# CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER presentadas el 27 de abril de 2004 [1]

## I. Antecedentes

1. Es la segunda vez que presento conclusiones en este proceso, [2] iniciado en 2001 para despachar tres cuestiones prejudiciales [3] planteadas por el Arbeitsgericht Lörrach (Alemania), órgano jurisdiccional que decide en primera instancia en materia social.

2. El Tribunal de Justicia acordó, en un principio, atribuir estos asuntos, de contenido técnico, [4] a una formación de cinco jueces [5] y resolver sin celebrar vista. Sin embargo, aunque la respuesta a las dos primeras preguntas parece previsible, la tercera suscita mayores dificultades.

Con esta última cuestión, se pretende saber si, en caso de que un Estado miembro haya adaptado de manera incorrecta su derecho interno a la Directiva 93/104/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, [6] el artículo 6, apartado 2, que obliga a las autoridades nacionales a garantizar que la duración media del trabajo no exceda de cuarenta y ocho horas semanales, incluidas las horas extraordinarias, es lo suficientemente preciso e incondicional para que los particulares puedan invocarlo ante los jueces del país.

3. Según el auto de la Gran Sala de este Tribunal de Justicia [7] de 13 de enero de 2004, de reapertura del procedimiento oral, la formación consideró que, en el supuesto de que la citada disposición cumpliera los requisitos para producir efecto directo, se encontraría en la tesitura de determinar, en el marco de un litigio entre particulares, las consecuencias de la incompatibilidad de una norma nacional que ejecuta una Directiva con un precepto de derecho comunitario

1 — Lengua original: español.

2 — Las primeras conclusiones se hicieron públicas el 6 de mayo de 2003, momento en el que quedó cerrada la fase oral del procedimiento.

3 — Se trata de siete autos, de 26 de septiembre de 2001, correspondientes a otros tantos litigios pendientes ante ese órgano judicial. Los siete asuntos se acumularon durante la fase escrita en un auto del presidente del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2001.

4 — A lo largo de la fase escrita, sólo depositaron observaciones los demandantes en los litigios principales y la Comisión.

5 — Concretamente, a la Sala Sexta.

6 — Directiva del Consejo, de 23 de noviembre de 1993 (DO L 307, p. 18).

7 — El apartado 6 del auto referenciado así lo reconoce.

suficientemente preciso e incondicional. Por esa razón, la Sala Sexta decidió, con arreglo al artículo 44, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento, devolver los asuntos al Pleno.

4. Con el fin de facilitar el debate, se organizó una vista, a la que fueron invitados, además de las partes en el asunto principal, los Estados miembros, el Consejo y la Comisión.

En estas conclusiones me limitaré a abordar esa cuestión, dando por reproducidas, en cuanto al resto, mis conclusiones precedentes.

5. A la vista celebrada el 9 de marzo de 2004 comparecieron los representantes de los demandantes en el litigio principal, el agente del Gobierno alemán, el del francés, el del italiano, el del Reino Unido y el de la Comisión.

## II. Contexto normativo y fáctico

6. El tiempo de trabajo y los periodos de descanso se hallan regulados en Alemania por la Ley relativa a la jornada laboral (Arbeitszeitgesetz), de 6 de junio de 1994, adoptada para incorporar la Directiva 93/104 al derecho interno.

7. En virtud del artículo 2, apartado 1, se entiende por tiempo de trabajo el comprendido entre el comienzo y el final de la jornada laboral, sin contar las pausas; con arreglo al artículo 3, ese tiempo no puede exceder de ocho horas, aunque cabe prolongarlo hasta diez, si la duración media en seis meses naturales o en veinticuatro semanas no supera las ocho horas por día de trabajo.

8. Sin embargo, el artículo 7, apartado 1, punto 1, permite, mediante convenio colectivo o de empresa, como excepción a lo previsto en el artículo 3, que:

a) se prolongue, incluso sin compensación, la jornada diaria más allá de diez horas, cuando el tiempo de trabajo comprenda periodos de permanencia regulares e importantes;

[...]

9. A tenor del apartado 1 del artículo 14 del Convenio colectivo sobre condiciones de trabajo de los empleados, trabajadores y aprendices de la Cruz Roja alemana (Tarifvertrag über Arbeitsbedingungen für Anges-

tellte, Arbeiter und Auszubildende des Deutschen Roten Kreuzes), en lo sucesivo «Convenio colectivo de la Cruz Roja», basado en el artículo 7, apartado 1, punto 1, letra a), de la referida Ley alemana, el tiempo de trabajo semanal, descontadas las pausas, no ha de exceder de treinta y nueve horas (a partir del 1 de abril de 1990, treinta y ocho horas y media) semanales. El promedio se calcula, por regla general, sobre un periodo de veintiséis semanas.

Ahora bien, conforme al apartado 2, se puede alargar la jornada ordinaria de trabajo hasta realizar:

a) diez horas diarias o cuarenta y nueve semanales de media, si contiene, de manera regular, un turno de permanencia obligatoria de, por lo menos, dos horas al día de media;

b) once horas diarias o cincuenta y cuatro semanales de media, si el turno es de tres horas; y

c) doce horas diarias o sesenta semanales de media, si el trabajador permanece en el centro, pero sólo trabaja cuando se le pide.

10. Los demandantes, todos socorristas cualificados para prestar asistencia médica urgente y realizar transporte asistido, empleados o antiguos empleados de la Cruz Roja alemana, reclaman, en dos casos, el pago de horas extraordinarias y, en los demás, el reconocimiento del derecho a no trabajar más de cuarenta y ocho horas semanales. La demandada efectúa, con independencia de otras actividades, servicios terrestres de asistencia facultativa urgente, gestiona varios puestos de socorro abiertos las veinticuatro horas y lleva a cabo su cometido con ambulancias.

11. Los contratos laborales se rigen por el Convenio colectivo de la Cruz Roja. Todos los litigantes están de acuerdo en que se cumplen los requisitos materiales para la prolongación de jornada, recogidos en su artículo 14, apartado 2, letra b), que consisten en la realización de, al menos, tres horas diarias de permanencia obligatoria (Arbeitsbereitschaft).

12. Según su texto, vigente cuando ocurrieron los hechos, la duración máxima del tiempo de trabajo semanal fijada por el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 93/104 podía superarse de manera continuada, al autorizar el artículo 7, apartado 1, punto 1, letra a), de la citada Ley la prolongación, mediante convenio colectivo, de la jornada laboral más allá de las diez

horas, sin derecho a compensación, cuando incluía con regularidad una proporción importante de servicios de permanencia. [8]

## III. Examen de la cuestión

13. En mis conclusiones anteriores, aduje, con algunas citas jurisprudenciales y doctrinales, que se trataba de un litigio entre particulares, por lo que los trabajadores no podían, con arreglo a la conocida doctrina del Tribunal de Justicia sobre el efecto directo de las directivas no ejecutadas correctamente por los Estados miembros, invocar el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 93/104.

14. Puntualicé también que, en semejantes supuestos, al interpretar el derecho nacional, el órgano jurisdiccional está obligado a hacer todo lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de la directiva, para alcanzar el resultado que persigue, ateniéndose de esta forma al artículo 249 CE, párrafo tercero.

15. Recordé, por último, que, cuando esa «interpretación conforme» se revele imposible, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia invita al juez nacional a garantizar la plena eficacia del derecho comunitario, dejando inaplicadas, si procede, por su propia autoridad, cualesquiera disposiciones contrarias del ordenamiento jurídico nacional, sin necesidad de solicitar ni de esperar su derogación previa por vía legislativa o por otro procedimiento constitucional.

