

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. F.G. JACOBS

presentadas el 15 de junio de 1995 *

1. En los presentes asuntos, el Hoge Raad der Nederlanden solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie acerca de dos series de cuestiones. La primera serie plantea el problema de si dicho órgano jurisdiccional, al pronunciarse en recurso de casación, está obligado a examinar determinadas cuestiones de Derecho comunitario que no fueron planteadas ante los órganos jurisdiccionales inferiores, aun cuando un examen de este tipo sea contrario a las normas procesales nacionales. Aunque se plantean en el contexto particular de las normas sobre la competencia del Tratado, estas cuestiones suscitan problemas de carácter general relativos a las interacciones entre el Derecho comunitario y los sistemas jurídicos de los Estados miembros. La segunda serie de cuestiones trata de si un régimen profesional de pensiones que impone una afiliación obligatoria es compatible con las normas del Tratado sobre la competencia.

2. El marco legal nacional es idéntico en ambos asuntos. El apartado 1 del artículo 2 de la Ley neerlandesa de 29 de junio de 1972 sobre la afiliación obligatoria a un régimen profesional de pensiones (en lo sucesivo, «Ley de pensiones») dispone que el Ministro puede, a petición de una o de varias organizaciones suficientemente representativas de

los compañeros de una profesión y después de un procedimiento de consulta, imponer obligatoriamente, para una o varias categorías específicas de compañeros de dicha profesión, la afiliación a un régimen profesional de pensiones constituido por compañeros de profesión. Conforme al apartado 2 del artículo 2, dicho régimen puede establecer a) la creación de un fondo especial de pensiones, o b) la obligación de que los compañeros de profesión opten libremente por asegurarse, bien con el fondo especial o con un asegurador autorizado, o c) una combinación de ambas figuras para distintas partes del régimen. El apartado 3 del artículo 2 impone a los organismos que solicitan el establecimiento de un régimen obligatorio la creación de una persona jurídica encargada de aplicar el régimen como fondo profesional de pensiones o de velar por el cumplimiento de la obligación que tienen los miembros de asegurarse. El apartado 4 del artículo 2 dispone que, cuando un régimen reviste carácter obligatorio, toda persona que ejerza la profesión de que se trate, ya sea como trabajador por cuenta propia o como trabajador por cuenta ajena, estará sujeta al cumplimiento de sus disposiciones. El incumplimiento de esta obligación constituye una infracción penal sancionada con una multa con arreglo al artículo 27. Además, el artículo 31 faculta al Fondo de pensiones o al organismo de vigilancia para emitir un título ejecutivo a efectos de recuperar las primas atrasadas.

3. Según las declaraciones que figuran en los trabajos preparatorios de la Ley de pensiones

* Lengua original: inglés.

y se transcriben en la resolución de remisión, la finalidad del régimen colectivo es permitir «la adaptación de los ingresos de los jubilados al incremento del nivel general de ingresos», así como «permitir que los compañeros de profesión más jóvenes contribuyan, a través de un sistema de distribución equitativa de las cotizaciones o variantes de este sistema, a las mayores cargas de las prestaciones en favor de los compañeros de profesión de mayor edad», y «establecer la concesión de derechos a pensión para los años anteriores a la entrada en vigor del régimen». Este objetivo sólo puede realizarse a través del un régimen común «si, en principio, están implicadas todas las personas pertenecientes al sector profesional de que se trate».

4. En 1978, la profesión de fisioterapeuta organizó un régimen profesional que comprende un fondo especial, esto es, el Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten (en lo sucesivo, «Fondo»). El apartado 1 del artículo 4 de los Estatutos del Fondo dispone que serán afiliados todos los fisioterapeutas y kinesiterapeutas que reúnan los requisitos para la afiliación establecidos en el Reglamento de Pensiones. El apartado 2 del artículo 4 dispone que los afiliados estarán sujetos a las disposiciones de los Estatutos, del Reglamento de Pensiones y a otras disposiciones adoptadas con arreglo a los Estatutos.

5. El apartado 1 del artículo 2 del Reglamento de Pensiones define a los afiliados al régimen como «todo fisioterapeuta que ejerza una actividad profesional como tal en los Países Bajos y que no haya alcanzado la edad de la jubilación». A continuación excluye a determinadas categorías de fisioterapeutas, en particular, en la letra a) del apartado 1 del artículo 2, a los que «trabajen

exclusivamente en el marco de un contrato de trabajo en virtud del cual sea aplicable el régimen establecido en la Algemene Burgerlijke Pensioenwet (Ley general relativa a las pensiones civiles) u otro sistema de seguro de pensiones que por lo menos sea equivalente al régimen del presente Reglamento, siempre y cuando los interesados —respetando las disposiciones de carácter administrativo previstas a dicho fin en el apartado 3 del artículo 25— den a conocer por escrito al Fondo su deseo al respecto».

6. El 31 de marzo de 1978, el Secretario de Estado de Asuntos Sociales adoptó, con arreglo al apartado 1 del artículo 2 de la Ley de pensiones, una Resolución que impuso obligatoriamente la afiliación al régimen. La Resolución contenía una excepción equivalente a la que figuraba en la letra a) del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento de Pensiones.

7. El Fondo adoptó los criterios siguientes a efectos de la aplicación de la letra a) del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento:

«1. Debe tratarse exclusivamente de actividades realizadas en el marco de un contrato de trabajo en virtud del cual sea aplicable un seguro de pensiones que por lo menos sea equivalente.

2. El seguro de pensiones de que se trata deberá aplicarse a:

a) [...]

b) [...] todos los compañeros de profesión empleados por la sociedad.»

