa exigencia que se impone a los Estados de proteger los intereses comunitarios del mismo modo que protegen los suyos propios con sancio-

Por algunos autores se ha planteado la posibilidad de que ante la falta de un sistema común de sanciones, de un verdadero Derecho Penal Comunitario, la disparidad de legislaciones puede conllevar tratamientos discriminatorios<sup>29</sup>. Se pretende, por tanto, dados los problemas existentes en orden a la consecución de una normativa sancionadora común, alcanzar un elevado grado de armonización y coordinación<sup>30</sup>. Mientras tanto, el TJC se ha manifestado en el sentido de reconocer la facultad discrecional de los Estados en cuanto a la elección de las sanciones, siempre que sean apropiadas<sup>31</sup>.

### **3. El territorio como elemento esencial del delito de contrabando. El concepto de territorio aduanero de la Comunidad**

Si todo delito se comete en un territorio determinado, en el delito de contrabando el territorio se convierte en un elemento esencial del mismo ya que la esencia del contrabando la constituye la introducción o salida de mercancías de un determinado territorio de modo clandestino, por lo que el elemento espacial se convierte en parte integrante del denominado elemento material de la propia acción delictiva<sup>32</sup>.

Ahora bien, es necesario determinar de qué territorio estamos hablando, pues sólo determinando éste podremos resolver los problemas relativos al ámbito de aplicación de la Ley Penal y a los grados de ejecución del delito. Tres conceptos se han formulado por la doctrina acerca de este tema: el territorio geográfico, el territorio político y el territorio aduanero.

El territorio geográfico estaría comprendido por el territorio físico y el mar territorial. El fundamento de este concepto se encuentra en el artículo 33 de las Ordenanzas Generales de las Rentas de Aduanas. Sin embargo, este precepto no sirve para determinar la aplicación de la Ley Penal sino para establecer los límites a los que se extiende la acción del control de los servicios de aduanas<sup>33</sup>, es más, ese concepto entraría en

---

nes eficaces y disuasorias en la sentencia del TJC de 21 de setiembre de 1989 asunto 68/88 Comisión contra Grecia conocido como del maíz griego, ya citada, y en la sentencia del TJC de 2 de octubre de 1991 asunto C-7/90 Vandevenne.

<sup>29</sup> En este sentido se manifiesta CUERDA RIEZU, A y RUIZ COLOMÉ, María A., en «La aplicación en España del Derecho Comunitario y el Derecho Penal Español: algunas reflexiones», en *La Ley*, 1989-2, páginas 349 a 373.

<sup>30</sup> Véase segundo párrafo del artículo 209 A del TCCEE.

<sup>31</sup> Sentencia del TJC de 2 de octubre de 1991, asunto Vandevenne.

<sup>32</sup> MUÑOZ MERINO, Ana, en *El delito de contrabando*, Obra citada, página 246.

<sup>33</sup> El artículo 33 mencionado dice: Que la acción fiscal, a efectos aduaneros y en orden a

colisión con lo establecido en el artículo 53 del mismo texto legal que al hablar de la importación por mar la entiende cometida cuando el bote conductor entra dentro de los límites del puerto donde debe descargarse la mercancía.

El concepto de territorio político, como espacio en el que se ejerce la soberanía nacional, ha sido utilizado para definir el territorio en que se comete el contrabando. Varias objeciones se le pueden hacer a esta posición. Por un lado, no existe una concepción unitaria sobre el territorio del Estado, que puede ser definido desde distintos enfoques<sup>34</sup>. Por otra parte, no tiene en cuenta la existencia de territorios exentos o zonas francas que están sometidas a la soberanía del Estado, pero que tienen un régimen arancelario y aduanero distinto.

El territorio aduanero sería aquel dentro del cual son aplicables plenamente las disposiciones de la legislación aduanera de un Estado<sup>35</sup>. Es precisamente este concepto el que permite distinguir el régimen aduanero de las mercancías.

El territorio aduanero de la Comunidad Europea viene definido en el artículo 3 del CAC que en su número primero, y en el caso de España habla de su territorio con la excepción de Ceuta y Melilla. Mientras que el número tres del mencionado precepto pasa a concretar que debe entenderse por territorio aduanero, disponiendo que se incluyen en el mar territorial, las aguas continentales y el espacio aéreo de los Estados miembros y territorios comprendidos en el número dos, con exclusión del mar territorial, las aguas continentales y el espacio aéreo correspondientes a territorios que no formen parte del territorio aduanero de la Comunidad de conformidad con el apartado primero.

¿Puede aplicarse este concepto de territorio aduanero comunitario al delito de contrabando? Siguiendo a MUÑOZ MERINO en este punto<sup>36</sup> consideramos que deben distinguirse los distintos supuestos contemplados en la Ley de Contrabando. Así, en el caso de géneros de lícito comercio, el mero paso por las aguas territoriales de un Estado o por su espacio aéreo no basta por sí mismo para considerar que se ha cometido un delito de contrabando. Lo importante será, en estos casos, que no se haya

---

la represión del contrabando, se ejerce: en todo el territorio nacional y en las aguas jurisdiccionales que a efectos fiscales, comprende una zona de mar adyacente a las costas españolas de doce millas de anchura medidas a partir de la línea de baja mar escorada a lo largo de las costas de soberanía española.

<sup>34</sup> MUÑOZ MERINO, Ana, en *El delito de contrabando*. Obra citada, página 252.

<sup>35</sup> Definición no incluida en el glosario de términos aduaneros aprobado por el Consejo de Cooperación Aduanera citado por ALVAREZ GÓMEZ-PAYETE, José María, en *La Aduana en el Mercado Común*. Servicio de Estudios Económicos del Banco Exterior de España. Madrid 1986. Página 23.

presentado la mercancía en las aduanas donde era preceptiva su presentación para despacho, cualquiera que sea el Estado en que ésta debiera verificarse, de tal modo que si esa formalidad debió cumplirse en otro Estado y el hecho es descubierto en España podría aplicarse la ley penal española<sup>37</sup>.

Por su parte, la exportación de mercancías nacionales o comunitarias puede realizarse por cualquier aduana del territorio aduanero comunitario, sólo si al abandonar el territorio comunitario no se han cumplido las formalidades exigidas podrá entenderse consumado el delito de contrabando<sup>38</sup>.

En el caso de géneros prohibidos, dado que no es posible su importación, el contrabando se consuma desde que las mercancías se introducen en el territorio geográfico nacional, pues al ser zonas sometidas a la soberanía del Estado, la introducción de dichas mercancías en ese espacio ya es ilícita.

Queda por determinar qué ocurre con aquellos bienes que se encuentran, podríamos decir, en una situación intermedia, ya que son géneros de lícito comercio, pero cuya circulación se encuentra sometida a restricciones, por aplicación del artículo 36 del Tratado o por la necesidad de proteger determinadas exigencias imperativas<sup>39</sup>, como puede ser el patrimonio artístico. En estos casos, además del interés comunitario digno de protección, existe un especial interés del Estado, por lo que el delito se comete una vez se traspasa la frontera del Estado sin cumplir las formalidades legales.

#### **4. Análisis de los diversos tipos previstos en la Ley Orgánica de Contrabando de 1995 desde la perspectiva del Derecho Comunitario y la jurisprudencia del TJC. La posición de los tribunales españoles**

##### *4.1. Contrabando de géneros de lícito comercio*

###### **4.1.1. Importación y exportación de géneros de lícito comercio**

Dice el apartado a) del número uno del artículo segundo de la Ley de Contrabando que cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a tres millones de pesetas, los que importen o exporten mercancías de lícito comercio sin presentarlos para su despacho en las oficinas de aduanas o en los lugares habilitados por la Administración aduanera.

---

<sup>36</sup> MUÑOZ MERINO, Ana, en *El delito de contrabando*, Obra citada, páginas 256 y siguientes.

<sup>37</sup> Artículo 2-1-b de la Ley de Contrabando.

<sup>38</sup> Debe tenerse en cuenta no obstante las disposiciones relativas al tránsito comunitario.



Se refiere este apartado al contrabando de géneros de lícito comercio. Es precisamente sobre este precepto sobre el que más incidencia ha tenido la creación de una unión aduanera y el principio de libre circulación de mercancías por lo que ambos aspectos suponen en cuanto a la supresión de las restricciones a la circulación de mercancías y de controles aduaneros, por lo que, al no existir la obligación de presentar los efectos ante las aduanas, falta uno de los elementos del tipo y por tanto, la conducta es irrelevante desde el punto de vista de penal y aun administrativo.

Sin embargo, antes de hacer una serie de precisiones es necesario aclarar unos conceptos. En primer lugar, debe distinguirse entre mercancías comunitarias y no comunitarias<sup>40</sup>. Se consideran mercancías comunitarias aquellas que se obtengan totalmente del territorio aduanero de la Comunidad, en las condiciones contempladas en el artículo 23 del CAC, sin agregación de mercancías a importar de países o territorios que no formen parte del territorio aduanero de la Comunidad, o las importadas de países o territorios que no formen parte del territorio aduanero de la Comunidad y despachadas a libre práctica, o que se obtengan en el territorio aduanero de la Comunidad a partir de las mercancías a que se hace referencia en el apartado anterior exclusivamente o bien a partir de las mercancías a que se hace referencia en los apartados primero y segundo<sup>41</sup>. Mercancías no comunitarias, que serán las no contempladas anteriormente y aquellas que aún siendo comunitarias pierdan ese estatuto aduanero al salir efectivamente del territorio aduanero de la Comunidad, salvo que se encuentren en situación de tránsito interno<sup>42</sup>. Como se ve, se atribuye el estatuto de mercancía comunitaria a aquellas procedentes de países o territorios que no formen parte del territorio aduanero de la Comunidad, siempre y cuando se encuentren en situación de libre práctica, y se entiende por tal, la situación de los productos procedentes de terceros países, respecto de los cuales se han cumplido en un Estado miembro las formalidades de importación y percibido los derechos de aduana y cualesquiera otras exacciones de efecto equivalente exigibles, siempre que no se beneficien de una devolución total o parcial de los mismos<sup>43</sup>.

Ahora bien, debe precisarse que se entiende por importación y exportación. La importación es, a efectos de contrabando, la entrada de mercancías en territorio aduanero comunitario, llevado a cabo por y con vo-

---

<sup>39</sup> Sentencia del TJC dictada en el asunto Cassis de Dijon, ya citada.

<sup>40</sup> Así se infiere del tenor de los apartados 1.º y 2.º del artículo 1.º de la LC. La propia LC se refiere expresamente a esta distinción entre mercancías comunitarias y no comunitarias a través de la remisión expresa que los números 4 y 5 del artículo 1.º hacen a la normativa comunitaria.

<sup>41</sup> Artículo 4-7 del CAC.

<sup>42</sup> Artículo 4-8 del CAC.

luntad de un sujeto. Inversamente la exportación es la salida de bienes y mercancías del territorio aduanero<sup>44</sup>. Como vimos, el territorio aduanero de la Comunidad es mucho más amplio que el territorio español por lo que tanto la importación como la exportación pueden llevarse a cabo por cualquiera de las fronteras de un país cuyo territorio forme parte del territorio aduanero de la Comunidad. Por ello, las mercancías comunitarias pueden circular libremente por todo el territorio aduanero de la Comunidad hasta que procedan a la salida del mismo por alguno de los controles aduaneros habilitados al efecto. Del mismo modo, cuando una mercancía no comunitaria es despachada a libre práctica adquiere el estatuto de mercancía comunitaria y puede circular libremente por el territorio comunitario. Esto no significa que haya desaparecido el delito de contrabando para la importación y exportación de géneros de lícito comercio. No debe olvidarse que la libre circulación de mercancías sólo se predica de los géneros o mercancías comunitarios, mientras que los no comunitarios deben cumplir con todas las formalidades aduaneras para alcanzar el estatuto de libre práctica, la introducción clandestina en nuestro país constituiría una infracción prevista en el artículo 1-1-1 de la Ley de Contrabando.

La propia LC contiene una definición de los conceptos de importación y exportación al disponer en el apartado 1.º del artículo 1.º que se entenderá por importación la entrada de mercancías no comunitarias en el territorio español comprendido en el territorio aduanero de la Unión Europea, así como la entrada de mercancías, cualquiera que sea su procedencia, en el ámbito territorial de Ceuta y Melilla. Se asimila a la importación la entrada de mercancías desde las áreas exentas.

Por exportación se entiende en la Ley la salida de mercancías del territorio español. No se considerará exportación la salida de mercancías comunitarias del territorio español comprendido en el territorio aduanero de la Unión Europea, con destino al resto de dicho territorio aduanero.

La constitución de una unión aduanera y el reconocimiento de la libre circulación de mercancías, no puede suponer en absoluto la desaparición de las aduanas, se produciría una supresión de la aduana, en su aspecto físico, tal y como es concebida en la actualidad, esto es, en coincidencia más o menos real con el límite fronterizo del país. Pero, en todo caso, la aduana como institución de control deberá persistir para poder distinguir, cuando se produzca la culminación del Mercado Unico, las mercancías comunitarias de las que no lo son, para aplicar los diversos regímenes preferenciales, los sistemas de montantes compensatorios, etc. Señala MATTERA que los controles que sufren los ciudadanos y las mercancías

---

<sup>43</sup> Artículo 10-1 del TCCEE.

en las aduanas intracomunitarias son lícitos cuando persigan finalidades legítimas<sup>45</sup> y se ejerzan a través de medios razonables<sup>46</sup>. El propio TJC ha admitido la posibilidad de estos controles de fronteras, cuando estén justificadas por la existencia de excepciones a la libre circulación de mercancías previstas en el artículo 36 del TCCEE, o para la percepción de impuestos especiales, o para obtener la información necesaria sobre los movimientos intracomunitarios de mercancías<sup>47</sup>. A lo que se podrían añadir los supuestos que el propio TJC admitió en la sentencia dictada en el asunto Cassis de Dijon. Volvemos, por tanto, al carácter limitado del derecho a la libre circulación de mercancías que permite en casos justificados y tasados restricciones o limitaciones a los movimientos de las mismas.

En esta línea se dictó el Real Decreto 1.631/92 de 29 de diciembre<sup>48</sup> que establece la obligación de presentar en las oficinas de aduanas los bienes culturales integrantes del Patrimonio Histórico Español cuando vayan a ser exportados, o material de defensa y productos y tecnologías de doble uso cuando hayan de ser importados, así como la de aquellas mercancías sobre las que se hayan establecido medidas de vigilancia o protección comercial prevista en el TCCEE, así como armas, explosivos o materiales destinados a los juegos de suerte envite y azar.

Una manifestación expresa del contenido del citado reglamento se contiene en la letra j) del párrafo primero del artículo segundo de la LC que sanciona la exportación de material de defensa o material de doble uso sin autorización o habiéndola obtenido mediante declaración falsa o incompleta o de cualquier otro modo ilícito<sup>49</sup>.

En estos casos, la introducción en España, sin cumplir las formalidades aduaneras, implicaría una infracción de contrabando aunque se trate de géneros de lícito comercio y ello porque se ha lesionado el bien jurídico protegido en los delitos de contrabando, el interés del Estado en el control de la entrada y salida de mercancías, puesto que se produce una

---

<sup>44</sup> MUÑOZ MERINO, Ana, en *El delito de contrabando*. Obra citada, páginas 243 y 244.

<sup>45</sup> Percepción del IVA u otras imposiciones conforme a las reglas comunitarias, exigencias de policía, comprobación del cumplimiento de las normas comunitarias, etc.

<sup>46</sup> MUÑOZ MERINO, Ana, en *El delito de contrabando*. Obra citada, página 152. MATTERA, Alfonso, *El Mercado Único Europea. Sus reglas de funcionamiento*. Civitas, Madrid 1991. Página 343, citado por MUÑOZ MERINO, Ana, en *El delito de Contrabando*. Obra citada, página 132.

<sup>47</sup> Sentencia del TJC de 25 de octubre de 1979, asunto 159/78 Comisión contra República Italiana.

<sup>48</sup> Publicado en *BOE* 1/1993 de 1 de enero de 1993. Página 4.

<sup>49</sup> La definición de material de defensa y material de doble uso se contiene en los números 8 y 9 del artículo 1.º de la LC. La introducción de esta modalidad de contrabando ya se había llevado a cabo a través de la LO 3/1992 de 30 de abril que modificó la anterior LC de

importación o en su caso exportación clandestina y al tratarse de supuestos justificados, el derecho a la libre circulación de mercancías cede ante el interés del Estado en el control de la entrada y salida de dichos bienes.

De este modo, con la Ley de Contrabando, se va a proteger dos tipos de intereses. Mediante la sanción de la importación irregular de las mercancías no comunitarias se protege el interés comunitario en el control de fronteras. Mediante la sanción de las introducciones y expediciones clandestinas de géneros de lícito comercio comunitarios, cuya entrada en España este sometida a restricciones por los tratados o normas de ejecución, se protege el interés del Estado en controlar la entrada de determinadas mercancías en su territorio<sup>50</sup>.

La vigente LC ha introducido una nueva modalidad delictiva en el segundo párrafo de la letra a) del artículo segundo. De este modo considera delito de contrabando, al equiparar a la no presentación, la ocultación o sustracción dolosa de cualquier clase de mercancías a la acción de la Administración aduanera dentro de los recintos o lugares habilitados.

Se refiere esta figura a todos aquellos supuestos de géneros de lícito comercio en los que no es preciso, por tratarse generalmente de mercancías comunitarias, presentarlos a despacho, pero se imponen otra serie de formalidades aduaneras, por estar la mercancía sometida a algún tipo de restricción, obviamente admitida por el Derecho Comunitario, de tal modo que la sustracción dolosa a la acción aduanera se equipara a la no presentación. Así se asegura, a través de una modalidad típica específica que no se contemplaba en la anterior legislación, la protección de los intereses estatales en la entrada o circulación de determinadas mercancías.

#### 4.1.2. Operaciones de comercio, tenencia o circulación de géneros de lícito comercio no comunitarios

Dispone el apartado b) del número uno del artículo segundo de la Ley de Contrabando que cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a tres millones de pesetas, los que realicen operaciones de comercio, tenencia o circulación de mercancías no comunitarias de lícito comercio sin cumplir los requisitos legalmente establecidos para acreditar su lícita importación.

Buena parte de lo que se dijo en el apartado anterior, es de aplicación a esta figura delictiva que aparece como una figura residual, con la que

---

1982.

<sup>50</sup> Los términos «introducción y expedición» pueden originar confusión puesto que se reservan para los intercambios intracomunitarios para sustituir los de «importación y exportación». En este sentido introducción irregular e importación clandestina vendrían a significar

se pretende acotar las sanciones de todos aquellos comportamientos que implican una infracción de las normas aduaneras. Aquí no se está sancionando a la persona que introduce clandestinamente un género de lícito comercio en el territorio aduanero, sino al que circula, comercia o tiene la cosa, sin acreditar su lícita importación. No obstante, pueden coincidir las personas del importador clandestino y la del reo de este delito, aunque, obviamente, no se podrán aplicar ambas figuras delictivas, reservando ésta para aquellos casos en los que no se pueda acreditar que el imputado introdujo de modo ilegal la mercancía.

Este tipo penal, a diferencia del previsto en el apartado primero del mismo precepto, sólo se refiere a los géneros importados no a los exportados, por otra parte, habla de géneros no comunitarios<sup>51</sup>. La introducción irregular de los géneros comunitarios, sometidos a algún tipo de formalidad o restricción de contenido aduanero solo podrá ser sancionada por la vía del segundo párrafo del artículo 2-1-a) de la LC.

