



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

EL “ORDENAMIENTO JURÍDICO DE GÉNERO NUEVO”: METÁFORAS Y ESTRATEGIAS EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

Roberto CIPPITANI*

Quería soñar un hombre: quería soñarlo con integridad minuciosa e imponerlo a la realidad. Ese proyecto mágico había agotado el espacio entero de su alma.

...Comprendió que el empeño de modelar la materia incoherente y vertiginosa de que se componen los sueños es el más arduo que puede acometer un varón, aunque penetre todos los enigmas del orden superior y del inferior: mucho más arduo que tejer una cuerda de arena o que amontonar el viento sin cara.

Jorge Luis BORGES,
Las ruinas circulares, Ficciones

SUMARIO: I. *Fundación y construcción del derecho comunitario.* II. *Método de elaboración del derecho comunitario.*

* Profesor de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Perugia. Traducción bajo la dirección de Miriam Enrica Franzin. Se agradece a la doctora Beatriz E. Sosa Morato y a el doctor Mario I. Álvarez Ledesma, profesores de planta del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico y de Estudios de Superiores de Monterrey, que han traducido el artículo *El Tribunal de Justicia y la construcción del derecho privado en la Unión Europea*, en *JuríPolis*, 2007, p. 85. Se agradece también a la doctora Valentina Colcelli, Facultad de Derecho, Universidad de Perugia.

El proceso de integración europea debe muchísimo a la actividad del Tribunal de Justicia, la institución judicial de la Unión Europea.

En esta intervención se enfrentan los momentos esenciales y el método con el que el juez comunitario ha pensado e influenzado este proceso difícil pero sugestivo.

I. FUNDACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

1. *El nacimiento del ordenamiento comunitario*

La integración europea empezó formalmente con los tratados de las comunidades europeas, suscritos por seis países europeos en los años cincuentas del siglo pasado: al Tratado de París de 1951, con el que se instituía la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), se juntaron en 1957 los dos tratados de Roma, el de la llamada Comunidad Económica Europea (CEE) y el de la Comunidad Europea de Energía Atómica (EURATOM).

Las tres “comunidades” constituyan tres tratados internacionales distinguidos, con el objetivo de constituir una colaboración de tipo económico y aduanal y dichos tratados preveían objetivos, competencias, instituciones y reglas diferentes. Desde aquel momento empezó un proceso de construcción todavía no terminado, caracterizado por otros tratados entre los Estados comunitarios, que durante los años ampliaron el número de los países miembros, extendieron las competencias, (sobre todo con el Acto Único y el Tratado de Maastricht), configuraron el aspecto institucional (se vea el Tratado de fusión de los ejecutivos, el Tratado de Maastricht, el Tratado de Niza y de Lisboa). Se trata de un proceso difícil y tortuoso, a menudo incoherente y ambiguo, muchas veces motidado por la exigencia que no se molestase demasiado la susceptibilidad nacional.

Esta sucesión de tratados habría sido concebida mucho tiempo como la enésima forma de cooperación intergubernamental entre Estados, si el Tribunal de Justicia no hubiese pensado en una visión diferente. El “horizonte de los acontecimientos” está representado por la sentencia del 5 de febrero 1963, con la que se preguntó al Tribunal de Justicia si se pronunciaba de manera prejudicial sobre la causa que oponía la empresa Van

Gend en Loos *vs.* la Administración Financiera holandés.¹ En aquella ocasión, al Tribunal de Justicia se puso en duda la cuestión si una de las disposiciones del Tratado CEE, podía tener “eficacia inmediata en los ordenamientos interiores de los Estados miembros, atribuyendo a los singulares derechos subjetivos que el juez nacional debe tutelar”. Efectivamente la empresa lamentaba el mantenimiento de un impuesto nacional que, según el Tratado CEE, habría tenido que ser abrogado. El Tribunal contestó que “la Comunidad constituye un ordenamiento jurídico de género nuevo en el ámbito del derecho internacional, y en su favor los Estados renunciaron, aunque en sectores limitados, a sus poderes soberanos, dicho ordenamiento reconoce como sujetos, no solo los Estados miembros sino también sus ciudadanos”.

Esta sentencia constituye una especie de *Grundnorm* para el derecho comunitario, que empieza a ser pensado como ordenamiento jurídico autónomo, que obliga los Estados y los sujetos de derechos. El derecho comunitario se aplica de manera directa, sin que se reconozca ninguna facultad al Estado de subordinar la eficacia a los actos de derecho interior.

La novedad de este ordenamiento consistía en la diferencia con otras formas de colaboración internacional, basadas en las relaciones intergubernamentales entre Estados, hechas de manera que incidieran sólo indirectamente en la vida de los singulares.

En efecto, en la sentencia se argumenta: “la instauración de un mercado común cuyo funcionamiento incide directamente en los sujetos de la comunidad, implica que éste vaya más allá de un convenio que se limita a la creación de obligaciones recíprocas entre Estados contrayentes”. Este concepto está “confermado por el preámbulo del Tratado, en el que, además de la mención de los gobiernos, se rellama a los pueblos y, todavía más concretamente, a la instauración de órganos conferidos institucionalmente de poderes soberanos que se ejercitan con respecto a los Estados miembros que a sus ciudadanos”.

Una vez afirmada la existencia del ordenamiento jurídico comunitario, las sentencias siguientes se dedicaron a la individuación de las reglas estructurales de este sistema.

Antes que todo, se presenta el problema de la relación con los ordenamientos de los Estados miembros. La solución, implícita en la jurispru-

¹ Tribunal de Justicia, sentencia del 5 de febrero 1963, *Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen*, 26-62, Recopilación [en adelante “Rec.”], p. 3.

dencia Van Gend en Loos, será elaborada a partir de las sentencias Costa vs. Enel, que afirmó la prevalencia necesaria del ordenamiento comunitario con referencia a los nacionales. Los Estados deben aplicar totalmente las normas comunitarias y, eventualmente, desaplicar las disposiciones nacionales que sean en contraste, incluyendo las que sean aprobadas posteriormente.²

Después el Tribunal de Justicia definió otras reglas de construcción del ordenamiento jurídico comunitario, a menudo son evidentes en los Tratados originarios: se está hablando de la regla de la jerarquía de las fuentes,³ de la suseción de las leyes en el tiempo,⁴ de los principios en materia de interpretación de la ley,⁵ y del principio totalmente comunitario de la prevalencia del contenido sobre la forma.⁶

2. *El ordenamiento comunitario como fuente de derechos subjetivos*

En la sentencia Van Gend en Loos, como se decía antes, se reconoce la existencia de un ordenamiento comunitario, derivado de tratados internacionales, pero después desarrollado en un autónomo sistema jurídico que resulta prevalente con respecto a los de los países miembros y que limita la soberanía estatal y que incide en el ámbito jurídico de los particulares.

El Tratado de Roma y las instituciones derivantes, es la argumentación del Tribunal, así como imponen obligaciones a los sujetos de derecho, determinan el nacimiento de derechos subjetivos, que parecen como “contrapartes” de estas obligaciones.

² Vease, por ejemplo, Tribunal de Justicia, sentencia del 9 de marzo 1978, C-106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato italiano/Simmenthal*, Rec., 1978, 629.

³ Tribunal de Primera Instancia, sentencia del 10 de julio 1990, *Tetra Pak / Commission*, T-51/89, Rec. P II-309.

⁴ Por ejemplo en Tribunal de Justicia, sentencia del 8 de noviembre 2001, *Silos*, C-228/99, Rec. 2001, p. I-8401.

⁵ Entre las numerosas sentencias en este tema, Tribunal de Justicia, sentencia del 5 de marzo 1996, *Brasserie du pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029.

⁶ Véase, por ejemplo, Tribunal de Justicia, sentencia del 21 de junio 1958, *Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie*, 13-57, Rec. 1958, p. 263; Tribunal de Justicia, sentencia del 30 de septiembre 1982, *Moquette Frères/Consejo*, 242/81, Rec. p. 3213.

El Tribunal de Justicia afirma que dichos derechos pueden ser tutelados directamente por los individuos no sólo frente al juez comunitario, sino también a los jueces nacionales.

La estrategia del Tribunal parece refinada y clarividente: el ordenamiento jurídico, que acababa de ser individuado, no habría sobrevivido frente a las resistencias de los Estados, si no se hubiera atribuido al Poder Judicial, el poder de reconocer directamente y de manera capilar, los derechos de los particulares.

La atribución de los derechos individuales y de los relativos a los medios jurisdiccionales a los particulares, por lo tanto, han sido el instrumento principal para actuar y renforzar la *primauté* comunitaria,⁷ que si no habría tenido que ser desarrollada a través de sanciones directas a los Estados, no siempre eficaces.

Los individuos asumen así el papel de los “principales guardianes del respeto de los derechos comunitarios”.⁸

De la misma importancia es la función reconocida por el derecho a los jueces nacionales. Ellos, efectivamente, representan una parte fundamental de la construcción del derecho comunitario, porque activan el procedimiento de reenvío prejudicial (artículo 234 Tratado CE), operando una primera evaluación esencial sobre la relevancia de los asuntos interpretativos. Además en el desarrollo de su función, el juez nacional tiene que aplicar el derecho estatal a la luz del comunitario, así como interpretado por el juez europeo;⁹ el juez nacional es obligado a actuar las fuentes comunitarias de la misma manera de otros poderes del Estado, y tiene que desaplicar las disposiciones interiores, incluidas las aprobadas posteriormente,¹⁰ si contrastan con el derecho de la Unión.¹¹

⁷ Ruffert, *Rights and Remedies in European Community Law: a Comparative View*, *Comm. Market Law Rev.*, 1997, 308, escribe “Without exaggeration, it can be said that rights and remedies are a fundamental topic in the ongoing development of Community Law”.