8. A partir del 1 de enero de 1988 y del 1 de abril de 1989, respectivamente, el Sr. van Veen y el Sr. van Schijndel (en lo sucesivo, «demandantes») suscribieron sus propios contratos de seguro con la compañía Delta Lloyd. El Fondo se negó a eximirles de la afiliación obligatoria, alegando que los contratos no cumplían el requisito según el cual debían ser aplicables a todos los fisioterapeutas empleados por el empresario afectado (en lo sucesivo, «requisito de colectividad»). Los recursos de los demandantes contra las decisiones del Fondo fueron examinados, en primera instancia, por dos Kantonrechter diferentes (de los cuales uno desestimó la demanda del Sr. Van Veen y otro estimó la del Sr. Van Schijndel), y, en trámite de apelación, por el Rechtbank te Breda, que desestimó las pretensiones de ambos demandantes. Estos últimos interpusieron recurso de casación ante el Hoge Raad, que es competente para anular las decisiones por motivos de Derecho únicamente («casación»).

9. Ante los órganos jurisdiccionales inferiores, los demandantes solicitaron la exención de la afiliación obligatoria aduciendo la falta de base jurídica en Derecho neerlandés para el requisito de colectividad. Al pronunciarse sobre el recurso de casación, el Hoge Raad confirmó el punto de vista del Rechtbank, según el cual el requisito de colectividad era compatible con la legislación neerlandesa. No obstante, los demandantes suscitaron, ante el Hoge Raad, un nuevo motivo, que no habían invocado ni ante el Kantonrechter ni ante el Rechtbank, esto es, que la Ley sobre las pensiones, o por lo menos, su aplicación al régimen de pensiones establecido por los fisioterapeutas, era incompatible con la letra f) del artículo 3 y con los artículos 5, 85 a 86 y 90 del Tratado CE. Los demandantes sostienen que estas disposiciones del Tratado son de tal naturaleza que el Rechtbank debería haberse pronunciado en su favor por estos motivos, a pesar del hecho de que no habían formulado dicha alegación en primera instancia.

10. Este nuevo motivo plantea al Hoge Raad una importante cuestión de procedimiento. En Derecho neerlandés, sólo pueden invocarse motivos nuevos en un recurso de casación cuando afectan únicamente a cuestiones de Derecho, es decir, no requieren ningún examen de los hechos. El Hoge Raad considera que el nuevo motivo de los demandantes no cumple este requisito, dado que se basa en hechos y circunstancias que no han sido comprobados por el Rechtbank. Tampoco puede afirmarse que constituyera la base de los recursos de los demandantes, pero no fuera examinado por el Rechtbank.

11. Según el Hoge Raad, los demandantes tampoco pueden basarse en el artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil neerlandesa, que obliga al Juez a suplir de oficio los fundamentos de Derecho que las partes no hayan invocado. Según el Hoge Raad, el principio de pasividad del Juez civil en los asuntos que versan sobre derechos y obligaciones civiles, de los que las partes disponen libremente, entraña que los fundamentos de Derecho suplidos no permiten al Juez salirse de los límites del litigio, ni basarse en otros hechos y circunstancias que los invocados por la parte cuyos fundamentos deben ser suplidos. En el caso de autos, el Rechtbank habría excedido los límites del litigio si hubiera examinado de oficio las cuestiones de Derecho comunitario. Ante los Kantonrechter, los demandantes no cuestionaban su obligación de afiliación al régimen, sino la negativa a eximirles de la afiliación con arreglo a la letra a) del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento de Pensiones. El Hoge Raad llega a la conclusión de que, al obrar así, los demandantes admitieron el carácter imperativo de la Ley de Pensiones de 29 de junio de 1972 y del régimen.

obligaciones civiles de los que las partes disponen libremente, aplicar la letra f) del artículo 3 y los artículos 5, 85 y 86 y/o 90 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, incluso cuando la parte litigante interesada en su aplicación no los ha invocado?

- 2) En caso de que deba responderse afirmativamente en principio a la primera cuestión, ¿es válida esta respuesta incluso en caso de que el Juez, procediendo de esta forma, debiera renunciar al principio de pasividad que está obligado a respetar, porque debería a) salirse de los límites del litigio circunscrito por las partes y/o b) basarse en hechos y circunstancias distintos de aquellos en los que hubiera fundado su demanda la parte litigante interesada en la aplicación de dichas disposiciones?

12. En estas circunstancias, el Hoge Raad decidió someter al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 3) En caso de que también deba responderse afirmativamente a la segunda cuestión, ¿pueden invocarse por primera vez ante el Juez nacional de casación las disposiciones del Tratado mencionadas en la primera cuestión, si a) según el Derecho procesal nacional, aplicable en este supuesto, en casación sólo se pueden aducir nuevas alegaciones si son de carácter puramente jurídico —es decir si no requieren un examen de los hechos y son procedentes en todo caso— y si b) el hecho de invocar las disposiciones de que se trata requiere, en particular, un examen de los hechos?

