Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MACIEJ SZPUNAR
presentadas el 15 de julio de 2021 [1]

Asunto C-261/20

Thelen Technopark Berlin GmbH
contra
MN

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania)]

«Procedimiento prejudicial — Directiva 2006/123/CE — Artículo 15 — Honorarios de arquitectos e ingenieros en el ámbito de los servicios de planificación — Tarifas mínimas y máximas — Sentencia del Tribunal de Justicia que declara el incumplimiento de un Estado miembro — Incompatibilidad con la Directiva — Invocabilidad en los litigios entre particulares — Libertad de establecimiento — Artículo 49 TFUE — Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Artículo 16 — Libertad contractual»

I. Introducción

1. En un procedimiento civil, el demandante reclama del demandado el pago de los honorarios por un servicio prestado y exige un importe que supera el pactado por las partes en el contrato. Funda su reclamación en una disposición del Derecho nacional que prevé que el prestador de un servicio determinado tiene derecho a unos honorarios por un importe igual al menos a la tarifa mínima, establecida en las disposiciones del Derecho nacional. Sin embargo, la disposición citada del Derecho nacional es incompatible con la Directiva. ¿Debe estimarse la demanda?

2. Esa es la pregunta que se ha planteado al órgano jurisdiccional remitente en el presente litigio. Su decisión depende de la respuesta del Tribunal de Justicia respecto a si, al apreciar la procedencia de la demanda de un particular, dirigida contra otro particular, un órgano jurisdiccional nacional puede dejar de aplicar una disposición del Derecho nacional, sobre la que se funda la reclamación, que es incompatible con una Directiva, en este caso, la Directiva 2006/123/CE? [2]

[1] Lengua original: polaco.

[2] Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO 2006, L 376, p. 36).

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

3. Según los considerandos 5, 6 y 64 de la Directiva 2006/123:

«5. […] procede eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros y garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado. […].

6. La supresión de estos obstáculos no puede hacerse únicamente mediante la aplicación directa de los artículos 43 y 49 del Tratado [actualmente, artículos 49 TFUE y 56 TFUE], ya que, por un lado, resolver caso por caso mediante procedimientos de infracción contra los correspondientes Estados miembros sería, especialmente a raíz de las ampliaciones, una forma de actuar extremadamente complicada para las instituciones nacionales y comunitarias y, por otro, la eliminación de numerosos obstáculos requiere una coordinación previa de las legislaciones nacionales, coordinación que también es necesaria para instaurar un sistema de cooperación administrativa. Como han admitido el Parlamento Europeo y el Consejo, un instrumento legislativo comunitario permitiría crear un auténtico mercado interior de servicios.

[…]

64. Con el fin de crear un auténtico mercado interior de servicios es necesario que se supriman las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios que aún persisten en las legislaciones de algunos Estados miembros y que son incompatibles con los artículos 43 y 49, respectivamente, del Tratado [actualmente artículos 49 TFUE y 56 TFUE]. Las restricciones prohibidas en la presente Directiva afectan especialmente al mercado interior de servicios y deben desmantelarse de forma sistemática lo antes posible».

4. El artículo 2, apartado 1, de dicha Directiva dispone:

«La presente Directiva se aplicará a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro».

5. El artículo 15 de esta Directiva establece:

«1. Los Estados miembros examinarán si en su ordenamiento jurídico están previstos los requisitos contemplados en el apartado 2 y harán lo necesario para que dichos requisitos sean compatibles con las condiciones contempladas en el apartado 3. Los Estados miembros adaptarán sus disposiciones legales, reglamentarias o administrativas con el fin de lograr que sean compatibles con dichas condiciones.

2. Los Estados miembros examinarán si sus respectivos ordenamientos jurídicos supeditan el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio al cumplimiento de los siguientes requisitos no discriminatorios:

[…]

g) tarifas obligatorias mínimas y/o máximas que el prestador debe respetar;

[…]

3. Los Estados miembros comprobarán que los requisitos contemplados en el apartado 2 cumplan las condiciones siguientes:

a) no discriminación: que los requisitos no sean discriminatorios, ni directa ni indirectamente, en función de la nacionalidad o, por lo que se refiere a las sociedades, del domicilio social;

b) necesidad: que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general;

c) proporcionalidad: que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

[…]

5. En el informe de evaluación recíproca previsto en el artículo 39, apartado 1, los Estados miembros indicarán lo siguiente:

a) los requisitos que tienen previsto mantener y los motivos por los que consideran que dichos requisitos reúnen las condiciones contempladas en el apartado 3;

b) los requisitos que se han suprimido o simplificado.

6. A partir del 28 de diciembre de 2006, los Estados miembros únicamente podrán introducir nuevos requisitos del tipo de los contemplados en el apartado 2 cuando reúnan las condiciones establecidas en el apartado 3.

[…]».

B. Derecho alemán

6. Durante el período relevante desde el punto de vista del litigio en el procedimiento principal, los honorarios de los arquitectos e ingenieros se regían por el Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (Reglamento alemán sobre los honorarios de arquitectos e ingenieros), en su versión de 10 de julio de 2013 [3] (en lo sucesivo, «HOAI»).

7. A tenor del artículo 1 del HOAI:

«El presente Reglamento regula el cálculo de las retribuciones de las prestaciones básicas de arquitectos e ingenieros (contratistas) con domicilio social en Alemania, siempre que dichas prestaciones básicas sean objeto del presente Reglamento y se efectúen desde territorio alemán».

[3] BGBl. I, p. 2276.

8. Con arreglo al artículo 7 del HOAI:

«1. Los honorarios se establecerán sobre la base del acuerdo celebrado por escrito entre las partes al contratar los servicios y deberán respetar los importes mínimos y máximos establecidos en el presente Reglamento.

2. […]

3. Los importes mínimos establecidos en el presente Reglamento podrán reducirse en casos excepcionales mediante acuerdo escrito.

4. […]

5. A falta de acuerdo por escrito en sentido contrario celebrado en el momento del otorgamiento del encargo se presumirá que se han aceptado las tarifas mínimas con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1».

9. El artículo 7 del HOAI fue modificado mediante el Erste Verordnung zur Änderung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (Primer Reglamento que modifica las reglas aplicables a los honorarios de arquitectos e ingenieros) de 2 de diciembre de 2020.[4] La modificación entró en vigor el 1 de enero de 2021. A partir de dicha fecha, el tenor del apartado 1 del artículo 7 del HOAI es el siguiente:

«Los honorarios se regirán por el acuerdo celebrado por escrito entre las partes contratantes. A falta de acuerdo por escrito sobre el importe de los honorarios, los servicios básicos devengarán las tarifas básicas establecidas con arreglo al artículo 6».

III. Hechos, procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

10. El 2 de junio de 2016, MN (el demandante), que dirige un estudio de ingeniería, y Thelen Technopark Berlin GmbH (la demandada), celebraron un contrato de servicios de ingeniería, con arreglo al cual el demandante se comprometió ante el demandado a prestar servicios para un proyecto de construcción en Berlín. Las partes acordaron que, en contraprestación por los servicios prestados, el demandante iba a recibir unos honorarios a tanto alzado por importe de 55 025 euros. Sobre la base de facturas intermedias emitidas por el demandante, el demandado le pagó la cantidad total de 55 395,92 euros brutos.

11. En julio de 2017, tras haber rescindido el contrato de servicios de ingeniería mediante escrito de 2 de junio de 2017, el demandante emitió una factura final por los servicios prestados por él con arreglo a las tarifas mínimas obligatorias resultantes del HOAI. Tomando en consideración las transferencias ya realizadas y el importe retenido en concepto de garantía, interpuso una demanda contra la demandada reclamando el pago del resto de los honorarios devengados por importe de 102 934,59 euros brutos más intereses y gastos prejudiciales de asistencia legal.

12. La demanda fue estimada en gran medida por los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia. Mediante el recurso de casación ante el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania), el demandado solicita la desestimación de la demanda.

4 BGBl. I, p. 2636.

13. A juicio del órgano jurisdiccional remitente, la resolución del recurso de casación depende de la respuesta a la pregunta de si las disposiciones del artículo 15, apartados 1, 2, letra g), y 3, de la Directiva 2006/123 resultan aplicables a un litigio entre particulares de manera que deba dejar de aplicarse la disposición del HOAI sobre la que se basa la demanda. En caso de respuesta afirmativa, el recurso de casación deberá ser estimado. Es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la que suscita las dudas.

14. Mediante sentencia de 4 de julio de 2019 Comisión/Alemania,[5] el Tribunal de Justicia declaró, en efecto, que la República Federal de Alemania incumplió las obligaciones que le incumben con arreglo al artículo 15, apartados 1, 2, letra g), y 3, de la Directiva 2006/123, al haber mantenido las tarifas obligatorias para las prestaciones de servicios de planificación de arquitectos e ingenieros establecidas en el HOAI.

15. A continuación, mediante auto de 6 de febrero de 2020, hapeg dresden,[6] el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 15, apartados 1, 2, letra g), y 3, de la Directiva 2006/123 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional conforme a la cual está prohibido convenir, en los contratos celebrados con arquitectos o ingenieros, tarifas inferiores a los importes mínimos determinados conforme al baremo de honorarios de arquitectos e ingenieros previsto en el HOAI.

16. En ese contexto, el Bundesgerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Se deduce del Derecho de la Unión y, en particular, de los artículos 4 TUE, apartado 3; 288 TFUE, párrafo 3, y 260 TFUE, apartado 1, que el artículo 15, apartados 1, 2, letra g), y 3, de la [Directiva 2006/123/CE], tiene efecto directo en un procedimiento judicial en curso entre particulares, de manera que deben dejar de aplicarse las disposiciones nacionales contrarias a dicha Directiva, que contiene el artículo 7 del HOAI y con arreglo a las cuales son obligatorias las tarifas mínimas allí establecidas para los servicios de planificación y supervisión de los arquitectos e ingenieros (salvo ciertas excepciones) y es nulo todo pacto de honorarios contenido en contratos con arquitectos o ingenieros que establezca un importe inferior a las tarifas mínimas?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

   a) ¿Constituye la legislación sobre tarifas mínimas obligatorias por los servicios de planificación y supervisión de arquitectos e ingenieros que contiene el artículo 7 del HOAI una vulneración por parte de la República Federal de Alemania de la libertad de establecimiento consagrada por el artículo 49 TFUE, o de otros principios generales del Derecho de la Unión?

   b) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión, letra a): ¿se deduce de tal vulneración que en un procedimiento judicial en curso entre particulares deben dejar de aplicarse las disposiciones nacionales sobre tarifas mínimas obligatorias (en este caso, el artículo 7 del HOAI)?»