⁸ Weiler, *La Costituzione dell'Europa*, trad. ital., Bolonia, 2003, 47.

⁹ Tribunal de Justicia, sentencia del 6 de junio 1995, *BP Soupergaz /Grecia*, C-62/93, Rec. 1995, p. I-1883.

¹⁰ Entre las otras véase Tribunal de Justicia, sentencia del 4 de junio 1992, *Debus*, C-13/91 y C-113/91, Rec. p. 1992, p. I-3617, 32.

¹¹ Por ejemplo, Tribunal de Justicia sentencia del 9 de marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato/ Simmenthal*.

3. *Desde la libertad del mercado hasta la ciudadanía de la Unión Europea*

El juez comunitario, como se decía antes, ha reconocido la existencia del ordenamiento jurídico aplicándolo y haciéndolo efectivo desde la perspectiva de los derechos de los particulares.

El Tribunal de Justicia fue el protagonista de otra aventura importante: con la que se aclaró la dimensión no solamente económica del derecho comunitario.

Los tratados instituyentes fomentaban principalmente una cooperación económica, a través de la realización de una unión aduanal y la creación de un mercado único. El “mercado” ha sido pensado principalmente como espacio de la circulación libre y del establecimiento de sujetos, pero con referencia a su actividad económica:¹² los trabajadores asalariados y no asalariados, los sujetos diferentes de las personas físicas que desarrollan una actividad económica.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha aplicado las disposiciones que se refieren a las libertades de circulación y de establecimiento para hacerlas resultar implicaciones que trascienden las relaciones económicas.

Antes que todo, esto se realizó con la aplicación de las libertades comunitarias de manera muy extendida, que es decir a una suma de sujetos todavía más amplia.¹³

Según el juez europeo, por ejemplo, la noción de “trabajador asalariado” comprende cada persona física que desarrolla actividades “reales y efectivas” en favor y bajo la dirección de otra persona, recibiendo un pago.¹⁴

La definición jurisprudencial se refiere así no sólo a las relaciones de trabajo dependiente en sentido estrecho, sino también al trabajo autónomo parasubordinado y a otras relaciones de trabajo “atípicos”. Se considera trabajador también quien efectúa una práctica en el ámbito de la formación profesional,¹⁵ quien sigue un proyecto individual de inserción en una institución con finalidades sociales y asistenciales, aunque reciba be-

¹² Tribunal de Justicia, sentencia del 8 de abril 1976, *Royer*, 48/75, Rec. 1976, p. 497.

¹³ Tribunal de Justicia sentencia del 23 de marzo 1982, *Levin*, 53/81, Rec., 1985, 1035.

¹⁴ Entre otras, Tribunal de Justicia, sentencia de 3 sw julio 1986, *Lawrie-Blum*, 66/85, Rec. 2121, 16 y 17; 26 febrero 1992, *Bernini*, C-3/90, Rec. 1992, I-1071; sentencia del 7 de septiembre 2004, *Trojani*, C-456/02, Rec. 2004, p. I-7573, 15.

¹⁵ Las sentencias citadas *Lawrie-Blum*, 19 y *Bernini*, 15; también Tribunal de Justicia, 17 marzo 2005, *Kranemann*, C-109/04, Rec. 2005, p. I-2421, 15 y 16.

neficios en especie (por ejemplo sustento y alojamiento) y una cierta cantidad de dinero para compras pequeñas;¹⁶ el titular de una pensión (de cada tipo, de invalidez también),¹⁷ etcétera.

Además, las libertades fundamentales han sido extendidas progresivamente a sujetos diferentes de los trabajadores. Esto se ha concretizado con referencia a los familiares del trabajador (también jubilado o fallecido),¹⁸ aunque en el caso de que ellos no tengan la ciudadanía de uno de los Estados miembros.¹⁹ Las libertades y los derechos previstos en los tratados han sido atribuidos además a otras tipologías de personas físicas, que desarrollan actividades que no se pueden juntar a la noción (aunque interpretada de manera extensiva), de trabajador, por efecto de disposiciones de tratados que (implícitamente o explícitamente) preveen la libertad de circulación de las personas físicas. De esta manera ha sido afirmada la libertad de circulación incluyendo los destinatarios de los servicios, como los turistas, por ejemplo.²⁰ Los derechos de los trabajadores han sido extendidos a los estudiantes de cada orden y nivel. La libertad de circulación de los estudiantes fue reconocida en un primer momento, solamente por la jurisprudencia comunitaria. En la sentencia *Gravier* del 13 febrero 1985²¹ y en la sentencia *Blaizot* del 12 febrero 1988,²² el juez afirmó el principio de no discriminación entre los ciudadanos europeos por lo que se refiere a la accesibilidad del aprendizaje superior, considerándolo parte integrante de la formación profesional. La libertad de circulación de los estudiantes fue afirmada ulteriormente por la base jurídica de los programas comunitarios en el ámbito del aprendizaje, adoptados después a la jurisprudencia *Gravier* e *Blaizot*, entre los cuales se encuentra el programa Erasmus.

¹⁶ Véase la sentencia *Trojani*, pp. 20 y ss.

¹⁷ Tribunal de Justicia, sentencia del 15 de marzo 2001, *Mazzoleni e ISA*, C-165/98, Rec., 2001, I-2189.

¹⁸ Tribunal de Justicia sentencia del 9 de enero 2003, *Nani Givane e altri/Secretary of State for the Home Department*, C-257/2000, Rec. 2003, p. I-345.

¹⁹ Tribunal de Justicia, sentencia del 17 de septiembre 2002, *Baumbast y R/ Secretary of State for the Home Department*, C-413/99, Rec. 2002, p. I-7091.

²⁰ Tribunal de Justicia sentencia del 19 de enero 1999, *Calfa*, C-348/96, Rec. 1999, I-11; sentencia del 2 de febrero 1989, *Cowan*, 186/87, Racc1989, p. 195, punto 15.

²¹ Tribunal de Justicia, sentencia del 13 de febrero 1985, *Gravier /Ville de Liège*, Rec. 1985, p. 593.

²² Tribunal de Justicia, sentencia del 2 de febrero 1988, *Blaizot/Université de Liège e altri*, Rec. 1988, p.379.

Para hacer efectiva la movilidad y el empleo transeuropeo, la jurisprudencia comunitaria afirmó la regla del reconocimiento mutuo de los diplomas, de los certificados y de otros títulos, entre los cuales se incluye los permisos para conducir.²³

Las sentencias del Tribunal de Justicia anticiparon, en muchos sentidos, la legislación siguiente : el Acto Único y el Tratado de Maastricht que establecieron la libertad de circulación de los sujetos, independientemente del desarrollo de una actividad económica (como es el caso de los estudiantes, véanse artículos 149, 2 y artículo 164, 1, letra d), Tratado CE, o de quien participa a los “intercambios culturales no comerciales” (artículo 151, 2, Tratado CE). Además la jurisprudencia comunitaria creó las premisas para introducir la noción jurídica de “ciudadanía de la Unión Europea”, formalizada después en el Tratado de Maastricht,²⁴ y hoy prevista en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión. En efecto, según el segundo párrafo del artículo 17 del Tratado CE, modificado por el Tratado de Maastricht”, los ciudadanos de la Unión disfrutan de los derechos y están sujetos a las obligaciones previstas por dicho tratado”. Todas las personas físicas, por lo tanto, por el sólo hecho de ser “ciudadanos” de la Unión disfrutan de la más amplia capacidad para el ordenamiento comunitario, y independientemente de la cualificación de “trabajadores”, o de la aplicación de las disposiciones que se refieren a categorías específicas de sujetos (estudiantes, docentes, investigadores, destinatarios de los servicios, etcétera.)²⁵

El juez comunitario no se limitó a la ampliación progresiva del ámbito subjetivo de aplicación de las libertades garantizadas por el mercado interior, sino también ha explicitado las consecuencias jurídicas, sobretodo para lo que se refiere a las relaciones de derecho privado. La libertad de circulación y de establecimiento de los sujetos comporta implicitamente la capacidad de ser parte de cada tipo de relación jurídica, sin limitación alguna: comprar o tomar casa en arriendo, estipular unos tantos convenios, casarse, reconocer un hijo, aceptar una herencia, etcétera. Desde esta perspectiva, el derecho comunitario impone la superación de las reglas

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia del 28 de noviembre 1978, *Choquet*, 16/78, Rec. 1978, p. 2293.

²⁴ Parte 17 Tratado CE: “Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional”.

²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia del 7 septiembre 2004, *Troiani*, C-456/02.

del derecho internacional privado, según las cuales la sujettividad jurídica se imputa a los “extranjeros” a razón de principios como el de la “reciprocidad”. Según este principio, como interpretado, por ejemplo, en el derecho italiano, el sujeto de otro Estado podría ser titular de los derechos establecidos por el ordenamiento italiano sólo si y en los límites que el ordenamiento de pertenencia reconozca dichos derechos a los sujetos italianos (artículo 16 disposiciones preliminares al Código Civil).