«A)

- 1) ¿Debe el Juez nacional de lo Civil, en un proceso que versa sobre derechos y

- B)
- 4) A la luz del espíritu de la *Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepsvereniging* (WVD) expuesto más arriba en el inciso v) de la letra A) del punto 3.1, ¿debe calificarse de empresa en el sentido de los artículos 85, 86 o 90 del Tratado un fondo profesional de pensiones en el que, en virtud o de conformidad con la WVD, están obligados a participar todos o una o varias categorías determinadas de compañeros de profesión con los efectos jurídicos, brevemente señalados más arriba en la letra A) del punto 3.1, que a dicho hecho atribuye esta Ley?
- 5) En caso de respuesta afirmativa, ¿el hecho de imponer obligatoriamente la afiliación al régimen de pensiones para fisioterapeutas, mencionado en la letra B) del punto 3.1, constituye una medida adoptada por un Estado miembro que desvirtúa el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas o sólo ocurre así en determinadas circunstancias y, en este último supuesto, en cuáles?
- 6) Si procede responder negativamente a la última cuestión, ¿pueden darse otras circunstancias que conviertan en incompatible con lo dispuesto en el artículo 90 del Tratado la obligación de afiliación y, en caso afirmativo, cuáles?»

13. El Hoge Raad señala que las cuestiones mencionadas en la letra B) sólo se plantean en caso de que, debido a la respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones objeto del punto A), estuviera obligado a examinar los fundamentos de Derecho comunitario invocados por los demandantes.

Las cuestiones de procedimiento

14. Las cuestiones de la primera serie [las mencionadas en la letra A)] pueden describirse como cuestiones «de procedimiento», si se emplea el término en sentido muy amplio, incluyendo las normas relativas a la organización de los recursos ante los órganos jurisdiccionales y a la competencia de los mismos. En el centro de los presentes asuntos existen cuestiones relativas al impacto del Derecho comunitario sobre las normas procesales en este sentido amplio, tal y como se han establecido en los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

15. La estructura de las tres cuestiones de procedimiento se basa en la premisa de que un recurso de casación está, en principio, limitado a cuestionar un error de Derecho cometido por el órgano jurisdiccional cuya resolución es objeto del recurso de casación. Puesto que, en los presentes asuntos, las partes no han invocado la cuestión de Derecho ante los órganos jurisdiccionales inferiores, se plantea la cuestión de si dichos órganos jurisdiccionales habrían debido o habrían

podido, suscitarla ellos mismos; en efecto, si se decide que no se da esta circunstancia, no pueden haber cometido un error de Derecho. Por consiguiente, la primera cuestión del Hoge Raad pide que se dilucide si un órgano jurisdiccional nacional debe aplicar de oficio determinadas normas del Tratado, en particular las normas sobre la competencia, cuando las partes no las han invocado. En principio, la segunda cuestión sólo se plantea si procede contestar afirmativamente a la primera. Desea que se determine si esto es así incluso cuando, al obrar de este modo, el órgano jurisdiccional nacional debe ir más allá del papel pasivo que le atribuyen las normas procesales nacionales, al examinar unos motivos que se salen de los límites del litigio circunscrito por las partes y al solicitar que se aporten pruebas de hecho complementarias para apoyar dichos motivos. En caso de respuesta afirmativa, la tercera cuestión indaga acerca de si las partes pueden invocar las normas del Tratado de que se trata por primera vez ante un órgano jurisdiccional de casación, incluso en la hipótesis en que esta última se viera entonces obligada a no aplicar las normas procesales que obstaculizan la alegación de nuevos motivos que requieran un examen de los hechos. En mi opinión, debe darse una respuesta negativa a las cuestiones primera y segunda, consideradas conjuntamente. Por consiguiente, la tercera no necesita contestación.

16. Estos asuntos suscitan cuestiones análogas a las que pone en tela de juicio el asunto *Peterbroeck*,¹ en el cual la *cour d'appel* de Bruxelles preguntó al Tribunal de Justicia si un órgano jurisdiccional nacional debía descartar la aplicación de una norma procesal nacional que le impedía examinar una cuestión de Derecho comunitario planteada por una de las partes después de la expiración del plazo aplicable. Presenté mis conclusiones en

este asunto el 4 de mayo de 1994. Seguidamente se abrió de nuevo la fase oral del procedimiento, y se celebró una segunda vista, junto con la vista en los presentes asuntos, el 4 de abril de 1995.

17. En las conclusiones que presenté el 4 de mayo de 1994 en el asunto *Peterbroeck*, consideré que el Derecho comunitario no se opone a la norma nacional controvertida. Basé este punto de vista en el hecho de que «según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales que hayan de procurar la salvaguardia de los derechos que en favor del justiciable se deducen del efecto directo del Derecho comunitario, siempre que estas modalidades cumplan dos requisitos: no pueden ser menos favorables que las correspondientes a recursos similares de carácter interno, ni pueden estar redactadas de tal manera que hagan imposible en la práctica² o excesivamente difícil³ el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario». ⁴ Dado que ninguna de las pretensiones mencionadas en determinadas excepciones establecidas por las normas belgas era comparable a la pretensión de *Peterbroeck*, y que no podía considerarse que el plazo fijado por las normas de que se trata no fuera razonable, llegué a la conclusión de que estas cumplían los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia.

2 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 16 de diciembre de 1976, *Rewe* (33/76, Rec. p. 1989), apartado 5; de 9 de noviembre de 1983, *San Giorgio* (199/82, Rec. p. 3595), apartado 12, y de 25 de julio de 1991, *Enmott* (C-208/90, Rec. p. I-4269), apartado 16. Véase igualmente la sentencia de 1 de abril de 1993, *Lageder* y otros (asuntos acumulados C-31/91 a C-44/91, Rec. p. I-1761), apartados 27 a 29.

3 — Véanse las sentencias *San Giorgio*, citada en la nota 2, apartado 14, y de 19 de noviembre de 1991, *Francovich* y otros (asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), apartado 43.

4 — Punto 17.