Esta figura delictiva establece una especie de presunción de delito, pues para el caso de que el tenedor no acredite su lícita importación se considera que las mercancías han entrado en el territorio aduanero de modo ilegal. Ahora bien, por aplicación del principio de presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, corresponderá a la acusación probar que no se han cumplido las formalidades legales. Que los trámites aduaneros se han cumplido puede tener fácil prueba, si el imputado presenta los documentos que le entregaron cuando presentó los géneros y fueron despachados a libre práctica, documentación que debe conservarse y acompañar a las mercancías<sup>52</sup>. El problema se plantea cuando no se conservan esos documentos. El TJC ha manifestado que en caso de mercancías no destinadas a fines comerciales basta la declaración del viajero que las conduce y en cuyo equipaje se encontraron para que sean consideradas como comunitarias. Sin embargo, cuando haya duda, basada en elementos subjetivos, en cuanto a las sinceridad de esa declaración deberá presentar un documento de tránsito comunitario interno<sup>53</sup>.

Asimismo, podrá recabarse el auxilio necesario entre las Administraciones Aduaneras cuando sea preciso para acreditar el origen de las mercancías<sup>54</sup>.

---

lo mismo, pero referido a mercancías comunitarias.

<sup>51</sup> La anterior LC hablaba de géneros extranjeros.

<sup>52</sup> El procedimiento aduanero se regula en los artículos 62 y siguientes del CAC y 182 y siguientes del RA. Respecto a la prueba del carácter comunitario de las mercancías pueden verse los artículos 307 y siguientes del RA.

<sup>53</sup> Sentencia del TJC de 22 de marzo de 1990, asunto C-83/89 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hofvanbeeroep de Amberes).

Debe destacarse que tan sólo pueden ampararse por la libre circulación de mercancías aquellas que puedan considerarse comunitarias y en el caso de los países terceros las que estén en situación de libre práctica o en otro régimen aduanero que no sea el tránsito<sup>55</sup>. Las que se encuentren en un régimen aduanero de tránsito, desde el momento en que su tenedor las aplique a un fin diferente de aquel para el cual se concedió el despacho, se consideraran ilícitamente importadas y el que las posea podrá incurrir en esta figura delictiva si se prueba que actuó con conciencia de la ilicitud del acto<sup>56</sup>.

Por tanto, en aquellos casos en los que se aprehende en España una mercancía no comunitaria, cuya legítima importación no conste, se aplicará el tipo penal previsto en el apartado b) del número uno del artículo segundo de la Ley de Contrabando, aunque conste que la introducción en el territorio comunitario no se ha producido a través de las aduanas españolas<sup>57</sup>.

#### 4.1.3. La cuestión del origen de las mercancías

Determinar el origen de las mercancías es importante. Por un lado, para probar si la mercancía es originaria de un país comunitario y por tanto se beneficia de la libre circulación de mercancías. Por otra parte, el origen de las mercancías permite determinar el tipo arancelario que se le aplicará en caso de que se trate de mercancía no comunitaria. Habida cuenta de la existencia de países cuyas mercancías no pueden ser importadas es necesario que se acredite con absoluta certeza de que país son originarias a fin de evitar que el despacho de la misma se obtenga de

---

<sup>54</sup> Artículo 324 del RA.

<sup>55</sup> La desafectación de un régimen aduanero conlleva la regularización tributaria prevista en cada régimen con independencia de si ello se ha hecho o no previo control aduanero. Los regímenes aduaneros quedan sometidos desde su inicio al control de la Aduana por lo que la regularización, en caso de incumplimiento, equivaldría a la lícita importación. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el denominado tránsito, los demás regímenes aduaneros implican una introducción de la mercancía aunque sea sometida a determinadas condiciones según el régimen aduanero de que se trate, en el tránsito, sin embargo, no puede considerarse introducida legalmente la mercancía, por lo que las consecuencias a efectos de la posible comisión de un infracción de contrabando deben ser distintas.

<sup>56</sup> Los regímenes aduaneros son: el despacho de libre práctica, el tránsito, el depósito aduanero, el perfeccionamiento activo, la transformación bajo control aduanero, la importación temporal, el perfeccionamiento pasivo, la exportación. Artículo 4-16 del CAC.

<sup>57</sup> Ya vimos que se plantean importantes problemas en orden a la prueba. Es importante hacer referencia también al tercero de buena fe a que se refería el artículo 5 de la derogada Ley Orgánica de Contrabando de 1982, puesto que debería primar la presunción de legalidad cuando quien posea una mercancía comunitaria de lícito comercio disponga de facturas co-



equipada a este efecto, y que haya conducido a la fabricación de un producto nuevo que represente un grado de fabricación importante. Por su parte, el artículo 25 del CAC establece una norma que tiene por objeto hacer ineficaz la tentativa de fraude, al establecer que una transformación o elaboración respecto a la cual exista la certeza o la sospecha fundada, sobre la base de hechos comprobados, de que su único objeto sea eludir las disposiciones aplicables a las mercancías de determinados países, en la Comunidad, no podrá en ningún caso, con arreglo al artículo 24, conferir a las mercancías que resulten de dichas operaciones el origen del país en el que se haya efectuado.

En cualquier caso, la normativa aduanera puede establecer que el origen de las mercancías se acredite mediante la presentación de un certificado de origen y aún en caso de duda puede pedir cualquier otro justificante complementario<sup>60</sup>.

#### 4.1.4. El llamado tránsito comunitario

Dispone el apartado c) del número primero del artículo segundo de la LC que cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a tres millones de pesetas, los que destinen al consumo las mercancías en tránsito con incumplimiento de la normativa reguladora de este régimen aduanero.

El tránsito comunitario, que puede ser externo o interno, constituye un régimen aduanero que permite la circulación de determinadas mercancías por el territorio comunitario en unas condiciones especiales.

El tránsito comunitario externo permite la circulación de uno a otro punto del territorio aduanero de la Comunidad de mercancías no comunitarias, sin que dichas mercancías estén sujetas a los derechos de importación y demás gravámenes o medidas de política comercial; así como de mercancías comunitarias que sean objeto de una medida comunitaria que requiera su exportación a países terceros y para las que se cumplan los trámites aduaneros de exportación correspondiente<sup>61</sup>. En este caso, la regla general es que se preste garantía con el objeto de asegurar el pago de la deuda aduanera y demás gravámenes que pueden surgir con respecto a dichas mercancías. No obstante, los artículos 94 y 95 del CAC contiene una serie de excepciones a esta obligación.

Por su parte, el tránsito interno permite en las condiciones dispuestas en el CAC, la circulación de un punto a otro del territorio aduanero de la

---

<sup>59</sup> Véase artículo 27 del CAC.

<sup>60</sup> Artículo 26 del CAC. Respecto a la forma y requisitos de los certificados de origen pueden verse los artículos 47 y siguientes del RA.



Comunidad, pasando por el territorio de un país tercero, de mercancías comunitarias sin que su estatuto aduanero se modifique<sup>62</sup>.

Estos regímenes permiten facilitar el transporte de las mercancías eliminando las formalidades que deberían cumplir al cruzar las fronteras. No obstante, las mercancías deberán ir acompañadas de los documentos T-1 y T-2 respectivamente para el tránsito externo e interno<sup>63</sup>. Su ausencia es el indicio de que la mercancía ha sido introducida irregularmente.

La regularidad de la operación de tránsito comunitario externo deberá acreditarse conforme a lo establecido en el artículo 380 del RA, que establece que la prueba de la regularidad de la operación de tránsito deberá aportarse, a satisfacción de las autoridades aduaneras, mediante la presentación de un documento certificado por las autoridades aduaneras en el que se haga constar que las mercancías de que se trata se han presentado en la oficina de destino o en caso de aplicación del artículo 406, del destinatario autorizado. Este documento deberá incluir la identificación de dichas mercancías. También puede acreditarse mediante la presentación de un documento aduanero de despacho a consumo expedido en un tercer país, que puede ser copia o fotocopia; esta copia o fotocopia deberá ser certificada, bien por el organismo que haya visado el documento original, bien por los servicios oficiales del tercer país interesado, bien por los servicios oficiales de uno de los Estados miembros. Este documento deberá contener la identificación de las mercancías de que se trate.

En el caso de que las mercancías no se presenten en el lugar de destino se podrán exigir los derechos y demás gravámenes correspondientes a las mercancías de que se trate, estableciendo el artículo 378 del RA el lugar donde se presume que se ha cometido la infracción en caso de que no se acredite el lugar exacto donde se llevo a cabo la irregularidad. Dicho lugar será el Estado miembro del que dependa la oficina de partida o el Estado miembro de que dependa la oficina de paso a la entrada de la comunidad y a la que se haya remitido un aviso de paso, a menos que, en el plazo establecido en el reglamento, se presente la prueba, a satisfacción de las autoridades aduaneras, de la regularidad de la operación de tránsito o del lugar donde se haya cometido efectivamente la irregularidad o la infracción. Las autoridades del Estado que se determine con arreglo a estas reglas serán los competentes para conocer de la infracción<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Artículo 91-1 del CAC. Ver asimismo los artículos 310 y 311 del RA.

<sup>62</sup> Artículo 163-1 del CAC.

<sup>63</sup> Artículos 341 y 381 del RA.

<sup>64</sup> El tránsito comunitario ha sido uno de los instrumentos más utilizados por los contrabandistas de tabaco para introducir la mercancía en España desviándolo de su destino. Sobre este aspecto puede verse el informe jurídico del Jefe del equipo técnico de la Asesoría jurídica para Andalucía del Servicio de Vigilancia Aduanera, sobre transitos comunitarios en mate-

## 4.2. *Contrabando de géneros estancados*

### 4.2.1. Concepto de género estancado. La cuestión de los monopolios y su compatibilidad con el Derecho Comunitario

El apartado d) del número uno del artículo segundo de la Ley de Contrabando sanciona como delito de contrabando, siempre que el valor de los géneros supere el millón de pesetas, la importación, exportación, producción, comercio, tenencia, circulación o rehabilitación de géneros estancados sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes. Señalando la pena de prisión menor en sus grados medio o máximo y multa del duplo al cuádruplo en el valor de los géneros o efectos.

En cuanto a lo que deba entenderse por género estancado el número seis del artículo primero de la Ley de Contrabando dispone que se reputarán géneros o efectos estancados los artículos, productos o sustancias, cuya producción, adquisición, distribución o cualquier otra actividad concerniente a los mismos sea atribuida por ley al Estado con carácter de monopolio, así como las labores de tabaco y todos aquellos a los que por ley se otorgue dicha condición.

El estanco está definido como embargo o prohibición del uso o venta libre de algunas cosas, o asiento que se hace para reservar exclusivamente las ventas de mercancías o géneros, poniendo los precios a que fijamente se hayan de vender. Sinónimo de estanco es el concepto de monopolio, definido como concesión otorgada por la autoridad competente a una empresa para que ésta aproveche con carácter exclusivo alguna industria o comercio<sup>65</sup>. Se equipara de este modo el concepto de género estancado al género monopolizado, entendiendo como tal aquel respecto del cual el Estado ha reservado para sí alguna actividad.

El monopolio puede tener dos fines: Uno procurar un ingreso tributario a un ente público, en cuyo caso, se habla de monopolios fiscales y otro asegurar la prestación de un servicio con un abastecimiento a precios razonables, en cuyo caso, se habla de monopolios administrativos. En ambos casos se plantea la cuestión relativa a su compatibilidad con el Derecho Comunitario.

Los artículos del TCCEE que se refieren a los monopolios son fundamentalmente los artículos 37 y 90. Dice el artículo 37 que:

1. Los Estados miembros adecuaran progresivamente los monopolios nacionales de carácter comercial de tal modo que, al final del período transitorio, queda asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto a las condiciones de abastecimiento y de mercado.

---

ria de tabaco, Málaga, 1993.

Las disposiciones del presente artículo se aplicarán a cualquier organismo mediante el cual un Estado miembro, de iure o de facto, directamente o indirectamente, controle, dirija o influya sensiblemente en las importaciones o las exportaciones entre los Estados miembros. Tales disposiciones se aplicarán igualmente a los monopolios cedidos por el Estado a terceros.

2. Los Estados miembros se abstendrán de cualquier nueva medida contraria a los principios enunciados en el apartado primero que restrinja el alcance de los artículos relativos a la supresión de los derechos de aduana y de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros.
3. El ritmo de las medidas contempladas en el apartado primero deberá ajustarse a la supresión de las restricciones cuantitativas para los mismos productos prevista en los artículos 30, 34, ambos inclusive. En caso de que un producto esté sometido a un monopolio nacional de carácter comercial sólo en uno o en varios Estados miembros, la Comisión podrá autorizar a los demás Estados miembros para que aplique medidas de salvaguardia, las condiciones y modalidades que determine, mientras no se haya realizado la adaptación prevista en el apartado uno.
4. En caso de que un monopolio de carácter comercial implique una regulación destinada a facilitar la comercialización o mejorar la rentabilidad de los productos agrícolas, deberán adoptarse las medidas necesarias para asegurar, la aplicación de las normas del presente artículo, garantías equivalente para el empleo y el nivel de vida de los productores interesados, teniendo en cuenta el ritmo de las posibles adaptaciones y de las especializaciones necesarias.
5. Por otra parte, las obligaciones de los Estados miembros sólo serán validas en cuanto sean compatibles con los acuerdos internacionales existentes.
6. La Comisión formulará desde la primera etapa, recomendación sobre las modalidades y el ritmo de realización de la adaptación prevista en el presente artículo.

Por su parte el artículo 90 dispone que:

1. Los Estados miembros no adoptarán, ni mantendrán, respecto a las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente tratado, especialmente a las previstas en los artículos 6 y 85 a 94, ambos inclusive.
2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal que-

darán sometidos a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas, no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contrario al interés de la Comunidad.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en cuanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.

Como puede verse, dichos preceptos no están prohibiendo los monopolios, sino que imponen a los Estados que su regulación sea conforme con los fines del Tratado y compatibles con el mismo. En definitiva, lo que se prohíbe es que la situación de monopolio de lugar a situaciones de discriminación entre nacionales de los Estados miembros.

La cuestión reviste especial interés en el caso del tabaco. La normativa sobre la importación, fabricación y comercio de labores de tabaco se encuentra básicamente en la Ley 38/85 de 22 de noviembre de 1985, sobre monopolios de tabacos y en el Real Decreto 2.768/86 de 12 de diciembre regulador de las actividades de importación y comercio mayorista y minorista de labores de tabaco<sup>66</sup>. La Ley de Monopolio de Tabacos a fin de adecuar la situación existente a la normativa comunitaria ha distinguido entre la fabricación y comercio al por menor de labores de tabaco en España, con excepción de las Islas Canarias, que seguirán en régimen de monopolio y la importación y comercio, al por mayor, de las labores del tabaco, ya que en éste caso si la mercancía es originaria de otros Estados miembros de la Comunidad Europea o que en ellos haya sido puesta en situación de libre práctica se podrá realizar por cualquier persona física o jurídica en las condiciones que reglamentariamente se establezcan<sup>67</sup>. En cuanto a las condiciones para ser concesionario de una expenduría de tabaco basta entre otras, con ser persona física nacional de cualquiera de los Estados miembros de la Comunidad Europea<sup>68</sup>. De este modo, se mantiene una situación de monopolio, pero se evita cualquier género de discriminación entre nacionales de los Estados miembros, por lo que puede considerarse compatible con el Derecho Comunitario.

A la vista de lo anterior, podría hablarse, a efectos de la Ley de Contrabando, de dos tipos de tabaco, el comunitario, entendiéndose como tal,

---

<sup>65</sup> Véase MUÑOZ MERINO, Ana, en *El delito de contrabando*. Obra citada, página 148.

<sup>66</sup> Publicados en el *BOE* número 286 de veintinueve de noviembre de 1985 y número 10 de doce de enero de 1987 respectivamente.

<sup>67</sup> Artículo 1 de la Ley de Monopolios de Tabacos.

tanto el originario de un Estado miembro como el puesto en situación de libre práctica y el no comunitario. Esta distinción era válida con la derogada Ley de Contrabando, la vigente Ley no distingue y expresamente el número 6 del artículo 1 confiere a las labores de tabaco en todo caso la condición de género estancado. Este trato unitario aparece justificado por ser las labores de tabaco un género sometido al pago de impuestos especiales, por lo que las restricciones a la circulación que tienen por objeto asegurar dicho pago están permitidas por el Derecho Comunitario, tal y como se ha visto en el presente trabajo.

#### 4.2.2. Actividades prohibidas

Ya vimos que el apartado d) del número uno del artículo segundo de la Ley de Contrabando sancionaba la importación, exportación, posesión, elaboración y rehabilitación de géneros estancados sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes.

A pesar de que la vigente Ley confiere un trato unitario a las labores del tabaco, cualquiera que sea su origen, conviene analizar los supuestos que podrían plantearse conforme a la Ley derogada puesto que, a efectos de la retroactividad de la Ley vigente, parece, al menos en lo referente al contrabando de tabaco comunitario más beneficiosa para el reo la normativa anterior.

A la vista de lo dispuesto en el artículo primero de la Ley de Monopolio de Tabacos tan sólo podían considerarse géneros estancados las labores de tabaco no comunitario, por lo que respecto de éstos se mantienen con pleno vigor las disposiciones de la Ley de Contrabando relativas a los géneros estancados. El trato diferenciado se justificaba por la existencia de una situación de monopolio compatible con el Derecho Comunitario y porque se trataba de mercancías no comunitarias y que por tanto no se encuentran amparadas por la libre circulación de mercancías.

El principal problema se plantea cuando la aprehensión de la mercancía no permite acreditar el lugar por donde se introdujeron las mercancías en el territorio comunitario y el origen de las mismas, ya que al no probarse que las mercancías son extracomunitarias operaría el principio «in dubio pro reo», lo que implicaría la absolucón del acusado. A pesar de la postura pasiva que pueda adoptar el imputado, debe destacarse como el tabaco es un género sometido a impuestos especiales, por tanto la normativa sobre estos impuestos<sup>69</sup> dispone de una serie de formalidades y

---

<sup>68</sup> Artículo 11 del Real Decreto 2.738/86.

<sup>69</sup> Básicamente la directiva 92/12 CEE del Consejo de 25 de febrero de 1992 relativa al régimen general de tenencia y circulación y controles de los productos objeto de los impuestos

requisitos que deben cumplirse por los poseedores de la mercancía y cuya observancia debe constar en diversas oficinas aduaneras.

Como entiende GOYENA HUERTA en el ámbito de un proceso criminal la forma ordinaria de acreditar el origen extracomunitario de una partida de tabaco es doble: Por un lado la valoración objetiva que del producto hacen los servicios de Tabacalera S.A.; por otro lado las inscripciones impresas en las cajetillas de tabaco por el propio fabricante.

Por lo que respecta a la valoración debe tenerse presente que los informes que las delegaciones provinciales de Tabacalera S.A. remiten a los Juzgados de Instrucción en relación con las partidas de tabaco decomisadas contienen dos magnitudes distintas, la del precio de venta al público (que obviamente, se ha fijado por el Ministerio de Economía y Hacienda y publicado en el *Boletín Oficial del Estado*) y la del valor objetivo, que efectúa la propia Tabacalera y que tratándose de tabaco estadounidense siempre debe ser inferior al precio de venta al público. El motivo de esta disparidad de valores o precios es claro: Para que el contrabando de tabaco sea una actividad rentable es necesario que el coste o valor de la mercancía ilícitamente importada sea muy inferior al del tabaco legalmente distribuido ya que sólo con esa diferencia económica puede resultar rentable asumir los riesgos derivados de una actividad clandestina y es notorio que el tabaco de bajo coste tiene que ser, forzosamente, norteamericano, o de otro país no comunitario, ya que el tabaco elaborado en el resto de la Unión Europea, por estar gravado con elevados impuestos especiales siempre tendrá un precio muy alto.

No obstante el dato que con más elocuencia acredita el origen estadounidense de un tabaco es la inscripción que figura en las cajetillas. A este respecto, debe tenerse presente que el tabaco fabricado en Estados Unidos incorpora siempre la leyenda «Made in USA», en tanto el tabaco fabricado en otros países bajo licencia norteamericana incorpora la etiqueta «Blended in USA».