No sólo los sujetos de otros Estados comunitarios son admitidos a ejercitar todos los derechos de los sujetos del país donde se encuentran. En las circunstancias en que una disciplina es diferente en ambos Estados, el sujeto puede pedir la aplicación de la normativa más favorable o puede preguntar la elección entre las dos. Una de las múltiples aplicaciones de estos principios, es el tema de la modalidad de atribución del apellido a los hijos. El Tribunal de Justicia en la jurisprudencia *Carlos García Avello*,²⁶ se ocupó de la legitimidad de normas previstas por el derecho belga, que impedían la atribución del apellido doble (el del padre y el de la madre) a la hija de un pariente belga y un español. En aplicación del principio de no discriminación (artículo 12 Tratado CE), de la libertad de circulación (artículo 18 Tratado CE), el Tribunal ha considerado ilegítimo que “la autoridad administrativa de un Estado miembro rechace la petición de cambio del apellido para los hijos menores de 18 años que residen en este Estado y que tiene la doble ciudadanía, del mismo Estado y de otro Estado miembro, si la petición está finalizada a dar a los hijos la posibilidad de tener el apellido del cual serían titulares según el derecho y la tradición del segundo Estado miembro”.

Además de la amplia capacidad del derecho civil, el Tribunal afirmó que el ordenamiento comunitario aseguraba a los ciudadanos europeos el usufructo completo de los derechos fundamentales del hombre. En efecto, el Tribunal de Justicia a partir de la sentencia *Stauder* del 12 noviembre 1969 (sentencia del 12 noviembre 1C-29/69, en *Rec.*, 1969, 419) y en la jurisprudencia siguiente, afirma que entre los principios generales del derecho comunitario se debe incluir los derechos fundamentales de la persona. Dichos derechos están comprendidos aunque no sean previstos explícitamente por los tratados, porque incluidas en las cartas constitucionales de los Estados miembros y en la Convención Europea de los Derechos

²⁶ Tribunal de Justicia, sentencia del 2 de octubre 2003, *Carlos García Avello*, C-148/02, *Rec.* 2003, p. I-11613.

chos del Hombre de Roma, suscritos por ellos. La jurisprudencia ha reconocido así, en el ordenamiento comunitario también, derechos como la libertad de expresión,²⁷ el respeto de la vida privada,²⁸ el derecho de propiedad y de práctica de una actividad profesional.

En este caso también el Tribunal parece adelantar los tiempos, porque sólo a partir de los años noventa del siglo pasado, los tratados fundamentales empezaron a hablar de derechos humanos con referencia al ordenamiento comunitario (artículo 6o., párrafo 1, del Tratado sobre la Unión Europea; las condiciones para tomar parte de la Unión Europea, según el Consejo europeo de Copenaghen y la cláusula sobre el respeto de los derechos humanos inserida en los convenios internacionales).²⁹ Desde 2001 entró en vigencia una disciplina orgánica de dichos derechos la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se volvería norma constitucional cuando entrará en vigencia el Tratado de Lisboa en 2007.

4. La metáfora del mercado

En este lugar, es imposible dar cuenta de las múltiples intervenciones con las que el juez comunitario ha configurado el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Por el contrario, se puede tratar de reconstruir el plan de este ordenamiento, así como parece hoy, gracias a la legislación y a la interpretación del juez europeo.

Como se decía anteriormente, en primer lugar el juez comunitario ha propuesto una literatura del concepto de “mercado” comunitario, utilizando como base inicial un ordenamiento jurídico, que no regula sólo las relaciones económicas.

En efecto, la Unión Europea se basa en una “compenetración no sólo económica, sino también jurídica, entre los Estados miembros”.³⁰ Por lo

²⁷ Por ejemplo, Tribunal de Justicia, sentencia del 26 de junio 1997, *Vereinigte Familia press Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH / Bauer Verlag*, C-368/95, Rec. 1997, p. I-3689.

²⁸ Véase entre las otras, Tribunal de primera instancia, sentencia del 15 de mayo 1997, *N / Commissione*, T-273/94, Rec. 1997, p. II-289, 68, pp. 71-74.

²⁹ Fierro, “Legal Basis and Scope of the Human Rights Clauses in EC Bilateral Agreements: Any Room for Positive Interpretation?”, *European Law Journal*, vol. 7, núm. 1, marzo de 2001, pp. 41-68.

³⁰ Tribunal de Justicia, 18 mayo 1982, *AM&S Limited/ Comisión*, 155/79, Rec. 1982, p. 1575.

tanto, en la jurisprudencia comunitaria, el mercado no se tiene como objetivo principal de la integración europea, sino como la dimensión económica del ordenamiento jurídico.

Todavía el concepto de mercado tiene consecuencias en la concepción del ordenamiento jurídico de parte del juez comunitario.

La metáfora del “mercado” lo hace un ordenamiento donde el contexto en el que se manifiestan los hechos jurídicamente relevantes, tiene mucha importancia.

El carácter contextual del derecho comunitario, implica que no se observen los sujetos de manera absoluta, sino relativamente al ámbito económico-jurídico en el que se encuentran mientras actúan.

Se trata del caso del concepto de “empresa”.³¹ En ordenamientos como el italiano, la calificación de empresa (artículo 2082 Código Civil) depende de los sujetos que profesionalmente desarrollan una actividad económica, como los emprendedores individuales y las sociedades comerciales. Dicho concepto no incluye los que no desarrollan una actividad económica de manera principal: entes públicos, profesionales, asociaciones y fundaciones. En la jurisprudencia comunitaria, por el contrario, se considera empresa “cada tipo de entidad que ejerce una actividad económica, prescindiendo de su estado jurídico”.³² Según dicha noción, han sido consideradas empresas todas las sociedades, incluidas las cooperativas,³³ y las asociaciones,³⁴ las empresas públicas o con cuotas de participación pública,³⁵ las organizaciones de sec-

³¹ La jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de empresa es muy amplia. Entre las sentencias más reciente se vea por ejemplo, véase las siguientes sentencias Tribunal de Justicia, 16 marzo 2004, *AOK-Bundesverband y otros*, en las causas juntas C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01), Rec. 2004, p. I-2493; 22 mayo 2003, *Freskot*, C-355/00, Rec. 2003, p. I-5263; 24 octubre 2002, *Aéroports de Paris /Comisión*, C-82/01, Rec. 2002, p. I-9297; 19 febrero 2002, *Wouters e altri*, C-309/99, Rec. 2002, p. I-1577; 22 enero 2002, *Cisal*, C-218/00, Rec. 2002, p. I-691. Para la doctrina L. DI VÍA, “L’impresa, *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, Padova, 2003, II, pp. 54y ss.

³² Tribunal de Justicia, sentencia del 23 de abril 1991, *Höfner et Elser / Macrotron*, C-41/90, Rec.1991, p. I-1979.

³³ Tribunal de Justicia, sentencia del 25 de marzo 1981, *Cooperative Stremsel-en Kleusel/fabriek/Commissione*, 61/80, Rec. 1981, I-3851.

³⁴ Decisión de la Comisión, 92/521/CEE del 27 de octubre 1992, *Distribuzione dei pacchetti turistici Cappa Mondiali* 1990, G.U.C.E. L 326, 31.

³⁵ Tribunal di primera instancia, sentencia del 12 de diciembre 2000, *Aéroports de Paris/Commissione*, T-128/98, Rec. 2000, II-3929, puntos 106-130.

tor entre empresas.³⁶ La ductilidad extrema de dicha definición ha permitido incluir los intelectuales que trabajan a nivel profesional, como los médicos especialistas,³⁷ los abogados³⁸ o los expedidores.³⁹ De la calificación de empresa derivan muchas consecuencias desde el punto de vista del derecho comunitario: la calificación de empresa implica, entre tanto, la aplicación de la normativa sobre las libertades fundamentales y los derechos de participación a los programas comunitarios finalizados a los emprendedores; se consideran las empresas en relación unas con otras para lo que se refiere a la disciplina de la competición y de la publicidad; el derecho comunitario las considera en la relación con los consumidores. Esta definición jurisprudencial ha sido utilizada en los documentos de otras instituciones (la recomendación del 6 mayo 2003, 1422).

La metáfora del mercado permite que los sujetos sean considerados de manera relativa entre ellos. Así, el Tribunal de Justicia ha tomado parte en la elaboración de las nociones comunitarias de pequeña y media empresa (PME)⁴⁰ y de grupo de empresas.⁴¹ Estos conceptos, anteriormente

³⁶ Cfr. Tribunal de Justicia, sentencia del 19 de febrero 2002, *Wouters e altri*, C-309/99, Rec. 2002, p. I-1577, punto 50 y ss.

³⁷ Tribunal de Justicia sentencia del 12 de septiembre 2000, *Pavel Pavlov e altri/Stichting Pensioenfonds Mediche Specialisten*, causas reunidas de C-180/98 a C-184/98, Rec. 2000, p. I-6451, punto 77.

³⁸ Para lo que se refiere a los abogados, recientemente el Tribunal de Justicia mismo ha afirmado que ellos desarrollan una actividad económica constituyendo empresa porque ofrecen servicios de atención legal bajo retribución. Además, enfrentan riesgos financieros porque en caso de desequilibrio entre gastos y rentas, el abogado tiene que sostener directamente el peso de la pasividad. Véase el Tribunal de Justicia, 19 febrero 2002, *Wouters, e altri*, punto 48.