1 — Asunto C-312/93, conclusiones presentadas el 4 de mayo de 1994 (asunto en trámite).

18. Estas exigencias tienen por objeto establecer un equilibrio entre la necesidad de respetar la autonomía procesal de los sistemas jurídicos de los Estados miembros, y la de garantizar una protección eficaz, ante los órganos jurisdiccionales nacionales, de los derechos otorgados por el ordenamiento jurídico comunitario. Son compatibles con las resoluciones dictadas por el Tribunal de Justicia en otros asuntos, en las que ha hecho mayor hincapié en la necesidad de asegurar la eficacia del Derecho comunitario y garantizar una protección jurisdiccional adecuada de los particulares, en especial en los asuntos *Simmenthal* y *Factortame* y otros.

Derecho comunitario y a la protección por parte de los órganos jurisdiccionales italianos de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario. La necesidad de plantear ante el Tribunal Constitucional cada asunto que cuestiona la compatibilidad de una norma nacional con el Derecho comunitario, con el largo, costoso y complejo procedimiento que ello implica, disuadiría a los particulares de hacer valer los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario;⁶ además, incluso en los casos en los que no se disuadiera de ello a los particulares, no se aplicaría el Derecho comunitario durante toda la extensión del procedimiento.⁷

19. En la sentencia *Simmenthal*,⁵ el Tribunal de Justicia declaró que el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de Derecho comunitario, tenía la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas, sin esperar a la eliminación de una disposición nacional contraria por vía legislativa o por el Tribunal Constitucional italiano. Resulta evidente la crucial importancia de esta decisión para la integridad del ordenamiento jurídico comunitario. En el marco del sistema establecido por el Tratado, el Derecho comunitario depende, para su aplicación, de los órganos jurisdiccionales nacionales. Cada Juez nacional debe estar facultado para dar efectos a cualquier norma comunitaria pertinente en el ámbito del Derecho que le compete. Si sólo el Tribunal Constitucional fuera competente para descartar la aplicación de las normas nacionales contrarias al Derecho comunitario, ello constituiría sin lugar a dudas un obstáculo de primer orden a la aplicación del

20. También en el asunto *Factortame* y otros,⁸ el Tribunal de Justicia tuvo que enfrentarse a una necesidad imperativa de remediar la insuficiencia de la protección jurisdiccional proporcionada por el Derecho nacional en lo referente a los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario. Las partes demandantes habían impugnado, mediante una demanda de control jurisdiccional, la compatibilidad con el Derecho comunitario de determinadas disposiciones de una Ley nacional del Reino Unido. La Divisional Court de la Queen's Bench Division solicitó al Tribunal de Justicia que se pronunciase acerca de la cuestión. En la misma época, las partes demandantes solicitaron medidas provisionales en forma de suspensión de la aplicación de las disposiciones objeto de litigio. La resolución de la Divisional Court por la que se concedían estas

6 — Véanse las conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Reischl en el asunto *Simmenthal*, citado en la nota 5, p. 653.

7 — *Ibidem*, p. 656.

8 — Sentencia de 19 de junio de 1990 (C-213/89, Rec. p. I-2433).

5 — Sentencia de 9 de marzo de 1978 (106/77, Rec. p. 629).

medidas provisionales fue anulada por la Court of Appeal aduciendo que un Juez del Reino Unido no estaba facultado para suspender, a través de medidas provisionales, la aplicación de las leyes nacionales, ni para dictar, mediante la vía del control jurisdiccional, medidas provisionales contra la Corona. Tras solicitarle la House of Lords que se pronunciase acerca de la cuestión, el Tribunal de Justicia decidió que el órgano jurisdiccional nacional, que, al resolver acerca de un litigio relativo al Derecho comunitario, considera que el único obstáculo a que dicte medidas provisionales es una norma de Derecho nacional, no debe aplicar dicha norma.

21. Aunque haya ocasionado, como era inevitable, un debate político, la decisión no era, desde un punto de vista jurídico, ni revolucionaria, ni incluso sorprendente, como demostró la respuesta de los propios jueces ingleses.⁹ La protección jurisdiccional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario habría sido manifiestamente insuficiente, e incluso ilusoria, si, en espera de poder dictar su resolución final a resultas de una decisión del Tribunal de Justicia, la Divisional Court no hubiera estado facultada para conceder medidas provisionales con la finalidad de impedir que la parte que las solicitaba sufriese un perjuicio irreparable. Procede igualmente tomar nota de que los órganos jurisdiccionales ingleses, posteriormente, ejercieron su facultad de adoptar medidas provisionales contra la Corona en procedimientos del mismo tipo, incluso cuando no se cuestionaban derechos otorgados por el ordenamiento jurídico comunitario.¹⁰

22. Por lo tanto, procede destacar que, tanto en el asunto *Simmenthal* como en el asunto *Factortame* y otros, era necesaria la intervención del Tribunal de Justicia para permitir a los órganos jurisdiccionales nacionales, ante los que se habían planteado correctamente demandas basadas en el Derecho comunitario, cumplir de modo eficaz la tarea que se les ha encomendado en el marco del sistema establecido por el Tratado.