Por otra parte, si como hemos visto, la importación ilegal de tabaco, sólo puede reputarse delito, cuando el mismo no se encuentra en régimen de libre práctica en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, no habrá delito de contrabando en el caso de que resulte acreditado que las labores de tabaco han sido lícitamente importadas en algún Estado miembro. La forma ordinaria de acreditar la lícita importación de una mercancía por alguno de los Estados europeos miembros de la Unión es a través de los correspondientes impresos que inexcusablemente expiden

---

especiales. (DOCE L-76 de 23 de marzo de 1996). Directiva 108/92 del Consejo de 14 de diciembre de 1992 por la que se modifica la directiva 12/92 y 81/92 (DOCE L-390 de 21 de diciembre de 1992) y la ley 38/92 de impuestos especiales de 28 de diciembre (*BOE* número 312

los servicios de aduanas del país importador y que en el caso de la Unión Europea puede adoptar una de estas dos modalidades:

- a) El documento de acompañamiento para los casos en que el impuesto especial sobre el tabaco deban devengarse en el país de destino.
- b) El documento simplificado de acompañamiento cuando el impuesto especial ha sido ya pagado, de modo que se trate de una circulación intracomunitaria de productos con impuestos soportados.

Ambos documentos administrativos tienen un contenido homogéneo en todos los Estados Comunitarios y en el caso de España es el fijado por la Agencia Tributaria. El hecho de que una partida de tabaco no vaya acompañada de alguno de los documentos citados y en los que figure en las cajetillas la inscripción «Made in USA»<sup>70</sup> será un indicio valioso en orden a considerar que se trata de labores de tabaco de procedencia extracomunitaria<sup>71</sup>.

El TS por su parte, sin negar la eficacia descriminalizadora del Derecho Comunitario en algunos casos, reconoce el carácter delictivo de la importación, comercio o tenencia de tabaco no comunitario. En cuanto a la prueba manifiesta que: Aunque surgiera la incertidumbre, en el sentido de que el tabaco fuera de procedencia extranjera no comunitaria y del ánimo de contrabando, la consecuencia final es una reflexión intelectual correcta dadas, las circunstancias que acompañaron a la aprehensión del tabaco, así como las características de la operación. Los hechos se pueden acreditar a través de una prueba directa y también de una prueba indirecta o indiciaria, que esta Sala establece supliendo la carencia de suficiente motivación respecto de este hecho tan importante, es decir que el tabaco no procedía de la Comunidad (confiérase el problema de las armas de procedencia extranjera o de la droga de igual origen), sino de países extracomunitarios<sup>72</sup>.

El problema se plantea fundamentalmente en los supuestos de tránsito de las mercancías que circulan por el territorio aduanero comunitario amparadas por un régimen suspensivo y encuentra su fundamento en lo

---

de 21 de diciembre de 1992).

<sup>70</sup> Mientras que si lleva la etiqueta de «Blend of U.S.A.» será preciso probar que no se ha fabricado en la Comunidad Europea ya que podría haberse fabricado en un país miembro y ser por tanto comunitario pero haberse escapado del control relativo al pago de los Impuesto Especiales y del IVA.

<sup>71</sup> GOYENA HUERTA, Jaime, «El contrabando de tabaco en el ámbito del Derecho Comunitario Europeo». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año 4.º, número 169 de 20 de octubre de 1994, páginas 1 y siguientes.

<sup>72</sup> Sentencia del TS de 20 de octubre de 1992 (Ponente Excmo. Sr. Ruiz Vadillo). En el mismo sentido puede verse la sentencia del TS de 19 de enero de 1993 (Ponente Excmo. Sr. Ruiz

establecido en las directivas 12/92 y 108/92, así como en la Ley de Impuestos Especiales de 1992. La regla general para el pago de los impuestos especiales es que estos se pagan en el Estado donde se va a consumir el producto. El fraude se produce, como se puso de manifiesto en el informe jurídico de la Asesoría Jurídica para Andalucía del Servicio de Vigilancia Aduanera, cuando la mercancía se desvía y se comercializa antes de llegar a su destino. Debe destacarse, como en estos casos la mercancía no se encuentra en libre práctica, sino en un régimen suspensivo y por tanto, su introducción en España es ilegal, por lo que los hechos son constitutivos de un delito de contrabando. La competencia corresponderá a la jurisdicción española si la mercancía es aprehendida en nuestro país, en caso de que la mercancía no llegue a su destino y se ignore donde se ha producido la irregularidad se presume que se ha cometido en el Estado de salida<sup>73</sup>. Por su parte, los Estados, en orden a la represión de estas conductas, tomarán las medidas adecuadas para hacer frente a cualquier infracción e irregularidad e imponer sanciones eficaces<sup>74</sup>, lo que obviamente incluye las sanciones penales.

Queda ahora por determinar cuál era el estatuto del tabaco comunitario, entendiéndose por tal el que se encuentra en libre práctica por haber sido lícitamente importado en un Estado miembro o ser originario de un país comunitario. Estas mercancías si se encuentran amparadas por los principios relativos a la libre circulación de mercancías. Sin embargo, no dejan de ser mercancías sujetas al pago de impuestos especiales y a formalidades relativas a su importación e introducción en territorio español, restricciones que encuentran su fundamento en la necesidad de asegurar la eficacia de los controles fiscales<sup>75</sup>, por lo que les es de aplicación lo dicho respecto al pago de dichos impuestos especiales en el caso de las mercancías no comunitarias.

El propio TS ha reconocido que la efectividad del Tratado de la Unión exige un ritmo al afirmar que: El Real Decreto 1.661/92 de 21 de diciembre, ya recordado por esta misma Sala en la precedente sentencia, establece en su exposición de motivos y en relación con la libre circulación de ciertos bienes y mercancías, que tal libertad de movimiento exige en determinados casos un cierto control por parte de los países miembros de la Unión y a veces una especial vigilancia o protección

Vadillo) y 4 de junio de 1994 (Ponente Excmo. Sr. Ruiz Vadillo).

<sup>73</sup> Véase artículo 20 de la Directiva 92/12 CEE y 17 de la Ley de Impuestos Especiales.

<sup>74</sup> Véase artículo primero de la Directiva 108/92 CEE que introduce un nuevo párrafo en el artículo 20 de la Directiva 12/92 CEE.

<sup>75</sup> Véase directiva 12/92 CEE y Ley de Impuestos Especiales. La posibilidad de establecer restricciones a la libre circulación de mercancías a fin de garantizar la eficacia de los controles fiscales fue reconocida por el TJC en la sentencia recaída en el asunto Cassis de Dijon. Asimismo la restricción puede encontrar su fundamento en el artículo 4 del Real Decreto 1.631/92



comercial, incluido el pago de los correspondientes impuestos, cuando éstos son conformes a la normativa comunitaria<sup>76</sup>, y ello es predicable también respecto a las mercancías comunitarias siempre que esas restricciones encuentren su fundamento en el Tratado o en la propia jurisprudencia del TJC. Así las cosas, la introducción irregular del tabaco comunitario eludiendo los controles que pretenden garantizar que se paguen los impuestos especiales o que se realice la introducción o comercio por las personas autorizadas, supone una lesión del bien jurídico protegido por el delito de contrabando y, por tanto, podría ser constitutiva de infracción criminal<sup>77</sup>.

Quedaría, por tanto, pendiente la cuestión relativa a la ubicación de tal conducta en el artículo primero de la Ley de Contrabando. A nuestro juicio, los hechos no serían encuadrables en el apartado tercero del número uno del artículo primero puesto que el tabaco comunitario no podía considerarse género estancado a tenor del artículo primero de la Ley de Monopolio de Tabaco como tampoco podría subsumirse en el artículo 1-1-1 de la Ley Orgánica de Contrabando, puesto que la mercancía no ha de presentarse formalmente a despacho en la Aduana, por lo que tan sólo podría considerarse como contrabando de género de lícito comercio del artículo 1-1-2 de la Ley de Contrabando al no haberse cumplido todos los trámites exigidos para acreditar la lícita importación tal y como se vio al analizar el contrabando de géneros de lícito comercio. Debe destacarse como la introducción del tabaco en España fue irregular, al omitirse los controles y requisitos relativos al pago de los impuestos especiales y de autorización de importación y distribución, por lo que los hechos serían encuadrables en la Ley de Contrabando como contrabando de géneros de lícito comercio, lo que implicaría una reducción de la pena respecto a la prevista para los géneros estancados<sup>78</sup>.

---

de 29 de diciembre sobre restricciones a la libre circulación de ciertos bienes y mercancías.

<sup>76</sup> Sentencia del TS de 4 de junio de 1994 (Ponente Excmo. Sr. Ruiz Vadillo). En dicha sentencia se hace referencia al artículo 63 de la Ley 38/1992 de Impuestos Especiales que limita la recepción de labores de tabaco procedentes de países comunitarios a los depositarios y operadores debidamente registrados y autorizados, para concluir que las operaciones llevadas a cabo con infracción de esta normativa son ilegales y encuadrables en la figura del contrabando. En el mismo sentido puede verse la sentencia del TS de 8 de julio de 1994 (Ponente Excmo. Sr. Conde Pumpido Ferreiro).

<sup>77</sup> En contra de la criminalización de tal conducta se pronuncia MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, en «La Unión Europea y su incidencia en los derechos penales nacionales». *La Ley*, n.º 3.780 de 16 de mayo de 1995. Página 9.

<sup>78</sup> De este modo no compartimos íntegramente la postura de DOLZ LAGO, Manuel Jesús, en «La incidencia de la Comunidad Europea sobre el contrabando en España», en *La Actualidad Penal*, número 19, 9-15 de mayo de 1994, cuando considera que podría ser discriminatoria la consideración del tabaco como género estancado frente a la situación de otros países, ya

Ahora bien, podría argumentarse por el contrario, que dicha introducción irregular de tabaco comunitario está tipificada como infracción a la normativa sobre impuestos especiales en el artículo 19 de la Ley 38/92 de Impuestos Especiales. En cualquier caso, la introducción no precisa de la presentación del tabaco en la Aduana. Por otra parte, la tenencia en España de productos comunitarios, por su condición de tal, goza de una presunción de lícita importación, que dificultaría su ubicación en el artículo 1-1-2 de la Ley de Contrabando<sup>79</sup>.

La vigente Ley de Contrabando ha querido zanjar la cuestión y sanciona del mismo modo el contrabando de labores de tabaco comunitarias y no comunitarias ya que las considera en todo caso género estancado, sometido a la penalidad prevista en el artículo 3 de la Ley. Existirán diferencias, eso sí, en cuanto a las formas de comisión, dependiendo de los requisitos que la normativa de aplicación imponga a unas y otras, ya que, como diferencia más significativa, las labores de tabaco comunitarias no tienen que ser presentadas a despacho, lo que sí se exige para las no comunitarias. En cualquier caso, este tratamiento está amparado por el Derecho Comunitario, como ya se vio, al tratarse de un género sometido al pago de impuestos especiales.

El TJC ha venido admitir la posibilidad de sancionar penalmente el contrabando de tabaco en una reciente sentencia<sup>80</sup> al declarar, en relación con la normativa sobre monopolio de tabaco vigente en Italia y similar a la española, que:

El artículo 37 del TCCE carece de pertinencia respecto a una legislación nacional, como la italiana, que reserva la venta al por menor de labores de tabaco de cualquier procedencia a distribuidores autorizados por el poder público, siempre que este no intervenga en las decisiones de abastecimiento de los minoristas.

Una legislación nacional, como la italiana, que reserva la venta al por menor de labores de tabaco de cualquier procedencia a distribuidores autorizados, pero que no obstaculiza a causa de ello el acceso al mercado nacional a los productos procedentes de otros Estados miembros o no entorpece dicho acceso a la red de distribución más de lo que dificulta el de los productos nacionales no está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 30 del tratado.

---

que conlleva mayor pena que la establecida para el contrabando de géneros de lícito comercio. Aquí la diferencia penológica se refiere sólo a los géneros no comunitarios que por tanto no están amparados por la libre circulación de mercancías por lo que al estar justificada la diferencia no existe a nuestro juicio trato discriminatorio.

<sup>79</sup> Volverían a plantearse los problemas de prueba que ya han sido analizados en otros apartados del presente trabajo.

<sup>80</sup> Sentencia del TJC de 14 de diciembre de 1995, asunto C-387/93 caso Giorgio Domin-

Los artículos 5, 90 y 86 no se oponen a que una legislación nacional, como la italiana, reserve la venta al por menor de labores de tabaco a distribuidores autorizados por el poder público.

El artículo 30 del Tratado no se opone a que una legislación nacional, como la italiana, sancione como delito de contrabando la posesión ilegal, por parte de un consumidor, de labores de tabaco procedentes de otros Estados miembros y por las que no se ha pagado el impuesto especial conforme al derecho comunitario, siendo así que la venta al por menor de estos productos, como la de los productos nacionales del mismo tipo, está reservada a distribuidores autorizados por el poder público.

Se fijan así los requisitos que debe cumplir una normativa sobre monopolio de tabacos para ser compatible con el Derecho comunitario y la posibilidad de que las infracciones a la misma conlleven sanciones penales.

### 4.3. *Contrabando de géneros prohibidos*

#### 4.3.1. Los géneros prohibidos comprendidos en la Ley de Contrabando

Dispone el apartado d) del número uno del artículo segundo de la Ley de Contrabando que cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a tres millones de pesetas, los que realicen operaciones de importación, exportación, producción, comercio, tenencia, circulación o rehabilitación de géneros prohibidos, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes.

La finalidad de las normas que tipifican el contrabando de géneros prohibidos es radicalmente distinta de la que se observa en el de géneros de lícito comercio, pues el interés que se trata de proteger es muy diferente. Se trata de evitar que determinados bienes se encuentren en situación de libre circulación de entrada y salida del país, cuando esa misma circulación produce un riesgo para diversos intereses, que son distintos en función de los objetos sobre los que versan las conductas típicas<sup>81</sup>.

La cuestión relativa a qué debe entenderse por género prohibido la resuelve el número siete del artículo primero de la Ley de Contrabando al establecer que son artículos o géneros prohibidos:

Todos aquellos cuya importación, exportación, circulación, tenencia, comercio o producción esté prohibida expresamente por disposición con rango de ley o por reglamento de la Unión Europea. El carácter de prohibido se limitará para cada género a la realización de la actividad o activi-

---

go Banchemo.

dades que de modo expreso se determine en la norma que establezca la prohibición y por el tiempo que la misma señale.

Por tanto, a efectos de delito de contrabando podemos clasificar los géneros prohibidos en tres tipos:

- 1.º Aquellos cuya tenencia es delito, así como drogas, estupefacientes, armas y explosivos<sup>82</sup>.
- 2.º Aquellos que han sido así considerados por disposiciones con rango de Ley.
- 3.º Los que como tales se hallen comprendidos en los Reglamentos comunitarios.

Al existir intereses específicos que justifican las limitaciones a la entrada y salida de estas mercancías, la realización de las conductas descritas en la norma no se ven amparadas por los principios relativos a la libre circulación de mercancías, por lo que los comportamientos siguen siendo delictivos. Ahora bien, deben hacerse una serie de matizaciones. Por un lado, no debe olvidarse, que la clasificación de géneros prohibidos es un acto de voluntad del Estado y este nunca puede contrariar los principios, fines y objetivos de los tratados<sup>83</sup> y entre ellos se encuentra la libre circulación de mercancías, la política comercial comunitaria y la normativa aduanera de la Comunidad Europea. Por esta razón, el Estado, sólo podrá conferir estatuto de prohibido a las mercancías por motivos que encuentren su justificación en el propio TCCEE, en concreto por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico, arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial<sup>84</sup>, así como cuando exista disparidad de reglamentaciones y se pretenda garantizar la eficacia de los controles fiscales, la protección de la salud pública, la lealtad de las transacciones comerciales y la defensa de los consumidores<sup>85</sup>.

Desde el punto de vista de la política comercial comunitaria estas prohibiciones o restricciones operarán, tanto para las mercancías comunitarias como para las no comunitarias, ya que el establecimiento de restricciones no justificadas por el Tratado en relación a mercancías no comunitarias implicaría una discriminación respecto a los operadores económicos de otros Estados miembros y una distorsión en la elaboración de una política comercial común. Por otra parte, la creación de una normativa

---

<sup>81</sup> MUÑOZ MERINO, Ana, *El delito de contrabando*, Obra citada, páginas 154 y siguientes.

<sup>82</sup> Véase el apartado a) del número 3 del artículo primero de la Ley de Contrabando.

<sup>83</sup> Véase artículo 5 del TCCEE.

<sup>84</sup> Artículo 36 del TCCEE.

aduanera propia de la Comunidad Europea implica que la remisión debe hacerse a los Regalamentos comunitarios, con lo que se puede producir a través de éstos una criminalización de determinadas conductas ya que va a ser ahora la norma comunitaria la que va a integrar el tipo penal en blanco que constituye la Ley de Contrabando.

El Gobierno, en aras a delimitar cuales eran las mercancías que debían ser sometidas a restricciones en cuanto a su circulación, dictó el Real Decreto 1.661/92 de 21 de diciembre, que establece como bienes sujetos a restricciones los bienes culturales, los productos y tecnologías de doble uso, los bienes sometidos a medidas de vigilancia, protección de intercambios, las armas, los explosivos y los materiales de juegos, envite o azar. Ahora bien, el carácter de prohibido no puede derivarse de su inclusión en esta norma por dos motivos. Primero porque no tiene el rango de ley. Segundo porque no es un Reglamento de la Comunidad. Sólo podrían considerarse prohibidos aquellos que además estén incluidos como tales en una norma con rango de ley, que además no vaya más allá de las restricciones permitidas por los tratados y la jurisprudencia del TJC, pues si no entran en ese ámbito la conducta sería impune. También podrán considerarse prohibidos aquellos cuya tenencia es delito, como pueden ser las armas o explosivos sin licencia, o las drogas y sustancias estupefacientes. En otro caso, si bien está sometido a alguna restricción justificada por el Derecho Comunitario, pero no establecida por el arancel de aduanas o por Ley, su importación o exportación ilegal sólo podría ser considerada como delito de contrabando de género de lícito comercio de los apartados 1.º y 2.º del número uno del artículo primero de la Ley de Contrabando, con la consiguiente reducción de pena<sup>85</sup>. De este modo, el Derecho Comunitario ha venido a reducir el ámbito de los géneros prohibidos, limitando estos a aquellos cuya tenencia es delito o cuya prohibición se encuentra amparada por el propio Derecho Comunitario y aún en estos casos muchos de ellos deberán considerarse géneros de lícito comercio.

#### 4.3.2. Los géneros prohibidos desde la perspectiva del Derecho Aduanero Comunitario

Como vimos, el Derecho Comunitario puede producir en algunos casos un efecto criminalizador. Esto puede ser posible en el caso de los tipos penales en blanco que deben ser colmados con una norma extrapenal que se integra en aquella. Ya con la derogada Ley de Contrabando debía entenderse que la remisión del número dos del artículo 3 de la Ley debe-

---

<sup>85</sup> Sentencia del TJC de 20 de febrero de 1979, asunto 120/78 caso Cassis de Dijon.

ría ser hecha al Arancel Aduanero Comunitario, que puede establecer restricciones o prohibiciones de importación o exportación que convertirían algunos géneros en prohibidos y los comportamientos delictivos relativos a los mismos encuadrables en el apartado cuarto del número uno del artículo primero de la Ley de Contrabando. La regulación de la sanción era la misma que para los demás géneros prohibidos y dado que el Derecho Penal también debe proteger los intereses comunitarios los géneros clasificados como prohibidos en el arancel aduanero comunitario deben considerarse como géneros prohibidos a los efectos del delito de contrabando. La vigente Ley de Contrabando contempla expresamente la remisión a la norma comunitaria en el apartado séptimo del artículo primero, estableciendo que la norma deberá tener el rango de reglamento.