5 C-377/17, EU:C:2019:562.

6 C-137/18, no publicado, EU:C:2020:84.

17. En el procedimiento tramitado ante el Tribunal de Justicia presentaron observaciones escritas las partes del procedimiento principal, el Reino de los Países Bajos y la Comisión Europea. Salvo la demandada en el procedimiento principal, estas partes intervinieron representadas en la vista celebrada el 3 de mayo de 2021.

IV. Análisis

18. El órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia, en esencia, si del Derecho de la Unión se deduce la obligación de que el órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio entre particulares deje de aplicar la disposición del Derecho nacional invocada por el demandante en apoyo de su reclamación, en este supuesto el artículo del 7 HOAI (en lo sucesivo, «disposición controvertida»), cuando dicha disposición resulta contraria a la Directiva 2006/123. Las dudas del órgano jurisdiccional remitente radican en el clásico problema del Derecho de la Unión, es decir, la aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales, en una relación horizontal, de las disposiciones de una Directiva no transpuesta o transpuesta defectuosamente, tras haber expirado el plazo establecido para su transposición.

19. En mi análisis recordaré brevemente la postura del Tribunal de Justicia sobre la eficacia de las Directivas en las relaciones entre particulares (sección A). A continuación, señalaré los elementos del procedimiento principal que considero esenciales en el litigio (sección B). Posteriormente, examinaré la propuesta de la Comisión relativa a la posibilidad de efectuar una interpretación conforme (sección C). Por último, pasaré a analizar los motivos para una posible inaplicación de una disposición del Derecho nacional contraria a la Directiva (sección D).

A. Eficacia de una Directiva en las relaciones horizontales

20. Del artículo 288 TFUE, párrafo tercero, resulta que una Directiva, a diferencia de un Reglamento, obliga a todo Estado miembro destinatario. Por ello, aquella no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y, por consiguiente, no puede ser invocada como tal en su contra.[7]

21. Lo anterior se denomina falta de efecto directo horizontal de la Directiva. Este último concepto se utiliza para describir tanto la falta de efecto consistente en la creación de derechos y obligaciones a cargo de los particulares, como para describir la exclusión de la propia posibilidad de aplicar una Directiva en un litigio entre particulares.

22. En este contexto, recordaré que debe distinguirse la cuestión del efecto horizontal de las Directivas de la cuestión del efecto directo horizontal de las disposiciones del Derecho primario y de los Reglamentos. En este último supuesto, hablamos de efecto horizontal de las disposiciones cuando su ámbito de aplicación incluye las conductas de los particulares (personas privadas). En otras palabras, se trata de determinar si los particulares son los destinatarios directos de las obligaciones o de las prohibiciones resultantes de dichas disposiciones. Conviene subrayar en este contexto que aun cuando los particulares no sean los destinatarios de dichas disposiciones, pueden invocarlas en un litigio con otros particulares. Ello se refiere, especialmente, a la

7 Véanse, especialmente, las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, EU:C:1986:84), apartado 48; de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292), apartado 20; de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584), apartado 108, y de 7 de agosto de 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631), apartado 42.

posibilidad de invocar tales disposiciones para determinar si las disposiciones nacionales que resultan aplicables en un litigio dado son compatibles con el Derecho de la Unión (es decir, el control de legalidad).

23. En caso de que se excluya el efecto horizontal directo de las directivas, nos encontramos ante otro problema. En efecto, en un litigio contra un particular no puede invocarse una disposición de una directiva, con independencia de que esa invocación tenga por objeto la determinación directa de los derechos u obligaciones resultantes de dicha directiva o bien apreciar la conformidad de las disposiciones nacionales con el Derecho de la Unión (el llamado control de legalidad). En ese sentido, resulta secundario determinar si los particulares son destinatarios de disposiciones concretas de una directiva dada.

24. Sin embargo, la exclusión del efecto directo horizontal de una directiva no supone que en un litigio entre particulares no pueda ser tomada en consideración de manera que afecte a la situación jurídica de otro particular. En su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha señalado varias situaciones en las que puede llevarse a cabo esa toma en consideración. A la vista del objeto del procedimiento y de las posturas manifestadas por las partes, me limitaré a recordar cuatro de ellas.

25. En primer lugar, el Tribunal de Justicia ha señalado que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la obligación de efectuar una interpretación del Derecho nacional que sea conforme con las Directivas (la denominada interpretación conforme). Al hacerlo, aquellos están obligados a interpretar las disposiciones del Derecho nacional, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva de que se trate, para alcanzar el resultado que esta persigue.[8] Invocar una directiva ante un órgano jurisdiccional con el fin de efectuar una interpretación conforme puede, por tanto, llevar a que se tome en consideración en el proceso de aplicación de ese Derecho.

26. En segundo lugar, la invocación de la Directiva por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas[9] cuando se han adoptado reglamentaciones técnicas nacionales infringiendo las obligaciones de los Estados miembros establecidas en esa Directiva, puede dar lugar a la inaplicación de estas reglamentaciones técnicas nacionales. En efecto, el incumplimiento de un Estado miembro impide aplicar en un litigio entre particulares las reglamentaciones técnicas adoptadas vulnerando las citadas obligaciones, puesto que constituye un «vicio sustancial de procedimiento».[10]

27. En tercer lugar, en caso de que resulte imposible efectuar una interpretación conforme, el órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares está obligado a dejar de aplicar una disposición nacional contraria a una directiva cuando lo requiera la necesidad de

8 Véanse, en particular, las sentencias de 10 de abril de 1984, von Colson y Kamann (14/83, EU:C:1984:153), apartado 26; de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395), apartado 8, y de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584), apartados 113 y 114.

9 Directiva 83/189/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (DO 1983, L 109, p. 8; EE 13/14, p. 34); a continuación, la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (DO 1998, L 204, p. 37); por último, la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (versión consolidada) (DO 2015, L 241, p. 1). Esta jurisprudencia resulta aplicable también respecto de la obligación prevista en el artículo 3, apartado 4, de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DO 2000, L 178, p. 1). Véase, a este respecto, la sentencia de 19 de diciembre de 2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112), apartado 100.

10 Véanse las sentencias de 30 de abril de 1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172), apartado 48, y de 26 de septiembre de 2000, Unilever (C-443/98, EU:C:2000:496), apartados 44, 50 y 51.

respetar un principio general del Derecho de la Unión, especialmente el codificado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.[11] Sin embargo, en esos supuestos, lo que justifica dejar de aplicar las disposiciones nacionales no es la disposición de una directiva, sino un principio general del Derecho de la Unión que se materializa mediante dicha disposición de una directiva.[12]

28. En cuarto lugar, no se excluye la invocación de una directiva en la denominada situación triangular, es decir, aquella en la que las consecuencias de un litigio relativo a una directiva y tramitado a nivel vertical entre un particular y un Estado afectan a la situación jurídica de un tercero.[13]

B. Especificidad del litigio principal

29. Desde el punto de vista del presente procedimiento son pertinentes los siguientes elementos fácticos del litigio principal:

– El litigio en el procedimiento principal es un litigio entre particulares (personas privadas) y la relación jurídica que es objeto del litigio trae su causa de un contrato de prestación de servicios. Por tanto, la relación entre las partes tiene carácter horizontal.

– Todos los elementos del litigio principal se circunscriben únicamente al interior de un único Estado miembro.

– La demanda se basa en una disposición del Derecho nacional que implica la aplicación de una tarifa mínima, en lugar de una estipulación contractual que determina la remuneración del prestador del servicio por un importe inferior a dicha tarifa mínima.

– Dicha disposición del Derecho nacional es contraria a lo dispuesto en el artículo 15, apartados 1, 2, letra g), y 3, de la Directiva 2006/123.[14]

– Ese carácter contrario ha sido declarado mediante una sentencia del Tribunal de Justica dictada en un procedimiento regulado por el artículo 258 TFUE.

– A juicio del órgano jurisdiccional remitente, no es posible interpretar la disposición controvertida en un sentido que garantice su conformidad con el artículo 15, apartados 1, 2, letra g), y 3, de la Directiva 2006/123.

– El contrato entre las partes se celebró después de haber expirado el plazo para transponer la Directiva al ordenamiento jurídico nacional, pero antes de que se iniciara el procedimiento judicial en el asunto Comisión/Alemania.[15]

11 En lo sucesivo, «Carta».

12 Véase la jurisprudencia citada en el punto 67 de las presentes conclusiones.

13 Véanse, en concreto, las sentencias de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld y otros (C-72/95, EU:C:1996:404), y de 7 de enero de 2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12).

14 Véanse los puntos 14 y 15 de las presentes conclusiones.

15 Sentencia de 4 de julio de 2019, Comisión/Alemania (C-377/17, EU:C:2019:562).

C. Posibilidad de una interpretación conforme

30. De una jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia resulta que la cuestión de si ha de excluirse la aplicación de una disposición nacional en una relación horizontal, debido a su incompatibilidad con la Directiva, solamente se plantea cuando no pueda efectuarse una interpretación conforme. [16]

31. Según el órgano jurisdiccional remitente, no es posible interpretar las disposiciones del Derecho nacional en un sentido que garantice su conformidad con la Directiva 2006/123, puesto que se trataría de una interpretación *contra legem*. En sus observaciones escritas y durante la vista, la Comisión cuestionó la postura del órgano jurisdiccional remitente.

32. Aunque, en el pasado, el Tribunal de Justicia subrayó reiteradamente la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de efectuar una interpretación conforme con el Derecho de la Unión de los actos legislativos, como una directiva o una decisión marco, al mismo tiempo insistía en que el principio de interpretación conforme no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. [17] Por ello, dado que, como ha señalado el propio Tribunal de Justicia, este no es competente para interpretar el Derecho interno de un Estado miembro, [18] corresponde en última instancia al órgano jurisdiccional nacional decidir si una interpretación conforme con una directiva sería una interpretación *contra legem*. [19]

33. En este contexto puedo, por un lado, estar de acuerdo con la Comisión en que las limitaciones de la interpretación del Derecho alemán resultantes de la petición de decisión prejudicial, tal como han sido expuestas por el órgano jurisdiccional remitente, parecen excesivamente estrechas. Especialmente, a la luz de la jurisprudencia de los tribunales alemanes expuesta en la petición de decisión prejudicial, de la que resulta que la invocación del principio de buena fe, recogido en el Código Civil alemán, permitió dejar de aplicar la disposición controvertida del Derecho alemán en una serie de litigios similares en el pasado. Por otro lado, dada la postura categórica del órgano jurisdiccional remitente, según la cual no procede la aplicación de dicha jurisprudencia en el presente litigio, no veo motivos para que el Tribunal de Justicia sustituya al órgano jurisdiccional remitente en la apreciación de los límites de la interpretación conforme admisible en Derecho alemán.