16. Comprendo y comparto la preocupación de quienes encuentran un obstáculo a esa consecuencia en el hecho de que no se ha reconocido el efecto directo horizontal de las directivas, pero la conciliación de esta orientación jurisprudencial, asumida en contra de la opinión de algunos abogados generales y de buena parte de la doctrina científica, con la exigencia de la «interpretación conforme» es uno de los dilemas más complejos del derecho comunitario, al que es difícil dar una solución de carácter general. Merece la pena, no obstante, profundizar en el análisis de la situación para, al menos, buscar una salida apropiada a las peculiaridades de los presentes asuntos, que tenga en cuenta el principio de primacía del derecho comunitario, el deber de cooperación leal que incumbe a los Estados miembros en virtud del artículo 10 CE, así como la naturaleza normativa de la directiva y los efectos que produce en el sistema jurídico instituido por el Tratado.

8 — El Gobierno alemán, en su respuesta a la pregunta formulada por el Tribunal de Justicia, informa que, a partir del 1 de enero de 2004, la entrada en vigor de una reforma de la Ley relativa a la jornada laboral obliga a compensar al trabajador la prolongación de la jornada laboral que sobrepase las diez horas. La modificación se emprendió como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger (C-151/02, Rec. p. I-8389), en cuyo apartado 71 se afirma que un servicio de atención continuada que realiza un médico en régimen de presencia física en el hospital constituye en su totalidad tiempo de trabajo, a efectos de la Directiva 93/104, de modo que esta norma comunitaria se opone a la legislación de un Estado miembro que califica de tiempo de descanso los periodos de inactividad del trabajador en el marco del citado servicio.

Puedo adelantar que ninguno de los argumentos esgrimidos a lo largo del debate procesal suscitado me ha convencido plenamente.

17. El Tribunal de Justicia quiere que se le clarifique la viabilidad de la idea de la «interpretación conforme», dadas las circunstancias concurrentes en estos asuntos: 1ª que el artículo 7, apartado 1, punto 1, letra a), de la Ley alemana relativa a la jornada laboral es una salvedad a preceptos más generales contenidos en el mismo cuerpo normativo y perfectamente adecuados a la letra y a la finalidad de la norma comunitaria; 2ª que la Directiva 93/104 se propone proteger a los trabajadores en cuanto parte débil de la relación de trabajo; y 3ª que la acción ejercitada por la mayoría de los demandantes se dirige al reconocimiento del derecho a no trabajar más de cuarenta y ocho horas semanales, pretensión carente de contenido económico y de difícil cuantificación, por lo que la probabilidad de obtener una reparación a cargo de las autoridades públicas por violación del ordenamiento jurídico comunitario parece muy reducida.

18. Las características de estos asuntos los diferencian de otros supuestos examinados por el Tribunal de Justicia con anterioridad, en los que la legislación de un Estado miembro no se había adaptado a una directiva dentro de plazo o se había llevado a cabo de manera inadecuada. En esta ocasión, en cambio, Alemania ha promulgado una ley para incorporar la letra y la finalidad de la Directiva 93/104 a su derecho interno. Presumo que tenía la intención de actuar correctamente, pues no existen indicios de una voluntad deliberada de eludir el compromiso de lealtad que le impone el artículo 10 CE. La prueba de su buena disposición radica en el hecho de que, en menos de cuatro meses, modificó su legislación para acoplarla a la interpretación dada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Jaeger. [9] Además, de acuerdo con la jurisprudencia, todo órgano jurisdiccional debe suponer que el Estado ha procurado respetar plenamente las obligaciones derivadas de una directiva. [10]

19. Por esta razón, procede entender que la Ley alemana relativa a la jornada laboral se propone recoger la totalidad de las normas de la Directiva 93/104. Hay un punto, sin embargo, en el que ha errado: ha superado los límites marcados por la correcta coordinación de los principios (artículos 1 a 16) y de las excepciones (artículos 17 y 18), con la que se ha estructurado el régimen de la Directiva. Se trata, desde luego, del artículo 7, apartado 1, punto 1, letra a), de la referida Ley, configurado como una excepción, pues los demás preceptos contienen las definiciones de tiempo de trabajo y de periodos de reposo, en escrupulosa conformidad con la regulación comunitaria

20. En efecto, la mencionada disposición de la Ley alemana, en la que se apoya el

9 — Sentencia Jaeger, antes citada.

10 — Sentencia de 16 de diciembre de 1993, Wagner Miret (C-334/92, Rec. p. I-6911), apartado 20.

artículo 14 del Convenio colectivo de la Cruz Roja para alargar el tiempo de trabajo semanal, se ha formulado como una salvedad al artículo 3, a cuyo tenor no puede exceder de ocho horas diarias.

21. Interpretando esta última norma conjuntamente con el artículo 9 de la citada Ley, que reserva el domingo como jornada de descanso, se obtiene una semana laboral de cuarenta y ocho horas, coincidente con la previsión del artículo 6, apartado 2, de la Directiva 93/104. La sola aplicación de estos dos artículos del derecho interno permitiría dar la razón a la mayoría de los demandantes en los litigios principales, pues, según ha quedado reflejado, de los siete hay dos que reclaman el pago de horas extraordinarias, pero los otros cinco solicitan el reconocimiento del derecho a no trabajar más de cuarenta y ocho horas semanales.

En caso de que el juez alemán actuara de esta forma, ¿significaría que, en contra de una jurisprudencia reiterada, estaría aceptando la eficacia directa de un precepto de una directiva, que, como es sabido, no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular? [11]

11 — Sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723), apartado 48; y de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. I-4135), apartado 6.

22. Los Estados miembros que han participado en este procedimiento prejudicial han mostrado, abiertamente, su consternación ante la posibilidad de un giro jurisprudencial para admitir el efecto directo de una directiva no incorporada dentro de plazo al sistema jurídico nacional o desarrollada de manera incorrecta. Disiento de esos temores, ya que no creo que se plantee esa cuestión en relación con el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 93/104, aunque reúna los requisitos de ser suficientemente preciso e incondicional. [12] Tampoco estoy de acuerdo con quienes han manifestado que la no aplicación al litigio principal de la norma alemana contraria al citado precepto comunitario equivaldría a otorgarle dicho efecto, a pesar de las numerosas decisiones del Tribunal de Justicia que lo deniegan en los conflictos entre personas privadas.

Coincido, en cambio, con el Gobierno italiano cuando estima menos perturbador, a la vez que más funcional, a la vista de los objetivos perseguidos por el Tratado a través de las directivas, mantener la solución elaborada por el Tribunal de Justicia, privilegiando la interpretación de la norma nacional más conforme con el ordenamiento jurídico comunitario.

12 — Sentencias de 19 de enero de 1982, Becker (8/81, Rec. p. 53), apartado 25; de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Rec. p. 1839), apartado 29; de 17 de septiembre de 1996, Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio y otros (asuntos acumulados C-246/94 a C-249/94, Rec. p. I-4373), apartado 17; de 1 de junio de 1999, Kortas (C-319/97, Rec. p. I-3143), apartado 21; y de 5 de febrero de 2004, Rieser Internationale Transporte (C-157/02, Rec. p. I-1477), apartado 22.