La posibilidad de integrar tipos penales en blanco con normas que incluso no tengan rango de ley ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 127/90 de 5 de julio, que declaró que era posible la incorporación al tipo de elementos normativos y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco siempre que se den los siguientes requisitos:

Que el reenvío normativo sea expreso y este justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia, certeza o, como señala la citada sentencia, se de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que Ley Penal se remita, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente combinada.

Estos requisitos se cumplen en el caso de la normativa comunitaria ya que el precepto contemplado en la Ley de Contrabando viene a definir el núcleo esencial de la prohibición y señala la pena a imponer para estas conductas y el reenvío normativo es expreso y guarda justificación con el bien jurídico protegido, que en este caso es precisamente el interés comunitario en el control de la entrada y salida de determinadas mercancías, y que en esencia era el mismo que existía cuando el titular de ese interés era exclusivamente el Estado.

Un ejemplo de integración de la norma penal por una norma de Derecho Comunitario lo constituía el Reglamento CEE 3.626/82 de 3 de septiembre de 1982<sup>87</sup> en relación con el Convenio de Washington de 3 de

---

<sup>86</sup> Artículo 3-1, primer párrafo de la Ley de Contrabando.

marzo de 1973, sobre comercio internacional de especies amenazadas de la fauna y flora silvestres, que prohíbe determinadas conductas relativas a especies protegidas, como puedan ser la venta o exhibición con fines comerciales de las especies a las que se refiere el convenio de Washington y el Reglamento 3626/82. La prohibición de dichos comportamientos en ese Reglamento integra el precepto contemplado en el apartado cuarto del número primero del artículo primero de la Ley de Contrabando. Esta posición había sido aceptada por los Tribunales Españoles<sup>88</sup>. La cuestión relativa a la consideración como delito de contrabando del tráfico de dichas especies ha quedado resuelta por la nueva Ley de Contrabando al introducir expresamente dicha figura delictiva en el apartado f) del número primero del artículo segundo de la Ley de Contrabando que considera delictiva la realización, sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos, de operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia o circulación de especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, y en el Reglamento (CEE) número 3.626/82, del Consejo, de 3 de diciembre de 1982. Haciendo así una cita expresa al Derecho Comunitario.

#### 4.4. *Contrabando de obras u objetos de interés histórico-artístico*

Dispone el apartado e) del número uno del artículo segundo de la Ley de Contrabando que son reos del delito de contrabando, siempre que el valor de los géneros o efectos sea igual o superior a tres millones de pesetas, los que saquen del territorio español bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, sin la autorización de la Administración del Estado cuando ésta sea necesaria.

A través de este precepto se pretende proteger el patrimonio histórico artístico de la nación, bien jurídico digno de protección penal que merece

---

<sup>87</sup> DOCE de 31 de diciembre de 1982 número L 348/1.

<sup>88</sup> La sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de julio de 1994, Rollo 162/94 se pronunció en este sentido. Por su parte MATEOS RODRÍGUEZ ARIAS, Antonio, en «La aplicación de la Ley de Contrabando a la protección de las especies animales protegidas», en *La Ley*, número 3.564 de 15 de julio de 1994, páginas 1 y siguientes, considera que no se cumplen los requisitos para salvar el principio de la reserva legal previsto en el número 2 B del artículo 3 de la ley de Contrabando en relación con el apartado cuarto del número 1 del artículo primero del mismo cuerpo legal, pues no coincide el bien jurídico protegido por el Reglamento CEE 3.626/82 con el bien jurídico protegido por la Ley de Contrabando abogando por una regulación penal específica para estos supuestos. Por nuestra parte, sin entrar en el tema relativo a la conveniencia o no de una regulación penal específica, consideramos que el bien jurídico protegido por esa norma puede conciliarse plenamente con el bien jurídico protegido por la Ley de Contrabando tal y como se ha planteado en el aparta-

una mención especial en nuestro texto constitucional, al establecer que los poderes públicos garantizaran la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La Ley Penal sancionará los atentados contra este patrimonio<sup>89</sup>.

En esa función tutelar del Estado sobre el patrimonio histórico artístico subyace un interés de la Administración por controlar la salida de estos bienes lo que justifica su inclusión entre las figuras delictivas contempladas en la Ley de Contrabando y dentro de éstas su tratamiento diferenciado.

La posibilidad de restringir las exportaciones de estos bienes incluso a los países miembros de la Comunidad Europea se contempla en el artículo 36 del TCCEE<sup>90</sup> que autoriza la restricciones o prohibiciones de exportación justificadas por la necesidad de proteger el patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional. Ahora bien, el TJC se ha preocupado de precisar los límites de esa restricción, al declarar contraria a la libre circulación de mercancías el hecho de gravar la exportación con una sanción económica de cualquier tipo<sup>91</sup>, pues lo que se pretende es proteger el patrimonio histórico artístico, pero no los intereses económicos del Estado.

La acción típica se limita a la exportación sin autorización de obras u objetos de interés histórico artístico que integren el Patrimonio Histórico español. La importación ilegal de obras de arte u objetos de interés histórico artístico sólo podrá ser sancionada, si se trata de productos no comunitarios, por la vía de los apartados primero y segundo del número uno del artículo primero de la Ley de Contrabando. Los bienes para los que se exige autorización para su exportación son los bienes culturales integrantes del patrimonio histórico español, tal y como se define en la Ley de Patrimonio Histórico Español<sup>92</sup>. La exportación a países miembros de la Comunidad Europea requiere la autorización prevista en el artículo 5 de la mencionada Ley, la presentación de los bienes y la autorización en las oficinas de aduanas<sup>93</sup>.

El Real Decreto 111/86 de 10 de enero deja sin efecto la obligación de pagar las tasas que gravaban dicha exportación cuando la exportación

---

do 2-1 del presente capítulo.

<sup>89</sup> Ver artículo 46 de la Constitución Española.

<sup>90</sup> Ver al respecto la Directiva CEE 93/7, relativa a la restitución de bienes culturales.

<sup>91</sup> Sentencia del TJC de 10 de diciembre de 1968, asunto 6/68 Comisión/Italia.

<sup>92</sup> Ley 16/85 de 25 de junio.

<sup>93</sup> Artículo 1 del Real Decreto 1.661/92 de 29 de diciembre sobre restricciones a la libre



tenga por destino un Estado miembro de la Comunidad. Obviamente esta obligación subsiste cuando la exportación tenga por destino algún país tercero.

El incumplimiento de estos requisitos, aún cuando se trate de una exportación a un país de la Comunidad Europea, supondría una exportación ilegal de bienes culturales y sería constitutiva de un delito de contrabando.

#### 4.5. *La obtención fraudulenta del despacho de mercancías. La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto 212/88*

Dispone el apartado g) del número uno del artículo segundo de la Ley de Contrabando que son reos del delito de contrabando siempre que el valor de los géneros o mercancías sea igual o superior a tres millones de pesetas, los que obtuvieren, mediante alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito, el despacho aduanero de géneros estancados o prohibidos o mercancías de lícito comercio, o las autorizaciones para los actos a que se refieren los apartados anteriores.

Se trata de una forma de defraudación que, frente a la conducta omisiva a la que se hace referencia en otras figuras delictivas previstas en la Ley de Contrabando consistente en la no presentación de las mercancías para su despacho en las oficinas de aduanas, implica que aquí la mercancía se presenta pero se aportan datos falsos o que inducen a la administración aduanera a error, de tal modo que se autoriza el despacho de la mercancías que de otro modo no se hubiere autorizado. En el caso de que lo que se pretenda es conseguir un trato aduanero más favorable o cualquier otro tipo de ventaja, si la mercancía, en definitiva, podía ser importada, se corrige con una liquidación complementaria y la correspondiente sanción tributaria. No podemos olvidar que a través de las importaciones o exportaciones de mercancías los operadores económicos pueden recibir una serie de ventajas derivadas de la política comercial que elabora la Comunidad Europea y que prima o subvenciona la exportación o importación de determinados productos en función de los propios intereses comerciales comunitarios. Por otra parte, el origen de las mercancías también influye en el tipo arancelario a aplicar, por lo que en muchos casos será más interesante indicar un origen que no se corresponde con el real a fin de obtener el despacho<sup>94</sup>. Lo que importa realmente, para considerar que se comete una infracción de contrabando, es que la actuación fraudulenta vaya dirigida a obtener el despacho de una mercancía que de otro

---

circulación de ciertos bienes y mercancías.

<sup>94</sup> Ya vimos al hablar del origen de las mercancías como el artículo 25 del CAC establece

modo no podría haber sido introducida en el territorio aduanero de la Comunidad.

La conducta típica consiste en alegar una causa falsa u obtener de modo ilícito el despacho de mercancías o la autorización que se requiere para su importación. Los géneros a los que se extiende son tanto los estancados como los prohibidos y los de lícito comercio, tanto no comunitarios como los comunitarios que están sometidos a algún género de restricciones o control en función de lo establecido en el TCCEE. La pena es la misma que la señalada para el contrabando de géneros prohibidos o estancados<sup>95</sup>.

El TJC ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a esta modalidad delictiva en la sentencia dictada en el asunto 212/88<sup>96</sup>. Se trataba de la importación desde Bélgica a Francia de unos productos textiles que habían sido fabricados en Corea del Sur, Taiwan o Pakistán y que habían sido admitidos a libre práctica en Bélgica. La importación de Francia de productos de dichos países está supeditada a la obtención de una licencia de importación. Sin embargo, los imputados realizaron la importación en cajas con la inscripción Belgium y en la declaraciones de importación indicaron que los productos eran de origen y de procedencia Belgas. Fueron acusados ambos de importación de mercancías prohibidas, infracción prevista y penada por el Código de Aduanas Francés. El Tribunal de Gran Instance de París que conoció del litigio consideró que los acusados estaban al corriente del origen real de los productos en cuestión y que habían declarado el origen comunitario con la finalidad manifiesta de defraudar a la administración de aduanas. Razón por la cual fueron condenados. La sentencia fue apelada ante la Court de Cassation que planteo una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Sin embargo, la necesidad de licencia que se exigía por Francia debía haber sido autorizada por la Comisión y ésta no la había autorizado por lo que la exigencia de licencia constituía un acto prohibido por el artículo 30 del TCCEE. El

---

una medida dirigida a impedir el fraude en este ámbito.

<sup>95</sup> Debe destacarse que el certificado de origen lo proporciona normalmente el proveedor extranjero, por lo que habrá que acreditar la connivencia del importador así como analizar los términos del contrato o las condiciones de entrega de las mercancías pactada según los INCOTERMS-1990, para determinar cuál de las partes estaba obligada a obtener el certificado de origen. Sobre los aspectos relativos al origen de las mercancías puede leerse a GARCÍA GALLEGO, José Carlos, en el comentario a la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 11 de noviembre de 1993. «Incidencia del origen de las mercancías en la tributación aduanera y en el régimen comercial». En *Cuadernos Europeos Deusto*, n.º 11/1994 páginas 161 y siguientes. La declaración de un origen falso se encuentra contemplada como infracción en el artículo 36 del Texto refundido de los Impuestos de la renta de aduanas aprobado por Real Decreto 511/77.

TJC declaró que los Estados miembros no pueden exigir al importador que declare, sobre el origen de los productos, cosas distintas de las que conoce o puede razonablemente conocer; pueden castigar la omisión o la inexactitud de tal declaración con sanciones penales, pero no con aquellas previstas para las declaraciones falsas realizadas para llevar a cabo importaciones prohibidas, incluso en el caso de que la declaración falsa se haya realizado con fines fraudulentos<sup>97</sup>.

¿Implica esta posición del TJC que este tipo penal ya no puede ser aplicado? A nuestro juicio, el TJC aplicó el principio de proporcionalidad y aunque la conducta de los señores Levy y Bazinni era censurable debió primar el principio de libre circulación de mercancías, puesto que las mercancías se encontraban en situación de libre práctica y la licencia de importación no era exigible, con lo que la importación se hubiera producido del mismo modo con arreglo al Derecho Comunitario aunque se hubiera declarado el verdadero origen de las mercancías, por tanto, no se lesionaba el bien jurídico protegido. El TJC, por otra parte, no excluye la posibilidad de la sanción, sino que considera que no puede ser la prevista para las importaciones prohibidas.

Esta doctrina, por tanto, sólo será de aplicación cuando se trate de mercancías comunitarias o despachadas a libre práctica y el comportamiento no lesione el bien jurídico protegido por el Derecho Comunitario o por el Estado, cuando se trate de mercancías sujetas a restricción o prohibición o control por el Estado compatible con el Tratado. En otro caso, la posición del TJC hubiera sido otra ya que cuando se lesiona un bien jurídico protegido por el Derecho Comunitario el Tribunal ha insistido en la necesidad de imponer sanciones eficaces que incluyan las penales<sup>98</sup>.

Así, esta figura delictiva aparece como la más adecuada para reprimir dichas conductas, ya que conlleva una mayor penalidad, en el caso de géneros de lícito comercio, justificada por el mayor desvalor de la acción. No debe olvidarse que a través de estos comportamientos fraudulentos se están perjudicando múltiples intereses, tanto comerciales de la Comunidad Europea y los de operadores económicos, como financieros y económicos de la propia Comunidad<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Sentencia del TJC de 26 de octubre de 1989, asunto 212/88 Levy.

<sup>97</sup> Un comentario a esta sentencia puede verse en DYBERG, Peter, «El impacto del Derecho Comunitario en los Ordenamientos penales de los Estados miembros», en *Derecho Comunitario*, editado por el Consejo General del Poder Judicial y Gobierno Vasco, Departamento de Justicia. Vitoria 1993, páginas 650 y siguientes.

<sup>98</sup> En este sentido pueden verse las sentencias de TJC dictadas en el caso del maíz griego y en el caso Vandevenne, ya citados, entre otros.

<sup>99</sup> Una muestra de la relevancia de estos comportamientos lo constituye la ponencia de RUMTJÜNGER, «The Legal Protection Of The Community's Financial Interests As Seen By

## 5. Consideraciones críticas sobre la vigente Ley de Contrabando de 1995

Como se ha ido viendo a lo largo del presente estudio, la legislación en materia de contrabando exigía una reforma para adaptarla a las exigencias derivadas del Derecho Comunitario y de la Unión Aduanera que se ha creado a partir del 1 de enero de 1993. Esta reforma se ha llevado a cabo a través de la Ley Orgánica 12/95 de 12 de diciembre de represión del contrabando. No cabe duda que la legislación sobre contrabando puede desempeñar un papel importante en orden a la protección de los intereses comunitarios y también de los intereses del Estado respecto al control sobre la entrada, salida y circulación de mercancías en el territorio español.

No debe olvidarse que, el mantenimiento, hasta fecha reciente, de una legislación penal contradictoria en algunos casos con la normativa comunitaria y ambigua en relación a los conceptos e intereses creados a partir de la constitución de la unión aduanera, constituía un elemento de inseguridad jurídica que según doctrina del TJC implicaba una violación por parte del Estado de las obligaciones derivadas del Tratado<sup>100</sup>.

A fin de solventar estas exigencias se ha aprobado por el Parlamento una nueva Ley Orgánica de Contrabando. Esta Ley incorpora importantes novedades, que ya han sido analizadas a lo largo de este trabajo, y sus definiciones introducen elementos extraídos de la normativa comunitaria sobre Derecho Aduanero. Mantiene una línea de protección de los intereses meramente estatales pero en ella se vislumbra, aunque no explícitamente, un interés por la protección de los bienes jurídicos comunitarios. En general la estructura del proyecto es semejante a la de la derogada Ley de Contrabando. Como novedad fundamental aparece el aumento a tres millones de pesetas del límite del valor de los efectos en orden a distinguir entre los delitos y las infracciones administrativas a excepción de las labores de tabaco, para las que se mantiene el límite del millón de pesetas.

Establece una serie de definiciones que pretenden aclarar algunos conceptos a efectos de la Ley de Contrabando. Respecto a los géneros estancados se expresa que serán los artículos, productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquiera otra actividad

---

Customs Investigators In Germany», en el seminario celebrado en Bruselas los días 25 y 26 de noviembre de 1993 sobre «The Legal Protection Of The Financial Interests Of The Community Progress And Prospects Since The Brussels Seminars Of 1989», publicado por la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas 1993, páginas 133 y siguientes.

<sup>100</sup> En este sentido puede verse la sentencia la TJC de fecha 15 de octubre de 1986 dictada

concerniente a los mismos, sea atribuido por ley al Estado con carácter de monopolio, así como las labores del tabaco y todos aquellos a los que por ley se otorgue dicha condición. En este aspecto se introduce un elemento ambiguo, pues al referirse a las labores del tabaco parece querer incluir tanto las labores de tabaco de procedencia no comunitaria como las que tengan tal carácter, contradiciendo lo dispuesto en la Ley de Monopolios de Tabaco. Aunque pudiera pensarse que es más acorde con la libre circulación de mercancías el tratamiento diferenciado de unas y otras, lo cierto es que el tratamiento especial de las labores de tabaco, cualquiera que sea su origen, encuentra su justificación en la normativa comunitaria al tratarse de una mercancía sometida al pago de impuestos especiales. Las mercancías comunitarias y las no comunitarias son definidas por remisión al CAC, y en cuanto a los géneros prohibidos se remite a las que lo sean por norma con rango de ley o por reglamento de la Comunidad Europea. Introduce el concepto de deuda aduanera en este caso con remisión al CAC.

En definitiva, la nueva Ley supone una mejora importante al adecuar la legislación a los conceptos y requisitos del Derecho Comunitario, de modo que, como no podía ser menos, las normas penales en blanco pasan a integrarse con normas comunitarias<sup>101</sup>. Sin embargo, se mantienen algunos supuestos ambiguos, como los referidos a las labores de tabaco. Por otra parte, la Ley ha desaprovechado la ocasión para aparecer expresamente como elemento protector de los intereses comunitarios, que trascienden de los meramente estatales, reconociendo el interés comunitario como digno de protección penal y la legislación estatal como instrumento adecuado para tal fin de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Tratado.

---

en el asunto 168/85, Comisión contra Italia, entre otras.

<sup>101</sup> El nuevo Código penal sigue manteniendo el carácter especial de la legislación penal



# **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 y Pujol\*

Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo

**Sumario: La sentencia Gallotti y el contenido de los autos de remisión prejudicial.—La sentencia Data Delecta y la *cautio iudicatum solvi*.—Las sentencias Henke y Reino Unido contra Consejo en el marco de la política social comunitaria.**

## La sentencia Gallotti<sup>1</sup> y el contenido de los autos de remisión prejudicial

Esta sentencia constituye la respuesta dada por el Tribunal de Justicia a dos cuestiones prejudiciales planteadas, con reiteración, en diez resoluciones relativas a distintos asuntos, por el *Pretore de la Prensa circondariale di Roma*.

Dichas cuestiones tenían por objeto la interpretación de la Directiva 91/156/CEE<sup>2</sup> por la que se modifica la Directiva 75/442/CEE<sup>3</sup> relativa a los residuos y se habían suscitado en el marco de procesos penales dirigidos contra varias personas inculpadas por haber infringido las disposiciones legales italianas en materia de residuos, y en particular las disposiciones que habían adaptado el Derecho interno a, entre otras, la Directiva 75/442.

Dado que el Estado italiano, una vez expirado el plazo para transponer la Directiva 91/156, no lo había hecho, el *Pretore* solicitaba al Tribu-

---

en materia de contrabando.

\* 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> Sentencia de 12 de setiembre de 1996, Gallotti y otros (C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 y C-157/95, pendiente de publicación en la *Rec.*).

<sup>2</sup> Directiva del Consejo de 18 de marzo de 1991 (DO L 78, de 26-3-1991, p. 32).

nal de Justicia que se pronunciase sobre la relevancia jurídica de esta falta de transposición y que dilucidase si la existencia de una sanción penal, como las previstas en las disposiciones legales italianas aplicables en los asuntos de los que conocía, podía considerarse incompatible con la normativa comunitaria que pretende garantizar a los operadores del mercado único un trato homogéneo, incluso desde el punto de vista de las sanciones.