16 Véanse, en particular, las sentencias de 17 de abril de 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257), apartados 71 a 75 y punto 3 del fallo, y de 6 de noviembre de 2018, Bauer y Willmeroth (C-569/16 y C-570/16, EU:C:2018:871), apartado 25 y punto 2 del fallo.

17 Véanse, en particular, las sentencias de 15 de abril de 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223), apartado 100, y de 29 de junio de 2017, Popławski (C-579/15, EU:C:2017:503), apartado 33 y jurisprudencia citada.

18 Véase, en particular, la sentencia de 16 de febrero de 2017, Agro Foreign Trade & Agency (C-507/15, EU:C:2017:129), apartado 23.

19 Véanse, en particular, las sentencias de 29 de junio de 2017, Popławski (C-579/15, EU:C:2017:503), apartado 39, y de 17 de abril de 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257), apartados 73 a 75.

D. Posibles motivos para que el órgano jurisdiccional nacional deje de aplicar la disposición controvertida

1. Especificidad de la Directiva 2006/123 — como instrumento que concreta la libertad fundamental del mercado interior

34. En mi opinión, debe iniciarse el análisis del presente asunto examinando más de cerca la especificidad de la Directiva 2006/123 como instrumento que concreta, entre otros, la libertad de establecimiento resultante del artículo 49 TFUE. Si bien esta cuestión no fue invocada directamente por las partes en sus observaciones, parece indicado que el Tribunal de Justicia examine más de cerca la relación entre el artículo 49 TFUE y la Directiva 2006/123.

35. En lo que respecta a la primera parte de la segunda cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente, la Comisión excluyó la posibilidad de deducir del propio artículo 49 TFUE la exigencia de que el órgano jurisdiccional nacional deje de aplicar una disposición del Derecho nacional incompatible con dicho artículo. A su juicio, el hecho de que la aplicación de la disposición controvertida del Derecho alemán se circunscriba a las relaciones internas se opone a que en el presente asunto se tome en consideración el artículo 49 TFUE. Dicho argumento se basa en la premisa de que, si en el asunto existiera algún elemento de carácter transfronterizo y resultara aplicable la disposición controvertida del Derecho alemán, sería posible invocar el artículo 49 TFUE. Ello supondría asimismo que los hechos, que quedan comprendidos por el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123, podrían apreciarse también desde el punto de vista de la conformidad con el artículo 49 TFUE. A este respecto, tengo serias dudas, que me gustaría compartir en este punto con el Tribunal de Justicia. Estoy convencido de que estas dudas pueden justificar la aplicación directa de la Directiva 2006/123 en el presente procedimiento.

36. Por tanto, examinemos más de cerca la especificidad del capítulo III de la Directiva 2006/123, que concreta la libertad de establecimiento recogida en el artículo 49 TFUE respecto de casi todas las formas de actividades de servicios. Desde este punto de vista, la Directiva 2006/123 se distingue de otros actos legislativos de Derecho derivado, que armonizan ciertos aspectos, normalmente limitados, de la libertad de establecimiento en un sector determinado.[20] Ello supone que las reglas, elaboradas en la jurisprudencia actual, que regulan las relaciones entre las libertades de los Tratados y los medios que armonizan ciertos aspectos de dichas libertades, no pueden trasladarse automáticamente a la Directiva 2006/123.

37. En primer lugar, quisiera recordar dos resoluciones extraordinariamente relevantes del Tribunal de Justicia. Primero, la sentencia dictada en el asunto Rina Services, mediante la cual el Tribunal de Justicia declaró que si una cuestión determinada está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123, no es necesario que siga siendo analizada además a la luz de las disposiciones del Tratado.[21] Segundo, en la sentencia dictada en el asunto X y Visser, el Tribunal de Justicia declaró que las disposiciones del capítulo III de la Directiva 2006/123, relativa a las libertades de establecimiento de los prestadores, resultan aplicables también a una situación en la que todos los elementos pertinentes se circunscriben al interior de un único Estado miembro.[22]

20 Por ejemplo, la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados (DO 1977, L 78, p. 17; EE 06/01, p. 224).

21 Sentencia de 16 de junio de 2015, Rina Services y otros (C-593/13, EU:C:2015:399), apartados 23 y siguientes.

22 Véase la sentencia de 30 de enero de 2018, X y Visser (C-360/15 y C-31/16, EU:C:2018:44), apartados 99 y110 y punto 3 del fallo.

38. En segundo lugar, debe llamarse la atención sobre aquellos elementos que apuntan inequívocamente a que el legislador de la Unión —al adoptar la Directiva 2006/123— pretendió materializar, o concretar, dos libertades fundamentales del mercado interior, incluida la libertad de establecimiento. [23] La Directiva 2006/123 no pretende armonizar ciertos aspectos de la actividad de servicios, sino que materializa el propio Tratado. A tal fin, esa Directiva toma en consideración de forma extraordinariamente extensiva la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia, entre otros, mediante la especificación de determinadas limitaciones o precisando las excepciones. Por su parte, en lo que respecta al artículo 15 de la Directiva, su objetivo es claramente conciliar las competencias regulatorias de los Estados miembros en lo relativo a los requisitos del ejercicio de una actividad económica con el ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento, garantizado en el Tratado.

39. Del análisis anterior se extraen dos conclusiones. En primer lugar, si la norma nacional evaluada está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123 y es *incompatible* con esta, no es necesario examinar la conformidad de dicha norma con el Tratado. Parece que se trata de una conclusión evidente y el Tribunal de Justicia no tiene dudas al respecto. [24] En segundo lugar, por el contrario, siendo ello, en mi opinión, una consecuencia natural de la sentencia dictada en el asunto Rina Services, [25] cuando la norma nacional evaluada se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123 y es *compatible* con ella, no puede cuestionarse con arreglo a las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de prestación de servicios y a la libertad de establecimiento. [26]

40. La lógica anterior pone en cuestión, en mi opinión, la pertinencia del razonamiento de la Comisión, según el cual, cuando en el asunto exista algún tipo de elemento de carácter transfronterizo y resulte aplicable la disposición controvertida del Derecho alemán, podría invocarse el artículo 49 TFUE. En efecto, ello supondría que unos mismos hechos podrían evaluarse, tanto desde el punto de vista de la conformidad con la Directiva 2006/123, como con el artículo 49 TFUE. En mi opinión, ello sería contrario a la intención del legislador de la Unión, el cual, al adoptar dicha Directiva, pretendía una reglamentación global de la libertad de establecimiento respecto de la actividad de servicios. En otras palabras, todos estos tipos y aspectos de la libertad de establecimiento, comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva, no pueden evaluarse ya a la luz del artículo 49 TFUE.

41. Al mismo tiempo, como se deduce de la sentencia dictada en los asuntos X y Visser, [27] las disposiciones del capítulo III de la Directiva 2006/123, deben interpretarse en el sentido de que se aplican también a una situación en la que todos los elementos pertinentes se circunscriben al interior de un único Estado miembro. Esa sentencia confirma —en mi opinión— la intención del legislador de la Unión de que la Directiva 2006/123 extienda —dentro de su ámbito de aplicación — el alcance de la libertad de establecimiento también a relaciones puramente interiores. [28]

23 Véanse los considerandos 5, 6 y 64 de la Directiva 2006/123. Véase también la sentencia de 16 de junio de 2015, Rina Services y otros (C-593/13, EU:C:2015:399), apartado 40, en la que el Tribunal de Justicia declaró expresamente que la Directiva 2006/123 es un acto de Derecho derivado, que materializa una libertad fundamental consagrada por el TFUE.

24 Véanse las sentencias de 23 de febrero de 2016, Comisión/Hungría (C-179/14, EU:C:2016:108), apartado 118, y de 30 de enero de 2018, X y Visser (C-360/15 y C-31/16, EU:C:2018:44), apartado 137.

25 Sentencia de 16 de junio de 2015 (C-593/13, EU:C:2015:399).

26 La impugnación de esa normativa nacional solo sería posible si disposiciones concretas de la Directiva de servicios resultaran incompatibles con el Tratado.

27 Sentencia de 30 de enero de 2018, X y Visser (C-360/15 y C-31/16, EU:C:2018:44), punto 3 del fallo)

28 Es difícil no advertir que esta solución tiene muchas ventajas. En efecto, no es necesario buscar un elemento transfronterizo en cada situación de hecho, cuya existencia a menudo resulta difícil de identificar, para poder aplicar directamente una libertad resultante de los Tratados.

42. En mi opinión, considerar que el capítulo III de la Directiva 2006/123 concreta la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE supone que debe examinarse de forma especial la problemática de la aplicación horizontal de dicha Directiva.

43. Estoy convencido de que, si los hechos en cuestión quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del capítulo III de la Directiva 2006/123, debe excluirse la posibilidad de invocar la libertad de establecimiento del artículo 49 TFUE para conseguir impugnar la normativa de un Estado miembro en un litigio contra otro particular. Ello no solo sería contrario a la idea de la materialización de la libertad de establecimiento mediante la adopción de la Directiva 2006/123. Lo anterior llevaría también a complicados análisis sobre el alcance material de la libertad de establecimiento. En cuyo caso, debería analizarse si una normativa nacional incompatible con la Directiva sería también incompatible con el artículo 49 TFUE, suponiendo hipotéticamente que la Directiva no hubiera sido adoptada. No tengo dudas de que esta solución vulneraría el *effet utile* de la Directiva 2006/123.

44. Hipotéticamente, es posible basarse en la tradicional exclusión del efecto directo horizontal y considerar que, con independencia de si en el asunto existe o no un elemento transfronterizo, se excluye la invocación contra un particular de las disposiciones del capítulo III de dicha Directiva. Esta solución, en mi opinión, sería evidentemente inadmisible, siquiera porque un acto de Derecho derivado, como es la Directiva 2006/123, no puede limitar de ningún modo el ámbito de aplicación de una libertad del Tratado, tampoco respecto de su invocación en un litigio contra un particular.

45. Por tanto, nos queda la única y, en mi opinión, acertada solución, que resulta de admitir que el capítulo III de la Directiva 2006/123 no solo concreta la libertad de establecimiento del Tratado, sino que extiende los límites de su aplicación a relaciones puramente internas. Debería admitirse la invocación de las disposiciones de ese capítulo en un litigio contra otro particular del mismo modo que, en situaciones análogas, se admite la invocación directa de la libertad de establecimiento del Tratado.

46. Por ello, la incompatibilidad de la disposición controvertida de Derecho nacional con lo dispuesto en el artículo 15, apartado 2, letra g), de la Directiva 2006/123 debe dirimirse por el órgano jurisdiccional nacional de forma específica, sin tener en cuenta la jurisprudencia que excluye el efecto directo horizontal de las Directivas.