³⁹ El Tribunal de Justicia ha afirmado que “la actividad del expedidor aduanal es intelectual y demanda una autorización...y no puede ser excluida del ámbito de aplicación de los artículos 85 e 86 del Tratado CE [ahora, artículos 81 y 82].” Tribunal de Justicia, 18 junio 1998, *Commissione/Italia*, C-35/96, Rec. 1998, p. I-3851, 38.

⁴⁰ Tribunal de Justicia sentencia del 24 abril 2004, C-91/2001, Italia/Comisión, Rec. 2004, p. I-4355. Véase también las conclusiones del abogado general Jacobs, 18 septiembre 2003.

⁴¹ Tribunal de Justicia, sentencia del 25 de noviembre 1971, *Béguelin*, 22/71, Rec. 1971, p. 949; sentencia del 14 de julio 1972, *ICI/ Comisión*, 48/69, Rec. 1972, p.619). Véanse conclusiones del abogado general Philippe Léger del 23 septiembre 1999 en la Causa C-176/98, *Holst Italia SpA/Comune di Cagliari, Ruhrwasser AG, International Water Management SpA*. El abogado general cita la jurisprudencia de las sentencias *Ballast Nedam Groep* 14 abril 1994 (Causa C-389/92, Rec. p. I-1289 y 18 diciembre 1997 (Causa C-5/97, Rec. p. I-7549).

casi desconocidos en el derecho nacional, consideran relevantes las dimensiones de la empresa de manera que se haga derivar algunos efectos jurídicos.

El enfoque relativista del derecho del mercado comunitario hace que no se consideren todos los sujetos al mismo nivel. Se consideran algunos más débiles o, de todos modos, dignos de una tutela mayor con respecto a los demás. Más allá del concepto de PME, la atención a la diferencia entre sujetos se observa para lo que se refiere a los derechos de los consumidores. El concepto de consumidor, recordado por diferentes disposiciones de los tratados, se precisa por la jurisprudencia, que lo interpreta como persona física,⁴² que compra bienes y servicios para finalidades no relacionadas con una actividad profesional. Siendo un sujeto débil, el consumidor se tutela en las relaciones con las empresas.

Se podrían dar muchos ejemplos, pero el dato interesante es que el mercado, desde la perspectiva del Tribunal, es una dimensión económica del ordenamiento jurídico, que tiene importantes novedades en la concepción misma de las relaciones jurídicas, en particular en las de derecho civil. El derecho civil, así como representado por los códigos del siglo XIX, se construye a partir de la perspectiva del sujeto. Los sujetos de derechos, todos formalmente iguales, de vez en cuando se encuentran para adquirir situaciones jurídicas (activas y pasivas), que componen el “patrimonio” constituido por las obligaciones y los derechos reales⁴³ (por ejemplo la construcción de las relaciones jurídicas que hace Savigny).⁴⁴ En el derecho civil del mercado comunitario, la perspectiva es la del contexto en el que los sujetos actúan: sujetos entre ellos diferentes, que se encuentran necesariamente en el mercado y que no son titulares sólo de derechos económicos, sino también de intereses patrimonialmente neutros (como los que se refieren a los derechos fundamentales).⁴⁵

⁴² Tribunal de Justicia, sentencia del 22 de noviembre 2001, *Cape snc/Idealservice Srl e Idealservice MN RE Sas/OMAI srl*, causas reunidas C-541/99, C-542/99, Rec. 2001, p. I-9049), con referencia al artículo 2o., b), directiva 93/13.

⁴³ Windscheid, *Diritto delle Pandette*, § 42.

⁴⁴ Savigny, *Il sistema del diritto romano attuale*, vol. I, Turín, 1886, pp. 337 y ss.

⁴⁵ Sobre la nueva relación entre autonomía negocial y ley, véase Sassi, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006.

5. Los principios del derecho comunitario

Para completar este panorama sintético de la jurisprudencia comunitaria, es necesario recordar que el juez europeo formula y utiliza conceptos jurídicos, que llama “principios”.

Antes que todo, se trata de principios “de naturaleza constitucional” (según la expresión del abogado general Léger en el caso CCRE, C-87/01, citado), como los derechos fundamentales, el principio de la defensa,⁴⁶ de la igualdad de trato,⁴⁷ de la proporcionalidad,⁴⁸ de legalidad y el de seguridad jurídica.⁴⁹

En sus sentencias el juez europeo individua también principios que inciden en las relaciones entre particulares. El Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea han producido una importante jurisprudencia en materia de derecho civil, en particular en el ámbito del derecho de las obligaciones. El Tribunal ha elaborado muchas nociones en materia de obligaciones: la noción misma de obligación,⁵⁰ construida a partir de las nociones de responsabilidad extracontractual⁵¹ y contrac-

⁴⁶ Por ejemplo: Tribunal de Justicia, sentencia del 2 de octubre 2003, *Corus UK / Commission*, C-199/99 P, Rec. p. I-11177.

⁴⁷ Por ejemplo, La siguientes sentencias: Tribunal de Primera instancia, 11 de diciembre 1996, *Atlanta e.a.*, T-521/93, Rec. p. II-1707; 19 septiembre 2000, *Linster*, C-287/98, Rec. p. I-6917; 30 junio 2005, *Olesen / Commission*, T-190/03, Rec. p. II-805; 25 octubre 2005, *Salvador García / Commission*, T-205/02, Rec. p. II-1311.

⁴⁸ Por ejemplo: Tribunal de Justicia, sentencia del 17 de julio 1997, *The Queen / Minister for Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: National Farmers' Union e.a.*, C-354/95, Rec. p. I-4559.

⁴⁹ El principio de legalidad consiste en la necesidad de que el derecho comunitario sea respetado y es considerado un principio que tutela el interés público; el principio de seguridad jurídica prevé que las reglas sean ciertas, sin ambigüedad y de consecuencias previsibles. Véase, por ejemplo, Tribunal de Primera Instancia, sentencia del 14 de julio de 1997, *Interhotel / Comision*, T-81/95, Rec. p. II-1265; sentencia del 22 de enero de 1997, *Opel Austria / Consejo*, T-115/94, Rec. p. II-39, 124.

⁵⁰ En la jurisprudencia se considera operante, y también en el derecho comunitario, la distinción entre derechos reales y derechos de crédito, que “...résiste dans le fait que le premier, grevant un bien corporel, produit ses effets à l'égard de tous, alors que le second ne peut être invoqué que contre le débiteur” (Tribunal de Justicia, sentencia del 9 de junio de 1994, *Norbert Lieber / Willi S. Göbel, Siegrid Göbel*, C-292/93).

⁵¹ Un gran número de sentencias contienen la definición de responsabilidad extracontractual (véase, por ejemplo, Tribunal de Justicia, sentencia del 4 marzo de 1980, *Pool/Consejo*, 49/79, Rec., p. 569); igualmente, sentencia del 15 enero de 1987, *GAEC de la Ségaude / Consejo e Comision*, 253/84, Rec. p. 123, puntos 9, 21; sentencia del 4

tual⁵² de la Comunidad, como previstas en el Tratado de Roma.⁵³ A partir de dichas nociones han sido elaboradas otras como las relativas a diferentes clases de relaciones obligatorias, las derivadas del “acto lícito” (*sans faute*) de la Comunidad, en el caso de que nazca de un acto (también de naturaleza legislativa), que provoque un daño “anormal”,⁵⁴ de la “repeti-

julio de 1989, *Francesconi e.a. / Comision*, 326/86 e 66/88, Rec. p. 2087; punto 8; sentencia del Arrêt del 28 de noviembre de 1989, *Epicheiriseon Metalleftikon Viomichanikon kai Naftiliakon e.a. / Comision e Consejo*, C-122/86, Rec. p. 3959, punto 8. En lo que hace a la doctrina, pueden consultarse entre otros, Papadopoulou, *Principes généraux du droit et droit communautaire, Origines et concréétisation*, Athenes-Bruxelles, 1996, que subsisten cuando en una determinada circunstancia se reúnen tres “condiciones”: la existencia de un daño “efectivo” (el daño es considerado efectivo si es cierto y actual, inclusive si no se ha excluido la responsabilidad en el caso de daños previsibles e inminentes. *Cfr.*, por ejemplo, Tribunal de Justicia, sentencia del 2 junio de 1976, *Kampffmeyer/Comision e Consejo*, 56-60/74, Rec. p. 711), de una conducta ilegítima (la conducta ilegítima puede originarse en una omisión) Véase, por ejemplo, Tribunal de Justicia, sentencia del 15 de septiembre de 1994, *Kydep/Consejo e Comision*, C-146/91, Rec. I-4199) y de un nexo de causalidad entre daño y conducta (el nexo de causalidad se presenta cuando “*existe un lien de cause à effet entre la faute commise par l'institution concernée et le préjudice invoqué*”. Tribunal de Primera Instancia, sentencia del 22 de octubre de 1997, *SCK et FNK / Comision*, T-213/95 e T-18/96, Rec. p. II-1739, puntos 39, 98).

⁵² El daño, la conducta ilegítima y el nexo de causalidad son requisitos para la determinación de la responsabilidad contractual (véase: Tribunal de Justicia, sentencia del 20 de febrero de 1997, *Intelligente systemen, Database toepassingen, Elektronische diensten BV (IDE) / Comisión*, C-114/94). Por lo demás, la jurisprudencia no se pronuncia sobre la definición de contrato, limitándose a considerar relación contractual a aquello que es así llamado por las partes o por las fuentes de derecho. En el momento que falte el soporte definitorio, el juez comunitario recurre a criterios empíricos, como aquel por el cual el contrato y la relación jurídica que surge de la aceptación de una parte a la oferta de otra (Tribunal de Primera Instancia, sentencia del 9 de octubre de 2002, *Hans Fuchs/Comision*, T-134/01, Rec. p. II-3909, puntos 52-54; *ibidem*, ordenanza del 18 julio de 1997, *Olefici Italiani/Comision* (T-44/96, Rec. p. II-1331).