23. No hace falta recordar que la obligación de que los Estados miembros alcancen el resultado previsto en las directivas, así como su deber, derivado del artículo 10 CE, de adoptar todas las medidas generales y particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades nacionales, incluidos los órganos judiciales. [13]

24. Con el propósito de paliar la negación del efecto directo de una norma concreta de una directiva en un litigio entre particulares, el Tribunal de Justicia ha desarrollado la doctrina denominada de «la interpretación conforme», en cuya virtud, al aplicar el derecho nacional, ya sean sus disposiciones anteriores o posteriores, el juez debe hacer todo lo posible para dar sentido a la directiva, ateniéndose de esta forma al artículo 249 CE, párrafo tercero. [14] Este principio se impone especialmente al órgano jurisdiccional nacional, cuando un Estado miembro ha considerado, como en el caso de autos, que las disposiciones que ha adoptado respondían a las exigencias de la Directiva. [15]

25. Ahora bien, en bastantes de los asuntos en los que ha preconizado ese tipo de interpretación, por tratarse de litigios entre particulares, el Tribunal de Justicia no se ha limitado simplemente a enunciarlo, sino que ha ido más lejos, indicando al juez que le había interrogado al respecto el resultado concreto al que debía llegar en cada ocasión. Conviene señalar algunos ejemplos a título ilustrativo. [16]

13 — Sentencias de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann (14/83, Rec. p. 1891), apartado 26; y de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651), apartado 53.

14 — Sentencias Marleasing, apartado 8, y Wagner Miret, apartado 20, antes citadas; de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325), apartado 26; y de 13 de julio de 2000, Centrosteel (C-456/98, Rec. p. I-6007), apartado 16.

15 — Sentencia Wagner Miret, antes citada, apartado 21. Véase Bernardeau, L.: «Clauses abusives: illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire», en *Revue européenne de droit de la consommation*, 2000, pp. 261 a 281, especialmente, p. 270: «L'obligation d'interprétation conforme qui découle du principe de la primauté du droit communautaire s'applique *a fortiori* lorsque la directive a été transposée».

16 — Una parte de la doctrina alemana reconoce competencia al juez nacional para superar, mediante una interpretación conforme, las insuficiencias o incluso las incompatibilidades con el derecho comunitario existentes en el derecho nacional, con el fin de cumplir con los objetivos de la directiva comunitaria. Véase Götz, V.: «Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien — Zusammenwirken von Gemeinschaft und Staat» en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, p. 1854: «Über die Auslegung von Begriffen und Normen, die eine offensichtliche Kongruenz zwischen Richtlinie und staatlichem Umsetzungsrecht aufweisen, hinaus, kann richtlinienkonforme Auslegung in begrenztem Umfange die weitergehende Funktion erfüllen, Unzulänglichkeiten der staatlichen Gesetzgebung zu überbrücken oder der Richtlinie zu einem Anwendungsvorrang gegenüber solchen Bestimmungen des nationalen Rechts zu verhelfen, die nicht direkt umsetzungsbedingt sind, deren Anwendung aber im Bereich der Richtlinie mit dieser nicht zu vereinbaren wäre». Según esta doctrina, la primacía del derecho comunitario se extiende a su interpretación, lo que implica que el sentido dado por el Tribunal de Justicia prevalece ante cualquier otro que pueda reconocerse a las normas nacionales destinadas a desarrollar la directiva comunitaria, lo que desembocaría en una situación en la que el juez nacional deba interpretar el derecho nacional *contra legem*, a fin de asegurar la aplicación de la norma comunitaria. A título de ejemplo cabe citar a Dendrinos, A.: *Rechtsprobleme der Direktwirkung von EWG-Richtlinien*, pp. 290-292, especialmente, p. 290: «In diesem Punkt muss hervorgehoben werden, dass die Richtlinienbestimmungen Vorrang in der Auslegung haben. Dies bedeutet, dass den durch den EuGH ausgelegten Richtlinienvorschriften des Gemeinschaftsrechts für den Ausgangsfall Vorrang gegenüber der gegenteiligen einheimischen Interpretation einer mehrdeutigen zur Ausführung der Richtlinien ergangenen nationalen Norm gebührt. Hier spricht man von der unmittelbar wirkenden Auslegung. Aufgrund dieser Erkenntnis kommt man der Anerkennung der horizontalen unmittelbaren Wirkung ein Stück näher, da der nationale Richter wegen der vorrangigen Auslegung des EuGH gegebenenfalls nationales Recht contra legem auslegen muss, welches zur Umsetzung der Richtlinie ergangen ist und zugleich private Rechtsverhältnisse regelt» y a Brechmann, W.: *Die Richtlinienkonforme Auslegung*, pp. 160-166, especialmente, p. 163 quien hace referencia a esta doctrina respaldada por varios autores: «Die These von Dendrinos, dass eine richtlinienkonforme Auslegung auch eine Auslegung contra legem erlaube, ist jedoch keineswegs eine vereinzelte Sondermeinung, sondern sie wird von anderen Autoren der völkerrechtlichen Theorie vertreten».

26. La interpretación de la Directiva 68/151/CEE,[17] carente de desarrollo en derecho español, cuyo objetivo reside en restringir los casos de nulidad de las sociedades anónimas para garantizar la seguridad jurídica en las relaciones entre la sociedad y los terceros, así como entre los socios, llevó al Tribunal de Justicia a advertir al juez nacional que estaba obligado a interpretar su derecho interno a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva, *con el propósito de impedir que se declarara la nulidad de una sociedad por una causa distinta de las enumeradas en su artículo 11.*[18]

Marleasing SA había instado la declaración de nulidad de un contrato de sociedad por falta de causa, por simulación y por haberse realizado en fraude de acreedores. La demandada se opuso, aduciendo que el artículo 11 de la referida Directiva enumera taxativamente los supuestos de nulidad, entre los que no figura la falta de causa. Para satisfacer la sugerencia del Tribunal de Justicia, se debían dejar inaplicados los artículos 1261 y 1275 del Código civil español, que privan de toda eficacia jurídica a los contratos sin causa o con causa ilícita. Así lo hizo, precisamente, el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo, en la sentencia dictada el 23 de febrero de 1991, desestimando la demanda, en la medida en que se basaba en la ausencia de causa, supuesto de nulidad no previsto por la Directiva 68/151.[19] La sentencia, unánimemente alabada por su espíritu comunitario, no se cuestionó que la aplicación de la doctrina de la «interpretación conforme» pudiera provocar efectos semejantes al reconocimiento de la eficacia directa horizontal de las directivas.

27. La sentencia Wagner Miret[20] dedujo del auto de remisión que las normas españolas no podían ser interpretadas en un sentido acorde con la Directiva 80/987/CEE[21] y que, por consiguiente, *no permitían asegurar al personal de alta dirección el goce de las garantías otorgadas por la norma comunitaria,* declarando que el Estado miembro estaba obligado a reparar los perjuicios infligidos a los afectados por el incumplimiento.

En el procedimiento prejudicial se puso de relieve que España no había creado más

17 — Primera Directiva del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (DO L 65, p. 8; EE 17/01, p. 3).

18 — Sentencia Marleasing, antes citada, apartado 13. Curtin, D.: «Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights», *Common Market Law Review,* 1990, pp. 709 a 739, especialmente, p. 724: «In Marleasing, the end result was that the Spanish tribunal was obliged to interpret the provisions of the Spanish Civil Code in a manner so as to preclude a declaration of nullity of a public limited company based on a ground different from those set out in Article 11 of the (unimplemented) first Company Directive. This means in effect that the obligation contained in a directive is placed on *private parties,* albeit after having been transformed, via judicial interpretation, into one of national law. In practice, this clever judicial strategy achieves, where the national law is at all open to interpretation, the same result as if a particular provision of that directive could be recognized as enjoying horizontal direct effects. In this manner, "horizontal" rights which are enshrined in directives can have the force of law as between individuals without a specific domestic legislative process and the primacy of Community law is assured».