47. En consecuencia, considero que cuando no pueda efectuarse una interpretación conforme con el Derecho de la Unión, un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares sobre una reclamación basada en una disposición del Derecho nacional que establece unas tarifas mínimas para los prestadores de servicios de forma contraria al artículo 15, apartados 1, 2, letra g), y 3, de la Directiva 2006/123, debe dejar de aplicar dicha disposición nacional. Esta obligación incumbe al órgano jurisdiccional nacional con arreglo al artículo 15, apartados 2, letra g), y 3, de la Directiva 2006/123 como disposiciones que materializan la libertad de establecimiento resultante del artículo 49 TFUE.

2. Aplicación por analogía de la jurisprudencia sobre reglamentos técnicos

48. El Gobierno neerlandés ha propuesto, entre otras cosas, que el Tribunal de Justicia aplique por analogía en el presente asunto su jurisprudencia sobre los reglamentos técnicos no notificados.

49. Como ha señalado el propio Tribunal de Justicia, su jurisprudencia relativa a los reglamentos técnicos es excepcional y no hay motivos para extenderla a otras situaciones. La especificidad de los asuntos en los que el Tribunal de Justicia la ha adoptado,[29] consiste en que la Directiva invocada, que no generaba derechos ni obligaciones para los particulares, no definía el contenido material de la norma sobre cuya base el juez nacional debía resolver el litigio pendiente ante él. Por ello, no resultaba pertinente para esos asuntos la jurisprudencia relativa a la imposibilidad de invocar una Directiva no transpuesta en un litigio entre particulares.[30]

50. El presente asunto no se asemeja a los asuntos relativos a los reglamentos técnicos no notificados. El artículo 15, apartados 2, letra g), y 3, de la referida Directiva no es una disposición que prevea una obligación de notificación. Por tanto, no hay motivos para aplicar por analogía la jurisprudencia relativa a los reglamentos técnicos no notificados.

3. Invocación de la Directiva como «escudo» y no como «espada»

51. Según el Gobierno neerlandés, de la jurisprudencia hasta la fecha del Tribunal de Justicia[31] resulta que un particular no puede invocar una disposición de una directiva para imponer a otro particular una obligación dimanante de aquella, cuando dicha obligación no resulte del Derecho nacional (no puede ser utilizada como «espada»). Por el contrario, de la misma jurisprudencia no resulta que el particular no pueda invocar una disposición de una Directiva cuando la parte contraria pretende imponerle una obligación prevista en las disposiciones del Derecho nacional, que sea contraria a una Directiva. El Gobierno neerlandés considera que, en esta segunda situación (en la que la Directiva es utilizada como «escudo»), es obligación del juez nacional inaplicar la disposición del Derecho nacional.

52. La Comisión ve necesario llevar a cabo esa distinción. Subraya que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hasta la fecha se hace mención a que una Directiva no puede *por sí misma* crear obligaciones para un particular, de modo que no puede invocarse *como tal* respecto del particular. Sin embargo, en el presente asunto la obligación del demandante de *mantener* la remuneración por el importe pactado trae causa del contrato. Por consiguiente, la defensa del demandado frente a una reclamación de mayor alcance del demandante se lleva a cabo no solo sobre la base de la propia Directiva, sino sobre la base de la Directiva unida al contrato. Por tanto, no se trata de una situación en la que de la Directiva *por sí misma* o *como tal* se deriven determinados derechos para el particular.

53. Sin embargo, la Comisión alberga dudas sobre si lo anterior reviste una importancia decisiva en el presente asunto, en primer lugar, debido a las afirmaciones categóricas del Tribunal de Justicia en la jurisprudencia, conforme a la cual una directiva no puede invocarse en un litigio entre particulares para excluir la aplicación de la normativa de un Estado miembro contraria a esa directiva[32] y, en segundo lugar, debido a la especificidad de los contratos en el tráfico privado, que se caracterizan por el hecho de que son las propias partes, al determinar sus derechos y obligaciones, quienes ponderan sus intereses. Inevitablemente, la aplicación de una directiva

29 Véanse, en particular, las sentencias de 30 de abril de 1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172), apartado 48; de 26 de septiembre de 2000, Unilever (C-443/98, EU:C:2000:496), apartados 44, 50 y 51, y de 19 de diciembre de 2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112), apartado 100.

30 En este sentido, la sentencia de 7 de agosto de 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631), apartado 53.

31 El Gobierno neerlandés invoca las sentencias de 7 de agosto de 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631), y de 24 de enero de 2012, Domínguez (C-282/10, EU:C:2012:33).

32 Sentencia de 7 de agosto de 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631), apartado 44.

puede suponer el empeoramiento de la situación de una de las partes y, por tanto, carece de una importancia decisiva el hecho de si de aquella resulta un derecho o una obligación. En efecto, se trata, en esencia, de las dos caras de una misma moneda.

54. Comparto esta última conclusión de la Comisión.

55. En primer lugar, el planteamiento según el cual una directiva, como tal, debería surtir efectos distintos en las relaciones horizontales en función de si se utiliza como «espada» o como «escudo», en mi opinión no encuentra acomodo en el contenido del artículo 288 TFUE, párrafo tercero. De ese artículo no resulta la facultad de derogar o privar de eficacia las disposiciones nacionales contrarias a una directiva en las relaciones horizontales.

56. Como advierte acertadamente la Comisión, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende, en esencia, la prohibición de extraer consecuencias jurídicas de las directivas, ya sean derechos u obligaciones para los particulares, en las relaciones horizontales. En esencia, determinar si de una directiva resulta una obligación que una parte quiere imponer a la parte contraria o bien únicamente la prohibición de imponer una obligación que resulta del Derecho nacional, depende del sistema procesal de que se trate y de la perspectiva adoptada, por lo que dicha distinción no se basa en un criterio objetivo.

57. En efecto, si de una directiva se deduce la prohibición de adoptar disposiciones que establezcan para las partes una remuneración mínima para un servicio determinado, evidentemente puede afirmarse que se trata de una situación en la que, de una disposición del Derecho nacional, resulta la obligación de pagar un importe superior al pactado por las partes, frente a la cual la directiva protege como «escudo». Pero también se puede afirmar que de esa directiva resulta indirectamente un derecho y una obligación concreta para los particulares: el derecho para el destinatario del servicio a liberarse de la obligación mediante el pago del precio acordado en el contrato y la obligación del prestador del servicio de reconocer que el pago del precio pactado en el contrato libera al destinatario del servicio de la obligación contractual. Al defenderse de la demanda, el destinatario del servicio levanta con una mano el «escudo», pero al mismo tiempo con la otra blande la «espada», queriendo imponer sobre el prestador del servicio la obligación de reconocer que el pago de un importe inferior a la tarifa mínima conlleva la extinción de la obligación.

58. Imaginemos que el destinatario de un servicio haya pagado indebidamente una remuneración superior a la pactada en el contrato y que, a continuación, reclame su devolución al prestador del servicio. De este modo pretendería imponerle la obligación de restituir la prestación indebida. Para ello, el destinatario invocaría la Directiva como «espada». Algo similar sucedería si las partes hubiesen pactado una remuneración superior a las tarifas máximas obligatorias y el prestador, tras obtener únicamente la tarifa máxima, reclamase la diferencia entre esta y el importe establecido en el contrato. En esencia, pretendería imponer al destinatario del servicio la obligación de pagar el precio contractual, resultante de la Directiva. Si bien en el presente asunto no nos encontramos ante estas situaciones, es lógico que debería haber una idéntica solución para todos los supuestos: si la disposición del Derecho nacional no debe resultar aplicable, no lo debe ser a ninguna de dichas situaciones. La argumentación que se remite a la imposición de la obligación a un particular no garantiza la consecución de dicho efecto en cada sistema procesal y se funda en un criterio impreciso y fluctuante.

59. Examinando la propuesta del Gobierno neerlandés desde una perspectiva algo distinta, se podría centrar la atención en la propia posibilidad de invocar una directiva contra un particular. Entonces, el funcionamiento de una directiva como «escudo» se limitaría a eliminar de la motivación de la resolución la disposición del Derecho nacional incompatible con la directiva. En este sentido, el funcionamiento de la directiva como «escudo» responde a la llamada invocación de la directiva a fin de excluir una disposición de Derecho nacional (en francés, *invocabilité d'exclusion*) y es lo contrario a invocar una directiva a fin de sustituir una disposición de una directiva en la motivación de la resolución (en francés, *invocabilité de substitution*). [33]

60. Ese criterio de distinción en la forma de funcionamiento de la Directiva como «escudo» y «espada» (suponiendo que corresponde a la distinción entre «exclusión» y «sustitución») es quizás más preciso, pero es posible imaginarse situaciones en las que resulte difícil hacer este tipo de distinción.

61. Lo cierto es que, pese a que lo han sugerido los Abogados Generales Saggio, [34] Alber [35] y Ruiz-Jarabo-Colomer, [36] parece que el Tribunal de Justicia ha desestimado definitivamente este planteamiento en la sentencia Pfeiffer. [37]

62. En efecto, en este último asunto, la obligación relativa al tiempo de trabajo contraria a la Directiva en cuestión resultaba de un convenio colectivo al que se remitía el contrato celebrado por el trabajador, y no de la Ley. La diferencia entre ambos asuntos se reduce a que, en uno de ellos, la obligación incompatible con la Directiva es al mismo tiempo incompatible con una estipulación contenida en el contrato de las partes relativa al precio (el presente asunto) mientras que, en el otro, no se planteaba dicha incompatibilidad manifiesta, puesto que el propio contrato no contenía la correspondiente estipulación relativa al tiempo de trabajo, sino que reenviaba al convenio colectivo, del cual resultaba dicha obligación (asunto Pfeiffer). [38] Sin embargo, puede afirmarse que la falta de la correspondiente estipulación en el contrato implicaba que la obligación a este respecto se definía mediante una disposición legal que establece la duración máxima de la jornada laboral de los trabajadores. El hecho de que, en el presente asunto, la incompatibilidad resulte directamente del contenido del contrato no permite considerar, en mi opinión, que se exija llegar a una conclusión diferente en el presente asunto respecto al efecto directo horizontal de una directiva.

63. Resumiendo esta parte de las reflexiones, considero que el artículo 288 TFUE, párrafo tercero, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no permiten concluir que los derechos y las obligaciones de los particulares pueden, en general, configurarse de forma vinculante tomando en consideración una disposición de una directiva «como tal» en el proceso de determinación del fundamento jurídico de la resolución que dirime un litigio entre particulares. En este contexto, debe aceptarse que, en el proceso de determinación del fundamento jurídico de dicha resolución, no resulta esencial que, en el curso del mismo, se excluya una disposición del Derecho nacional o

33 Véanse las conclusiones del Abogado General P. Léger presentadas en el asunto Linster (C-287/98, EU:C:2000:3), puntos 57 y siguientes, y el artículo que allí se menciona de Y. Galmot y J.-C. Bonichot, La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national, *Revue française de droit administratif*, 4(1), janvier-février 1988, p. 16.