23. El presente asunto se distingue claramente de los asuntos *Simmenthal* y *Factortame* y otros y, en mi opinión, no existe motivo para extender los principios enunciados en dichos asuntos para conceder una protección a las personas que no han interpuesto un recurso de modo apropiado en unos sistemas jurídicos que les ofrecen suficientes posibilidades para hacerlo. Estoy pues de acuerdo con el punto de vista expresado por todos los Estados miembros que han presentado observaciones escritas, es decir, Francia, Alemania, los Países Bajos y el Reino Unido (todos estos Estados miembros estaban igualmente representados durante la vista), así como con la postura adoptada durante la vista por Irlanda y (en el asunto *Peterbroeck*) por Bélgica. No obstante, España y Grecia adoptaron una postura distinta durante la vista. El Gobierno español sostuvo que el Juez nacional estaba obligado a examinar, de oficio si es necesario, las cuestiones de Derecho comunitario, a pesar de las eventuales normas procesales nacionales que se opusieran a ello. Basó esta conclusión en a) la primacía del Derecho comunitario, b) el principio de la eficacia del Derecho comunitario y c) la necesidad de garantizar su aplicación uniforme. El Gobierno helénico invocó argumentos similares. Examinaré cada uno de estos argumentos sucesivamente.

⁹ Véase la opinión de Lord Bridge of Harwich en el asunto *Regina/Secretary of State for Transport ex parte Factortame Limited and Others*, AC, 1991, 603, 658; CMLR 1990, 375.

¹⁰ Véase la resolución dictada por la House of Lords en el asunto *M/Home Office*, AC, 1994, 1, 377.

Primacía del Derecho comunitario

24. En mi opinión, de la primacía del Derecho comunitario no se deduce que el Juez nacional deba, en todos los casos, descartar la aplicación de las normas procesales que impiden que se plantee una cuestión de Derecho comunitario en determinada fase del procedimiento. Lo que impone en primer lugar la primacía del Derecho comunitario es una norma general en virtud de la cual, cuando un órgano jurisdiccional nacional se enfrenta a un conflicto entre una disposición material de Derecho nacional y una disposición material de Derecho comunitario, esta última posee mayor fuerza. Se entiende fácilmente que a falta de tal norma general, el Derecho comunitario sería papel mojado.

25. No obstante, en lo referente a las normas procesales, la primacía del Derecho comunitario no impone que se inapliquen sistemáticamente, de modo que el Derecho comunitario pueda entrar en escena en cualquier fase del procedimiento. Como se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, basta con que las normas procesales nacionales ofrezcan a los particulares una posibilidad efectiva de poder hacer valer sus derechos.

26. Es cierto que debe tenerse en cuenta el interés general de la correcta aplicación del Derecho comunitario, al igual que los intereses de las partes. No obstante, el enfoque

seguido de manera constante por el Tribunal de Justicia desde hace varios años hace pensar que lo que basta para satisfacer el interés general a este respecto corresponde precisamente a los principios consolidados que ya he mencionado, esto es, el principio según el cual los órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar el respeto de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario cuando se invocan en los procedimientos nacionales conforme a las normas procesales nacionales, y el principio según el cual sólo pueden dejar de aplicarse las normas nacionales cuando hacen imposible o innecesariamente difícil invocar estos derechos. Además, debe señalarse, con carácter accesorio, que la Comisión puede proteger igualmente el interés de la Comunidad, bien sea garantizando el cumplimiento de las normas sobre la competencia, que se han invocado en el presente asunto, o, de modo más general, garantizando el cumplimiento por parte de los Estados miembros de las obligaciones que les incumben con arreglo al Derecho comunitario, recurriendo si es necesario al artículo 169 del Tratado.

27. Además, si se admitiese la tesis según la cual las normas procesales nacionales deben siempre ceder el paso al Derecho comunitario, se invertirían indebidamente, como demostraré más adelante, unos principios consolidados sobre los que se asientan los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Esto iría más allá de lo que requiere una protección jurisdiccional eficaz. Podría ser considerado como una violación del principio de proporcionalidad y, en sentido amplio, del principio de subsidiariedad, que refleja precisamente el equilibrio que el Tribunal de Justicia intenta alcanzar en este ámbito desde

hace algunos años. Ello crearía igualmente importantes anomalías, puesto que tendría el efecto de proporcionar una protección más extensa a unos derechos que no son, por el hecho de haber sido conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario, intrínsecamente más importantes que los derechos reconocidos por los ordenamientos jurídicos nacionales. Por ejemplo, es difícil sostener que el derecho que, según los Sres. Van Schindel y Van Veen, les otorga el Derecho comunitario de elegir su propio régimen de seguro es más importante y merece una protección más amplia que, por ejemplo, el derecho de la víctima de un daño corporal a obtener una indemnización de daños y perjuicios.

sentencias *Simmenthal* y *Factortame* y otros, las sentencias *Johnston*,¹² *Emmott*¹³ y *Marshall II*¹⁴).

29. No obstante, el sistema establecido por los Tratados se basa en la premisa de que las acciones nacionales ejercitadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales conforme a las normas procesales nacionales pueden satisfacer normalmente la necesidad de eficacia y de protección jurisdiccional adecuada. Así pues, por ejemplo en el asunto *Rewe*,¹⁵ el Tribunal de Justicia declaró lo siguiente:

28. Reconocer esto no equivale a subestimar la importancia de la aplicación del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales, ni la obligación que les incumbe en virtud del artículo 5 del Tratado de dar plenos efectos a sus disposiciones y garantizar el cumplimiento de los derechos que confiere a los particulares. En efecto, como señalé en las conclusiones que presenté en el asunto *BP Supergaz*,¹¹ los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretar de modo amplio el requisito según el cual las demandas basadas en el Derecho comunitario deben ser puestas en plano de igualdad con las demandas basadas en el Derecho interno. Asimismo, el Tribunal de Justicia interviene para garantizar que se aplique el Derecho comunitario cuando unas normas nacionales específicas impidan el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (véanse, además de las

«[...] si bien el Tratado introdujo una serie de acciones directas que los particulares pueden, en su caso, ejercitar ante el Tribunal de Justicia, no se propuso crear, para la preservación del Derecho comunitario, vías jurisdiccionales nacionales distintas de las establecidas en el Derecho nacional. Por el contrario, el sistema de protección jurídica implantado por el Tratado, tal como se expresa, en particular, en el artículo 177, supone que cualquier acción contemplada en el Derecho nacional debe poder ejercitarse para garantizar el respeto de las normas comunitarias de efecto directo en las mismas condiciones de admisibilidad y procesales que se aplicarían si se tratara de garantizar el respeto del Derecho nacional.»