19 — Véase la base de datos DEC-NAT del Tribunal de Justicia, referencia dos-Cour QP/01853-P1.

20 — Sentencia Wagner Miret, antes citada, apartado 22.

21 — Directiva del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (DO L 283, p. 23; EE 05/02, p. 219), en su versión modificada por la Directiva 87/164/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1987 (DO L 66, p. 11).

institución de garantía que el FOGASA, cuya cobertura no alcanzaba a esa clase de personal ante una reclamación por salarios no percibidos a causa de la insolvencia del empresario. Debido al margen de apreciación que la Directiva 80/987 concede a los Estados miembros, el Tribunal de Justicia entendió que esa categoría de empleados no podía acogerse a dicha normativa para apremiar el pago de créditos salariales a la institución de garantía creada para las demás clases de trabajadores asalariados. En la sentencia de 16 de febrero de 1994, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimó la demanda, eximiendo de responsabilidad al FOGASA, pero reconoció al demandante una acción contra el Estado por los daños sufridos, que debía ejercitar ante la jurisdicción competente. [22]

28. En la sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores [23] se había de decidir si, en caso de no adaptación del derecho interno a la Directiva 93/13/CEE [24] dentro del plazo señalado, era posible apreciar, de oficio, la falta de competencia de un juzgado civil de Barcelona, por haber sido atribuida en una cláusula contractual que el mismo juez consideraba abusiva en el sentido de la Directiva. El Tribunal de Justicia, haciendo suya la propuesta del abogado general Sr. Saggio en unas excelentes conclusiones, cuyos puntos 27 a 37 examinan exhaustivamente esta delicada cuestión, respondió afirmativamente, decretando que la exigencia de «interpretación conforme» requiere, en particular, que el órgano jurisdiccional *dé preferencia a la disposición de derecho nacional que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que se le haya atribuido en virtud de una cláusula abusiva.*

La cláusula controvertida confería al juez del domicilio de la empresa la competencia exclusiva para conocer de las controversias relativas a la aplicación de un contrato de compraventa. La Directiva 93/13 se incorporó al derecho nacional con retraso y, mientras tanto, se aplicaban las disposiciones vigentes en materia de protección del consumidor, que no regulaban, de manera expresa, la invocabilidad de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas, sin que existiera tampoco, en derecho español, un fundamento jurídico en el que sustentar la competencia del juez para pronunciarse sobre la nulidad, a no ser a instancia de parte. Sin embargo, el Tribunal de Justicia precisó al órgano jurisdiccional español que debía negarse, de oficio, a aceptar la competencia para conocer de un litigio, que se le había asignado en esas condiciones. [25] En el auto que dictó el 14 de julio de 2000, el juez

22 — Véase la base de datos DEC-NAT del Tribunal de Justicia, referencia dos-Cour QP/02395-PI.

23 — Sentencia de 27 de junio de 2000 (asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941), apartado 32.

24 — Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29).

25 — Craig, P. y Búrca, G.: *EU Law. Text, cases and materials*, Third Edition, Oxford University Press, p. 219: «This ruling does not declare that the Spanish court *must* decline jurisdiction by reading national law in the light of the Directive's requirements, but it certainly encourages the national court to do this, by indicating that is should "favour" that interpretation if it is possible. And while such an interpretation of national law would not impose any legal obligation on Océano, it would deprive that company of any possible existing right under national law to enforce the consumer contract before the Barcelona court. While the defendant would not himself or herself have to "invoke" the right (since the defendant might well not appear before a court outside his or her domicile) that party would benefit from the terms of the directive even though it was not implemented, and the plaintiff company would suffer a legal disadvantage»; y Stuyck, J.: *Common Market Law Review*, 38, pp. 719 a 737, especialmente, p. 737: «Océano means a further step in the Court's case law on the role of the national judge in applying Community law, by construing a duty for the national courts to invoque of their own motion the unfair character [...] of a jurisdiction clause».

de primera instancia español aplicó, al pie de la letra, la sentencia del Tribunal de Justicia y asumió sus facultades para controlar de oficio la condición de abusiva de una cláusula y para inadmitir a trámite la demanda por ser abusiva la cláusula referida a la sumisión del pleito a los juzgados de Barcelona, añadiendo que dicha nulidad otorgaba la competencia para conocer del asunto a los juzgados del domicilio del demandado. [26]

29. La obligación de «interpretación conforme» no se promueve sólo en los procedimientos prejudiciales, según podría suponerse por los ejemplos apuntados. La sentencia Comisión/Italia [27] puso de manifiesto que la declaración de que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones comunitarias *implica para las autoridades tanto judiciales como administrativas de ese Estado miembro, por una parte, la prohibición de pleno derecho de aplicar el régimen de exención fiscal incompatible y, por otra parte, la obligación de adoptar todas las disposiciones necesarias para que surta pleno efecto el derecho comunitario.*

30. En otros supuestos, sin decirle con tanta exactitud al juez nacional lo que ha de conseguir, le ha insinuado el camino más conveniente para alcanzar la finalidad de la directiva.

31. En la sentencia Pafitis y otros, [28] el Tribunal de Justicia dictaminó que el artículo 25 de la Directiva 77/91/CEE, [29] destinado a garantizar un nivel mínimo de protección de los accionistas en todos los Estados miembros, se opone a una normativa nacional que permite decidir, mediante un acto administrativo y sin deliberación de la junta general de accionistas, el aumento del capital de una sociedad anónima bancaria, debido a la situación excepcional provocada por su endeudamiento.

En el litigio principal se enfrentaban, por una parte, un banco constituido en forma de sociedad anónima y sus nuevos accionistas, por otra, los antiguos accionistas, quienes impugnaban, tanto la modificación de los estatutos sociales que había posibilitado un aumento de capital, alegando que era una decisión del administrador provisional, sin haber convocado la junta general de accionistas, como el reparto de las acciones. Solicitaban también la nulidad de los tres aumentos del capital social efectuados ulteriormente. Las vicisitudes posteriores del proceso no dejan entrever el seguimiento que hubiera tenido su pronunciamiento. [30]

26 — Véase la base de datos DEC-NAT del Tribunal de Justicia, referencia dos-Cour QP/03748-P1.

27 — Sentencia de 19 de enero de 1993 (C-101/91, Rec. p. I-191), apartado 24. Véase igualmente la de 13 de julio de 1972, Comisión/Italia (48/71, Rec. p. 529), apartado 7.

28 — Sentencia de 12 de marzo de 1996 (C-441/93, Rec. p. I-1347), apartado 60.

29 — Segunda Directiva del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y de terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y a las modificaciones de su capital (DO L 26, p. 1; EE 17/01, p. 44).

30 — En esta ocasión, el órgano jurisdiccional nacional que había planteado la cuestión prejudicial rechazó la interpretación del Tribunal de Justicia y desestimó el recurso (base de datos DEC-NAT, dos-Cour QP/02610-P1). Recurrida la sentencia en apelación, el juez griego formuló una nueva cuestión prejudicial (dos-Cour QP/03745-P1), que fue retirada al desistir las partes. De esta manera, el Tribunal de Justicia se vio privado de la posibilidad de pronunciarse sobre la rebeldía del juez de primera instancia.