34 Véanse las conclusiones del Abogado General A. Saggio presentadas en los asuntos acumulados Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98, EU:C:1999:620), punto 38.

35 Véanse las conclusiones del Abogado General S. Alber presentadas en el asunto Collino y Chiappero (C-343/98, EU:C:2000:23), punto 30.

36 Véanse las conclusiones del Abogado General D. Ruiz-Jarabo Colomer presentadas en los asuntos acumulados Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2003:245), punto 58.

37 Sentencia de 5 de octubre de 2004, (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584), apartado 108.

38 Sentencia de 5 de octubre de 2004, (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584), apartado 108.

bien se sustituya por una disposición de una directiva o se complete la fundamentación de la resolución mediante una disposición de una directiva. En último término, los conceptos de «sustitución» y «exclusión» de una disposición del Derecho nacional en una relación horizontal solo sirven para determinar el efecto de una posible toma en consideración de una directiva en el proceso de aplicación del Derecho. Sin embargo, no hay motivos para declarar que una directiva surte un efecto directo en una relación horizontal, cuando su toma en consideración tiene como efecto únicamente la exclusión de la aplicación de una disposición del Derecho nacional.

4. Invocación de los principios generales del Derecho de la Unión, especialmente el de libertad contractual

64. En sus observaciones escritas, la Comisión ha propuesto como alternativa dejar de aplicar la disposición controvertida debido a su incompatibilidad con la libertad contractual garantizada en el artículo 16 de la Carta. Dicha libertad incluye la libertad de las partes para fijar el precio de la prestación. [Esta libertad] está limitada por una disposición del Derecho nacional que contempla unas tarifas mínimas obligatorias para determinados servicios. Debido al carácter desproporcionado de la limitación establecida a dicha libertad, la Comisión considera que la disposición controvertida del Derecho alemán, al ser contraria al artículo 16 de la Carta, debe dejar de aplicarse por el órgano jurisdiccional nacional.

65. Analizaré en primer lugar los requisitos que se deducen de la jurisprudencia actual respecto de la posibilidad de invocar la Carta para dejar de aplicar una disposición de Derecho nacional contraria a una directiva (punto a). A continuación, examinaré si esos requisitos se han cumplido respecto de la libertad contractual y del derecho a fijar el precio (punto b). Por último, valoraré la posibilidad de aplicar la disposición que garantiza dicha libertad en el presente asunto (punto c).

a) Requisitos para invocar los principios generales del Derecho de la Unión, incluyendo los concretados en la Carta

66. En la jurisprudencia iniciada mediante la sentencia dictada en el asunto Mangold,[39] el Tribunal de Justicia permitió dejar de aplicar, en una relación horizontal, las disposiciones del Derecho nacional incompatibles con una directiva, cuando lo requieran los principios generales del Derecho de la Unión, especialmente los concretados en la Carta.[40]

67. Así pues, el Tribunal de Justicia ha considerado que existen motivos para rechazar la aplicación de disposiciones nacionales incompatibles con las disposiciones de la Directiva 2000/78/CE del Consejo,[41] en la medida en la que ello sea necesario para respetar los principios generales del Derecho de la Unión, como el principio de no discriminación por motivo de edad[42]

39 Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), apartado 76.

40 La relación entre los principios generales del Derecho de la Unión y los derechos fundamentales consagrados en la Carta no resulta inequívocamente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El Abogado General P. Cruz Villalón, en sus conclusiones presentadas en el asunto Prigge y otros (C-447/09, EU:C:2011:321), apreció que desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa un principio general del Derecho de la Unión, como es la prohibición de discriminación, ha sido objeto de positivación en la «Carta de Lisboa» (punto 26 de las conclusiones). En las presentes conclusiones, para simplificar, utilizaré el concepto de «principios generales del Derecho de la Unión, incluyendo los concretados en la Carta».

41 Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO 2000, L 303, p. 16).

42 Véanse, en particular, las sentencias de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), apartado 76; de 19 de enero de 2010, Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), apartado 46, y de 19 de abril de 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278), apartados 35 a 37.

o el de no discriminación por motivos de religión o de convicciones [43] y el derecho a la tutela judicial efectiva. [44] En los asuntos relativos a la Directiva 2003/88/CE, [45] ha considerado que está justificado rechazar la aplicación de las disposiciones nacionales que vulneren el derecho del trabajador a las vacaciones anuales retribuidas, consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta. [46]

68. Por el contrario, el Tribunal de Justicia se ha opuesto a la aplicación de este planteamiento a las obligaciones resultantes del artículo 1 de la Tercera Directiva 90/232/CEE del Consejo, [47] motivándolo en el hecho de que no puede considerarse que esta disposición concrete un principio general del Derecho de la Unión. [48] Procedió de forma análoga respecto de las disposiciones de la Directiva 2002/14/CE, [49] declarando que la prohibición enunciada en su artículo 3, apartado 1, no puede deducirse, como regla jurídica directamente aplicable, ni del texto del artículo 27 de la Carta ni de las explicaciones referidas a ese artículo. [50]

69. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia suele ser criticada por la doctrina por llevar a una aplicación demasiado restrictiva de la Carta en las relaciones entre particulares [51] y por condicionarla a criterios imprecisos. [52] Los Abogados Generales también se pronunciaron en el pasado a favor de una aplicación más extensiva de la Carta a las relaciones horizontales. [53] Pese a ello, el Tribunal de Justicia permanece fiel, en principio, a su enfoque cauteloso y casuístico. [54]

70. Lo paradójico de toda la situación es que, debido a la imposibilidad de aplicar las directivas en las relaciones horizontales, la eficacia de la Carta, un acto de Derecho primario que tiene un rango idéntico al de los Tratados, en las relaciones horizontales, se va develando durante años «a plazos», con ocasión de sucesivas peticiones de decisiones prejudiciales, relativas a la posibilidad de dejar inaplicada una disposición del Derecho nacional contraria a una directiva no transpuesta o traspuesta de forma incorrecta. En efecto, en este ámbito la Carta ha demostrado tener una importancia práctica extraordinaria, convirtiéndose *de facto* —utilizando el lenguaje de los alquimistas— en la piedra filosofal del Derecho de la Unión que sirve para «transmutar» normas

43 Véanse, en particular, las sentencias de 17 de abril de 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257), apartados 76, 77 y 79; de 11 de septiembre de 2018, IR (C-68/17, EU:C:2018:696), apartados 69 a 71, y de 22 de enero de 2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43), apartados 76 y 80.

44 Véase la sentencia de 17 de abril de 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257), apartado 78.

45 Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO 2003, L 299, p. 9).

46 Véanse, en particular, las sentencias de 6 de noviembre de 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874), apartados 74, 80, 81 y punto 2 del fallo, y de 6 de noviembre de 2018, Bauer y Willmeroth (C-569/16 y C-570/16, EU:C:2018:871), apartados 80, 84 y 91.

47 Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, Tercera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (DO 1990, L 129, p. 33).

48 Véase la sentencia de 7 de 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631), apartado 48.

49 Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (DO 2002, L 80, p. 29).

50 Véase la sentencia de 15 de enero de 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2), apartado 46.

51 Véase, por ejemplo, D. Leczykiewicz, *Horizontal application of the Charter of Fundamental Rights*, European Law Review, 2013, 38(4), pp. 479 a 497.

52 Véase, por ejemplo, E. Frantziou, *The horizontal effect of fundamental rights in the European Union: a constitutional analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2019, según la cual, «The judgments remain rooted in largely unpredictable, case-by-case assessments, which predominantly concern direct effect, but marginalise the overall significance of horizontality in the field of fundamental rights (as well as the risk of its over-extension)» (p. 114).

53 Véanse, en concreto, las conclusiones del Abogado General P. Cruz Villalón en el asunto Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2013:491), puntos 34 a 38.

54 A la luz de la jurisprudencia más reciente, sin embargo, puede plantearse la pregunta de si el Abogado General Y. Bot seguiría manteniendo hoy su apreciación recogida en las conclusiones presentadas en los asuntos acumulados Bauer y Broßonn (C-569/16 y C-570/16, EU:C:2018:337), punto 95, en las que definió de «excesivamente restrictivo» el enfoque de aquel entonces del Tribunal de Justicia.

«básicas» (disposiciones de directivas que no tienen efecto horizontal) en «nobles» (que si tienen dicho efecto). Estas han sido las ocasiones en las que se han elaborado las reglas para invocar la Carta en las relaciones entre particulares.

71. A la luz del estado actual de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el requisito esencial para que una disposición determinada de la Carta pueda constituir un fundamento autónomo para dictar una resolución en los procedimientos tramitados ante los órganos jurisdiccionales nacionales es su «autosuficiencia». [55] Dicha disposición debe ser suficiente para poder atribuir autónomamente a los particulares un derecho que puedan invocar en los litigios contra otros particulares. Para que ello sea posible debe deducirse de aquella un derecho que tenga carácter imperativo y a la vez incondicional. Este último requisito no se cumple cuando, para determinar el contenido de dicho derecho, resulte necesario adoptar ulteriores disposiciones, ya sea en el Derecho de la Unión o en el nacional. [56]

72. Además, el requisito para aplicar una disposición de la Carta con el fin de generar el efecto horizontal de una disposición de una directiva es la existencia de una relación entre una disposición concreta de la Carta y una disposición de una directiva. Esta relación, respecto de algunos derechos, debería consistir en la concreción de una disposición de la Carta mediante una disposición de una directiva. [57]

73. ¿Se cumplen estos requisitos respecto del artículo 16 de la Carta en la medida en que este garantiza la libertad contractual?

74. Antes de responder a dicha pregunta, subrayaré que el presente asunto no versa, en esencia, sobre el efecto horizontal directo de una disposición de la Carta en una concepción clásica. En efecto, no reflexionamos acerca de si una disposición de la Carta impone directamente obligaciones a una de las partes del contrato, sino acerca de si, en un litigio entre particulares, puede excluirse la aplicación de una disposición del Derecho nacional por su incompatibilidad con una disposición de la Carta, en este caso, su artículo 16. Sin embargo, también en esta situación deberían cumplirse los requisitos anteriores, puesto que prejuzgan el efecto directo de una disposición de la Carta, es decir, la posibilidad de su aplicación directa en un litigio en tramitación.

55 A este respecto, véanse las conclusiones del Abogado General Y. Bot presentadas en los asuntos acumulados Bauer y Broßonn (C-569/16 y C-570/16, EU:C:2018:337), puntos 80 y 82, así como la doctrina citada.

56 K. Lenaerts, The Role of the EU Charter in the Member States, en: *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Oxford, Hart, 2020, pp. 32 y 33; S. Prechal, Horizontal direct effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 66/(2020), p. 420.