⁵³ Véanse los artículos 288, 235 y 238 TCE.

⁵⁴ Como, por ejemplo, el daño que supera los riesgos económicos de un cierto sector productivo. Véase Tribunal de Justicia, sentencia del 6 de diciembre de 1984, *Biovilac/CEE*, 59/83, Rec. p. 4957, punto 28.

ción del pago indebido”;⁵⁵ del enriquecimiento ilícito;⁵⁶ y de la responsabilidad precontractual.⁵⁷ En las mismas sentencias la jurisprudencia comunitaria ha puesto en evidencia conceptos relativos a las vicisitudes de las relaciones obligatorias, como las consecuencias del incumplimiento, sobre todo el resarcimiento del “daño emergente” y del “lucro cesante”,⁵⁸ la exclusión de la responsabilidad (piénsese en la nociones de “fuerza mayor”⁵⁹ y de “legítima defensa”),⁶⁰ la extinción de la relación obligatoria por causas diversas al incumplimiento (se trata del caso de la “compensación”).⁶¹

El Tribunal utiliza otros conceptos, en particular en la relación entre Comisión y otros sujetos, como el de la necesidad de la motivación de

⁵⁵ Véase, sobre todo, la jurisprudencia relativa a los impuestos ilegítimos establecidos por los Estados miembros. Véase, por ejemplo, Tribunal de Justicia, sentencia del 9 diciembre de 2003, *Comision/Repubblica italiana*, C-1297/00, no publicada; sentencia del 15 de septiembre de 1998, *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) / Ministero delle Finanze*, C-231/96, no publicada; sentencia de 15 de septiembre de 1998, *Ansaldi Energia SpA e a. / Amministrazione delle Finanze dello Stato e a.* C-279/96, C-280/96 e C-281/96, no publicada.

⁵⁶ Tribunal de Justicia, sentencia del 11 de julio de 1968, *Danvin/Comision*, Rec. 1968, p. 464. Véase el caso en el cual se reclaman los intereses por causa del pago ilegítimo de una sanción fijada por la Comisión: Tribunal de Justicia, sentencia del 10 de julio de 1990, *Grecia/Comision*, C-259/87, Rec. pp. I-2845, publicación sumaria, punto 26; Tribunal de Primera Instancia, sentencia del 10 de octubre de 2001, *Corus UK / Comision*, T-171/99, Rec. p. II-2967.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, Tribunal de Primera Instancia, sentencia del 17 de diciembre de 1998, *Embassy Limousines & Services/Parlamento Europeo*, T-203/96, Rec.; sentencia del 29 de octubre de 1998, *Team Srl/Comision*, T-136/96, Rec.

⁵⁸ Especialmente en el caso del resarcimiento del “daño emergente” y del “lucro cesante”. véase, por ejemplo, Tribunal de Primera Instancia, sentencia del 29 de octubre de 1998, *TEAM Srl / Comision*, T-13/96, Rec. Rec.1998,p.II-4073; sentencia del 17 de diciembre de 1998, *Embassy Limousines & Services/ Parlamento Europeo*, T-203/96, Rec.1998,p.II-4239.

⁵⁹ En cuanto hace a la doctrina, véase: Papadopoulou, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, pp. 272 y ss. En lo que se refiere a la jurisprudencia, entre otras, véase: Tribunal de Justicia, sentencia del 17 de diciembre de 1970, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel / Köster*, 25-70, Rec. p. 1161.

⁶⁰ Como ha señalado el Tribunal de Justicia, en sentencia del 12 de julio de 1962, *Acciaiere ferriere e fonderie di Modena / Haute Autorité*, 16-61, Rec. p. 547.

⁶¹ Tribunal de Justicia, 10 de julio de 2003, *Comision/ Conseil des communes et régions d'Europe (CCRE)*, C-87/01, Rec. 2003, p. I-07617. Véanse también las sentencias relativas a los casos *Deka/CEE* (Tribunal de Justicia, sentencia del 1 de marzo de 1983, 250/78, Rec. 1983, p. 421); sentencia del 15 de octubre de 1985, *Continental Irish Meat*, 125/84, Rec. 1985, p. 3441; sentencia del 19 de mayo de 1998, *Bent Jensen e Korn og-Foderstofkompagniet A/S*, C-132/95, Rec. 1998, p. I-2975.

los actos de las instituciones;⁶² el de la obligación sobre la correcta utilización del poder discrecional;⁶³ el principio de la custodia legítima⁶⁴ y su “corolario” de la “buena fe”.⁶⁵

II. MÉTODO DE ELABORACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

1. *Las lagunas del derecho comunitario*

Después de la exposición sintética sobre la construcción jurisprudencial del ordenamiento comunitario, ahora es interesante concentrarse sobre el método utilizado por el Tribunal.

Las reglas son elaboradas sólo y en mínima parte, a partir de normas explícitas de derecho comunitario.

Como pone en evidencia la doctrina, el ordenamiento comunitario es “poco profundo”,⁶⁶ sobre todo en materias no reguladas de manera orgánica como el derecho civil; dicho ordenamiento, por tanto, está caracterizado por sus múltiples “lagunas”.⁶⁷

⁶² El principio de necesidad de motivación de los actos de las instituciones previsto en forma general en el artículo 253 TCE. Véase, por ejemplo, Tribunal de Justicia, sentencia del 14 de mayo de 1998, C-48/96 P, *Windpark Groothusen GmbH & Co. Betriebs KG/Commissione*.

⁶³ Tribunal de Primera Instancia, sentencia del 29 de octubre de 1998, causa T-136/96, *Team Srl/Comision*.

⁶⁴ El principio de la “*confiance légitime*” ha sido confirmado en la sentencia *Lemmerz-Werke* de 1965, existente en las relaciones entre sujetos jurídicos e instituciones y posteriormente utilizado en otras materias, como es en las relaciones derivadas de servicio público. Véase sucesivamente, por ejemplo, Tribunal de Justicia, sentencia del 5 de junio de 1973, *Comision/Consejo*, Rec., 1973, y conclusión Werner, p. 588; sentencia del 14 de mayo de 1975, *CNTA / Comision*, 74-74, Rec. p. 533; sentencia del 10. de octubre de 1987, *Regno Unito/Comision*, 84/85, Rec. 1987, p. 3791; sentencia del 19 de mayo de 1993, *Twijnstra/Minister von Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, Rec. 1993, I, p. 2476. Por lo que hace a la doctrina, véase: Papadopoulou, *Principes généraux du droit et droit communautaire, Origines et concrétisation*, Athenes-Bruxelles, 1996, pp. 227 y ss.

⁶⁵ Cfr. Tribunal de Primera Instancia, sentencia del 5 de junio de 1996, *Günzler Aluminium / Comision*, T-75/95, Rec. p. II-497; sentencia del 22 de enero de 1997, *Opel Austria / Consejo*, T-115/94, Rec. p. II-39, puntos 90-91, 93-94.

⁶⁶ Badiali, *Il diritto degli stati negli ordinamenti delle Comunità Europee*, Milán, 1971, p. 35.

⁶⁷ Capotorti, “Il diritto comunitario non scritto”, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1983, pp. 411 y ss; Akehurst, “The Application of the General Principles

El carácter fragmentario y la incoherencia del derecho comunitario surgen de los mismos documentos institucionales de la Comisión Europea en materia de derecho contractual,⁶⁸ como de aquellos elaborados sobre la base de las orientaciones del Consejo Europeo de Tampere del 15 al 16 de octubre de 1989⁶⁹ y de las resoluciones del Parlamento europeo.⁷⁰

De acuerdo con la doctrina, las “lagunas” del derecho comunitario animarían al juez a investigar las reglas de aplicación del llamado “derecho no escrito”.⁷¹ Se trataría, precisamente, de reglas no presentes en el derecho comunitario y extraídas de los ordenamientos de los Estados miembros, del derecho internacional consuetudinario y de los tratados, así como de la historia del derecho europeo.

En la jurisprudencia, en efecto, la construcción de nociones jurídicas se realiza haciendo referencia al derecho de los Estados miembros, a través del método comparativo. Se encontraría el rastro de este método en el mismo derecho comunitario, en la parte donde se establece que la responsabilidad extracontractual de la Comunidad se determina “de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros”.⁷² El juez comunitario, además, toma en consideración

of Law by the Court of Justice of the European Communities”, *The British Year Book of International Law*, 1981.

⁶⁸ Entre los cuales deben señalarse: la Comunicación sobre el Derecho contractual europeo (en Diario Oficial de la Unión Europea 13 de septiembre de 2001, n. 255, p. 1); la Comunicación “Mayor coherencia en el Derecho contractual europeo: un plan de acción” (COM (2003) 68 del 12 de febrero de 2003); el Libro verde “sobre la transformación en instrumento comunitario de la Convención de Roma de 1980 aplicable a las obligaciones contractuales y la renovación de la misma” (COM (2002) 654 del 14 de enero de 2003).

⁶⁹ El cual prevé una acción comunitaria orientada a la armonización “en la materia civil”, véase al respecto el punto 39 de las Conclusiones de la Presidencia.