32. En el asunto Ruiz Bernáldez,[31] las cuestiones se habían suscitado en un procedimiento penal incoado contra un conductor ebrio, que había causado un accidente de circulación. El juez nacional lo condenó a pagar los menoscabos materiales ocasionados, pero absolvió a su compañía aseguradora de cualquier obligación de naturaleza indemnizatoria, basándose en la regulación nacional sobre el seguro de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, que excluía de cobertura los perjuicios, si el responsable conducía en estado de embriaguez.

Esta vez el Tribunal de Justicia interpretó las Directivas 72/166/CEE[32] y 84/5/CEE[33] en el sentido de que, habida cuenta del objetivo de protección perseguido, el seguro obligatorio del automóvil debe admitir que las víctimas de un accidente provocado por un vehículo sean reparadas por todos los daños corporales y materiales sufridos, y que el contrato de seguro obligatorio no puede dejar que, en determinados casos y, en particular, en el de embriaguez del conductor, se libere al asegurador de la carga de resarcir los daños corporales y materiales originados a terceros por el vehículo asegurado. Se estaba sugiriendo, pues, al juez nacional que la compañía debía atender a las víctimas, aunque la legislación nacional no lo había previsto.[34] Al resolver, la Audiencia Provincial de Sevilla siguió el parecer prejudicial del Tribunal de Justicia y condenó, el 30 de abril de 1996, a la aseguradora a compensar al perjudicado por el accidente motivado por el Sr. Ruiz Bernáldez en estado de ebriedad.[35]

33. En la sentencia Draehmpaehl[36] se declaró que la Directiva 76/207/CEE[37] se opone a las disposiciones legales nacionales que, a diferencia de las demás normas de derecho civil y laboral, imponen, a la indemnización de daños y perjuicios que puede reclamar un candidato discriminado por razón de sexo en un procedimiento de selección, un límite máximo de tres mensualidades de salario, si se demuestra que, de lo contrario, habría obtenido la plaza vacante, o de seis mensualidades, cuando son varios los candidatos. El trabajador se había postulado para una oferta de empleo dirigida a mujeres, publicada en un periódico, sin que la empresa le hubiera respondido ni remitido la documentación presentada. Recurrió a los

31 — Sentencia de 28 de marzo de 1996 (C-129/94, Rec. p. I-1829), apartado 24.

32 — Directiva del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (DO L 103, p. 1; EE 13/02, p. 113).

33 — Segunda Directiva del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles (DO 1984, L 8, p. 17; EE 13/15, p. 244).

34 — Tridimas, T.: «Black, white and shades of grey: horizontality of directives revisited», en *Yearbook of European Law*, 21, 2001-2002, pp. 327 a 354, especialmente, p. 352: «Bernáldez causes problems. It is clear that the insurance directives were relied upon to impose an obligation on a third party, i.e. the insurance company, which was not represented in the proceedings. The Court expressly held that Article 3(1) of the First Directive precludes an insurer from being able to rely on statutory provisions or contractual clauses to refuse to compensate third-party victims of an accident caused by the insured vehicle. How can this be distinguished from horizontal direct effect? The answer is with difficulty».

35 — Véase la base de datos DEC-NAT, del Tribunal de Justicia (dos-Cour QP/02722-P1).

36 — Sentencia de 22 de abril de 1997 (C-180/95, Rec. p. I-2195), apartados 37 y 43.

37 — Directiva del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70).

tribunales, alegando ser el más cualificado y haber padecido discriminación. La claridad del fallo prejudicial tampoco dejó muchas opciones al Arbeitsgericht de Hamburgo.[38]

34. Al pronunciarse sobre la Directiva 86/653/CEE[39] en el asunto Bellone,[40] el Tribunal de Justicia consideró que deslegitima una normativa nacional que supedita la validez de un contrato de agencia a la inscripción de los representantes de comercio en un registro. La legislación italiana, además de exigir esa inscripción en las cámaras de comercio, hacía depender la validez del contrato de la constancia en el registro, privando de toda protección jurídica a quien no cumpliera tal requisito, en especial, al cesar las relaciones entre las partes. De hecho, el litigio versaba sobre la reclamación de indemnizaciones presentada por un agente, después de la resolución del contrato de agencia celebrado con una empresa. El abogado general Sr. Saggio, en el punto 35 de las conclusiones dictadas en el asunto Océano Grupo Editorial, sostuvo que en la sentencia Bellone el Tribunal de Justicia había identificado una incompatibilidad insuperable entre la norma de derecho nacional y la citada Directiva, que excluía cualquier intento de «interpretación conforme», por lo que impuso al órgano jurisdiccional de reenvío la obligación de no aplicar la regla de su propio ordenamiento.[41]

35. La sentencia Centrosteel[42] resolvió un asunto considerado como la continuación del anterior. Otro juez italiano, partiendo de que la negativa de la jurisprudencia a reconocer efecto directo horizontal a las directivas le impedía dejar inaplicada la norma interna, preguntaba al Tribunal de Justicia si las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, cuya aplicabilidad directa no producía dudas, se oponían a la ley de su país que obligaba a inscribirse en un registro a quien ejerciera como agente comercial, sancionando con la nulidad los contratos en los que interviniera. El procedimiento prejudicial se solventó remitiendo al órgano jurisdiccional de reenvío a la conocida doctrina de la «interpretación conforme» del derecho nacional, con

38 — Véase la base de datos DEC-NAT, del Tribunal de Justicia (dos-Cour QP/02961-P1). El Arbeitsgericht Hamburg condenó en rebeldía a la empresa demandada, que no había comparecido en ninguna de las fases del procedimiento, a pagar al interesado la cantidad de 11.100 DEM. Si bien la decisión alemana de 29 de abril de 1998 carece de motivación, como parece ser costumbre en este tipo de proceso, es de suponer que el importe corresponde a los tres meses y medio de salario que pedía el demandante. De acuerdo con la información comunicada por el tribunal de reenvío, la sentencia no fue recurrida.

39 — Directiva del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (DO L 382, p. 17).

40 — Sentencia de 30 de abril de 1998 (C-215/97, Rec. p. I-2191), apartado 18.

41 — Cuando el 5 de mayo de 1999 dictó sentencia, el Tribunale civile di Bologna consideró el contrato de agencia válido y eficaz entre las partes, acogió la demanda de la Sra. Bellone y condenó a la empresa a pagarle las sumas adeudadas. En la motivación hizo constar que la sanción prevista por la normativa interna, consistente en la nulidad del contrato de agencia a falta de inscripción del agente en un registro, resultaba incompatible con el ordenamiento jurídico comunitario; que, en caso de incompatibilidad, este último prevalece sobre el derecho de los Estados miembros; y que las sentencias del Tribunal de Justicia tienen eficacia directa, por lo que, a su entender, la legislación nacional que subordinaba la validez del referido contrato a la inscripción previa del agente en un registro no era aplicable (dos-Cour QP/03475-P1). Puedo indicar, además, que en la base de datos DEC-NAT del Tribunal de Justicia figuran varias resoluciones de la Corte di Cassazione, revocando las decisiones de los tribunales inferiores que habían desestimado, por falta de inscripción en el registro, las demandas de agentes comerciales que solicitaban el pago de cantidades adeudadas en la ejecución de un contrato de agencia. Véanse las sentencias de 15 de mayo de 1999 (dos-Cour IA/18784-A); de 18 de marzo de 2002 (dos-Cour IA-22741-A); y de 17 de abril de 2002 (dos-Cour IA/22749-A).