Las partes que habían presentado observaciones en el marco del procedimiento ante el Tribunal de Justicia, a saber la Comisión y el Gobierno francés, apuntaban la existencia de problemas para establecer el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscribían las cuestiones planteadas.

A este respecto, cabe señalar que puede observarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a partir del inicio de la década de los noventa, una tendencia a elevar el grado de rigor exigido a los tribunales internos en la redacción del auto de remisión<sup>4</sup>. En efecto, a partir de la sentencia Telemarsicabruzzo<sup>5</sup>, el Tribunal de Justicia ha declarado, en multitud de autos<sup>6</sup>, la inadmisibilidad de las peticiones de decisión prejudicial que ni definían el contexto fáctico y el régimen normativo en el que éstas se inscribían, ni, como mínimo, explicaban los supuestos de hecho sobre los que se basaban.

Como el propio Tribunal señala en los autos y sentencias que conforman esta jurisprudencia, esta exigencia en cuanto a la redacción de las resoluciones de remisión se basa en dos motivos:

1. la necesidad de dar una interpretación del Derecho comunitario que sea útil para el juez nacional; y
2. la necesidad de que los Gobiernos de los Estados miembros y las demás partes interesadas dispongan de una información que les permita presentar observaciones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia.

Sin embargo, en la sentencia Vaneetveld<sup>7</sup>, el Tribunal relajaría esta exigencia considerándola menos imperativa en los supuestos en los que

---

<sup>3</sup> Directiva del Consejo de 15 de julio de 1975 (DO L 194, de 25-7-1975, p. 39).

<sup>4</sup> Véase PALACIO GONZÁLEZ, J., *El Sistema Judicial Comunitario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, p. 265.

<sup>5</sup> Sentencia de 26 de enero de 1993, Telemarsicabruzzo y otros (C-320/90, C-321/90 y C-322/90, *Rec. p. I-393*).

<sup>6</sup> Autos de 19 de marzo de 1993, Banchemo (C-157/92, *Rec. p. I-1.085*); de 26 de abril de 1993, Monin (C-386/92, *Rec. p. I-2.049*); de 9 de agosto de 1994, La Pyramide (C-378/93, *Rec. p. I-3.999*); de 23 de marzo de 1995, Saddik (C-458/93, *Rec. p. I-511*); de 7 de abril de 1995, Grau Gomis (C-167/94, *Rec. p. I-1.023*); de 21 de diciembre de 1995, Max Mara (C-307/95, *Rec. p. I-5.083*); de 2 de febrero de 1996, Btresle (C-257/95, *Rec. p. I-233*), y de 13 de marzo de 1996, Banco de Fomento e Exterior (C-326/95, *Rec. p. I-1.385*).

las cuestiones se refieren a aspectos técnicos y precisos y le permite dar una respuesta eficaz, aunque el juez nacional no haya presentado de forma exhaustiva la situación fáctica y jurídica.

De todos modos, recientemente, el Tribunal, en el asunto Sunino<sup>8</sup>, consideraba manifiestamente inadmisibles por incumplir esta exigencia una resolución de remisión que se limitaba a hacer referencia a las infracciones penales de la legislación italiana en materia de colocación laboral temporal, sin indicar ni el contenido de las disposiciones de la legislación nacional a que se refería, ni las razones precisas que le llevaban a cuestionarse si aquéllas eran compatibles con el Derecho comunitario y a considerar que resultaba necesario plantear las cuestiones prejudiciales. Por los mismos motivos, en los asuntos Italia Testa<sup>9</sup> y Modesti<sup>10</sup> consideraba igualmente manifiestamente inadmisibles determinadas cuestiones prejudiciales planteadas en modo similar, pero esta vez referidas a infracciones penales previstas por la legislación italiana en materia de derechos de autor.

En el asunto Gallotti, según se desprende de la sentencia del Tribunal, las resoluciones de remisión eran poco explícitas respecto a los hechos que se imputaban a los inculpados en el litigio nacional. El Tribunal se aventura a decir que «parece» que estos hechos consisten, principalmente, en haber procedido a la descarga de residuos especiales sin autorización, haber efectuado la eliminación de residuos sin autorización y no haber cumplido ciertas obligaciones relativas a la forma de llevar los registros de residuos, todo ello contraviniendo una serie de disposiciones de Derecho italiano. También parece desprenderse de la sentencia que dichas disposiciones se citaron sin expresión de su contenido, y que, en las resoluciones de remisión, únicamente aparecen consideraciones relativas al Derecho comunitario, de las que el *Pretore* deduce la necesidad de un cambio radical en la legislación italiana en un cierto sentido. Añade el órgano jurisdiccional nacional que la Directiva 91/156 parece haber optado de manera prioritaria, si no exclusiva, por una solución que consiste en someter la materia de los residuos a un régimen administrativo, limitando el control penal a los casos extremos, derivándose de ello que las disposiciones nacionales mencionadas son incompatibles con la Directiva, en la medida en que hacen que prevalezca la utilización de la sanción en el ámbito de la gestión y de los controles.

Si se tienen en cuenta todos estos datos, parece que nos encontramos ante resoluciones de remisión similares a las que han sido declaradas

---

<sup>7</sup> Sentencia de 3 de marzo de 1994, Vancetveld (C-316/93, *Rec.* p. I-763).

<sup>8</sup> Auto de 20 de marzo de 1996, Sunino (C-2/96, *Rec.* p. I-1.543).

<sup>9</sup> Auto de 25 de junio de 1996, Italia Testa (C-101/96, pendiente de publicación en la *Rec.*).

inadmisibles sobre la base de la jurisprudencia Telemarsicabruzzo y, más concretamente, similares a las de los autos Sunino, Italia Testa y Modesti, anteriormente citados. Efectivamente, las conclusiones del Abogado General, Sr. Fenelly, evidencian que dichas resoluciones apenas suministran indicaciones relativas a las disposiciones nacionales en cuestión, a la vez que no contienen ningún dato relativo al contexto fáctico. También señala éste, que la primera cuestión planteada en dichas resoluciones no es en absoluto específica ni técnica en el sentido de la sentencia Vaneetveld y sugiere que sea declarada inadmisibile; tratándose de la segunda cuestión, indica que, por ser más específica, los obstáculos a su admisibilidad son menores que en el caso de la primera.

Por ello no deja de sorprender que, citando expresamente la sentencia Telemarsicabruzzo y el auto Sunino, el Tribunal declare, en la sentencia Gallotti que, habida cuenta del carácter muy general de las cuestiones planteadas y de la interpretación de la Directiva 91/156, expuesta de manera detallada por el órgano jurisdiccional nacional en la motivación de sus resoluciones, dispone de elementos suficientes para dar una respuesta útil a las cuestiones planteadas, y proceda a declarar su admisibilidad. Si se tiene en cuenta que la jurisprudencia Telemarsicabruzzo pretendía evitar pronunciamientos sobre cuestiones muy generales, habrá que ver si esta sentencia, dictada por una sala de tres jueces, constituirá un islote en dicha jurisprudencia o si, por el contrario, supondrá un cambio jurisprudencial que, siguiendo la opinión de algunos autores<sup>11</sup>, reduzca al mínimo el rigor exigido en la formulación de las cuestiones prejudiciales.

Por lo demás, una vez declarada la admisibilidad de las cuestiones, en cuanto al fondo el Tribunal responde al *Pretore* en los siguientes términos:

«El artículo 5 y el párrafo tercero del artículo 189 del Tratado CE deben interpretarse en el sentido de que no prohíben que un Estado miembro utilice sanciones penales para garantizar debidamente el cumplimiento de las obligaciones previstas por la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991, por la que se modifica la Directiva 75/442/CEE relativa a los residuos, siempre que tales sanciones sean análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en cualquier caso, tengan carácter efectivo, proporcionado y disuasivo.»

*Carlos Gimeno Verdejo*

---

<sup>10</sup> Auto de 19 de julio de 1996, Modesti (C-191/96, pendiente de publicación en la *Rec.*).

<sup>11</sup> Véanse, entre otras, las críticas a la jurisprudencia Telemarsicabruzzo de BERGERES, M.C., en *Recueil Dalloz Sirey*, 1993, Chr., p. 245; CHAUVET, B., en *Gazette du Palais*, 1994, n.ºs 187-188, Doctrine, p. 2; FOURGOUX, J.C., en *Recueil Dalloz Sirey*, 1993, Jur., p. 466; y SIMON, D., en *Jour-*

## La sentencia *Data Delecta*<sup>12</sup> y la *cautio iudicatum solvi*

La sentencia aquí examinada constituye un complemento y un refuerzo de la posición adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Hubbard<sup>13</sup> con respecto a la exigencia de una caución de arraigo en juicio a los nacionales comunitarios. En ella, el Tribunal había declarado principalmente:

- «1. Los artículos 59 y 60 del Tratado deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro imponga el pago de una *cautio iudicatum solvi* a un profesional, establecido en otro Estado miembro, que ejercita una acción ante uno de sus órganos jurisdiccionales, únicamente debido a que dicho profesional es nacional de otro Estado miembro.
2. El derecho a la igualdad de trato, consagrado por el Decreto comunitario no puede depender de la existencia de acuerdos internacionales celebrados por los Estados miembros.»

En el presente asunto, el Tribunal debía responder a una de las primeras cuestiones prejudiciales planteadas por un órgano jurisdiccional sueco, que preguntaba si el apartado 1 del artículo 6 del Tratado se opone a que un Estado miembro exija el pago de una caución de arraigo en juicio a una persona jurídica establecida en otro Estado miembro, la cual ha entablado, ante uno de los órganos jurisdiccionales del primer Estado, una acción contra un nacional del mismo o contra una sociedad allí establecida, cuando tal exigencia no puede imponerse a las personas jurídicas de dicho Estado. La cuestión se había suscitado en el marco de un litigio sobre reclamación de cantidad por el pago de mercancías entregadas, en el que los demandados habían solicitado que la sociedad demandante, extranjera pero con nacionalidad de un Estado miembro, prestara la referida caución de conformidad con la legislación sueca.

En sus conclusiones, el Abogado General, Sr. La Pergola, se pregunta sobre la existencia de un problema de admisibilidad, que el Tribunal de Justicia ni siquiera examina en sus sentencias. Dicho problema se derivaría de que la transacción comercial que dio lugar a la reclamación objeto de litigio principal se remontaba a un período comprendido entre abril de 1990 y setiembre de 1991, época en la que el Reino de Suecia no era todavía miembro de la Comunidad Europea. Debido a esta circunstancia, indicaba el Abogado General, podía pensarse en una ausencia de

---

*nal du droit international*, 1994, p. 477.

<sup>12</sup> Sentencia de 26 de setiembre de 1996, *Data Delecta* (C-43/95, pendiente de publicación en la *Rec.*).

realidad del litigio por ser inaplicable *ratione temporis* la disposición comunitaria invocada y por quedar excluido un eventual alcance retroactivo de ésta, al no entrar en juego el principio de la ley más favorable<sup>14</sup>.

El Tribunal de Justicia, por su parte, sin referirse a la admisibilidad de la cuestión prejudicial, comienza su razonamiento jurídico en torno a ésta dedicando un apartado al ámbito de aplicación del primer apartado del artículo 6 del Tratado, que dispone:

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

Aunque la jurisprudencia del Tribunal, por aplicación del principio *lex generalis derogat lex specialis*, había ignorado durante largo tiempo la autonomía del entonces artículo 7 (actualmente artículo 6) del Tratado, la sentencia Phil Collins<sup>15</sup> supuso un cambio de orientación. En ella, el Tribunal de Justicia afirmó que las disposiciones legislativas nacionales que están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Tratado por razón de sus efectos sobre los intercambios intracomunitarios de bienes y servicios, se encuentran necesariamente sometidas al principio general de no discriminación establecido en el apartado primero del artículo 6 del Tratado, sin que sea necesario relacionarlas con las disposiciones específicas de los artículos 30, 36, 59 y 66.

Aunque hubiera podido seguir un orden inverso, el Tribunal sólo hace referencia a la sentencia Phil Collins y a la autonomía del artículo 6 del Tratado después de haber considerado, con carácter preliminar, si la norma sueca controvertida entraba en el ámbito de aplicación del Tratado.

A tal efecto, por un lado, recuerda que el Derecho comunitario impone límites a las normativas procesales nacionales reguladoras de los recursos jurisdiccionales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que dicho ordenamiento confiere a los particulares, y que, entre estos límites, figuran los derivados de una exigencia de igualdad de trato y de una efectividad de las libertades fundamentales<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Sentencia de 1 de julio de 1993, HUBBARD (C-20/92, *Rec. p. I-3.777*).

<sup>14</sup> Principio reconocido por el Tribunal de Justicia, respecto a las sanciones penales por infracción a la normativa española en materia de control de cambios, en las sentencias de 23 de enero de 1995, BORDESSA y otros (C-358/93 y C-416/93, *Rec. p. I-361*), comentada en el n.º 13/1995 de esta revista, y de 14 de diciembre de 1995, SANZ DE LERA y otros (C-163/94, C-165/94 y C-250/94, *Rec. p. I-4.821*).

<sup>15</sup> Sentencia de 20 de octubre de 1993, COLLINS, Phill y otros (C-92/92 y C-326/62, *Rec. p. I-5.145*).

<sup>16</sup> El Tribunal cita a este respecto las sentencias de 2 de febrero de 1989, COWAN (186/87, *Rec. p. 195*) y de 19 de noviembre de 1991, FRANCOVICH y otros (C-6/90 y C-9/90,

Por otro lado, considera necesario señalar que una norma procesal nacional, como la sueca, que impone la prestación de la caución de arraigo en juicio, puede afectar a la actividad económica de los operadores de otros Estados miembros en el mercado del Estado de que se trate, puesto que, aunque no esté destinada, en cuanto tal, a regular una actividad de naturaleza comercial, tiene como resultado colocar a dichos operadores, en lo que se refiere al acceso a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, en una posición menos ventajosa que a sus nacionales. En efecto, añade el Tribunal, la posibilidad de recurrir a la justicia de una Estado miembro, para solventar los litigios a los que pueden dar lugar sus actividades económicas, constituye el corolario de las libertades fundamentales previstas en el Tratado.

Por consiguiente, señala el Tribunal, una norma procesal civil nacional que exige la prestación de caución de arraigo en juicio, está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Tratado en el sentido del apartado 1 del artículo 6 y está sujeta al principio general de no discriminación que dicho artículo establece, en la medida en que tenga una incidencia, incluso indirecta, en los intercambios intracomunitarios de bienes y servicios. Tal incidencia, añade, es especialmente posible si se exige la caución en las demandas sobre reclamación de mercancías entregadas.

Parece aquí oportuno conectar la solución señalada por el Tribunal en esta sentencia con la doctrina sobre el artículo 30 del Tratado sentada en la reciente jurisprudencia<sup>17</sup>. En efecto, en lo relativo a los obstáculos a la libre circulación de mercancías se ha distinguido entre las normas relativas a los requisitos que deben cumplir las mercancías (como los relativos a su denominación, forma, dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado y acondicionamiento) y las disposiciones que limitan o prohíben ciertas modalidades de venta.

En cuanto a las primeras, los obstáculos a la libre circulación que se derivan, a falta de armonización de las legislaciones, de su aplicación a mercancías procedentes de otros Estados miembros, donde se fabrican y comercializan legalmente, quedan comprendidos en la definición de me-

---

*Rec. p. I-5.357*). Estas sentencias forman parte de una jurisprudencia muy cimentada, de la que se puede ver un comentario en PASTOR BORGONÓN, B., «La ampliación de las competencias del juez interno por obra del Derecho comunitario» y GIMENO VERDEJO, C., «El cobro de lo indebido en Derecho comunitario», en *Ordenamiento jurídico comunitario y mecanismos de tutela efectiva*, Servicio de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1995, pp. 29 y ss. y 111 y ss., respectivamente.

<sup>17</sup> Jurisprudencia iniciada a raíz de las sentencias de 24 de noviembre de 1993, KECK y MITHOUARD (C-267/91 y C-268/91, *Rec. p. I-6.097*) y de 15 de diciembre de 1993, HÜNERMUND (C-292/92, *Rec. p. I-6.787*), y de la que puede encontrarse un examen detallado en LÓPEZ ESCUDERO, M., «La jurisprudencia Keck y Mithouard; una revisión del concepto de

dida de efecto equivalente del artículo 30 del Tratado, aunque dichas normas sean aplicables a todos los productos, siempre que esta aplicación no pueda ser justificada por un objetivo de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías.

En cambio, tratándose de disposiciones que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta, su aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros sólo queda comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado cuando discrimina entre los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional o cuando afecta de distinto modo, de hecho o de derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros.

En este marco hay que situar la disposición sueca de Derecho procesal, relativa a la caución de arraigo en juicio, que afectaba indirectamente la libre circulación de mercancías. Es evidente que no se trata de una norma relativa a los requisitos que deben cumplir las mercancías. Además, parece ser que el concepto de modalidades de venta, por amplia que fuese la interpretación que se le diese, no cubriría una disposición de este tipo. Por lo tanto, para todas aquellas disposiciones que, sin atañer a los productos ni limitar o prohibir modalidades de venta, por ser discriminatorias constituyen un obstáculo, aunque sea indirecto, a la libre circulación de mercancías, el primer apartado del artículo 6 del Tratado constituirá la norma de cierre que garantice dicha libertad fundamental.

Tras haber señalado que la norma procesal controvertida quedaba comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 6, el Tribunal de Justicia pone de relieve su carácter discriminatorio y contrario a la citada disposición comunitaria, y responde a la cuestión prejudicial en los siguientes términos:

«El apartado 1 del artículo 6 del Tratado CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro exija la constitución de una *cautio judicatum solvi* por una persona jurídica establecida en otro Estado miembro, que haya instado, ante uno de los órganos jurisdiccionales del primer Estado miembro, una acción judicial contra nacionales de éste o contra una sociedad establecida en el mismo, cuando una exigencia semejante no puede imponerse a las personas jurídicas de dicho Estado, en una situación en que la acción tiene conexión con el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario.»

A la vista de las sentencias Hubbard y Data Delecta y, dado que las sentencias dictadas en sede prejudicial aclaran y precisan el significado y el alcance de una norma de Derecho comunitario, tal y como debiera haberse interpretado y aplicado desde su entrada en vigor, constituyendo una razón suficiente para que los órganos jurisdiccionales nacionales ad-



mitan como jurisprudencia vinculante la doctrina en ella contenida<sup>18</sup>, es de esperar que los tribunales españoles, cuando conozcan de litigios con componente comunitario, no exijan de los nacionales de otros Estados miembros la caución de arraigo en juicio, prevista en el artículo 534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tan denostada en nuestro país<sup>19</sup> y ya desaparecida del ordenamiento jurídico de países vecinos como Francia<sup>20</sup> e Italia<sup>21</sup>.

*Carlos Gimeno Verdejo*

### **Las sentencias Henke<sup>22</sup> y Reino Unido contra Consejo<sup>23</sup> en el marco de la política social comunitaria**

En un plazo no superior a un mes, el Tribunal de Justicia, con formaciones similares, ha mostrado dos orientaciones diferentes por lo que respecta a la protección de los trabajadores en el marco de la legislación comunitaria. En efecto, si bien es cierto que las disposiciones comunitarias objeto de cada uno de los asuntos aquí comentados no son las mismas, los trabajadores de la Unión Europea han podido observar cómo, en la primera de las sentencias, el Tribunal de Justicia efectúa una interpretación restrictiva de un concepto de Derecho laboral como el de «transmisión de empresa, de centro de actividad o de parte de un centro de actividad», mientras que, en la segunda, se inclina por una interpretación amplia de otros conceptos de este mismo sector del Derecho como son «medio de trabajo» o «seguridad y salud de los trabajadores».