57 Este requisito no es imperativo. En la jurisprudencia más antigua parecía jugar un papel decisivo (véanse, por ejemplo, las sentencias de 19 de enero de 2010, Kücükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, apartado 21; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 22, 27, 35 y 38; de 7 de agosto de 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, apartado 48). Por otro lado, en la sentencia de 6 de noviembre de 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874), apartados 78 y 79, el Tribunal de Justicia ha declarado que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas no requiere de concreción en el Derecho derivado. Se ha pronunciado en el mismo sentido en la sentencia de 17 de abril de 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257), apartado 78, respecto del derecho a la tutela judicial efectiva.

b) Libertad contractual

1) Observaciones preliminares

75. La libertad contractual [58] constituye uno de los principios esenciales del Derecho privado, junto a principios como el de que los contratos deben ser ejecutados o el principio de buena fe. Aunque sus fuentes puedan remontarse a la antigüedad, tradicionalmente se considera que encontró su expresión completa por primera vez en el Código Napoleónico. [59]

76. A veces puede tenerse la impresión de que la libertad contractual es —utilizando terminología inglesa— como «the elephant in the room». En mi opinión, no ha encontrado todavía el lugar que le corresponde en el sistema jurídico de la Unión. No obstante, constituye su fundamento, especialmente en el contexto del funcionamiento de las libertades fundamentales. [60] Es imposible imaginarse sin ella la existencia del mercado interior y de una economía social de mercado altamente competitiva, que se mencionan en el artículo 3 TUE, apartado 3, ni la adopción de una política económica que respete el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, mencionada en el artículo 119 TFUE. Al mismo tiempo, permanece oculta detrás de todo el sistema de otros principios y derechos de la Unión.

77. Quizás el presente litigio podría brindar al Tribunal de Justicia la ocasión de examinar más de cerca la libertad contractual y precisar su lugar en el sistema jurídico de la Unión.

2) El reconocimiento de la libertad contractual en el Derecho y en la jurisprudencia

78. En la situación actual del Derecho, la libertad contractual está garantizada por el artículo 16 de la Carta. Si bien no se recoge expresamente en su tenor, de las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales [61] se deduce que aquella forma parte de la libertad de empresa a la que se dedica dicho artículo.

79. Una disposición determinada de la Carta puede garantizar diferentes derechos y libertades y formular diferentes principios, [62] algunos de los cuales pueden cumplir los requisitos para ser el fundamento de las resoluciones adoptadas en los procedimientos que se tramiten ante los órganos jurisdiccionales nacionales, mientras que otros no. [63] El hecho de que el artículo 16 verse, entre otros, sobre la libertad contractual, no supone que los requisitos para su invocación ante los órganos jurisdiccionales polacos sean válidos también respecto de otros derechos o libertades garantizados en el artículo 16 de la Carta. A la vista del objeto del presente asunto, limitaré mi análisis a la libertad contractual y, más adelante, al derecho concreto que resulta de esta.

58 En la doctrina jurídica polaca se utiliza frecuentemente el concepto de «zasady swobody umów (principio de libertad contractual)». Para evitar la impresión de que prejuzgo la calificación de esta libertad como «principio» y no como «derecho», en el sentido del artículo 52 de la Carta, utilizaré en las conclusiones el concepto de «libertad contractual».

59 R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353(1) k.c. [Los límites de la configuración del contenido y el objeto de los contratos obligacionales. Art. 353(1) k.c.]*, Cracovia, Zakamycze, 2005, p. 41, el cual, sin embargo, señala siguiendo a J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris, 1993, p. 41, que el artículo 1134 de dicho Código Civil, tratado tradicionalmente como una emanación del principio, en absoluto lo expresa en esencia.

60 Como señaló recientemente J. Basedow, «[w]hile the freedom of contract was a necessary element in the overall scheme of the internal market from the very beginning, it has only much more recently been acknowledged as a principle of EU law.» (J. Basedow, *EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2021, s. 426, Nb 68.).

61 Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (DO 2007, C 303, p. 17; en lo sucesivo, «Explicaciones sobre la Carta»).

62 Véanse las Explicaciones sobre la Carta, relativas al artículo 52, apartado 5, de la Carta.

63 K. Lenaerts, *op. cit.*, p. 33, que señala que, en el caso del artículo 31, apartado 2, de la Carta, únicamente en su contenido esencial («the essence») tiene este un efecto directo horizontal.

80. De las Explicaciones sobre la Carta resulta expresamente que su artículo 16 únicamente codifica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la cual este ya declaró que en el Derecho de la Unión rige la libertad contractual.[64] El estatuto de la libertad contractual como uno de los principios del Derecho de la Unión fue a continuación confirmado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada tras la adopción de la Carta.[65] Puede entenderse, por tanto, que se trata de una libertad consolidada, garantizada por el Derecho de la Unión. Se considera que esta constituye un derecho y no un principio en el sentido del artículo 52, apartado 5, de la Carta.[66]

3) Contenido de la libertad contractual

81. La libertad contractual constituye un subtipo de la libertad en general. A este respecto, se trata de una libertad en el ámbito de las obligaciones de Derecho privado. Esta libertad con frecuencia se identifica con la autonomía de la voluntad del individuo, pero tiene un alcance más restringido que aquella, puesto que no afecta a todos los negocios jurídicos, sino únicamente a los contratos.[67]

82. Tradicionalmente se considera que la libertad contractual está integrada por, al menos, las libertades relativas a la celebración de un contrato, a la elección de la contraparte, a la determinación del contenido del contrato y, por consiguiente, de la relación obligacional, así como la relativa a la forma del contrato.[68] En el derecho a configurar libremente el contenido de la relación obligacional por las partes se incluye a su vez el derecho a fijar los importes de las contraprestaciones recíprocas, especialmente el precio o la remuneración por la prestación de la otra parte.

83. Esta imagen de la libertad ha encontrado reflejo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Este ha señalado expresamente que la imposición por un Estado miembro a un particular de una obligación de contratar constituye una injerencia sustancial en la libertad de contratar,[69] que la

64 En este lugar, las Explicaciones sobre la Carta invocan las sentencias de 16 de enero de 1979, Sukkerfabriken Nykøbing (151/78, EU:C:1979:4), apartado 19, y de 5 de octubre de 1999, España/Comisión (C-240/97, EU:C:1999:479), apartado 99.

65 Véanse, especialmente, las sentencias de 22 de enero de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28), apartados 42 y 43; de 18 de julio de 2013, Alemo-Herron y otros (C-426/11, EU:C:2013:521), apartados 32 a 35, y de 24 de septiembre de 2020, NK (pensiones de empleo del personal directivo) (C-223/19, EU:C:2020:753), apartado 86.

66 Sentencia de 22 de enero de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28), apartados 43 a 48. Véase también P. Oliver, What purpose does Article 16 of the Charter serve? en: *General Principles of EU law and European Private Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2013, § 12.06, pp. 295 a 296; H. D. Jarass, Art.16 Unternehmerische Freiheit, *Charta der Grundrechte des Europäischen Union. Kommentar*, 4. Auflage, 2021, München, C. H. Beck, 2021, Rn. 2.

67 P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353(1) k.c. Konstrukcja prawna [La libertad contractual según el artículo 353(1) k.c. Estructura jurídica]*, Varsovia, C. H. Beck, 2005, pp. 2 y 3.

68 *Ibidem*, pp. 3 y 4. Esta definición es coherente con la redacción del artículo 1102 del Código Civil francés, con arreglo al cual «Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi». Véase también C. von Bar, E. Clive and Hans Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Munich, Sellier, 2009, Book II — I:102: Party Autonomy (1) «Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules»; así como UNIDROIT Principles 2016, artículo 1.1, titulado «Freedom of contract» del tenor «The parties are free to enter into a contract and to determine its content».

69 Véase, en particular, la sentencia de 28 de abril de 2009, Comisión/Italia (C-518/06, EU:C:2009:270), apartados 66 a 71.

libertad contractual incluye entre otros la libre elección de clientes y proveedores,[70] el derecho de las partes de poder asumir libremente obligaciones frente a la otra,[71] incluida la determinación del precio de las prestaciones,[72] y, por último, el derecho a modificar los contratos.[73]

84. Por lo expuesto, soy de la opinión de que la libertad contractual es un derecho reconocido tanto en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros como en el Derecho de la Unión. De ella se derivan también determinados derechos para los particulares, que se corresponden con las obligaciones de abstenerse de toda injerencia en la autonomía de voluntad de las partes, especialmente ordenando la celebración o resolución de contratos o imponiendo un contenido específico de los mismos.

4) Sentido de la remisión del artículo 16 de la Carta

85. Pueden albergarse dudas sobre lo categórico de esta conclusión a la vista del contenido del artículo 16 de la Carta. Se deduce de este que la libertad de empresa se reconoce «de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales». Sin embargo, en la sentencia dictada en el asunto Association de médiation sociale,[74] el Tribunal de Justicia ha declarado que del tenor del artículo 27 de la Carta, que contiene una remisión similar,[75] «resulta […] con claridad que, para que ese artículo produzca plenamente sus efectos, debe ser precisado por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional».[76] En consecuencia, la prohibición, que determinó la resolución de aquel asunto, no puede deducirse, como regla jurídica directamente aplicable, del texto del artículo 27 de la Carta, ni de las explicaciones referidas a ese artículo.[77]

86. Sin embargo, a diferencia del supuesto de los derechos sobre los que versa el artículo 27 de la Carta, la libertad contractual, pese a no estar recogida expresamente en el tenor del artículo 16, ha sido mencionada en las Explicaciones sobre la Carta como protegida por dicha disposición. Ha sido confirmada también por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por ello, no hay motivo para aplicar directamente la jurisprudencia relativa al artículo 27 de la Carta.

87. Considero también que la remisión al Derecho de la Unión y al Derecho nacional recogida en el artículo 16 de la Carta tiene una naturaleza distinta a la del artículo 27 de la Carta. Así como en este último supuesto se trata de una remisión a disposiciones en virtud de las cuales se acaba de regular un derecho determinado, en el primero se trata de una remisión a disposiciones que definen las reglas de ejercicio de un derecho ya existente y garantizado en la Carta.

70 Véanse, en particular, las sentencias de 22 de enero de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28), apartado 43, y de 20 de diciembre de 2017, Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989), apartado 50.

71 Véase, en particular, la sentencia de 20 de mayo de 2010, Harms (C-434/08, EU:C:2010:285), apartado 36.

72 Véanse, en particular, las sentencias de 22 de enero de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28), apartado 43; de 20 de diciembre de 2017, Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989), apartado 50, y de 24 de septiembre de 2020, NK (pensiones de empleo del personal directivo) (C-223/19, EU:C:2020:753), apartado 86.

73 Véase, en particular, la sentencia de 5 de octubre de 1999, España/Comisión (C-240/97, EU:C:1999:479), apartado 99.

74 Sentencia de 15 de enero de 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2).

75 El artículo 27 de la Carta dispone que «[d]eberá garantizarse a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación, en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales».