⁷⁰ Véanse las resoluciones de 1989 (Resolución A2-157/89, en *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 158, del 26 junio 1989, p. 400), de 1994 (Resolución A3-0329/94, GU C 205 del 25 de julio de 1994, p. 518) y del 16 de marzo de 2000. En particular, el Parlamento europeo, en la Resolución de 1989, ha solicitado la redacción de un Código Común Europeo de Derecho Privado, como complemento necesario del mercado interno, en caso contrario estarían comprometidas por las fronteras jurídicas. En la Resolución del 16 de marzo de 2000 relativa al programa de trabajo de la Comisión para el 2000, el Parlamento Europeo considera “que una mayor armonización en el derecho civil sea esencial en el mercado interno, y solicita a la Comisión llevar a cabo un estudio en dicho sector”.

⁷¹ Véase al respecto de este punto y principalmente: Capotorti, *Il diritto comunitario non scritto*, pp. 409 y ss.

⁷² En los ejemplos antes referidos, el recurso al método comparativo es evidentemente a propósito de la compensación. En particular el caso *CCRE*, referido a la compensa-

los ordenamientos nacionales para elaborar conceptos jurídicos, incluso más allá de los aspectos relativos a la responsabilidad extracontractual, como se ha afirmado en el caso *Brasserie du pêcheur*.⁷³

El juez comunitario hace alusión frecuentemente al derecho internacional consuetudinario (como en el caso del principio *pacta sunt servanda*) o a los tratados internacionales y a los de las organizaciones internacionales, como ha sucedido en la elaboración de las nociones de “derechos fundamentales” a partir de las convenciones de la Organización de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, en la sentencia *Stauder*.

En el derecho de las obligaciones, el reenvío al derecho internacional, por ejemplo, provee de un auxilio al juez para reconocer el resarcimiento por el retraso en el pago, como se individúa en el artículo 78 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías;⁷⁴ o bien, en relación con el principio de buena fe, que es tratado en el artículo 18 de la Convención de Viena I (como “corolario” del principio de la custodia legítima, elaborado por el mismo juez comunitario).⁷⁵

Otra referencia utilizada en la jurisprudencia es la relativa a la historia del derecho europeo, y en particular al derecho romano, como se afirma al menos después del caso *Klomp* de 1969.⁷⁶

ción, ofrece un buen ejemplo de la metodología comparativa para la elaboración de los principios. En las conclusiones del abogado general, el principio de “compensación” es individualizado, precisamente, a partir de una investigación conducida sobre los derechos nacionales. Véanse puntos 44 y ss de las conclusiones. Cfr. también el artículo 288.2, TCE, antes citado.

⁷³ Tribunal de Justicia, sentencia del 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur / Bundesrepublik Deutschland e The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factoriame*, C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029, 27.

⁷⁴ Tribunal de Primera Instancia, sentencia del 9 de octubre de 2002, *Hans Fuchs/Comision*, T-134/01, Rec. p. II-3909, puntos 56 y 57.

⁷⁵ Tribunal de Primera Instancia, sentencia del 22 de enero de 1997, *Opel Austria/Conseil*, T-115/94, Rec. p. II-39, puntos 90 y 91, 93 y 94.

⁷⁶ Véase: Tribunal de Justicia, sentencia del 25 de febrero de 1969, *Klomp/Inspectie der belastingen*, 23-68, Rec. p. 43, a propósito de principio de la “continuidad de los ordenamientos jurídicos”. Véase también el caso CCRE, en el cual el abogado general Léger considera oportuno hacer referencia a los comunes orígenes iusromanistas, con el objeto de demostrar la existencia de concepto de compensación en el derecho comunitario. Véase la referencia al Digesto 16. 2 Cod. 4. 31 *de compensationibus*. En general I. 1 D. h. t. “*Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*”. Acerca de la “compensa-

2. La función creativa de la jurisprudencia

Según la doctrina, la elaboración de los conceptos da parte del juez comunitario no sirve sólo para clarificar el sentido del ordenamiento.⁷⁷

Integrando y completando las “lagunas”,⁷⁸ la jurisprudencia comunitaria desarrollaría una función “pretoria”, en función de la cual individualizaría reglas y principios de “derecho no escrito”, colocándose en el cruce entre la interpretación y la creación del derecho.⁷⁹

Con tal propósito se habla de un *law-making power* del juez comunitario.⁸⁰ El Tribunal de Justicia ejercitaría un verdadero y propio poder normativo, que sustituye a aquel de las instituciones.⁸¹

La función creativa se comprobaría en el escaso rigor con el cual se utilizan metodologías como la de derecho comparado o la histórica. Se ha hecho notar, después del caso *Algera*,⁸² que el análisis llevado a cabo por el Tribunal sobre los ordenamientos nacional resulta ser siempre muy sintético y se sustancia normalmente en un reenvío genérico y poco apegado a las circunstancias.

Se considera que este comportamiento de la jurisprudencia pueda ser explicado de un solo modo: “El Tribunal tiende en realidad a sustraerse

ción”, véase Windscheid, *Diritto delle pandette*, 1930, § 348 ss.; Pothier, *Le Pandette di Giustiziano*, libro XVI, título II.

⁷⁷ Cfr. Capotorti, *Il diritto comunitario non scritto*, p. 410, el cual cita como ejemplos de principio interpretativos: el principio del efecto directo, la buena fe y la certeza del derecho. En sentido general, puede consultarse en relación con los principios generales del orden jurídico Sosa Morato, “Volver a las fuentes...”, *Problemas actuales del derecho privado mexicano*, México, Porrúa-Tecnológico de Monterrey, 2005, vol. I, pp. 1 y ss.

⁷⁸ Véase, Mengozzi, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione Europea*, Padúa, 2003, p. 248; Adinolfi, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*.

⁷⁹ Capotorti, *Il diritto comunitario non scritto*, p. 409; Adinolfi, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, 1994, 531; Akehurst, *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*.

⁸⁰ Bettati, “Le “law-making power” de la Cour”, *Pouvoir*, 1989, pp. 57 y ss.

⁸¹ Las opiniones contrarias al respecto son aisladas. Cfr. Everling, “The Court of Justice as a Decisionmaking Authority”, *Michigan Law Review*, 1983-1984, pp. 1294 y ss, recuerda que el poder de elaborar principios se encuentra dentro de la competencia judicial.

⁸² En el caso *Algera* (sentencia del 12 de julio de 1957, *Algera e.a./Assemblea*, Rec. 1957, p.81) el Tribunal de Justicia ha considerado el principio de la revocación de los actos administrativos, a través de una investigación comparada detallada de los ordenamientos nacionales.

de los espacios de discrecionalidad dentro de los cuales ejercitar una actividad dirigida a la creación de reglas materiales”⁸³

El amplio poder discrecional del que se sustrae el juez comunitario es visto como un comportamiento si no *contra legem*, al menos dentro de los límites de la legalidad,⁸⁴ dado que no está contemplado en el ordenamiento jurídico comunitario.

3. Aspectos problemáticos de la teoría actual

El acercamiento teórico descrito no es totalmente convincente.

La idea de que la jurisprudencia crea normas jurídicas, cuando se aplica a una disciplina incompleta e incoherente, no es propia sólo del derecho comunitario y del internacional,⁸⁵ sino también de la doctrina relativa a los ordenamientos nacionales; ordenamientos que deberían gozar de mayor “plenitud”.

En general, el grado de plenitud de un ordenamiento jurídico es, probablemente, un falso problema. Como observa Bobbio, efectivamente, el lenguaje de las fuentes jurídicas es siempre y generalmente “incompleto”, en cuanto que “el legislador no extrae de las proposiciones normativas expresas todas las consecuencias normativas que de estas pueden obtenerse”⁸⁶ De esta manera, el metalenguaje del estudioso y del juez “completa” el lenguaje legislativo. Asimismo, con acentos y argumentaciones diferentes, otros autores consideran que la plenitud corresponde a todos los ordenamientos jurídicos.⁸⁷ La jurisprudencia comunitaria, a la

⁸³ Adinolfi, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, p. 526.

⁸⁴ Véase Akehurst, *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, ya citado, a propósito del concepto de “force majeure”.

⁸⁵ Véase Gaja, voz *Principi del diritto* (Derecho internacional), *Encycl. Dir.*, vol. XXXV, Milán, 1983, p. 533 y ss. Para el autor, la Corte desempeña un papel creativo, al parejo de otras cortes internacionales y de los árbitros. Acerca del concepto de “principios generales” en el derecho internacional, véase Conforti, *Diritto internazionale*, Nápoles, 2002, pp. 39 y ss.

⁸⁶ Bobbio, N., “Scienza del diritto e analisi del linguaggio”, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1950, pp. 360 y ss.

⁸⁷ Véanse, entre otros, Betti, E., “Sui principi generali del nuovo ordine giuridico”, *Riv. Dir. Comm.*, 1940, I, p. 212. Véase también René David, quien habla de una especie de “colaboración” entre intérprete y legislador. Esto último, a través de los princi-

par de la nacional, elabora los conceptos independientemente del mayor o menor grado de “plenitud”.

Resta por entender si la jurisprudencia comunitaria integra el ordenamiento jurídico, a través de un mero reenvío a los ordenamientos nacionales, al derecho internacional o a la historia del derecho europeo.

Se trata de una tesis no completamente satisfactoria. Parece advertirlo la misma doctrina cuando debe admitir que en realidad el juez comunitario no cumple investigación sistemática de tipo comparativo o histórico.