---

efecto equivalente», en *Revista de Instituciones Europeas*, n.º 2 (1994), p. 379.

<sup>18</sup> Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 1980, DENKAVIT (61/79, *Rec. p.* 1.205) y de 13 de mayo de 1981, International Chemical Corporation (66/80, *Rec. p.* 1.191).

<sup>19</sup> Véanse las críticas en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal. Parte General*, tomo I, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 364; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Cívitas, Madrid, 1991, p. 361; y MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, tomo II, Proceso Civil, Bosch, Barcelona, 1991, p. 184. La dudosa constitucionalidad del artículo 534 de la Ley ritual ha sido señalada por una sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 17 de diciembre de 1986 (*Revista General de Derecho*, 1987, p. 2.663) y el Tribunal Supremo, en sentencia de 31 de octubre de 1989 (*Aranzadi*, n.º 7.037), ha recomendado al legislador que la haga desaparecer *de lege ferenda*.

<sup>20</sup> La *Loi n.º 75-596 du 9 juillet 1975* derogó el artículo 16 del *Code civil*, que prevenía dicha caución.

<sup>21</sup> La *Corte Costituzionale*, en sentencia de 29 de noviembre de 1960, n.º 67, declaraba la inconstitucionalidad del artículo 98 del *Codice di procedura civile*, que regulaba la referida caución.

<sup>22</sup> Sentencia de 15 de octubre de 1996, HENKE (C-298/94, pendiente de publicación en la *Rec.*).

<sup>23</sup> Sentencia de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido/Consejo (C-84/94, pendiente de

*La sentencia Henke y la Directiva 77/187/CEE sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad*<sup>24</sup>

En esta sentencia el Tribunal de Justicia da respuesta a cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de la Directiva 77/187, que le habían sido planteadas por un tribunal alemán denominado *Arbeitsgericht Halberstadt*.

Dicho órgano jurisdiccional debía resolver un litigio entre la Sra. Henke y unas entidades locales, en relación con el despido de aquélla. El municipio en el que la Sra. Henke trabajaba como secretaria había resuelto el contrato de trabajo, como consecuencia de la creación, junto a otros municipios, de una agrupación a la que todos cedían funciones administrativas. Ante tal evento, esta secretaría atacaba el despido por considerar que se había infringido el artículo 613 del Código civil alemán o *BGB*.

El artículo 613 del *BGB* es la disposición nacional que adapta el Derecho alemán a lo dispuesto en la Directiva 77/187, que, según el apartado 1 de su artículo 1, se aplica a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión. En estos casos, la Directiva prevé en su articulado que se mantengan los derechos de los trabajadores afectados.

Partiendo de las consideraciones anteriores, el *Arbeitsgericht* preguntaba al Tribunal de Justicia, mediante su primera cuestión, si la mencionada disposición de la Directiva debía interpretarse en el sentido de que el concepto de «transmisión de empresa, de centro de actividad o de parte de un centro de actividad» se aplica a una cesión de competencias administrativas de un municipio a una agrupación de municipios como la efectuada por el Ayuntamiento en el que la Sra. Henke trabajaba. Además, mediante una segunda cuestión, condicionada a una respuesta afirmativa a la primera, pretendía saber si la constitución de tal agrupación de municipios, realizada mediante un acuerdo de Derecho público, podía ser calificada de cesión contractual en el sentido de la Directiva.

Tratándose de la primera cuestión, en las observaciones presentadas ante el Tribunal aparecía un abanico de respuestas.

—Por un lado, la Sra. Henke sostenía la aplicabilidad de la Directiva puesto que las entidades locales ejercen, al menos parcialmente, actividades económicas.

---

publicación en la *Rec.*).

<sup>24</sup> Directiva del Consejo, de 14 de febrero de 1977 (DO L 61, de 5-3-1977, p. 26; EE 05/02,

- Por otro lado, el Gobierno alemán se oponía a la aplicación de la Directiva por dos motivos: en primer lugar, los municipios, al no ejercer ninguna actividad económica, no serían «empresas» ni «centros de actividad» y, en segundo lugar, la creación de una agrupación de municipios no constituye una «transmisión», puesto que no se trata de la reanudación de la actividad de los municipios, sino de la creación de una nueva entidad que sustituye a éstos.
- Respuestas más matizadas son las propuestas por la Comisión y por el Gobierno del Reino Unido. La primera, adoptando una postura cercana a la de la Sra. Henke, sostenía que existe transmisión cuando la operación implica la cesión de todas las funciones de una entidad y de sus correspondientes medios materiales, así como el cambio de empleador, pero consideraba, sin embargo, que una entidad pública sólo constituye una «empresa» en la medida en que no ejerza funciones propias del poder público y sus empleados sean personas protegidas, por su consideración de trabajadores, por el Derecho nacional. Por su parte, el Gobierno británico, más pójimo en su parecer al Gobierno alemán, consideraba, en primer lugar, que sólo existía transmisión si la operación tiene por objeto una entidad que conserva su identidad, es decir, si se transmiten los locales, los activos o los empleados, y, en segundo lugar, que una autoridad pública local no está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva si realiza de forma principal o exclusiva actividades típicas de un servicio público.

El Abogado General, Sr. Lenz, al examinar, en sus conclusiones, esta primera cuestión, dedica a los conceptos de «empresa» y de «transmisión» abundantes líneas en las que pasa revista a todas las interpretaciones propuestas en las observaciones arriba resumidas. Y acaba proponiendo, como respuesta, que existe transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad en el sentido de la Directiva 77/187 cuando, como consecuencia de la asociación voluntaria de dos o más municipios autónomos con el objeto de crear una agrupación de municipios, estos municipios emplean a personas protegidas como trabajadores en virtud de la legislación nacional, y cuando se prosiguen efectivamente las actividades de los municipios existentes.

La propuesta del Abogado General, Sr. Lenz, reposa fundamentalmente en el argumento de que el fin primordial de la Directiva 77/187 es la protección de los trabajadores asalariados, tanto si trabajan para una empresa como si lo hacen para una entidad pública.

Este mismo argumento, sin embargo, carecerá de relevancia en la sentencia del Tribunal de Justicia. En efecto, esta sentencia, en vez de se-

guir una interpretación finalista, hace una simple interpretación literal y considera que no constituye una «transmisión de empresa» la reorganización de estructura de la Administración pública o la cesión de competencias administrativas entre Administraciones públicas. Estima el Tribunal comunitario que esta interpretación se confirma por los términos empleados en la mayoría de las versiones lingüísticas de la Directiva para designar el objeto de la transmisión (en la española, «empresa» y «centro de actividad») o a su beneficiario (en la versión en castellano, «empresario»), sin que se vea contradicha por ninguna de las demás versiones lingüísticas del texto.

Si se dan por válidas estas consideraciones, parece superfluo acudir a otros argumentos. Sin embargo, paradójicamente, el Tribunal no parece descartar del todo el punto de vista sostenido por el Gobierno del Reino Unido en sus observaciones, puesto que añade a continuación que, en las circunstancias del litigio principal, la cesión del municipio a la agrupación de municipios sólo afectó a actividades propias del ejercicio del poder público y que, aun suponiendo que estas actividades incluyeran aspectos de carácter económico, éstos sólo podrían ser accesorios.

Cabe añadir todavía que la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia en esta sentencia tampoco es sistemática. En efecto, según avanzaba la Comisión y recogía en el punto 24 de sus conclusiones el Abogado General, en el mismo sector de la protección de los trabajadores, la Directiva 75/129/CEE relativa a los despidos colectivos<sup>25</sup> excluye expresamente de su ámbito de aplicación a la Administración pública; por lo tanto, la Directiva 77/187 debería aplicarse a la Administración pública precisamente por no estar excluida de forma expresa dicha aplicación. En cambio, este argumento, basado en la interpretación de la Directiva en su contexto normativo, ni siquiera es mencionado en la sentencia del Tribunal de Justicia.

Habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión, el Tribunal considera que la segunda cuestión queda sin objeto y que, por consiguiente, no es preciso darle respuesta.

Los criterios interpretativos así seguidos parecen alejarse de aquéllos que han caracterizado a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>26</sup>, alejamiento quizás debido al socorrido principio de subsidiariedad. Tales criterios contrastan además con los seguidos por la jurisprudencia alemana sobre el artículo 613 del *BGB*. Efectivamente, según indica en el punto

---

p. 122).

<sup>25</sup> Directiva del Consejo de 17 de febrero de 1975 (DO L 48, de 22-2-1975, p. 29).

<sup>26</sup> Sobre los métodos de interpretación del Tribunal de Justicia, véase ISAAC, G., *Droit*

de sus conclusiones el Abogado General, el *Bundesarbeitsgericht* aplica esta disposición protectora a los organismos públicos, a las escuelas, a las fuerzas armadas, etc.

A este respecto, cabe señalar que, en España, la jurisprudencia<sup>27</sup> ha considerado que, para el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, la transferencia o traspaso de competencias del Estado a una Comunidad autónoma o de una Comunidad autónoma a un Ayuntamiento constituye un supuesto de sucesión de empresa o cambio de titularidad empresarial regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores<sup>28</sup>, disposición de transposición de la Directiva 77/187 en nuestro ordenamiento jurídico.

*La sentencia Reino Unido contra Consejo y la Directiva 93/104/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*<sup>29</sup>

En esta sentencia el Tribunal de Justicia resuelve un recurso de anulación de la Directiva 93/104, presentado por el Reino Unido, siendo parte demandada el Consejo de la Unión Europea. Intervinieron como coadyuvantes, en apoyo del Consejo, la Comisión y los Reinos de España y de Bélgica.

La Directiva en cuestión había sido adoptada sobre la base del artículo 118 A del Tratado CE. Este artículo prevé la adopción, por parte del Consejo, de Directivas cuyo objeto sea *promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores* y armonizar, dentro del progreso, las condiciones existentes en ese ámbito en los Estados miembros, evitando establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas. A tenor de lo dispuesto en dicho artículo, tales Directivas, cuya adopción tiene lugar por mayoría cualificada, contendrán disposiciones mínimas y no serán obstáculo al mantenimiento y la adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección de las condiciones de trabajo, compatibles con el Tratado.

Según se desprende de su artículo 1, la Directiva establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiem-

---

*communautaire général*, 3.<sup>a</sup> ed., Masson, París, 1990, p. 141.

<sup>27</sup> Véanse las sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 7 de febrero de 1989 (*Aranzadi*, n.º 60) y del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1992 (*Aranzadi*, n.º 4.373) y de 29 de junio de 1994 (*Aranzadi*, n.º 5.502).

<sup>28</sup> Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Re-

po de trabajo y se aplicará a todos los sectores de actividad, privados o públicos, con exclusión del transporte por carretera, aéreo, por ferrocarril, marítimo, de la navegación interior, de la pesca marítima, de otras actividades marítimas y de las actividades de los médicos en período de formación. Estas disposiciones mínimas, susceptibles de numerosas excepciones y adaptaciones, se refieren, por una parte, al tiempo de trabajo y al descanso diario y semanal, así como a las vacaciones anuales, y, por otra parte, al trabajo nocturno, al trabajo por turnos y al ritmo de trabajo.

El Gobierno del Reino Unido, que se había abstenido cuando la Directiva fue votada en el Consejo, invocaba en su recurso ante el Tribunal cuatro motivos, basados en la base jurídica errónea de la Directiva, la violación del principio de proporcionalidad, una desviación de poder y la existencia de vicios sustanciales de forma, respectivamente. Cabe señalar que estos motivos, en gran medida, se solapan, por lo que no es de extrañar que el Tribunal, al examinarlos, los entremezcle.

El problema fundamental a resolver consistía en delimitar el ámbito de aplicación del artículo 118 A del Tratado. Hasta fecha reciente, las Directivas en materia de salud y seguridad en el trabajo se referían a problemas concretos de salud o de seguridad en una situación determinada, como, por ejemplo, los derivados del amianto, del plomo o del ruido. Se trataba ahora de saber si el artículo 118 A debía recibir una interpretación estricta, que se correspondiese con este tipo de legislación o si, por el contrario, debía recibir una interpretación amplia que diese cobertura a medidas de ordenación del tiempo de trabajo.

Aunque no era la primera vez que el Tribunal de Justicia era invitado a examinar esta disposición de política social comunitaria, los precedentes jurisprudenciales<sup>30</sup> no daban solución al problema aquí planteado. El Tribunal, guiado, en líneas generales, por las consideraciones efectuadas por el Abogado General, Sr. Léger, en sus conclusiones presentadas el 12 de marzo de 1996, optará por dar al artículo 118 A un amplio alcance, desechando los argumentos británicos favorables a una interpretación estricta.

En primer lugar, considera que el artículo 118 A, no constituye una excepción al artículo 100 del Tratado, por el que se rigen, de conformidad con el apartado 2 del artículo 100 A, las disposiciones «relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena», sino una normativa más específica que los artículos 100 y 100 A.

---

fundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE, n.º 75, de 29-3-1995).

<sup>29</sup> Directiva del Consejo, de 23 de noviembre de 1993 (DO L 307, de 13-12-1993, p. 18).

<sup>30</sup> Dictamen de 19 de marzo de 1993 (2/91, Rec. p. I-1.061) y sentencias de 4 de julio de

En segundo lugar, al analizar el tenor literal del artículo 118 A, concluye que nada indica en su redacción que, a falta de otras precisiones, los conceptos de «medio de trabajo», de «seguridad» y de «salud», a efectos de dicha disposición, deban interpretarse restrictivamente. Señala, además, que una interpretación de estos conceptos que incluya aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo puede apoyarse en el preámbulo de la Constitución de la OMS, organismo al que pertenecen todos los Estados miembros, que define la salud como un estado completo de bienestar físico, mental y social, no solamente como un estado consistente en la ausencia de enfermedad o dolencia alguna.

Y en tercer lugar, en respuesta al alegato británico relativo a las características de las Directivas que en el pasado se basaron en el artículo 118 A, recuerda el Tribunal que, según reiterada jurisprudencia, una mera práctica del Consejo no puede establecer excepciones a normas del Tratado, ni puede, por tanto, sentar un precedente que vincule a las Instituciones de la Comunidad respecto a la base jurídica correcta.

La opción elegida por el Tribunal consistente en incluir las medidas de ordenación del tiempo de trabajo en el ámbito de aplicación del artículo 118 A parece correcta. Cabe, sin embargo, preguntarse cuáles sean los límites a la interpretación extensiva propugnada, puesto que el uso indiscriminado de la definición de salud de la Organización Mundial de la Salud podría dar opción a que medidas relativas a cualquiera de las condiciones de trabajo, incluido el salario, tuviesen como fundamento el referido artículo.

Cabe señalar, por otro lado, y a título anecdótico, que la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, al repertoriar la Directiva 93/104 en el apartado «condiciones de trabajo», no la incluye en el subapartado «seguridad de los trabajadores» (que incluye también las normas relativas a la salud de éstos)<sup>31</sup>, lo que constituye una muestra de lo arraigada que estaba la práctica del Consejo en este ámbito.

Tras haber optado por una interpretación extensiva de los conceptos que aparecen en el artículo 118 A, el Tribunal de Justicia, al examinar el objetivo y el contenido de la Directiva 93/104, no tendrá mayor dificultad para justificar su adopción sobre la base de dicho artículo.

En cuanto al objetivo, señala el Tribunal, la Directiva contempla la ordenación del tiempo de trabajo fundamentalmente desde el ángulo de que puede tener una influencia favorable sobre la seguridad y la salud de los trabajadores, y, aunque pueda influir sobre el empleo, éste no constituye, evidentemente, su objetivo esencial. En efecto, como el Abogado

---

1991, ASTI (C-213/90, *Rec.* p. I-3.507) y de 30 de noviembre de 1993, KIRSAMMER-HACK (C-189/91, *Rec.* p. I-6.185).

General, Sr. Léger, había señalado en sus conclusiones, citando un informe del Comité económico y social, el problema del tiempo de trabajo puede ser abordado desde diferentes ángulos; desde la óptica de una mejora de la productividad, del servicio a los consumidores y de la competitividad; con vistas a mejorar la calidad de vida, en particular en lo relativo a la salud y la seguridad; y como contribución a la creación y a la redistribución de empleos, y consecuentemente, a la reducción del desempleo.

Al pasar al contenido, considera el Tribunal que las medidas previstas por la Directiva, relacionadas con los períodos mínimos de descanso, la duración del trabajo, el trabajo nocturno, el trabajo por turnos y el ritmo de trabajo, se refieren al «medio de trabajo» y responden a un objetivo de protección de la «seguridad y la salud de los trabajadores», como queda confirmado por la evolución de la legislación social, tanto a nivel nacional como internacional, y sin que sea necesaria una justificación científicamente demostrada de tal relación. Por lo demás, se trata de disposiciones mínimas que tienen en cuenta las condiciones y regulaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros y que han tomado en consideración su influencia sobre las pequeñas y medianas empresas.

Este no parece ser el caso, sin embargo, de la medida prevista en el artículo 5 de la Directiva, según el cual en las 24 horas de descanso semanal se incluye, «en principio», el domingo. En lo que parece ser más un problema de motivación, el Tribunal indica que el Consejo no ha logrado explicar por qué ese día de la semana, como día de descanso semanal, tiene una relación más importante con la salud y la seguridad de los trabajadores que otro día cualquiera de la semana, y procede a anular esta disposición de la Directiva.

A este respecto, la posición del Tribunal no deja de llamar la atención a no ser que represente una pequeña concesión al Reino Unido. En efecto, por un lado, como el propio Tribunal de Justicia indica, la cuestión de la posible inclusión del domingo en el período de descanso semanal efectivamente se había dejado, en definitiva, a la apreciación de los Estados miembros, habida cuenta, en particular, de la diversidad de factores culturales, étnicos y religiosos en los diferentes Estados miembros. Se trata pues de una disposición orientativa y no obligatoria, por lo que anularla parece algo carente tanto de sentido como de todo efecto práctico: tanto antes de la anulación como después de ésta, existía libertad para fijar el período de descanso semanal. Por otro lado, el argumento utilizado para anular el artículo 5 de la Directiva podría parecer indicado para invalidar igualmente su artículo 7, que prevé cuatro semanas de vacaciones anuales pagadas, cuando resulta difícil justificar por mo-



tivos de salud y de seguridad, si no es por factores culturales, que sean necesarias esas cuatro semanas y no tres<sup>32</sup>. Y sin embargo, el Tribunal rechaza el recurso del Reino Unido en cuanto se refiere a la citada disposición.

Otro aspecto de gran interés en la sentencia Reino Unido contra Consejo se refiere al examen del principio de subsidiariedad<sup>33</sup>, invocado equivocadamente por el Reino Unido en su motivo relativo a la violación del principio de proporcionalidad. Dicho Estado consideraba que, para que una medida sea proporcional, ésta debe ser compatible con el principio de subsidiariedad y que, a este respecto, el legislador comunitario no había justificado que los objetivos que la Directiva 93/104 se asignaba fueran a alcanzarse mejor mediante una acción a escala comunitaria que mediante una acción a nivel nacional.

Tanto las conclusiones del Abogado General, Sr. Léger, como la sentencia del Tribunal de Justicia muestran hasta qué punto el enfoque del Reino Unido es incorrecto. En efecto, el principio de subsidiariedad implica una apreciación de la necesidad de la actuación comunitaria, mientras que el de proporcionalidad, a tomar en consideración con respecto a una actuación ya comenzada, implica una apreciación de la intensidad de dicha actuación.

A pesar de lo equivocado de dicho enfoque, Abogado General y Tribunal de Justicia no dejarán de tener en cuenta la eventual necesidad de la actuación comunitaria. Esta actuación, sostienen ambos, se deriva de la necesidad de adoptar las disposiciones mínimas en las materias recogidas en el artículo 118 A, y, en lo que viene a corresponderse con lo que en el artículo 149 de la Constitución española se considera como legislación básica, deja en buena parte en manos de los Estados miembros la facultad de adoptar las modalidades de aplicación necesarias.