76 Sentencia de 15 de enero de 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2), apartado 45.

77 Sentencia de 15 de enero de 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2), apartado 46.

88. Según resulta de las Explicaciones sobre la Carta, «[e]ste derecho [garantizado en el artículo 16] se ejercerá, naturalmente, dentro del respeto del Derecho de la Unión y de las legislaciones nacionales. Podrá someterse a las limitaciones previstas en el apartado 1 del artículo 52 de la Carta». A su vez, según ha subrayado ya el Tribunal de Justicia, la libertad de empresa no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad.[78] Puede quedar sometida a un amplio abanico de intervenciones del poder público que establezcan limitaciones al ejercicio de la actividad económica en aras del interés general.[79] Lo mismo ocurre con la libertad contractual.

89. En este contexto, comparto las opiniones recogidas en la doctrina de que la remisión del artículo 16 de la Carta solo sirve para destacar que, en lo que respecta al derecho garantizado por ese artículo, se admite un mayor nivel de injerencia del Estado que en el caso de otros derechos. No obstante, dicha remisión no acredita la limitación del nivel de protección garantizado por ese derecho, ni que tenga estatuto de principio, ni tampoco que sea un derecho «de segunda categoría».[80]

90. Lo anterior no cambia el hecho de que, en la práctica, fundamentar las resoluciones únicamente en el artículo 16 de la Carta resultará algo excepcional.[81] Comparada con otros derechos fundamentales, la libertad de empresa y, por consiguiente, también la libertad contractual, con no poca frecuencia deberán ceder la prioridad ante otros valores protegidos por el Derecho de la Unión.[82] La necesidad de introducir injerencias de gran transcendencia en la libertad contractual se pone especialmente de relieve respecto de los mercados regulados y del comercio con consumidores.

5) Autosuficiencia de lo dispuesto en el artículo 16 de la Carta en la medida en la que de este se deduce el derecho de las partes a fijar el precio por un servicio

91. De entre los anteriores derechos, que integran el contenido de la libertad contractual y que han sido confirmados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es relevante en este asunto el derecho a que las partes de un contrato puedan configurar el contenido de la relación jurídica mediante la fijación del precio por el servicio. El resto de mis reflexiones se limitarán a ese derecho.

92. Considero que el derecho de las partes a fijar el precio por el servicio que es objeto del contrato es lo suficientemente obvio, claro e inequívoco, que no es necesario que el Derecho de la Unión o el Derecho nacional determinen su contenido.

78 Véanse, en particular, las sentencias: de 9 de septiembre de 2004, España y Finlandia/Parlamento y Consejo (C-184/02 y C-223/02, EU:C:2004:497), apartados 51 y 52; de 6 de septiembre de 2012, Deutsches Weintor (C-544/10, EU:C:2012:526), apartado 54; de 22 de enero de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28), apartado 45, y de 24 de septiembre de 2020, NK (pensiones de empleo del personal directivo) (C-223/19, EU:C:2020:753), apartado 88.

79 Sentencia de 22 de enero de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28), apartado 46.

80 Así, por ejemplo, T. Leonard, J. Salteur, Article 16. Liberté d'entreprise, en: F. Picod, C. Rizcallah, S. Van Drooghenbroeck, (red.) *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: commentaire article par article. 2e éd.*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 407, § 15, p. 415, § 24; H. D. Jarass, *op. cit.*, Rn. 20.

81 P. Oliver, *op. cit.*, § 12.08, p. 299. El autor defiende la tesis de que la disposición está reservada a supuestos extremos («extreme cases»).

82 Por ejemplo, respecto del derecho de propiedad intelectual, véase la sentencia de 24 de noviembre de 2011, Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771), apartado 50, o respecto del derecho de la sociedad a la información, véase la sentencia de 22 de enero de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28), apartado 66.

93. Por consiguiente, en la medida en que garantiza la libertad de las partes para fijar el precio de un servicio, el artículo 16 de la Carta es una disposición «autosuficiente». Cumple, por tanto, el requisito fundamental para producir un efecto directo.

6) Limitaciones admisibles a la libertad contractual en lo relativo al derecho a fijar el precio

94. De las observaciones efectuadas en el punto 88 de las conclusiones se deduce que la existencia de limitaciones a la libertad contractual es inherente a la propia libertad. Su contenido se encuentra, en lo esencial, determinado de forma negativa por las limitaciones a la libertad establecidas por el Derecho de la Unión y los Derechos de los Estados miembros. La admisibilidad de estas limitaciones se somete a evaluación a través del prisma del artículo 52, apartado 1, de la Carta.

95. Una determinada limitación a la libertad puede tener su fuente en el Derecho nacional o en el Derecho de la Unión, o en ambos. [83]

7) Modelo de invocación del artículo 16 de la Carta en una relación horizontal

96. Se plantea la pregunta de cómo debería invocarse el derecho de las partes a fijar el precio por un servicio en un litigio entre particulares. Las dudas se suscitan por el hecho de que la invocación del derecho de que se trata no se inscribe plenamente en el modelo conocido en la jurisprudencia actual.

97. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la que se ha admitido la invocación directa de los principios generales del Derecho de la Unión, incluidos los concretados en la Carta, versaba sobre los derechos subjetivos de los particulares, de los que emanaban facultades concretas, que se correspondían con las obligaciones de los particulares que constituían la otra parte del litigio. Al derecho a las vacaciones o a la no discriminación se correspondía una obligación de la otra parte del litigio: ya sea a atribuir las vacaciones, en su caso una compensación económica por las vacaciones no disfrutadas, o a atribuir derechos atribuidos a personas que se encuentren en una situación análoga. [84]

98. En el caso del derecho a fijar el precio por un servicio, no puede seguirse esta forma de argumentación. En primer lugar, porque de la libertad contractual resulta el derecho del particular a estar exento de injerencias en la autonomía de la voluntad de las partes de la relación jurídica, ya sea potencial o existente. No se trata de un derecho tan tangible como el derecho a las vacaciones o a un empleo. En segundo lugar, no se trata de un derecho reconocido a un particular en un litigio. En esencia, la vulneración de la libertad contractual se produce mediante el establecimiento de limitaciones a su ejercicio establecidas por un sujeto exterior respecto de una relación jurídica existente o potencial. Sin duda, tienen su origen en el Estado, o en su caso en todos los sujetos facultados para adoptar disposiciones imperativas, que determinan las reglas de celebración de los contratos en una determinada materia. En cambio, la libertad contractual no genera obligaciones en otro particular, especialmente la otra parte del contrato. [85]

[83] Debido al principio de prioridad, las limitaciones resultantes del Derecho nacional no pueden ser contrarias a las limitaciones resultantes del Derecho de la Unión.

[84] Aunque el propio Tribunal de Justicia no lo reconoce expresamente, la consecuencia natural de reconocer el derecho, por ejemplo, a una compensación económica por vacaciones no disfrutadas, es la obligación del empresario a su pago.

[85] H. D. Jarass, *op. cit.*, Rn. 2.

99. En efecto, el derecho a reclamar el pago del precio pactado no puede identificarse con el derecho a determinar el contenido de una relación jurídica, incluido el precio. Ciertamente, su fuente no es la libertad contractual, sino un contrato concreto ya celebrado. El incumplimiento o el cumplimiento defectuoso del contrato por una de las partes no es un supuesto de infracción de la libertad contractual, sino que pone de manifiesto la vulneración del principio de cumplimiento de las obligaciones. [86]

100. En esencia, por tanto, como ha advertido acertadamente la Comisión durante la vista, la libertad contractual protege a ambas partes del contrato frente a injerencias exteriores y no a una de ellas contra la otra. El derecho esencial a fijar el precio es un derecho común de ambas partes y no de una respecto de la otra.

101. De aquí se extrae la conclusión de que la vulneración de los derechos resultantes de la libertad contractual tiene lugar en primer término en un nivel vertical. Ello no resulta extraño, puesto que en principio en todas las situaciones en las que el Tribunal de Justicia reconoció el efecto horizontal directo de la Carta, la vulneración del derecho fundamental se había producido en un primer momento en la relación vertical, puesto que el Estado no garantizó una protección adecuada de los derechos fundamentales de los particulares. Solo posteriormente se planteó la pregunta de si, ante la falta de una disposición que garantizara dicha protección, otro particular estaba obligado a adoptar la correspondiente conducta positiva. [87]

102. La particularidad en el caso de una vulneración de la libertad contractual es que, desde un punto de vista formal, aquella se comete respecto de ambas partes del contrato. Sin embargo, puede afectar de distinta forma al interés jurídico de cada una de ellas. Para una puede suponer un derecho adicional y para la otra una obligación.

103. Puesto que la forma principal de injerencia en la libertad contractual es el establecimiento de limitaciones a la misma por parte del Estado, la defensa frente a esa injerencia en un litigio con una parte del contrato, que basa su derecho en dicha limitación, solo puede efectuarse mediante la alegación de la ilegalidad de la limitación de la libertad. A su vez, su legalidad de esa restricción depende de si respeta los requisitos que deben cumplir las limitaciones de los derechos y de las obligaciones, señalados en el artículo 52, apartado 1, de la Carta. La constatación de la ilegalidad de una limitación implica la vulneración de un derecho fundamental garantizado en el artículo 16 de la Carta.

104. A la luz de lo anterior se advierte que un asunto como el presente no versa sobre el efecto directo horizontal en un sentido clásico, es decir, en el que un particular es destinatario de una disposición jurídica y, en consecuencia, está obligado a una conducta determinada. Se trata de invocar la Carta en un litigio como modelo de referencia para acreditar la ilegalidad de una disposición que constituye el fundamento de la demanda. [88]

86 Véase a este respecto la clara distinción entre las reglas resultantes de los UNIDROIT Principles 2016, comentario al artículo 1.3, titulado «Binding character of contract»: «1. The principle *pacta sunt servanda*. This Article lays down another basic principle of contract law […]».

87 Véase, a este respecto, E. Frantziou, *op. cit., p. 39, quien afirma*: «Indeed, it is not necessary to view vertical and horizontal obligations to protect fundamental rights as emphatically separate issues. Responsibility for violations of fundamental rights operates on a spectrum, which ranges from state obligations to the duties we owe to one another».

88 En la doctrina se señalan la semejanza de esta situación a las situaciones triangulares, que he mencionado en el punto 28 de las conclusiones. D. Leczykiewicz, Horizontal Effect of Fundamental Rights: In Search of Social Justice or Private Autonomy in EU Law, en: *General Principles of EU law and European Private Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2013, § 6.06, p. 185.