11 — Conclusiones de 9 de marzo de 1995, en el asunto en el que recayó la sentencia de 6 de julio de 1995 (C-62/93, Rec. p. I-1883).

12 — Sentencia de 15 de mayo de 1986 (222/84, Rec. p. 1651).

13 — Antes citada en la nota 2.

14 — Sentencia de 2 de agosto de 1993 (C-271/91, Rec. p. I-4367).

15 — Sentencia de 7 de julio de 1981 (158/80, Rec. p. 1805).

30. La premisa subyacente es que los Estados de Derecho organizan sus sistemas jurídicos nacionales de modo que se garantice una aplicación correcta del Derecho y una protección jurídica adecuada a los sujetos de estos sistemas. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia sólo tendrá que intervenir excepcionalmente para obrar de modo que se aplique el Derecho comunitario.

Eficacia del Derecho comunitario

31. Ello nos conduce al segundo argumento expuesto por el Gobierno español, que se basa en la necesidad de garantizar la eficacia del Derecho comunitario. En primer lugar, procede tomar nota de que una correcta aplicación del Derecho no significa necesariamente que no pueda existir ningún límite a su aplicación. Puede suceder que el interés de una plena aplicación deba ser ponderado en función de otras consideraciones tales como la seguridad jurídica, la buena administración y el buen desarrollo de los procesos ante los órganos jurisdiccionales. Por lo común, los sistemas jurídicos imponen restricciones diversas que, a falta de un grado razonable de diligencia por parte del demandante, conducen a la desestimación total o parcial de la demanda. Estas restricciones comprenden los plazos establecidos para la interposición de los procedimientos administrativos y judiciales y para la realización de actos durante dichos procedimientos, los límites impuestos a las pretensiones de carácter retroactivo, las normas que restringen la presentación de nuevas demandas y las restricciones relativas a los motivos invocados durante el ejercicio de los recursos y a las cuestiones que los órganos jurisdiccionales pueden plantear de oficio.

32. En un procedimiento ante el propio Tribunal de Justicia, puede suceder que una parte poco previsora observe que su demanda o su recurso de casación ha sido presentada fuera de plazo, o que se le impide formular determinadas pretensiones o invocar determinados motivos que pudieran haber sido pertinentes. Con independencia de los plazos establecidos en los Tratados y en los Estatutos a efectos de entablar las distintas categorías de procedimientos, existen restricciones importantes a la ampliación del objeto del recurso y a la presentación de nuevos motivos en fases posteriores del procedimiento. El objeto de los recursos directos queda en principio determinado en el escrito de interposición presentado ante el Tribunal de Justicia o, en el caso de las acciones entabladas con arreglo al artículo 169 por la Comisión, por el dictamen motivado de esta última. Además, el escrito de interposición del recurso debe contener la exposición sumaria de los motivos invocados: véase el apartado 1 del artículo 38 del Reglamento de Procedimiento. El apartado 2 del artículo 42 de este mismo Reglamento dispone que «en el curso del proceso no podrán invocarse motivos nuevos, a menos que se funden en razones de hecho y de derecho que hayan aparecido durante el procedimiento». El Tribunal de Justicia sólo plantea de oficio una cuestión en determinadas circunstancias muy delimitadas.

33. La medida en la que un órgano jurisdiccional nacional puede plantear una cuestión de Derecho que no ha sido invocada por las partes puede depender de la naturaleza del Derecho procesal que regula el asunto. Ciertamente puede resultar tentador sostener que existe una distinción básica entre dos tipos fundamentalmente diferentes de Derecho procesal en los Estados miembros: una distinción entre, grosso modo, los sistemas continentales, por una parte, y los sistemas inglés, irlandés y escocés, por otra. Según

este punto de vista, en los sistemas continentales, se presupone que el Juez conoce el Derecho (*jura novit curia o curia novit legem*); debe aplicar las normas jurídicas apropiadas a los hechos, tal y como le son presentados por las partes (*da mihi factum, dabo tibi jus*) y, si es necesario, realiza con esta finalidad sus propias investigaciones jurídicas. Por el contrario, en los sistemas inglés, irlandés y escocés, el Juez desempeña un papel menos activo, o incluso un papel pasivo: el Derecho procesal se basa de modo general en la premisa de que el Juez no tiene un conocimiento independiente del Derecho, que depende de las alegaciones expuestas por el Letrado de las partes y que su función es esencialmente pronunciarse basándose exclusivamente en sus argumentos. Según un comentarista, «es posible que la característica más espectacular del Derecho procesal inglés sea que la norma *curia novit legem* nunca ha formado parte del Derecho inglés, y tampoco en la actualidad». ¹⁶