42 — Sentencia Centrosteel, antes citada.

el fin de lograr el objetivo de la Directiva 86/653, sin entrar a interpretar el derecho primario. Tanto el abogado general Sr. Jacobs, en el punto 5 de las conclusiones, como el Tribunal de Justicia, en el apartado 17 de la sentencia, se hicieron eco de que, a raíz de la decisión recaída en el asunto Bellone, la Corte di Cassazione había modificado su jurisprudencia y estimaba que la inobservancia de la obligación legal de inscribirse en el registro no llevaba aparejada la nulidad del contrato de agencia.

36. Apartarse de estos desarrollos jurisprudenciales supondría un retroceso grave en el entendimiento del principio de primacía del derecho comunitario, comprometería la autoridad del Tribunal de Justicia para imponer una interpretación uniforme de sus normas en el territorio de la Unión Europea y desmoralizaría a los jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones como jueces comunitarios, especialmente a los que han seguido las indicaciones prejudiciales pertinentes para la «interpretación conforme» de sus normas.

Como lo que más nos atrae, decía Cicerón, [43] es contribuir al aumento de los recursos del genero humano, y nos afanamos por asegurar y enriquecer la vida de los hombres con nuestros consejos y nuestros esfuerzos, y nos vemos estimulados a ese placer por la misma naturaleza, observemos la conducta de los mejores y no atendamos las señales que tocan a retirada y harían retroceder a los que se hallan ya en vanguardia.

37. No obstante, la sentencia Arcaro [44] admitió, en otra cuestión prejudicial italiana, que el derecho comunitario carece de un mecanismo capaz de eliminar las normas de un Estado contrarias a una disposición no invocable de una directiva; también reconoció que el compromiso del juez nacional de tener presente el contenido de la directiva al interpretar las normas pertinentes de su propio derecho conoce sus límites, cuando le conduce a imponer a un particular una obligación prevista por una directiva aún no traspuesta en el derecho interno y, con mayor motivo, cuando acarrea la responsabilidad penal de quienes la contravengan.

38. Pero estas afirmaciones de la sentencia Arcaro no pueden hacerse extensivas, sin más, a los asuntos ahora examinados, como pretenden algunos de los Estados miembros que se han manifestado, por varias razones:

En primer lugar, en el procedimiento en el que estaba involucrado el Sr. Arcaro no se enfrentaban dos particulares, pues era el

43 — Cicerón, *Sobre la República*, traducción de Álvaro D'Ors, Editorial Gredos, Madrid 1984, libro primero, 2.2, p. 38.

44 — Sentencia de 26 de septiembre de 1996 (C-168/95, Rec. p. I-4705), apartados 42 y 43.

inculpado de un proceso penal. Se trataba, por tanto, de evitar que el Estado miembro, que no había cumplido la obligación de adaptar su legislación a las Directivas 76/464/CEE[45] y 83/513/CEE,[46] obtuviera ventajas de su infracción y castigara, por la vía criminal, a un empresario que había conculcado alguno de sus preceptos. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia ha declarado que la obligación del juez nacional de respetar el sentido de la directiva, al interpretar una norma nacional, está limitada por los principios generales de derecho que forman parte del ordenamiento comunitario, especialmente el de la seguridad jurídica y el de la irretroactividad, en especial si puede engendrar responsabilidad penal.[47]

En segundo lugar, hay una gran diferencia entre las circunstancias del asunto Arcaro y las de los litigios iniciados por los trabajadores de la Cruz Roja, ya que, en el primero, el legislador italiano sólo había efectuado una incorporación incompleta del derecho de la Unión, mientras que Alemania adoptó una ley específica para ejecutar la Directiva 93/104 en su totalidad, cuyo artículo 3 recoge correctamente el contenido del artículo 6, apartado 2, de la norma comunitaria, cuando fija la duración máxima del tiempo de trabajo semanal en cuarenta y ocho horas.

39. No se trata, pues, como sostiene el Gobierno federal, de que, si descartara el artículo 7, apartado 1, punto 1, letra a), de la Ley relativa a la jornada laboral, el juez interno se encontraría con un vacío legal que le obligaría a imponer gravámenes a un empresario sobre la base de la Directiva 93/104, pues podría recurrir, simplemente, a otro precepto nacional, perteneciente al mismo cuerpo legal, adoptado a fin de incorporar las disposiciones comunitarias,[48] que se adecúa a la obligación general

45 — Directiva del Consejo, de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad (DO L 129, p. 23; EE 15/01, p. 131).

46 — Directiva del Consejo, de 26 de septiembre de 1983, relativa a los valores límite y a los objetivos de calidad para los vertidos de cadmio (DO L 291, p. 1).

47 — Sentencias de 11 de junio de 1987 Pretore de Salò (14/86, Rec. 1987, p. 2545), apartado 20; y de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Rec. p. 3969), apartado 13.

48 — Hay una parte de la doctrina que se pronuncia en el mismo sentido. Véase, a título de ejemplo, Faro, S.: «La Cassazione torna a pronunciarsi sull'efficacia diretta "orizzontale" delle direttive comunitarie», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998 pp. 1398-1407, especialmente, pp. 1403 y 1404: «la previsione di questo obbligo [interpretare la norma nazionale in coerenza con quella contenuta in una directiva comunitaria] comporta, di fatto, il riconoscimento di un effetto orizzonatle "indiretto" delle direttive, indirecto in quanto la norma che trova applicazione al rapporto tra i privati è, in ogni caso, la norma nazionale»; Tesauro, G.: *Diritto Comunitario, terza edizione*, CEDAM, 2003, pp. 162 a 184, especialmente, p. 180: «I risultati pratici cui si previene con l'obbligo di interpretare il diritto nazionale in modo conforme alla norma di una directiva [...] non sono molto diversi da quelli che si realizzerebbero con l'affermazione pura e semplice dell'effetto orizzontale e verticale. Non e caso, dunque, la Corte ha talvolta trasformato il problema della portata dell'effetto directo della directiva in un problema di interpretazione conforme»; Rodiere, P.: «Sur les effets directifs du droit (social) communautaire», en *Revue trimestrielle de droit européen*, 27 (4), 1994, pp. 565-586, especialmente, p. 577: «L'opération consiste, donc, à substituer une norme de droit national conforme au droit communautaire à celle qui ne l'était pas. La norme à appliquer a un caractère national, le rôle du droit communautaire se borne à en opérer la désignation. Double avantage: peu importe qu'une directive communautaire ne puise créer directement des obligations pesant sur les particuliers, puisque on le demande au droit national»; Timmermans, C.W.A.: «Directives: their effect within the national legal systems», en *Common Market Law Review*, 16, 1979, pp. 533 a 555, especialmente, p. 551: «I do not exclude the possibility that, once the process of legal review of national law with regard to directives has become common practice, the Court of Justice will accept and even require such review also with regard to directives relating to horizontal relationships»; y Bach, A.: *Juristenzeitung*, 1990, p. 1113: «Die richtlinienkonforme Auslegung ebenso wie die Nichtanwendung gemeinschaftswidriger Normen können dabei erhebliche Auswirkungen auf die Rechte und Pflichten einzelner haben. Objektive Wirkungen sind durchaus auch zu Lasten Privater möglich».

impuesta por el legislador europeo, [49] de que en los Estados miembros el horario de trabajo no sobrepase ese número de horas. [50]

En este sentido coincido con la apreciación del abogado general Sr. Van Gerven en el punto 7, párrafo segundo, de las conclusiones que presentó en el asunto Marleasing, [51] de que la carga que recae sobre los jueces nacionales de interpretar su legislación de conformidad con una directiva no entraña su efecto directo entre particulares. Al contrario, son las disposiciones nacionales mismas, interpretadas en armonía con la directiva, las que se aplican.