105. No veo ninguna razón por la que el artículo 16 de la Carta no podría constituir ese modelo de referencia para el control de legalidad. Es lo suficiente preciso e incondicional, en la medida pertinente para la resolución del presente asunto, es decir, en la medida en que de aquel dimana la libertad de los particulares para fijar el precio. En caso de infracción de dicho artículo por una disposición del Derecho nacional comprendida en el ámbito de aplicación de la Carta deberían resultar aplicables las mismas reglas que rigen en caso de contrariedad de las disposiciones del Derecho nacional con las disposiciones de los Tratados, que prevén dejar de aplicar la disposición del Derecho nacional. [89]

106. A la anterior conclusión no se opone en modo alguno el artículo 51, apartado 1, de la Carta. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha señalado que la circunstancia de que ciertas disposiciones del Derecho primario se dirijan en primer lugar a los Estados miembros no excluye que puedan aplicarse en las relaciones entre particulares. [90]

c) Posibilidad de invocar la libertad contractual en el procedimiento principal

107. El presente asunto está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 16 de la Carta. En efecto, la disposición controvertida del Derecho nacional establece una limitación a la libertad contractual garantizada por ese artículo y se encuentra dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión, es decir, el artículo 15, apartados 1, 2, letra g), y 3, de la Directiva 2006/123.

108. La disposición controvertida del Derecho nacional es contraria a las disposiciones citadas de la Directiva 2006/123, como resulta expresamente de la sentencia Comisión/Alemania [91] y del auto dictado en el asunto hapeg dresden. [92] Una sentencia dictada con arreglo al artículo 258 TFUE vincula a los órganos jurisdiccionales nacionales.

109. El artículo 15, apartados 2, letra g), y 3, de la Directiva 2006/123 establece unos requisitos específicos para los Estados miembros respecto a la adopción en el Derecho nacional de normas que prevean una reglamentación de los precios relativos a los servicios comprendidos en el ámbito de aplicación del capítulo III de dicha Directiva. [93]

110. Al adoptar dichas disposiciones, el legislador de la Unión ya ponderó los diferentes derechos fundamentales contrapuestos y evaluó la proporcionalidad de la solución.

111. En el ámbito de aplicación del artículo 15, apartados 2, letra g), y 3, de la Directiva 2006/123, las limitaciones de la libertad contractual resultantes del Derecho nacional deben respetar los límites trazados por las disposiciones del Derecho de la Unión.

89 Véase, en particular, la sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49), apartado 25.

90 Véase la sentencia de 6 de noviembre de 2018, Bauer y Willmeroth (C-569/16 y C-570/16, EU:C:2018:871), apartado 88.

91 Sentencia de 4 de julio de 2019 (C-377/17, EU:C:2019:562).

92 Auto de 6 de febrero de 2020 (C-137/18, no publicado, EU:C:2020:84).

93 A este respecto, llamo la atención sobre el hecho de que, del artículo 15, apartados 2, letra g), y 3, de la Directiva 2006/123, no resulta una prohibición absoluta de reglamentación de los precios, sino únicamente la obligación de garantizar que las normas que establezcan tarifas mínimas y máximas por los servicios cumplan los requisitos señalados en el artículo 15, apartado 3, es decir, los requisitos de no discriminación, de necesidad y proporcionalidad.

112. Por ello, la incompatibilidad, declarada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/Alemania,[94] de la disposición controvertida del Derecho nacional que limita la libre fijación del precio con una disposición del Derecho de la Unión que introduce límites para adoptar tales disposiciones, determina la necesidad de dejar de aplicar la disposición del Derecho nacional. En caso de dicha incompatibilidad no hay duda de que la limitación al derecho a fijar libremente el precio, establecida por el Derecho nacional, no cumple los criterios previstos en el artículo 52, apartado 1, de la Carta. Siendo así, infringe lo dispuesto en el artículo 16 de la Carta.

113. Por lo expuesto, el órgano jurisdiccional nacional deberá dejar de aplicar en el procedimiento principal la disposición controvertida del Derecho nacional, incompatible con la Directiva 2006/123, debido a la necesidad de respetar el derecho fundamental consistente en la libertad contractual, en lo que respecta al derecho de las partes a fijar el precio.

114. Por ello, con independencia de la propuesta presentada en la parte D.1. del análisis, considero que, en caso de que sea imposible una interpretación conforme con el Derecho de la Unión, un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares relativo a una pretensión deducida de una disposición nacional, que establece tarifas mínimas para los prestadores de servicios de forma contraria al artículo 15, apartados 1, 2, letra g), y 3, de la Directiva 2006/123, debe dejar de aplicar dicha disposición nacional. Esta obligación incumbe al órgano jurisdiccional nacional en virtud del artículo 16 de la Carta.

5. Obligación de ejecutar la sentencia que declara el incumplimiento de un Estado miembro

115. En el presente asunto, debe plantearse la pregunta de si el órgano jurisdiccional nacional está obligado a dejar de aplicar la disposición nacional controvertida por haberse dictado una sentencia con arreglo al artículo 258 TFUE, en la que se ha declarado una incompatibilidad de dicha disposición con una directiva.

116. Con arreglo a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la constatación en una sentencia dictada con arreglo al artículo 258 TFUE de que un determinado Estado miembro ha incumplido las obligaciones de los Tratados es de carácter declarativo.[95] No obstante, esa sentencia genera obligaciones para los órganos del Estado, que tienen la obligación de ejecutarla. Dicha obligación también incumbe a los órganos jurisdiccionales, que deben garantizar su respeto en el marco del ejercicio de sus funciones,[96] estando asimismo obligadas a dejar de aplicar las disposiciones contrarias al Derecho de la Unión.[97]

117. ¿Constituye esta última obligación un motivo autónomo que permita dejar de aplicar una disposición de Derecho nacional contraria a la Directiva en una relación horizontal?

118. Considero que no.

94 Sentencia de 4 de julio de 2019 (C-377/17, EU:C:2019:562).

95 Sentencia de 16 de diciembre de 1960, Humblet/Bélgica (6/60-IMM, EU:C:1960:48).

96 Véase, en particular, la sentencia de 14 de diciembre de 1982 (314/81 a 316/81 y 83/82, EU:C:1982:430), apartado 14.

97 Véanse, en particular, las sentencias de 13 de julio de 1972, Comisión/Italia (48/71, EU:C:1972:65), apartado 7, y de 19 de enero de 1993, Comisión/Italia (C-101/91, EU:C:1993:16), apartado 24.

119. En primer lugar, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que en un procedimiento regulado por el artículo 258 TFUE aquel carece de competencias para derogar actos jurídicos de los Estados miembros. [98] Sin embargo, la declaración de que una disposición del Derecho nacional, cuya incompatibilidad con la Directiva resulta de una sentencia dictada con arreglo al artículo 258 TFUE, no puede ser aplicada por los órganos jurisdiccionales a causa de dicha sentencia, llevaría a efectos equivalentes a su derogación.

120. En segundo lugar, como ha subrayado el propio Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el asunto Waterkeyn y otros, [99] en caso de que se dicte una sentencia que declare un incumplimiento de las obligaciones de los Tratados por parte de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado están obligados, con arreglo al artículo (actualmente) [260 TFUE, apartado 1], a deducir las pertinentes consecuencias de esa sentencia, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia, sino de las disposiciones del Derecho de la Unión, que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno.

121. También es coherente con la anterior argumentación la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad indemnizatoria del Estado miembro por falta o adaptación defectuosa de una Directiva, iniciada mediante la sentencia dictada en el asunto Francovich, [100] de la cual se deduce que el fundamento de las reclamaciones indemnizatorias en dicho supuesto lo constituyen las disposiciones del Derecho de la Unión y no la sentencia que declara el incumplimiento de las obligaciones del Estado miembro como tal. [101]

122. Por ello, considero que una sentencia dictada con arreglo al artículo 258 TFUE, aunque imponga unas obligaciones concretas a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro, tampoco es fuente de nuevas competencias para ellos, distintas de las que ya tienen atribuidas. Por tanto, si, en virtud del Derecho de la Unión, cuando una disposición del Derecho nacional sea incompatible con una disposición del Derecho de la Unión que tenga efecto directo, el órgano jurisdiccional nacional debe dejar de aplicar la disposición del Derecho interno, entonces la sentencia dictada con arreglo al artículo 258 TFUE solamente actualiza dicha obligación.

123. El artículo 260 TFUE, apartado 1, no puede interpretarse en el sentido de que una sentencia dictada con arreglo al artículo 258 TFUE impondría nuevas obligaciones a los particulares, obligaciones que —con arreglo al artículo 288 TFUE, párrafo tercero— la propia directiva no puede imponer a los particulares. En este supuesto, una sentencia dictada con arreglo al artículo 258 TFUE tendría como resultado alterar el efecto imperativo de las disposiciones de una directiva como fuente del Derecho de la Unión.

124. Del mismo modo que una interpretación vinculante de una disposición de una directiva dictada en un procedimiento prejudicial vincula al órgano jurisdiccional remitente pero no cambia las reglas de aplicación de la directiva en las relaciones horizontales, tampoco hay motivos en mi opinión para que dicho efecto se produzca mediante una sentencia que se dicte con arreglo al artículo 258 TFUE.

98 Sentencia de 16 de diciembre de 1960, Humblet/Bélgica (6/60-IMM, EU:C:1960:48, p. 1145).

99 Sentencia de 14 de diciembre de 1982 (314/81 a 316/81 y 83/82, EU:C:1982:430), apartado 16.

100 Sentencia de 19 de noviembre de 1991 (C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428).

101 Véanse los apartados 40, 41 y 44 de la sentencia.

125. De dicha sentencia se deduce indudablemente una determinada interpretación del Derecho de la Unión. Esta vincula a los órganos jurisdiccionales nacionales en el proceso de aplicación del Derecho. El órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración dicha interpretación. A este respecto, carece de sentido que esa obligación coincida con la obligación de dar cumplimiento a la sentencia dictada en el procedimiento mencionado en el artículo 258 TFUE.

126. Por estos motivos, considero que dictar una sentencia con arreglo al artículo 258 TFUE no da lugar a que, en una relación horizontal, deje de aplicarse una disposición de Derecho nacional incompatible con la Directiva sobre la que versa dicha sentencia.

V. Conclusiones

127. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo que el Tribunal de Justicia responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) del siguiente modo:

«Un órgano jurisdiccional nacional que resuelve un litigio entre particulares relativo a una reclamación basada en una disposición nacional que establece tarifas mínimas para los prestatarios de servicios de forma incompatible con el artículo 15, apartados 1, 2, letra g), y 3, de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, debe dejar de aplicar dicha disposición nacional. Esta obligación incumbe al órgano jurisdiccional nacional en virtud:

– del artículo 15, apartados 2, letra g), y 3, de la Directiva 2006/123, como disposiciones que materializan la libertad de establecimiento resultante del artículo 49 TFUE, así como

– del artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.»