---

<sup>31</sup> Repertorio de la legislación comunitaria en vigor y de otros actos de las instituciones comunitarias, OPOCE, Luxemburgo.

<sup>32</sup> Nos referimos a tres semanas como nos podíamos haber referido a cualquier otra duración. Sin embargo, cabe señalar que no parece ilusorio que tres semanas basten a efectos de salud y seguridad en el trabajo cuando la misma Directiva en su artículo 18 autoriza a los Estados miembros a establecer un período transitorio de tres años durante el cual los trabajadores deberán poder disfrutar de unas vacaciones de dicha duración.

<sup>33</sup> En lo relativo al alcance de este principio, véanse BOIXAREU CARRERA, A., «El principio de subsidiariedad», en *Revista de Instituciones Europeas*, 1994, n.º 3, p. 771; LENAERTS, K. y VAN YPERSELE, P., «Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3 B du traité CE», en *Cahiers de Droit Européen*, 1994, n.ºs 1-2, p. 3; PALACIO GONZÁLEZ, J., «The principle of subsidiarity: (a guide for lawyers with a particular Community orientation)», en *European Law Review*, 1995, n.º 4, p. 355, y VAN GERVEN, W., «Les principes de subsidiarité, de proportionnalité et de coopération en droit communautaire européen», en *Hacia un nuevo or-*

En cuanto al principio de proporcionalidad propiamente dicho, el Tribunal comenzará por recordar su jurisprudencia, según la cual, para determinar si una disposición del Derecho comunitario está de acuerdo con dicho principio, es necesario verificar si los medios elegidos son aptos para la realización del objetivo pretendido y si no van a más allá de lo que es necesario para lograrlo.

A renglón seguido añade que, respecto al control jurisdiccional de los citados requisitos, debe reconocerse, sin embargo, al Consejo una amplia facultad de apreciación cuando se trate de un ámbito, como el de la ordenación del tiempo de trabajo, que implica que el legislador se pronuncie sobre opciones de política social y realice valoraciones complejas.

Según el Tribunal, a la vista de esta amplia facultad de apreciación, el control del ejercicio de dicha competencia debe limitarse a examinar si adolece de un error manifiesto o de desviación de poder o si la referida Institución se ha extralimitado claramente en su facultad de apreciación. Por ello, al examinar una por una las disposiciones cuestionadas de la Directiva, se puede permitir el lujo de señalar simplemente que dichos vicios no están presentes.

El Tribunal, en su sentencia, examina también los denunciados vicios de violación de formas sustanciales y de desviación de poder y llega a la conclusión de que no se han dado en ese caso. Por esta razón, unida a todas las consideraciones anteriores, decide, anular el párrafo segundo del artículo 5 de la Directiva 93/104, y desestimar el recurso del Reino Unido en todo lo demás.

La consecuencia jurídica inmediata de la sentencia del Tribunal consiste en la obligación del Reino Unido y del resto de los Estados miembros de adaptar sus ordenamientos a la Directiva en cuestión, en el momento de su entrada en vigor o, en su caso, de la finalización de los períodos transitorios que ésta prevé. Dicha adaptación no ha de suponer necesariamente una uniformización de la legislación estatal en la materia, pues, como se vio, la Directiva permite múltiples excepciones y adaptaciones.

Sin embargo, mayor atención merecen las consecuencias que la sentencia ha provocado a nivel político en el Reino Unido. En efecto, apenas dictada la sentencia, el Primer Ministro británico, John Major, indicaba su descontento y amenazaba con un bloqueo de toda reforma de la Unión Europea en el marco de la Conferencia Intergubernamental, a menos que se modificase la normativa en materia de ordenación del tiempo de trabajo así como de las disposiciones del Tratado que le daban cobertura. La posición del Reino Unido no era de extrañar, puesto que se trata de un Estado en el que una cuarta parte de los trabajadores trabaja más

de 48 horas semanales y en el que el 40% de éstos disfruta de menos de tres semanas de vacaciones anuales, y que, contrario a todo intervencionismo en el ámbito laboral, había obtenido en Maastricht un *opt-out* para la aplicación del Protocolo Social del Tratado de la Unión<sup>34</sup>.

*Carlos Gimeno Verdejo*

---

*den internacional y europeo; estudios en homenaje al Profesor D. Manuel Díez de Velasco, 1993, p. 1.281.*

<sup>34</sup> Véanse Agence Europe del 12 y 13 y del 16 de noviembre de 1996, el diario *El País*,



# Crónica



# La actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea

por Beatriz Iñarritu

**Sumario:** INTRODUCCIÓN.—1. ESTADO DE LA INTEGRACIÓN.—1.1. Los consejos europeos de la presidencia irlandesa.—1.2. La presentación del EURO.—1.3. La conferencia intergubernamental.—1.4. Schengen: los países nórdicos se incorporan al Acuerdo.—1.5. El convenio europeo de extradición.—2. ACTUALIDAD INSTITUCIONAL.—2.1. Consejo de ministros: presidencia holandesa.—2.2. Comisión: presentación del programa de trabajo de 1997.—2.3. Parlamento Europeo: José María Gil-Robles, nuevo presidente.—3. CUESTIONES GENERALES DE LA ACTUALIDAD ECONÓMICA.—3.1. Prórroga de las ayudas a la construcción naval.—3.2. Directiva sobre trabajadores desplazados.—3.3. La moneda finlandesa se integra en el SME.—3.4. «Posición común» sobre las relaciones con Cuba.—3.5. Competencia: reducción de multas a las empresas «arrepentidas».

## INTRODUCCIÓN

Holanda ha recogido el testigo de Irlanda en la presidencia de la Unión Europea en un clima que algunos, en un juego de palabras, han calificado de «euroforia»: un número elevado de Estados miembros interesados en formar parte del grupo de cabeza de la Unión Monetaria, y una Comisión Europea que no oculta su optimismo y entusiasmo por el proyecto.

En este contexto, los Quince han conseguido dar los últimos pasos hacia la tercera y definitiva fase de la Unión Económica y Monetaria definiendo el estatuto jurídico de la nueva moneda y el Sistema Monetario Europeo que regirá la relación entre el EURO y las divisas excluidas de su composición.

Incluso hemos conocido los que serán billetes de EUROS, con un diseño «aprobado» por las opiniones públicas comunitarias para sustituir a sus monedas nacionales.

Pero si el proyecto monetario viene significando gran parte de los esfuerzos y logros de la Unión, y así son difundidos ampliamente por los medios de comunicación, lo cierto es que otros retos y objetivos siguen pendientes de acuerdos entre los Quince: la reforma del Tratado de Maastricht y la ampliación de la Unión al Este.

El debate que se avecina en los próximos meses deberá definir el tipo de sociedad europea del siglo XXI; una sociedad que todos esperan esté formada por ciudadanos que confíen en el proyecto europeo y que, por tanto, lo apoyen y participen activamente en él.

Para conseguirlo, los responsables comunitarios deberán procurar alcanzar un difícil equilibrio entre lo económico-monetario, lo político y lo social.

En caso contrario, la Unión Económica y Monetaria podría convertirse en una muestra de «absolutismo ilustrado» impuesto por técnicos y gobernantes a los ciudadanos.

## 1. ESTADO DE LA INTEGRACIÓN

### 1.1. Los consejos europeos de la presidencia irlandesa

La presidencia irlandesa de la Unión Europea convocó, durante el segundo semestre de 1996, dos Consejos Europeos. Ambos tuvieron lugar en la capital del país anfitrión, Dublín.

La primera cumbre, celebrada a comienzos de octubre, tuvo un carácter extraordinario, y apenas sirvió para ratificar los objetivos ya marcados por los Quince con anterioridad. Los Jefes de Estado o de Gobierno se limitaron a exponer sus puntos de vista y ambiciones concretas sobre la reforma del Tratado de Maastricht.

Los máximos dirigentes sí acordaron, aunque con la reserva del premier británico, *John Major*, que el empleo debería formar parte del nuevo Tratado, dentro de un título propio e independiente.

El canciller alemán, *Helmut Kohl*, restaba importancia a la escasa resolutivez de la cumbre. Según sus palabras, «nos encontramos en un momento de estancamiento, de interinidad; ahora viene el empujón, y llegaremos a junio cumpliendo con nuestras obligaciones». Holanda, país que ejerce la presidencia en el primer semestre de 1997, debiera ser el Estado que convoque las reuniones en las que se adopten las decisiones más relevantes.

Por su parte, el Consejo Europeo ordinario de diciembre se saldó con un acuerdo importante sobre el denominado «**Pacto de Estabilidad**», que impondrá disciplina y rigor presupuestarios a los países que formen parte de la Unión Monetaria a partir del 1 de enero de 1999.



Con este acuerdo, los Quince lograron superar el último obstáculo que les enfrentaba sobre el funcionamiento del EURO.

El aspecto del acuerdo que, efectivamente, despertaba mayores discrepancias era el referente a las sanciones aplicables a los países de la Unión Monetaria que superen el techo máximo de déficit público permitido (3% del PIB). Alemania proponía unas multas cuantificadas y automáticas, mientras que el resto de países pretendían primar el juicio discrecional del Consejo de Ministros de la Unión sobre las diferentes circunstancias excepcionales del Estado o Estados cuyas cuentas públicas sean excesivamente deficitarias.

El texto finalmente aprobado, sobre el «Pacto de Estabilidad y Crecimiento» (se le añadió el segundo concepto a petición del presidente francés *Chirac*), constituye un complicado equilibrio entre la rigidez y el automatismo reclamados por Alemania (y apoyados en parte por Holanda), y la discrecionalidad y la flexibilidad propugnadas por Francia y el resto de los socios comunitarios.

El documento prevé, efectivamente, la posible existencia de «circunstancias excepcionales» que eximirían al Estado deficitario del pago de las sanciones. Este concepto se define como «un acontecimiento inhabitual que escape al control del Estado, con un impacto determinante en sus finanzas públicas, o que resulte de una recesión económica importante».

Aunque en esta definición no hay cuantificación y rigor, lo cierto es que la Comisión considera que una recesión es excepcional a partir de una caída del PIB del 2%. Por tanto, las sanciones por déficit público superior al 3% del PIB serán inaplicables a los países que sufran una caída de su Producto Interior Bruto igual o superior al 2%.

Si la recesión es menos grave —entre crecimiento cero y caída inferior al 2%—, la aplicación de sanciones seguirán un proceso más complejo, ya que el Consejo tomará en cuenta, para decidir si es una recesión excepcional o no, otras consideraciones, sobre todo su «brusquedad» o «las pérdidas de producción acumuladas en relación con las anteriores tendencias».

Como regla general, se adopta como punto de referencia para las decisiones la recesión del 0,75% del PIB (Alemania quería el 1% y Francia, el 0,5%). Así, si la caída del PIB se cifra entre el 0,75 y el 2%, el país deficitario cuenta con bastantes posibilidades de evitar las sanciones, mientras que si se cifra entre el 0 y el 0,75%, será muy difícil librarse de ellas.

La solución alcanzada fue calificada de salomónica, ya que incluye, por una parte, la cuantificación requerida por el gobierno alemán (sanciones «semiautomáticas», muy cerca del automatismo), y por otra, la

discrecionalidad del Consejo para decidir sobre si un país con un déficit público excesivo evita o no las multas.

Estas sanciones oscilarán entre el 0,2 y el 0,5% del PIB. A partir del primer tramo del 0,2% (déficit público equivalente al 3% del PIB), aumentarán a razón de un 0,1% por cada punto de déficit presupuestario adicional, hasta el límite máximo mencionado del 0,5%.

Si España fuera multada con el máximo de sanción, 0,5% del PIB, tendría que drenar de sus recursos en torno a 350.000 millones de pesetas, que inicialmente tomarían la forma de depósito temporal no remunerado y que, tras dos años sin retorno a una situación de finanzas públicas saneadas, se convertirían en multa.

Junto al Pacto de Estabilidad, los Quince aprobaron las otras dos importantes reglas de la moneda única: **el estatuto jurídico del EURO y el nuevo Sistema Monetario Europeo.**

Con el estatuto de la nueva moneda, se aprobaron cuestiones tales como el cambio de denominación de ECU a EURO, la conversión de cambio de 1 ECU por 1 EURO, la garantía de continuidad de los contratos y el sistema de seis decimales para el cálculo de las tasas de conversión de las monedas en EUROS. Estos aspectos son de indudable importancia para empresas y bancos comunitarios, ya que de esta forma podrán iniciar los cambios contables e informáticos pertinentes.

Por su parte, el nuevo Sistema Monetario Europeo, o SME-bis, representa el nuevo mecanismo de cambios entre el EURO y las monedas que queden fuera de él.

Las bandas de fluctuación serán amplias —15% por arriba y por debajo del tipo de cambio central—, de tal forma que el Banco Central Europeo sólo intervendrá en defensa de las monedas cuando el acoso a que se vean sometidas por los mercados no sea consecuencia de una política económica errática y contraria a Maastricht y no ponga en peligro la estabilidad de precios.

## 1.2. La presentación del EURO

El pasado 13 de diciembre se hizo público el diseño de la primera serie de billetes del EURO.

La presentación fue organizada, de forma simultánea, por el Banco Nacional de Irlanda en Dublín (coincidiendo con la celebración del Consejo Europeo) y por el Instituto Monetario Europeo en Frankfurt.

La serie, que está compuesta por siete billetes de 5, 10, 20, 50, 100, 200 y 500 EUROS, ha sido diseñada por el austríaco *Robert Kaliena*, que trabaja para el Banco Central de su país.

Todos los billetes contienen tres elementos arquitectónicos (ventanas, pórticos y puentes) relativos a diferentes épocas culturales de Europa: clásica, románica, gótica, renacentista, barroca, rococó y del siglo XX.

Las ventanas y los pórticos constituyen el diseño central del anverso, complementados por las doce estrellas de la Unión Europea. El denominación de la moneda aparece tanto en el alfabeto latino (EURO) como en el griego.

El reverso contiene una representación de un puente característico del período arquitectónico que se representa en el anverso, como metáfora de la comunicación entre los pueblos de Europa y el resto del mundo. Asimismo, incluye la bandera de la UE, que será sustituible por un símbolo nacional, y un mapa de Europa hasta los Urales.

*Alexandre Lamfalussy*, presidente del Instituto Monetario Europeo, precisó, durante la presentación de los nuevos billetes, que éstos «serán los más perfectos y difíciles de falsificar del mundo» y que incorporarán señales táctiles específicas para invidentes.

El máximo responsable del futuro Banco Central Europeo también señaló que estos billetes corresponden a una serie «muy bien calificada por el jurado formado al efecto» y que también «cuentan con una buena calificación en una encuesta de opinión realizada en los Estados miembros para conocer la aceptación de las diferentes maquetas».

La sustitución de las viejas divisas europeas por una moneda de nuevo cuño provocará, sin duda, un cambio cultural y social importante, en tanto que significará la desaparición de un símbolo de identidad nacional muy arraigado entre los ciudadanos.

### 1.3. La conferencia intergubernamental

Durante el Consejo Europeo celebrado en Dublín en diciembre de 1996, y como respuesta al mandato estipulado por la cumbre de Florencia, la presidencia irlandesa presentó un borrador de la eventual reforma del Tratado de Maastricht.

El documento incluye avances en el área de las libertades, con aspectos como los derechos humanos, una cláusula general de no discriminación y un título sobre política de empleo. Asimismo, contiene una larga serie de propuestas para incrementar la seguridad ciudadana, con apartados específicos sobre el control de fronteras exteriores y la lucha contra la criminalidad, la droga o el terrorismo. Por contra, los capítulos referentes a la reforma institucional y a la política exterior apenas aparecen desarrollados en el documento.

Los Quince calificaron el texto como de una «buena base» para proseguir los debates, a pesar de que los países grandes no ocultaron su insatisfacción al respecto.

En particular, destaca el informe franco-alemán, que *Jacques Chirac* y *Helmut Kohl* habían enviado al primer ministro irlandés, en el que apuntaban sus propuestas concretas sobre la reforma de la Unión Europea: introducir la votación por mayoría cualificada en el Consejo Europeo, reducir el número de miembros de la Comisión, buscar «una cara» y «una voz» para la Política Exterior y de Seguridad Común, insertar progresivamente el pacto militar de la Unión Europea Occidental, UEO, en la Unión Europea, y la exclusión del derecho de asilo entre países comunitarios.

Precisamente este último aspecto fue objeto de un acuerdo importante por parte del Consejo Europeo. Los Quince decidieron, en respuesta a la demanda presentada por *Jose María Aznar*, reclamar a la Conferencia Intergubernamental (CIG) el establecimiento del principio general de que ningún ciudadano pueda reclamar asilo en otro Estado miembro.

La cumbre también formuló otras instrucciones a la CIG: el reforzamiento de la capacidad de acción de la UE en materia de visados, asilo para ciudadanos extracomunitarios, inmigración y control de las fronteras exteriores, la lucha contra las drogas y el crimen internacional, el abuso de niños y el tráfico de personas. Se refleja así, la gran preocupación de los líderes comunitarios por la seguridad ciudadana.

En todo caso, y durante este mismo Consejo Europeo que daba término a la presidencia irlandesa de la Unión, los Quince mostraron sus dudas respecto al calendario previsto para concluir la reforma del Tratado de Maastricht en junio de 1997.

Varios son los factores que pueden justificar este eventual retraso, que dejaría en manos de la presidencia luxemburguesa la organización de los Consejos Europeos que adoptasen los acuerdos. Podrían destacarse, entre otros, el hecho de que el debate del capítulo institucional de la reforma apenas ha comenzado y la celebración de elecciones, en mayo, en el Reino Unido y que, según todos los pronósticos, supondrán el acceso al poder de los laboristas.

La presidencia holandesa del primer semestre de 1997 ya ha anunciado, por medio de su ministro de Asuntos Exteriores, que «hereda el texto irlandés, que es un buen punto de partida». El gobierno holandés no prevé, por tanto, elaborar un documento nuevo, sino que, en todo caso, tratará de «llenar las lagunas del existente».

Para Holanda, el borrador irlandés tiene mayor entidad que la propuesta franco-alemana y que todas las demás propuestas presentadas individualmente por los demás países, porque es el documento «oficial» y la «base» aprobada por todos.

#### 1.4. Schengen: los países nórdicos se incorporan al Acuerdo

Los cinco países miembros de la «Unión Nórdica de Pasaportes» (Dinamarca, Suecia, Finlandia, Islandia y Noruega) firmaron el pasado 19 de diciembre, en Luxemburgo, su adhesión al Convenio Schengen.

Desde un punto de vista jurídico, la ampliación del Acuerdo se ha realizado siguiendo dos procedimientos diferentes, lo que, en todo caso, ha hecho posible que los cinco países escandinavos conserven su «Unión de Pasaportes».

Por una parte están los Estados miembros de la Unión Europea (Dinamarca, Suecia y Finlandia), que suscribieron directamente el Convenio y que, por tanto, se han convertido en partes de pleno derecho del mismo. Y por otra, están Noruega e Islandia, que rubricaron acuerdos específicos de cooperación y que alcanzaron así, sendos estatutos de países asociados.

Así todo, es seguro que la integración efectiva de estos países en Schengen se demore varios años, debido fundamentalmente a los problemas de saturación que presenta el *SIS* (Sistema de Información Schengen), fichero informático que contiene actualizados los datos sobre delincuentes, sospechosos e incidencias policiales en general.

Los nuevos miembros de Schengen debieron renunciar de forma expresa al concepto de delito político para denegar las extradiciones solicitadas por los demás Estados miembros del Acuerdo, según lo dispuesto en el «Convenio Europeo de Extradiciones» firmado en septiembre (ver apartado siguiente).

Esta circunstancia fue considerada de especial relevancia por los representantes españoles, ya que impedirá que miembros de organizaciones terroristas se acojan a las especiales condiciones que rigen en algunos de estos países. De hecho, un extranjero con permiso de residencia en Finlandia, por ejemplo, puede beneficiarse de los mismos derechos que un nacional si es reclamado por su Estado de origen.