34. Un examen en mayor profundidad revela, con frecuencia, que tales contrastes entre diferentes categorías de sistemas jurídicos son exagerados, y la cuestión que nos ocupa no es una excepción a esta regla. Incluso en el caso de los procedimientos civiles, en el que el contraste es menos inexacto —es escasamente pertinente en los procedimientos penales o ante las jurisdicciones administrativas, en las que se aplican principios diferentes—, la distinción entre los dos enfoques es difícilmente defendible. La contraposición tal y como se ha explicado más

arriba da a entender que, en los sistemas continentales, los órganos jurisdiccionales pueden, o incluso deben, plantear de oficio una cuestión de Derecho que no ha sido invocada por las partes, mientras que, en los sistemas de «common law», no lo harán. La realidad es diferente. Aunque, en los sistemas continentales, el Juez puede plantear una nueva cuestión de Derecho, no debe salirse de los límites del litigio circunscritos por las demandas de las partes, quienes son «dueñas del litigio» (*dominus litis*). Tampoco puede, en términos generales, plantear un nuevo argumento que implique nuevas cuestiones de hecho. Esta es precisamente la situación en Derecho procesal civil neerlandés, como ha explicado el Hoge Raad en las resoluciones de remisión, ¹⁷ y puede observarse que la situación es idéntica en bastantes otros sistemas. Además, en numerosos sistemas, si el Juez plantea una nueva cuestión, insta, o debe instar, a las partes a debatir este punto, como haría un órgano jurisdiccional inglés. Nada impide al Juez inglés, por su parte, plantear una cuestión de Derecho que las partes no han invocado. A decir verdad, un estudio comparado y detallado del enfoque de un órgano jurisdiccional inglés y, por ejemplo, de un órgano jurisdiccional francés sobre estas cuestiones revela que las diferencias no son importantes. ¹⁸

35. Además, un órgano jurisdiccional inglés planteará de oficio, por supuesto, como cualquier otro, un punto que constituya una

17 — Véase el punto 11 *supra*.

18 — Véase Jolowicz: «*Da mihi factum, dabo tibi jus: a problem of demarcation in English and French law*», en *Multum non multa: Festschrift für Kurt Lipstein*, 1980, p. 79.

16 — Mann: «*Fusion of the Legal Professions?*», *Law Quarterly Review*, 1977, pp. 367 a 369.

cuestión de orden público. Desde hace siglos, el Derecho inglés se ha negado, por este motivo, a aplicar los acuerdos ilegales; según se ha formulado en un asunto reciente:

«Cuando un acuerdo es, a primera vista, manifiestamente ilegal, el Tribunal se negará a aplicarlo, se haya debatido o no la cuestión y tanto si una u otra de las partes ha planteado la cuestión como si no lo ha hecho, e incluso si se plantea por primera vez en apelación. El fundamento de esta norma es que los Queen's Courts no pueden ser utilizados para aplicar acuerdos ilegales, sin importar cuáles sean los deseos de las partes [...]». ¹⁹

36. No obstante, incluso en el sistema inglés, la medida en la que un órgano jurisdiccional interviene o plantea cuestiones de oficio varía en función del contexto: esto puede depender, por ejemplo, del tipo de procedimiento (civil, penal, administrativo), de la instancia del procedimiento (primera instancia, recurso relativo a cuestiones de Derecho y de hecho o recurso relativo únicamente a cuestiones de Derecho) o de la naturaleza del órgano jurisdiccional (Juzgado o Tribunal).

37. Un examen comparativo de la situación ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros muestra que pueden existir otras diferencias entre sus sistemas jurídicos.

Por ejemplo, no existe ciertamente consenso sobre la cuestión de determinar lo que es un motivo de orden público. Imponer a todos los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de aplicar de oficio el Derecho comunitario produciría, incluso aunque no fuera imposible poner en práctica esta obligación en ningún sistema, un grado de perturbación que puede variar de un sistema a otro, pero que probablemente sería significativo en cada uno de ellos. Sería igualmente difícil decidir si esta aplicación del Derecho comunitario se impone al conjunto del mismo o sólo a determinadas partes y, en su caso, a cuáles.

38. Por consiguiente, tanto por razones de principio como por motivos de orden práctico, se debe llegar a la conclusión de que un órgano jurisdiccional nacional sólo debe aplicar de oficio una disposición de Derecho comunitario en las situaciones en las que estaría obligado a aplicar de oficio una disposición correspondiente de su Derecho interno. Cabe suponer que esto podría conducir a desigualdades en la aplicación del Derecho comunitario, pero, como hemos visto, estas desigualdades son una consecuencia de la variedad de los propios sistemas jurídicos nacionales.

39. El examen de los procedimientos de recurso y, en particular, de los procedimientos de casación, refuerza esta conclusión. Por lo general, los procedimientos de recurso imponen unos límites al derecho del demandante o del demandado en el recurso de plantear nuevas cuestiones que amplíen el objeto del procedimiento. Si no existieran

19 — Asunto Bank of India/Trans Continental Commodity Merchants Ltd & J. N. Patel, Lloyd's Reports, 1982, I, 427, per Bingham J, 429.

tales límites, se desvirtuaría la naturaleza misma del procedimiento de recurso, y este último se convertiría en un nuevo proceso.

40. Estas consideraciones se aplican en particular a los procedimientos de casación de los Estados miembros, puesto que, en estos procedimientos, la competencia se limita generalmente al examen de la cuestión de si la resolución del órgano jurisdiccional inferior incurre en un error de Derecho, de modo que ni las partes ni el órgano jurisdiccional tienen la posibilidad de plantear nuevas cuestiones de Derecho.