40. Debo referirme también a dos sentencias profusamente citadas por los intervinientes en esta fase del proceso, tanto a favor como en contra de sus diferentes posiciones. Se trata de las resoluciones CIA Security International [52] y Unilever, [53] que pueden constituir hitos en la evolución de la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia en materia de aplicación por los jueces nacionales de directivas no respetadas por los Estados miembros, pero que no resultan de gran utilidad para resolver la cuestión ahora planteada. [54]

En los dos asuntos, se respondió al juez nacional que debía negarse a aplicar, en un proceso entre particulares, un reglamento técnico nacional aprobado sin notificación previa a la Comisión, en clara infracción de los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189/CEE, [55] pero el Tribunal de Justicia tuvo el cuidado de puntualizar que su jurisprudencia Faccini Dori [56] no era pertinente al respecto, porque el incumplimiento de las normas de

49 — El abogado general Sr. Alber se pronunció a favor de una solución de estas características en los puntos 25 a 31 de las conclusiones que presentó en el asunto en el que recayó la sentencia de 14 de septiembre de 2000, Collino y Chiappero (C-343/98, Rec. p. I-6659), para el caso de que el juez nacional considerara que estaba ante un litigio entre particulares. Al resolver las cuestiones prejudiciales, el Tribunal de Justicia dejó en manos del juez nacional la comprobación de si los trabajadores podían invocar los preceptos de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (DO L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122), frente a una sociedad que tenía encomendada, mediante concesión, la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, sucesora de un organismo público, que aseguraba con anterioridad la misma misión.

50 — Véanse también las conclusiones del abogado general Sr. Jacobs en el asunto en el que recayó la sentencia Centrosteel, antes citada, punto 35, y las del abogado general Sr. Geelhoed, en el asunto en el que recayó la sentencia de 11 de julio de 2002, Marks & Spencer (asunto C-62/00, Rec. p. I-6325), punto 42.

51 — Antes citado.

52 — Sentencia de 30 de abril de 1996 (C-194/94, Rec. p. I-2201).

53 — Sentencia de 26 de septiembre de 2000 (C-443/98, Rec. p. I-7535).

54 — López Escudero, M.: «Efectos del incumplimiento del procedimiento de información aplicable a las reglamentaciones técnicas (Directiva 83/189/CEE)», en *Revista de Instituciones Europeas*, 1996, pp 839 a 861, especialmente, p. 861: «los particulares no pueden deducir derecho alguno de actos normativos comunitarios que, como la Directiva 83/189, establecen un procedimiento de información en el seno del cual las Instituciones comunitarias carecen de poder para determinar la compatibilidad con el derecho comunitario de las reglamentaciones nacionales notificadas. Por ello, considero que la utilización del principio del efecto directo para garantizar la efectividad de este tipo de normas comunitarias no es conveniente. El efecto directo no debe ser utilizado jurisprudencialmente para "enmendar" las deficiencias surgidas en la aplicación de cualquier tipo de normativa comunitaria».

55 — Directiva del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas (DO L 109, p. 8; EE 13/14, p. 34).

56 — Sentencia Faccini Dori, antes citada.

esa Directiva constituía un vicio sustancial de procedimiento y sus disposiciones no creaban derechos ni obligaciones para los particulares. [57]

41. El hecho de que el efecto directo de un precepto de una directiva repercuta en los derechos de particulares, que no forman parte de la relación vertical, tampoco ha sido obstáculo para que el Tribunal de Justicia lo reconociera. Constituyen buenos ejemplos de esta afirmación la sentencia Fratelli Costanzo, [58] dictada en interpretación de la Directiva 71/305/CEE [59] en un recurso de anulación de la adjudicación de un contrato público de obras; [60] la sentencia World Wildlife Fund y otros, [61] pronunciada en otro recurso de anulación interpuesto por varios particulares residentes en terrenos colindantes con un aeropuerto y dos asociaciones de protección del medio ambiente, en el que se atacaba la autorización de un proyecto de reestructuración de sus instalaciones; la sentencia Smith & Nephew y Primecrown, [62] que consintió al titular de una autorización de comercialización de una especialidad farmacéutica, concedida al amparo de la Directiva 65/65/CEE, [63] alegar sus disposiciones en un procedimiento nacional, con el fin de impugnar la validez del permiso otorgado por la autoridad competente, sobre la base de la misma normativa, a uno de sus competidores para una especialidad patentada de igual denominación; o la reciente sentencia Wells, [64] donde se apostilla que las meras consecuencias negativas en los derechos de terceros, incluso si pueden preverse con verosimilitud, no justifican que se impida a un particular invocar los preceptos de una directiva contra el Estado miembro.

42. También discrepo de quienes han sostenido que la primacía sólo puede predicarse del derecho comunitario primario o, como máximo, de un reglamento, por ser la norma en juego en la sentencia Simmenthal, [65] pues esa distinción resulta artificial e inexacta, ya que, [66] en dicha resolución, el Tribunal de Justicia ratificó la primacía, tanto del Tratado, como de los actos de las Instituciones directamente aplicables. Además, cada vez que se entiende que un precepto comunitario se opone a una norma de alguno de los Estados miembros se reitera el reconoci-

57 — Sentencia Unilever, también antes citada, apartados 50 y 51.

58 — Sentencia Fratelli Costanzo, antes citada.

59 — Directiva del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9).

60 — Tridimas, T., obra citada, p. 334: «Although [the Court] did not examine specifically the implications of allowing reliance on the directive, it did not consider as impermissible horizontal effect the adverse legal implications that would inevitably flow for the successful tenderer by the annulment of the tendering authority's decision».

61 — Sentencia de 16 de septiembre de 1999, World Wildlife Fund y otros (C-435/97, Rec. p. I-5613), apartados 69 a 71.

62 — Sentencia de 12 de noviembre de 1996, Smith & Nephew y Primecrown (C-201/94, Rec. p. I-5819), apartado 39.

63 — Directiva del Consejo, de 26 de enero de 1965, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre especialidades farmacéuticas (DO 1965, 22, p. 369; EE 13/01, p. 18).

64 — Sentencia de 7 de enero de 2004, Wells (C-201/02, Rec. p. I-723), apartado 57.

65 — Sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629), apartado 17.

66 — Véase Simon, D.: *La directive européenne*, Dalloz 1997, p. 95: «l'obligation d'écarter les règles nationales contraires au droit communautaire s'impose au juge national en vertu du principe de primauté, y compris si la norme en cause est dépourvue d'effet direct».

miento de la primacía proclamada hace casi cuarenta años, con independencia de la fuente comunitaria: el Tratado,[67] un reglamento o una directiva.[68]

43. Mi propósito no es, en este momento, propugnar el efecto directo horizontal de las directivas no ejecutadas, que reúnan las condiciones consignadas por la jurisprudencia. No pretendo, ni mucho menos, animar a los jueces nacionales a aplicar dichos preceptos, invadiendo el ámbito de las funciones del legislador nacional.

Ahora bien, tampoco puedo estar de acuerdo con quienes sostienen que, en un caso como el de autos, a los particulares únicamente les cabe exigir la responsabilidad del Estado por los daños causados con el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho comunitario, ya que, según ha querido el Tribunal de Justicia, esta solución tiene carácter subsidiario y sólo entraría en juego en este supuesto, si el resto de las disposiciones nacionales adoptadas para desarrollar la Directiva 93/104 no pudieran ser interpretadas en un sentido acorde con su letra y con su finalidad.