#### 1.5. El convenio europeo de extradición

Los Quince, por medio de sus ministros de Justicia e Interior, firmaron el pasado 27 de septiembre un «Convenio relativo a la mejora de la Extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea».

Con este acuerdo, se excluye la motivación política para denegar una extradición y, por tanto, los Estados miembros se comprometen a impedir que los miembros o colaboradores de organizaciones terroristas de otros países de la Unión reciban asilo político en su territorio.

El texto indica, de forma expresa que, cuando el delito que motive la petición de extradición esté tipificado como «conspiración» o «asociación con propósito delictivo» por la legislación del Estado que la solicite, y esté castigado con una pena de cárcel, «no se podrá denegar dicha extradición porque la ley del país requerido no considere el mismo hecho como constitutivo de delito».

Se establecen dos condiciones concretas: que la pena con que se castiga el delito en el país que reclama la extradición sea, por lo menos, de 12 meses de cárcel, y que exista una relación de causa-efecto en la colaboración con la banda armada.

Según la interpretación del embajador español ante la UE, *Javier Elorza*, sobre el segundo requisito, será suficiente con que el acusado conozca la actividad terrorista de la banda, y aunque por tanto, ignore el acto concreto que se haya podido cometer o encubrir con su colaboración.

Con este nuevo marco jurídico, las peticiones de extradición entre los Estados comunitarios serán tramitadas de una forma más ágil y rápida.

La entrada en vigor del Convenio será efectiva noventa días después de su ratificación en los quince Parlamentos nacionales integrantes de la UE.

## 2. ACTUALIDAD INSTITUCIONAL

### 2.1. Consejo de ministros: presidencia holandesa

Holanda ha asumido, por segunda vez en esta década, la presidencia semestral del Consejo de Ministros de la Unión Europea.

En aquella primera presidencia del segundo semestre de 1991, Holanda acogió el Consejo Europeo de Maastricht que aprobó el Tratado de la Unión Europea.

Esta segunda presidencia coincidirá, previsiblemente, con la recta final de la Conferencia Intergubernamental para la reforma de Maastricht, y es el objetivo del gobierno holandés que sea en la cumbre de Amsterdam del próximo 17 de junio cuando se apruebe el nuevo Tratado que reforme el Tratado de Maastricht.

En un comunicado difundido el 20 de noviembre en La Haya, el Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos presentó el calendario y los objetivos prioritarios para su presidencia del primer semestre de 1997.

Expresaba en el mismo que su intención es dejar guiar su labor por la «agenda cotidiana» de la Unión Europea, y no dar, sino ocasionalmente, algunos «toques personales». Según el gobierno holandés, el país que preside la Unión no debe caer en la tentación de colocar entre los temas de interés aquellos asuntos de carácter eminentemente nacional.

El comunicado indicaba, en todo caso, que La Haya tiene la intención de intensificar el diálogo con los países candidatos a la adhesión, principalmente con Eslovaquia, Bulgaria, Polonia, Rumanía y Hungría. Anunciaba también iniciativas en los ámbitos del empleo y de la lucha contra el crimen internacional, el tráfico de drogas y el racismo.

En política exterior, el gobierno holandés citó los principales temas que son ya objeto de atención por parte de los Quince, como el proceso de paz en Oriente Medio, la reconstrucción de la antigua Yugoslavia, las relaciones transatlánticas en el contexto de la liberalización del comercio internacional, y las relaciones euro-mediterráneas (una segunda conferencia tendrá lugar en abril de 1997).

## 2.2. Comisión: presentación del programa de trabajo de 1997

La Comisión Europea aprobó, en octubre, su «programa de trabajo para 1997», en el que se reflejan sus orientaciones fundamentales y prioridades para el nuevo año.

Un año, 1997, que aparece como clave a los ojos del ejecutivo comunitario, por cuanto estará marcado por tres importantes citas: la finalización de la Conferencia Intergubernamental, la evaluación por parte de la Comisión de las candidaturas de Adhesión, y la propuesta, también por parte de la Comisión, de las perspectivas financieras de la Unión Europea para después de 1999.

El programa de trabajo de la Comisión está estructurado en cuatro epígrafes titulados «el crecimiento y el empleo», «el modelo europeo de sociedad», «una Europa presente en la escena internacional» y «preparar el futuro de la UE».

El primero, «el crecimiento y el empleo», refleja la intención de la Comisión de reactivar su *Pacto Europeo de Confianza*, en el convencimiento de que, sin una mejora del empleo, la moneda única no será del todo aceptada por la opinión pública.

El capítulo sobre «el modelo europeo de sociedad» se refiere al objetivo de la Comisión de «ir más lejos y construir una Europa solidaria con un aspecto humano fiel a la sociedad que la caracteriza». Para ello, muestra una absoluta prioridad por la educación y la formación, y por el reforzamiento de las políticas social, de cohesión, del medio ambiente y de seguridad interior.

«Una Europa presente en la escena internacional» recoge el deseo de la Comisión de que 1997 sea el año de la consolidación del papel exterior de la UE, con especial prioridad por la profundización en las relaciones con los Estados Unidos y Rusia, por la reconstrucción de la antigua Yugoslavia, por la puesta en marcha del partenariado euromediterráneo,

y por el desarrollo de las relaciones con Asia, Latinoamérica, el Este de Europa, los países ACP y el sur de Africa.

Por último, bajo el epígrafe «preparar el futuro», la Comisión Europea recapitula su plan de acción frente a las tres importantes citas que se le presentan en 1997: la conclusión de la Conferencia Intergubernamental, sus Dictámenes sobre las candidaturas de los diferentes países que eventualmente ingresarán en la Unión Europea, y su propuesta para la renovación de las perspectivas financieras de la UE para después de 1999.

### 2.3. Parlamento Europeo: José María Gil-Robles, nuevo presidente

El español *Jose María Gil-Robles* es el nuevo presidente del Parlamento Europeo.

La elección tuvo lugar el 14 de enero en una sesión plenaria celebrada en la sede del Parlamento en Estrasburgo. Consiguió el apoyo, en la primera vuelta, de 338 diputados sobre un total de 548 votos emitidos (la Cámara cuenta con un total de 626 miembros).

Nacido en Madrid en 1935, *Gil-Robles* es Letrado de las Cortes, abogado y profesor de Derecho. Asimismo, es miembro del Parlamento Europeo desde 1989, donde ha ocupado la presidencia de la comisión de Asuntos Institucionales.

*Gil-Robles* era el candidato presentado por el Partido Popular Europeo, PPE, y su elección fue posible gracias a un pacto tácito entre los dos grupos políticos mayoritarios en la Cámara, el Partido Socialista Europeo, PSE, y el propio PPE. Este acuerdo, que data de 1989, consiste en la alternancia de ambas formaciones políticas en la presidencia de la institución por mitades de cada período legislativo.

Su mandato será, por tanto, de dos años y medio, finalizando en el verano de 1999, cuando se convoquen nuevas elecciones al Parlamento Europeo.

De hecho, este acuerdo de reparto del cargo entre los dos grupos mayoritarios fue objeto de airadas críticas durante el turno de intervenciones de todos los grupos minoritarios, y los inesperados 177 votos alcanzados por la candidata radical francesa, *Catherine Lalumière*, no fueron sino la constatación de este descontento generalizado.

Radicales, liberales, verdes y miembros de Izquierda Unitaria Europea pidieron al nuevo presidente una reforma que acabe con lo que calificaron de una alternancia «mecánica y antidemocrática» en la presidencia de la institución.

El español se enfrenta, en su nuevo cargo, a un doble reto. Por una parte, la consecución de un mayor poder para el Parlamento en las nego-



ciaciones de la Conferencia Intergubernamental sobre la reforma institucional, y por otra, la mejora de su imagen ante la opinión pública.

La Eurocámara no es, efectivamente, un organismo particularmente popular entre los ciudadanos comunitarios. Su carencia de poder real frente al Consejo de Ministros y la Comisión Europea la ha convertido en una asamblea parlamentaria de segundo orden, «refugio de viejas glorias o vivero de jóvenes promesas de la política», en palabras de los más críticos.

Por otra parte, ya en el mes de diciembre, antes de ser nombrado oficialmente presidente de la Eurocámara, *Gil-Robles* se hizo eco de una de las reformas internas del Parlamento que deberá asumir en su nuevo cargo: la aprobación de un «**Estatuto del diputado europeo**».

En la actualidad, la inexistencia de este Estatuto se sustituye con la aplicación de un sistema híbrido de disposiciones comunitarias y estatales, que confiere derechos y obligaciones diferentes para los diputados de las distintas nacionalidades.

El tema más espinoso es, sin duda, el de la remuneración, por cuanto el salario de cada parlamentario equivale al que reciben los parlamentarios de su país respectivo. Es por ello que las diferencias de sueldos llegan a ser sustanciales y aparece la picaresca por parte de algunos de los eurodiputados con menor remuneración, cobrando sobresueldos mediante gastos de viajes ficticios y otros tipos de gastos y primas a que tienen derecho.

*Gil-Robles* es partidario de equiparar los sueldos, reemplazando el sistema de remuneración estatal actualmente en vigor, por un régimen comunitario.

Con este nombramiento, son dos los españoles que, hasta la fecha, han ocupado la presidencia del Parlamento Europeo. El único precedente es el de *Enrique Barón*, miembro del PSE, quien ejerció el cargo entre julio de 1989 y enero de 1992.

### 3. CUESTIONES GENERALES DE LA ACTUALIDAD ECONÓMICA

#### 3.1. Prórroga de las ayudas a la construcción naval

Los Quince acordaron, el pasado 19 de septiembre, prorrogar el régimen vigente de ayudas a la construcción naval hasta el 31 de diciembre de 1997.

La decisión comunitaria responde a la no ratificación por parte de Estados Unidos del acuerdo alcanzado en el seno de la OCDE en 1994, en virtud del cual se preveía eliminar las ayudas al sector, en el ámbito geográfico de la organización, para enero de 1996.

A pesar de que la Unión Europea y otros países de especial significación en el sector, como Corea del Sur y Noruega, ya han ratificado el acuerdo, el gobierno de los EEUU no ha hecho lo propio, presionado por unos astilleros que reclaman más tiempo para recuperarse de los efectos negativos del fin de la guerra fría en sus carteras de pedidos.

La UE prevé unas subvenciones máximas del 9% del valor del contrato, aunque las cifras pueden variar significativamente.

### **3.2. Directiva sobre trabajadores desplazados**

Los ministros de Trabajo de la Unión Europea aprobaron, en septiembre, una Directiva relativa a la prestación de servicios de trabajadores desplazados a otros Estados miembros de la Unión.

El principio que refleja la nueva disposición obliga a las empresas de la UE a respetar las disposiciones laborales de los países de destino de sus trabajadores.

Así, en el plazo máximo de tres años, a los asalariados desplazados por su empresa para trabajar en otro país de la Unión Europea, con arreglo a un contrato de prestación de servicios, se les deberá aplicar las condiciones de trabajo y de remuneración del país de acogida.

Se incluyen aspectos como la duración mínima de las vacaciones anuales pagadas, la seguridad, salud e higiene en el trabajo, los períodos máximos de trabajo y mínimos de descanso, y las medidas de protección en favor de las mujeres embarazadas o que acaben de dar a luz.

Únicamente se prevén ciertas excepciones relacionadas con el tipo de trabajo o el período de tiempo que dure el desplazamiento.

### **3.3. La moneda finlandesa se integra en el SME**

El Comité Monetario Europeo aprobó, en octubre, la entrada de la moneda finlandesa en el mecanismo de cambios del Sistema Monetario Europeo (SME).

El gobierno de Helsinki había solicitado, efectivamente, el ingreso del marco finlandés (markka) en la disciplina cambiaria de la Unión Europea, decisión que fue interpretada mayoritariamente como un gesto político, revelador de la voluntad de Finlandia de figurar en el grupo de cabeza de la Unión Monetaria.

La divisa finlandesa es una de las más estables del continente, vinculada de hecho al marco alemán. Es por ello que su integración en el SME no le resultaba realmente necesaria.

La Comisión Europea expresó, en todo caso, su satisfacción por esta decisión, en tanto que «la participación de un nuevo miembro en el mecanismo de cambios refuerza la credibilidad y la estabilidad monetaria de la Unión».

Con Finlandia, ya son once los países europeos participantes en el SME. El Reino Unido e Italia lo abandonaron en 1992, y Grecia y Suecia no han ingresado en él.

El europeísmo finlandés es mucho más firme que el sueco. Probablemente, una razón de peso sea la necesidad de este país de compensar la inestabilidad existente al Este de su territorio. Esta frontera con Rusia supera los 1.000 kilómetros.

#### 3.4. «Posición común» sobre las relaciones con Cuba

Los ministros de Economía y Finanzas de la Unión Europea aprobaron, el pasado 2 de diciembre, una «posición común» sobre las futuras relaciones con Cuba, basándose en una propuesta presentada por el gobierno español.

A través de esta decisión, los Quince reafirman su política de «presión sin acoso», para lograr la democratización de la isla. Insisten, en este sentido, en reclamar el respeto de los derechos humanos y el fin de las persecuciones políticas.

El documento establece, como principal aspecto de flexibilidad, que la Unión Europea «estará dispuesta a apoyar financieramente cada uno de los pasos de apertura que eventualmente muestre La Habana», pero sin establecer medidas concretas exigibles al régimen de *Castro*.

Aunque no supone ninguna novedad en la estrategia comunitaria, la diplomacia española apuntó que la «posición común» va más allá de una mera directriz del Consejo Europeo, ya que supone una obligación de disciplina para los Estados miembros y para la Comisión, y exige unos resultados evaluables al cabo de seis meses.

#### 3.5. Competencia: reducción de multas a las empresas «arrepentidas»

La Comisión Europea ha aprobado la aplicación de un «trato favorable» a aquellas empresas que colaboren con ella en la identificación e investigación de los acuerdos empresariales contrarios a la libre competencia del mercado.

Esta colaboración se puede ver recompensada con la reducción, o incluso con la exención de la multa aplicable a la empresa «arrepentida».

Esta disposición liberatoria de sanciones se refiere a todas las infracciones incluidas en el artículo 85 del Tratado de Roma, es decir, a todos «los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones empresariales o prácticas concertadas entre sociedades europeas, que impidan, restrinjan o falseen la competencia en el Mercado Común». Los más habituales son los pactos entre empresas que fijan los precios de venta o de compra, establecen cuotas de producción o de venta, reparten el mercado o prohíben las importaciones o exportaciones.

El comisario responsable de los asuntos de Competencia, *Karel Van Miert*, justificó la decisión «porque cada vez resulta más difícil perseguir los acuerdos contrarios al juego de la libre competencia en los mercados». También considera el ejecutivo de la UE que determinadas empresas que participan en acuerdos ilegales desean desvincularse de ellos e informar de su existencia, pero renuncian a ello por temor a las elevadas multas que se les podría imponer.

Según la nueva norma, la empresa miembro de un acuerdo contrario a la libre competencia que denuncie su existencia a la Comisión antes de que ésta haya iniciado una investigación al respecto y sin que disponga de información probatoria, podrá obtener una reducción de la multa prevista en un mínimo del 75% (el máximo puede ser la totalidad).

La empresa que, en cambio, delate la infracción una vez que la Comisión haya realizado una comprobación sin que dicha comprobación haya aportado motivos suficientes para incoar el procedimiento, podrá ser objeto de una reducción de sanciones de entre el 50 y el 75%.

En ambos casos, el ejecutivo comunitario impone una serie de condiciones para hacer efectivas estas exenciones a la empresa «arrepentida».

Es preciso que sea la primera empresa en presentar la denuncia, que los elementos probatorios sean suficientes e incluyan la totalidad de las informaciones de que disponga, que haya abandonado el cártel, que no haya obligado a otras compañías a entrar en él, y que preste su total colaboración con el ejecutivo comunitario a lo largo de la investigación.

Si la empresa cooperase con la Comisión pero incumpliese alguno de estos requisitos, sólo podrá beneficiarse de una reducción de la multa de entre un 10 y un 50%.

En todo caso, el «trato favorable» únicamente es posible si la colaboración procede de «una persona habilitada para representar a la empresa». Es decir, deben ser órganos rectores o de gestión quienes decidan cooperar con la Comisión, no siendo aplicable, por tanto, cuando las acusaciones o denuncias sean realizadas por un determinado empleado sin responsabilidades en la sociedad.

## Zure egiteko guztiek badute gure laguntza

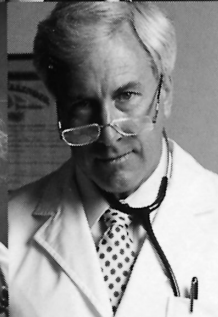
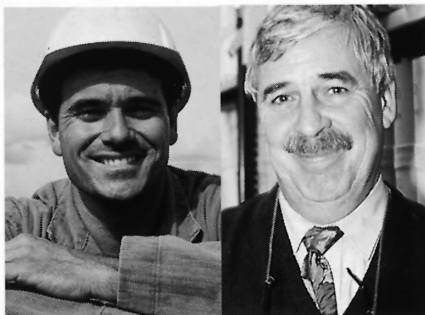
## Todas sus empresas tienen nuestro apoyo

Gure ustez pertso-  
nek erabakitzen  
dute herri baten  
geroa, beren ideia  
eta proiektuen  
bidez.

Guk egin nahi  
duzun ekintza  
handi hori gauza-  
tzeko aukera eman-  
go dizuten zirkuns-  
tantiak erraztea  
beste asmorik ez  
dugu, gure zerbitzu  
eta laguntzak eskai-  
niz.

Porque creemos  
que son las perso-  
nas quienes, con  
sus ideas y pro-  
yectos, hacen  
posible el futuro  
de un país.

Con nuestros ser-  
vicios y ayudas,  
tan solo pretende-  
mos facilitar las  
circunstancias  
que hagan posible  
materializar esa  
gran empresa que  
pretende.



■  
Bizkaiko Foru  
Aldundia

Lan eta Ekonomi  
Sustapen Saila

Diputación Foral  
de Bizkaia

Departamento de Promoción  
Económica y Empleo

■

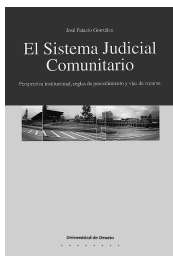




*Beatriz Pérez de las Heras*

### **Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales**

Ofrece un análisis jurídico de las cuatro libertades económicas que conforman el Mercado Interior Europeo. Desde el punto de vista metodológico, el estudio incide especialmente en los conceptos básicos, en la normativa comunitaria fundamental y en la ineludible aportación jurisprudencial.



*José Palacio González*

### **El Sistema Judicial Comunitario**

Perspectiva institucional, reglas de procedimiento y vías de recurso

Analiza las vías de recurso abiertas ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea desde una doble perspectiva: procedimental y contenciosa. A su vez, se examina el papel institucional de estos dos tribunales como garantes de la legalidad de la actuación de las Instituciones de la Comunidad y como referentes de tutela judicial efectiva en el desarrollo del ordenamiento comunitario.



*Francisco Rodríguez Ortiz*

### **La Unión Monetaria y España: ¿Integración económica o desintegración social?**

Análisis teórico de las condiciones necesarias para implantar una Unión Monetaria en Europa. Extrae el concepto novedoso de Zona Monetaria de Homogeneidad Estructural y deduce las variables explícitas e implícitas de ajuste. La economía española, pese a las dificultades y costes, tendrá que participar de dicho proyecto de integración.

# Cuadernos Europeos de Deusto



Bizkaiko Foru  
Aldundia

Ekonomi Sustapen  
Saila

Diputación Foral  
de Bizkaia

Departamento de Promoción  
Económica



Universidad de  
Deusto

Deustuko  
Unibertsitatea