Del examen de las sentencias, además, no parece que el juez integre el ordenamiento jurídico con nociones de otros ordenamientos.

En los juicios sobre la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, la referencia a los “principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros”,⁸⁸ no significa que el juez deba “calcular la media aritmética de los derechos nacionales o... atenerse al mínimo común denominado” (como afirma el abogado general Léger, en el caso CCRE, C-87/01, citado) ni que sea necesario tener en cuenta la mayoría de las legislaciones ni, mucho menos, se requiere que el juez verifique la existencia de una regla en todos los ordenamientos nacionales. La responsabilidad extracontractual (aunque la misma afirmación podría hacerse en todos los casos donde se hace referencia a los ordenamientos nacionales o al derecho internacional) se individualiza a través de nociones jurídicas propiamente comunitarias.

Por esta razón, el juez no integra el ordenamiento jurídico comunitario cuando elabora los conceptos en el ejercicio del poder de interpretación prejudicial o en el caso de anulación de los actos de las instituciones; en estas hipótesis la referencia a las valoraciones del juez es propia del derecho comunitario. En el reenvío prejudicial, el juez comunitario considera que debe limitarse “à déduire de la lettre et de l'esprit du traité la signi-

pios generales, demanda a los intérpretes integrar la legislación (Jauffret-Spinosi, David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padúa, 1995, pp. 125 y ss.). Para un estudio de las técnicas de integración de la ley en el derecho romano, véase: Vacca, L., “L'interpretazione analogica della legge e il diritto casistico nell'esperienza romana”, Palazzo, a cargo de, *L'interpretazione alle soglie del XXI secolo*, p. 61. Respecto del tema más general de las “lagunas” en el derecho y de los instrumentos para superarlas véase: Bobbio, N., voz “Lacune del diritto”, *Noviss. Dig. it.*, vol. IX, Turín, 1963, pp. 419 y ss; Guastini, R., voz “Lacune del diritto”, *Dig. Disc. Priv.*, Sez. *Dir.civ.*, vol. X, Turín, 1993, pp. 269 y ss.

⁸⁸ Véase artículo 228.2 TCE.

fication des normes communautaires”.⁸⁹ En el procedimiento en el cual el juez estima la validez de los actos emanados de las instituciones comunitarias, además, éstas son interpretaciones “a la luz del derecho comunitario” y no de los derechos nacionales, por más que esto comportara, en abstracto, la violación de normas constitucionales nacionales, como afirma el Tribunal con base en la jurisprudencia *Internationale Handelsgesellschaft* de 1970.⁹⁰

En la calificación de los conceptos jurídicos, en consecuencia, el juez comunitario no integra el ordenamiento comunitario, mejor aún, elabora un significado jurídico “autónomo”,⁹¹ aunque a partir de nociones jurídicas que, en su origen, parecen tomadas de los ordenamientos nacionales⁹² o bien del derecho internacional.⁹³

4. *El cargo del juez comunitario*

La teoría actual, como se ha dicho, ve en la elaboración de los principios la expresión de un poder normativo.

En realidad, como emerge de la misma doctrina, el presunto *law-making power* del juez no está explícitamente previsto en el ordenamiento jurídico comunitario. El Poder Legislativo solamente corresponde a las instituciones

⁸⁹ Tribunal de Justicia, sentencia del 27 de marzo de 1963, *Da Costa en Schaake NV e.a. / Administratie der Belastingen*, 28 a 30-62, Rec. p. 61.

⁹⁰ Tribunal de Justicia, sentencia del 17 diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11-70, Rec. p. 1125.

⁹¹ Cfr. Tribunal de Primera Instancia, sentencia del 8 de marzo de 1990, *Schwedler / Parlamento*, T-41/89, Rec. p. II-79, y otras. En lo que hace a la doctrina, véase, por ejemplo, Scannicchio, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, en Lipari (a cargo de), *Diritto privato europeo*, vol. I, Padúa, 1997, p. 92. Acerca de la referencia a los ordenamientos nacionales e internacionales, para la elaboración de conceptos en la perspectiva del derecho comunitario, véase: Toriello, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, pp. 199 y ss.

⁹² Sobre este punto véase, por ejemplo, Tribunal de Justicia, sentencia del 14 de enero de 1982, *Corman / Hauptzollamt Gronau*, 64/81, Rec. p. 13, cfr. octavo apartado; sentencia del 2 de abril de 1998, *The Queen / Comisionrs of Customs and Excise, ex parte EMU Tabac e.a.*, C-296/95, Rec. p. I-1605, punto 30; sentencia del 22 de mayo de 2003, *Comision/Germania*, C-103/01, Rec. p. I-5369, punto 33.

⁹³ Tribunal de Justicia, sentencia del 9 de octubre de 1973, *Muras / Hauptzollamt Hamburg Jonas*, 12-73, Rec. p. 963.

investidas de la facultad de elaborar las fuentes jurídicas comunitarias (en particular el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros).

El Poder Legislativo no parece poder admitir el primer principio ni siquiera implícitamente, sosteniendo que en el derecho comunitario opera la regla del precedente, así como sucede en el *common law*.⁹⁴ La interpretación prejudicial, en efecto, vincula solamente al juez del renvío, mientras no se excluye que otros jueces puedan ocuparse de la misma cuestión. En otros casos los principios elaborados por la jurisprudencia podrían vincular como máximo sólo al juez comunitario, que está acostumbrado a citar sus sentencias precedentes. El juez comunitario, todavía, no está obligado por ninguna norma a seguir su propia jurisprudencia y comúnmente cambia su comportamiento en relación a una determinada cuestión. Esta falta de vinculatoriedad del precedente excluye que en el ordenamiento comunitario valga la regla del *stare decisis*.⁹⁵

De cuanto se ha dicho, resulta preferible adoptar un acercamiento diferente y considerar las sentencias como la expresión de un poder refinadamente judicial y no legislativo. Es probable, en efecto, que también para el derecho comunitario —como ha sucedido a los ordenamientos nacionales de *civil law*— se haya visto una “función normativa” ahí donde existe la discrecionalidad reconocida generalmente al juez.⁹⁶

Por lo cierto, el Tribunal de Justicia puede efectivamente incidir en el ordenamiento jurídico comunitario, ma no se convierte en legislador, pero ejercita un poder jurisdiccional;⁹⁷ este poder se caracteriza por una

⁹⁴ Véase, entre otros, Jauffret-Spinosi, David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., pp. 329 y ss.; Brown, Jacobs, *The Court of Justice of the European Communities*, Londres, 2000, véase, sobre todo, el capítulo dedicado al “*Precedent*”, pp. 368 y ss.; Gorla, voz “Precedente giudiziale”, *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990. Acerca de las dudas sobre el absoluto carácter vinculatorio del precedente véase en cualquier caso, Vianello, “La relatività della regola “stare decisis” nella pratica del precedente giudiziario”, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1992, pp. 631 y ss.

⁹⁵ Brown, Jacobs, *The Court of Justice of the European Communities*, pp. 368 y ss.

⁹⁶ Al respecto véase: Pino, *La ricerca giuridica*, Padúa, 1996, en particular el capítulo XVII, pp. 375 y ss., dedicado a la actividad jurisdiccional.

⁹⁷ Esta es la opinión, entre otros, de Everling, “The Court of Justice as a Decisionmaking Authority”, *Michigan Law Review*, 1983-1984, pp. 1309 y ss. Al respecto de la diferencia entre “creatividad” de los jueces y funciones legislativas *cfr.* Cappelletti, “Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente”, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1982, pp. 774 y ss.

discrecionalidad particularmente amplia, que deriva del hecho de que el juez es constitucional y al mismo tiempo de última instancia.

5. La búsqueda de la coherencia en el ordenamiento jurídico

El método con el que el juez comunitario elabora los conceptos jurídicos resulta la consecuencia de considerar el derecho comunitario como un “ordenamiento jurídico”, a partir de la jurisprudencia *Van Gend en Loos*.

Si se examina superficialmente, el ordenamiento jurídico comunitario puede parecer incompleto y fragmentario, articulado en disciplinas sectoriales. Pero si se considera el ordenamiento de modo unitario:⁹⁸ “Las disciplinas de los sectores deben... ser reconducidas a una tela de fondo más vasta”. Los conceptos jurídicos operan entonces “como factores de trabazón y de coherencia del sistema”.⁹⁹

Con la elaboración de los conceptos de derecho comunitario, el juez de la Unión Europea, de un modo no tan distinto al de otros jueces o de otros estudiosos, que deducen de las fuentes jurídicas los conceptos útiles para la interpretación y la aplicación del sistema.

Esta coherencia viene a ser investigada a través de las estrategias interpretativas conocidas ya en las jurisprudencias nacionales, sobre todo en lo que se refiere especialmente a la perspectiva del ordenamiento jurídico. Se elaboran los conceptos haciendo referencia al contexto, a las finalidades de las fuentes¹⁰⁰ y de los tratados, por medio de la aplicación analógica de una disposición, siempre y cuando los hechos jurídicos, que directamente regula o toma en consideración, sean “comparables”.¹⁰¹

Desde la perspectiva de la coherencia, se comprende mejor porqué, en la elaboración de los conceptos se hace referencia al derecho nacional, al internacional y al de carácter histórico.

⁹⁸ Tribunal de Justicia, sentencia del 6 de junio de 2002, *Paesi Bassi/ Comision*, C-133/99, Rec. p. I-4943, punto 30.