44. En las circunstancias concurrentes en estos asuntos, el papel atribuido al Tribunal de Justicia como garante de la interpretación uniforme del derecho comunitario, asumido especialmente en su competencia prejudicial, le impide dejar al juez nacional sin más alternativa que aplicar un precepto del ordenamiento jurídico interno[69] contrario al texto del artículo 6, apartado 2, de la Directiva 93/104, así como a su objetivo de mejorar la seguridad, la higiene y la salud de los trabajadores.[70]

45. Visto, pues, que el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 93/104 es una norma clara, precisa e incondicional, sin requerir ningún desarrollo por el legislador nacional,[71] y que el juez alemán puede servirse de otras disposiciones de la Ley relativa a la jornada

67 — Véase la sentencia de 15 de julio de 1964, Costa/ENEL (6/64, Rec. p. 1141), especialmente, pp. 1158 a 1160.

68 — Sentencia de 5 de abril de 1979, Ratti (148/78, Rec. p. 1629), apartados 20 a 24. El abogado general Sr. Van Gerven afirma, en el punto 9 de las conclusiones presentadas en el asunto Marleasing: «Además, la directiva (...), por formar parte del derecho comunitario, en principio prevalece sobre todas las disposiciones de derecho nacional. Esto es válido, especialmente, cuando se trata de disposiciones nacionales que (...) tienen relación con el ámbito regulado por la directiva.»

69 — Prechal, S.: *Directives in European Community Law. A Study of Directives and Their Enforcement in National Courts*, Clarendon Press Oxford, 1995, p. 229: «The domestic courts are here operating within the context of Community law. For this very reason Community law and, specially Article 5 of the Treaty, may not only require them to do something positive but may also stop them if they should transcend the limits of what is considered as acceptable under Community law».

70 — Lenaerts, K.: «L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples», en *Cahiers de droit européen*, 1991, pp. 3 a 41, especialmente, p. 38: «Le juge aura généralement tendance à interpréter la norme nationale concernée dans le sens de la directive et de garantir de la sorte l'effet utile de la directive dans les relations entre particuliers»; Morris, P.E.: «The direct effect of directives —some recent developments in the European Court—», en *The journal of business law*, 1989, mayo, pp. 233 a 245, especialmente, p. 241: «if national judiciaries respond positively to this exhortation something approaching horizontal direct effect may be achieved by a circuitous route. The substantive contents of directives could gradually percolate into private legal relationships without the problems which investing directives with horizontal direct effect would bring in its train, most notably the erosion of legal certainty, the risk of a national judicial revolt and the distortion of article 189».

71 — Sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame y otros (asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029), apartado 22.

laboral, distintas del artículo 7, apartado 1, punto 1, letra a), no procede invitar a los trabajadores a emprender una acción indemnizatoria contra el Estado.

46. He de añadir que el interés de la Directiva 93/104 en proteger a los trabajadores, como parte más vulnerable de la relación laboral, debe ser ponderado por el juez nacional, cuando interprete el derecho interno de trasposición. [72] El mismo Tribunal de Justicia, en la sentencia Unilever, [73] se preocupó de marcar la diferencia entre las directivas que crean derechos y obligaciones para los particulares y las que no lo hacen.

47. Parece, pues, aconsejable recomendar al Arbeitsgericht de Lörrach que, asumiendo sus responsabilidades comunitarias, siga la senda trazada por el Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el Juzgado de Primera Instancia nº 35 de Barcelona, la Audiencia Provincial de Sevilla, el Arbeitsgericht de Hamburgo, el Tribunale Civile de Bolonia, la Corte di Cassazione de la República Italiana y el Pretore de Brescia.

48. Por las razones expuestas he de proponer al Tribunal de Justicia, siempre que el Estado no haya utilizado la posibilidad contemplada en el artículo 18, apartado 1, letra b), inciso i), la declaración de que el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 93/104 se opone, a una norma como el artículo 7, apartado 1, punto 1, letra a), de la Ley alemana relativa a la jornada laboral, que permite prolongar, en un convenio colectivo o de empresa, la jornada diaria más allá de diez horas, cuando el tiempo de trabajo incluya periodos de permanencia regulares e importantes.

En consecuencia, hay que interpretar el artículo 14 del Convenio colectivo de la Cruz Roja alemana, en la medida en que se basa en el citado artículo 7, de manera que los trabajadores afectados no se vean obligados a efectuar más de cuarenta y ocho horas semanales de media, teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 16, apartado 2, y del artículo 17, apartado 4, de la Directiva 93/104, relativas a la fijación del periodo de referencia para el cálculo de la media.

72 — Algunos autores subrayan que ciertos ámbitos del ordenamiento jurídico, entre los que se cuentan el del derecho laboral y el del derecho de la protección al consumidor, que regulan relaciones entre particulares, muestran una flexibilidad susceptible de permitir, sin mayores problemas, una interpretación de las normas nacionales a la luz del derecho comunitario que contribuya a su evolución. Véase Rodríguez Iglesias, G. C. y Riechenberg, K.: «Zur richtlinienkonformen Auslegung (Ein Ersatz für die fehlende horizontale Wirkung?)», *Festschrift für Ulrich Everling*, vol. II, p. 1229: «Es gibt Rechtsgebiete, die so flexibel ausgestaltet sind, dass eine Auslegung der einschlägigen innerstaatlichen Vorschriften im Lichte des Gemeinschaftsrechts ohne größere Schwierigkeiten möglich ist. Ein gutes Beispiel für eine Rechtsgebiet, das in allen Mitgliedstaaten in den letzten Jahren tiefgreifende Änderungen erfahren hat, ist das Arbeitsrecht. Auch jüngere Rechtsgebiete, wie das Verbraucherschutzrecht, dürften für eine solche Rechtsfortbildung offen sein».

73 — Sentencia Unilever, antes citada.

## IV. Conclusión

49. A tenor de las consideraciones precedentes, sugiero de nuevo al Tribunal de Justicia que responda a la tercera cuestión planteada por el Arbeitsgericht Lörrach en el presente asunto de la siguiente manera:

«El artículo 6, apartado 2, de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, aun en el caso de que los Estados miembros establezcan excepciones al periodo de referencia fijado en el artículo 16, apartado 2, resulta claro, preciso e incondicional, además de reconocer derechos a los particulares, por lo que puede ser invocado ante los órganos jurisdiccionales nacionales, cuando el Estado miembro no lo haya incorporado correctamente dentro del plazo concedido. Sin embargo, al ser los litigios principales procedimientos entre particulares, los trabajadores no pueden prevalerse del efecto directo de dicha norma.

El artículo 6, apartado 2, de la Directiva 93/104 se opone, siempre que el Estado no haya hecho uso de la posibilidad contemplada en el artículo 18, apartado 1, letra b), inciso i), a una disposición como el artículo 7, apartado 1, punto 1, letra a), de la Ley alemana relativa a la jornada laboral, que permite prolongar, en un convenio colectivo o de empresa, la jornada diaria más allá de diez horas, cuando el tiempo de trabajo incluya periodos de permanencia regulares e importantes. En consecuencia, hay que interpretar el artículo 14 del Convenio colectivo sobre condiciones de trabajo de los empleados, trabajadores y aprendices de la Cruz Roja alemana, en la medida en que se basa en el citado artículo 7, de manera que los trabajadores afectados no se vean obligados a efectuar más de cuarenta y ocho horas semanales de media, teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 16, apartado 2, y del artículo 17, apartado 4, de la Directiva 93/104, relativas a la fijación del periodo de referencia para el cálculo de la media.»