⁹⁹ Capotorti, *Il diritto comunitario non scritto*.

¹⁰⁰ Se refieren al contexto y a la finalidad, por ejemplo: Tribunal de Justicia, sentencia del 18 de junio de 1984, *Ekro* (327/82, Rec. p. 107) (cfr. apartados 11, 14); Tribunal de Primera Instancia, sentencia del 8 marzo de 1990, *Schwedler / Parlamento*, T-41/89, Rec. p. II-79.

¹⁰¹ Tribunal de Justicia, sentencia del 12 de diciembre de 1985, *Krohn / BALM*, 165/84, Rec. p. 3997.

Según se ha visto, si se consideran estas referencias como una suerte de investigación teórica, uno queda desilusionado de tales aproximaciones. De otra parte, no parece tampoco correcto hablar de una discrecionalidad absoluta, cuestión en la que se conteste también la doctrina antes citada, en el sentido de que representaría una verdadera y propia arbitriedad.¹⁰²

La referencia a datos que parecen fuera del texto, es en realidad una estrategia de interpretación, funcional en la construcción de la coherencia del ordenamiento comunitario, por más que no puedan excluirse otras finalidades de carácter metajurídico.¹⁰³

En particular, el llamado a los conceptos de derecho nacional e internacional depende de la particular concepción monista del ordenamiento comunitario evidenciada por la jurisprudencia *Van Gend en Loos* y *Costa contra Enel*. Con base en este acercamiento, en la jurisprudencia *AM&S*¹⁰⁴ se ha subrayado oportunamente que si el ordenamiento comunitario no es autónomo e independiente de los ordenamientos nacionales, es lógicamente correcto “tener en cuenta los principios y las concepciones comunes de los derechos”, con el fin de individualizar los conceptos jurídicos comunitarios.

Del mismo modo se comprende cómo pueden construirse las nociones jurídicas a partir del derecho internacional, en tanto que este último puede considerarse como parte integrante del derecho de los Estados miembros y, por tanto, del ordenamiento comunitario.

Para el derecho comunitario, además, parece muy interesante bajo el aspecto teórico, además de fascinante, la referencia a la historia del derecho europeo y del derecho romano en particular. Por lo demás, como recordaba Windscheid: “El derecho romano tiene para toda Europa, mejor dicho para todo el mundo civil, una importancia que no se podrá jamás estimar suficientemente”. La razón de esta importancia depende del hecho de que éste es “la expresión de un modo humano de comprender las

¹⁰² En relación con la discrecionalidad del juez (que no constituye en cualquier caso el ejercicio de un poder arbitrario), véase, Barak, *La discrezionalità del giudice*, Milán, 1995. Sobre el concepto de discrecionalidad de los poderes jurídicos, *cfr.* Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milán, 1970, pp. 176 y ss.

¹⁰³ Este reenvío puede tener un valor argumentativo. Para una teoría de la argumentación, véase, entre otros, Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milán, 1998.

¹⁰⁴ Tribunal de Justicia, sentencia de la Causa Tribunal de Justicia, sentencia de la Causa *AM&S Limited/ Comision europea*, 155/79, Rec. 1982, p. 1575 (párrafo 18) *Limited/ Comision europea*, 155/79, Rec. 1982, p. 1575, punto 18.

relaciones humanas generales, desarrollado con una maestría, que no fue más alcanzada por otra jurisprudencia o arte legislativa".¹⁰⁵

Los conceptos jurídicos del derecho romano asumen una nueva importancia, por el hecho de que representan la “semántica profunda” del derecho europeo. Desde la perspectiva histórica pueden adoptar, en efecto, los aspectos esenciales de los ordenamientos nacionales, aquellas *permanentias* que constituyen la base lógica del ordenamiento comunitario.¹⁰⁶

Esta semántica profunda surge no solamente en la elaboración de los conceptos particulares, sino también de la metodología casuística adoptada por el juez comunitario. Aun cuando esta metodología no permite elaborar una teoría orgánica, es interesante observar que conduce a disciplinar los hechos jurídicos concretos no expresamente previstos en las fuentes jurídicas.

Los conceptos elaborados por el juez comunitario, junto a las disposiciones legislativas, hacen parte del llamado *acquis* comunitario,¹⁰⁷ que es decir “tout ce qui, parmi les choses réalisées, apparaît comme une conquête définitive, qui ne saurait être remise en question... essentiels pour la cohésion de l'ensemble et la réalisation des objectifs fixés”,¹⁰⁸ cuya acogida es la condición de los Estados miembros para tomar parte y quedar en la Unión Europea.

¹⁰⁵ Windscheid, B., *Diritto delle pandette*, traducido al italiano por Fadda e Bensa, Turín, 1902, p. 18.

¹⁰⁶ “Permanencia” es la expresión de J. B. Vico utilizada por Antonio Palazzo para hablar de los valores de la tradición jurídica presente al interior del Derecho europeo (Cfr. Palazzo, “Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna”, Palazzo, Ferranti, *Etica e diritto privato*, vol. I, Padúa, 2002, pp. 1 y ss).

¹⁰⁷ Predieri, “Il diritto europeo come formante di coesione e come strumento di integrazione”, *Diritto dell'Unione Europea*, núm. 1, 1996, pp. 5 y ss.

¹⁰⁸ Pescatore, “Aspects judiciaires de l'acquis communautaire”, *Revue Trimestrelle de Droit Europeen*, 1981, p. 617; sobre el concepto de “acquis” Curti Gialdino, “Acquis communautaire”, *Diritto dell'Unione Europea*, núm. 2, 1996, pp. 650 y ss.

6. *Los conceptos elaborados por la jurisprudencia y la construcción del derecho comunitario*

En síntesis el Tribunal de Justicia no necesita ejercitar un Poder Legislativo para ser determinante en el proceso de integración jurídica europea;¹⁰⁹ esto se ve desde diferentes puntos de vistas.

Como se ha dicho antes, el juez comunitario no sólo corrige, sino también anticipa y condiciona el proceso legislativo.

Otras instituciones de la Unión Europea utilizan la jurisprudencia para conocer el ordenamiento y para desarrollar mejor la actividad legislativa. Esto es el caso de la Comisión, que en sus documentos reconoce el papel esencial de la jurisprudencia comunitaria para afrontar todas las problemáticas relativas a la elaboración de un derecho europeo. El trabajo de la jurisprudencia es importante para promover una interpretación uniforme; para individualizar los conceptos generales, hoy faltantes; para elaborar el significado de las nociones empleadas, muchas veces de modo incoherente, en la legislación comunitaria.¹¹⁰

Es indudable que los conceptos elaborados por la jurisprudencia poseen una gran influencia sobre los jueces nacionales¹¹¹ y sobre las reflexiones doctrinales. Tales conceptos pueden cumplir una importante función interpretativa y de aplicación en el derecho vigente, así como en las relaciones de negocios entre sujetos de derecho, como ha sido correctamente propuesto.¹¹²

¹⁰⁹ Respecto de la importancia y las funciones de los conceptos elaborados por el juez en la construcción del ordenamiento jurídico comunitario, véase: Alpa, “I principi generali nel diritto italiano e nel diritto comunitario”, Palazzo, *a cura di, L’interpretazione alle soglie del XXI secolo*, Nápoles, 2001, pp. 177 y ss.

¹¹⁰ Sobre este punto véase la Comunicación “Mayor coherencia en el derecho contractual europeo: un plan de acción”, especialmente el párrafo 4.

¹¹¹ Sobre la influencia que ejerce la jurisprudencia comunitaria sobre los jueces del Reino Unido, véase, por ejemplo: Collins, “The Voice of the Community in Private Law Discourse”, *European Law Journal*, 1997, pp. 407 y ss.

¹¹² Cfr. la tesis de Sassi, “Equità integrativa e squilibri negoziali (il caso dei contratti usurari)”, *Diritto e processo*, a cargo de Antonio Palazzo, 2002, pp. 335 y ss. La influencia de la jurisprudencia en la construcción del derecho europeo se observa también desde fuera del derecho de las obligaciones. Véase, por ejemplo: Colcelli, *La tutela cautelare ante-causam nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea*, 2006, pp. 497 y ss, el cual reconstruye el modo en que, también, los sistemas procesales de los Estados miembros comienzan a ser fuertemente influenciados por los principios elaborados por la Corte de Justicia, en la inteligencia de garantizar la coherencia del sistema de tutela jurisdic-

La “Comisión Lando”, por ejemplo, dice inspirarse en la jurisprudencia comunitaria en materia de responsabilidad extracontractual para la elaboración de los principios de derecho contractual en el tema del daño resarcible, del nexo de causalidad y del concurso de los afectados al pago de daños,¹¹³ o la “fuerza mayor”.¹¹⁴

Por lo tanto, el juez comunitario ejerce una influencia autorizada, porque fue el primer que imaginó el ordenamiento. Hoy sigue pensando el derecho comunitario como un conjunto coherente y permite que otros (instituciones, juristas, ciudadanos) lo hagan.

cional de las situaciones jurídicas subjetivas de origen comunitario. Y ello, no obstante, que la predisposición de la normatividad procesal sea una facultad expresamente atribuida por los tratados internacionales a los Estados miembros.

¹¹³ *I principi di diritto europeo dei contratti*, edición italiana a cargo de Castranova, Milán, 2001, p. 98.

¹¹⁴ Lando, *The rules of European contract law*, en *Comisión europea, DG Ricerca, Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code*, Giugno 1999, pp. 13 y ss.