41. Con frecuencia se limita estrictamente la posibilidad de plantear motivos nuevos no discutidos ante los órganos jurisdiccionales inferiores. Mientras que, por ejemplo, el Bundesgerichtshof alemán y la Cour de cassation francesa tienen libertad, comparativamente, para plantear motivos de oficio, en Bélgica, en España, en Italia y en los Países Bajos, los órganos jurisdiccionales de casación deben limitarse en principio a los motivos invocados por las partes. Salvo excepciones limitadas, la Cour de cassation de Bélgica ni siquiera está facultada para plantear motivos de orden público.

42. Además, el propio Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia impone restricciones: en los recursos de casación contra una decisión del Tribunal de Primera Instancia, ninguna de las partes puede modificar «el

objeto del litigio ante el Tribunal de Primera Instancia». ²⁰ De nuevo, es posible admitir que puedan existir excepciones, mediante las cuales el Tribunal de Justicia podría plantear una cuestión de «orden público», incluso aunque el Tribunal de Primera Instancia no lo haya hecho. ²¹ Pero parece claro que debe definirse esta excepción restrictivamente, si se quiere que el sistema de recursos de casación funcione correctamente.

43. Pasemos ahora a las normas neerlandesas objeto de los presentes asuntos. En mi opinión, no hacen indebidamente difícil a un demandante invocar los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico comunitario. El objeto de estas normas es simplemente hacer que el procedimiento se desarrolle de modo regular y eficaz, al impedir al demandante ampliar posteriormente el objeto del litigio tal como lo definió en su demanda ante el Juez que conoció sobre el fondo, y plantear en la fase de recurso de casación nuevas cuestiones que se salgan del objeto del litigio y cuya consideración exige un nuevo examen de los hechos. Puede observarse que, salvo estas restricciones, las normas neerlandesas no son especialmente exigentes con las partes. En efecto, el artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil neerlandesa impone al Juez que resuelve sobre el fondo suplir, de oficio si es necesario, sus fundamentos de Derecho.

44. Puesto que parece que las normas neerlandesas aseguran una protección adecuada

20 — Apartado 2 del artículo 113 y apartado 2 del artículo 116.

21 — Lenaerts: «The Development of the Judicial Process in the European Community after the Establishment of the Court of First Instances», en *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. I, libro 1, 1990, pp. 53 a 113, p. 109.

de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario, basta con que, cuando aplican dichas normas, los órganos jurisdiccionales nacionales otorguen a los motivos basados en el Derecho comunitario el mismo trato que a los motivos similares basados en el Derecho interno.

que los medios de impugnación y las normas procesales nacionales garanticen una protección jurídica adecuada.²²

Otros argumentos

Aplicación uniforme del Derecho comunitario

45. Según la tercera objeción expuesta por el Gobierno español, la concepción descrita conduciría a una falta de uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario; en los Estados miembros cuyas normas procesales son menos estrictas, podría aplicarse el Derecho comunitario a pesar de una falta de diligencia de las partes. No obstante, es inevitable un determinado grado de disparidad en la aplicación del Derecho comunitario a falta de normas armonizadas en materia de acciones judiciales, de procedimientos y de plazos. Tomando un ejemplo evidente, si un demandante poco previsor incumple un plazo aplicable a la presentación de una reclamación administrativa o al inicio de un procedimiento, su demanda corre el riesgo de prescribir; dichos plazos varían de un Estado a otro y pueden depender igualmente de la forma particular del sistema de recursos de que se trate. No se puede sostener seriamente que, por motivos de uniformidad, el Derecho comunitario impone que se ignoren todos los plazos de interposición de las demandas basadas en el ordenamiento jurídico comunitario. Ante la inexistencia de disposiciones de armonización, la única exigencia consiste en

46. Finalmente, comentaré varios argumentos presentados durante el procedimiento. En primer lugar, como señalé en el punto 44 de las conclusiones que presenté el 4 de mayo de 1944 en el asunto *Peterbroeck*, no es posible invocar el artículo 177 para fundamentar la tesis según la cual un órgano jurisdiccional nacional debe estar siempre facultado para plantear de oficio una cuestión de Derecho comunitario que las partes no han debatido. El artículo 177 se limita a establecer el mecanismo mediante el cual un órgano jurisdiccional nacional, al que se le ha planteado regularmente una cuestión de Derecho comunitario, puede obtener del Tribunal de Justicia una decisión acerca de dicha cuestión. Si bien el artículo 177 se opone a la aplicación de normas procesales que impidan a un órgano jurisdiccional nacional formular una petición de decisión en estas circunstancias, no se refiere a la cuestión previa de los requisitos que deben reunirse para que pueda plantearse una cuestión de este tipo ante el órgano jurisdiccional nacional.

47. En segundo lugar, debo señalar que la primera cuestión del *Hoge Raad* se basa en la

22 — Véase la sentencia de 12 de junio de 1980, *Express Dairy Foods* (130/79, Rec. p. 1887), apartado 12.

premisa de que el procedimiento pendiente ante él trata de «derechos y obligaciones civiles de los que las partes disponen libremente». Los demandantes sostienen que esta expresión se refiere indirectamente a la definición neerlandesa de las disposiciones de orden público, que son las disposiciones cuya aplicación o inaplicación no puede dejarse a la apreciación de las partes. Se oponen a esta premisa alegando que las normas comunitarias, al ser superiores al Derecho interno, deben considerarse normas de orden público que los órganos jurisdiccionales están obligados a plantear de oficio. Su aplicación no puede dejarse al arbitrio de las partes.

48. Por los motivos que ya he expuesto, no pienso que se deduzca del principio de primacía que sea necesario otorgar a todas las normas comunitarias un estatuto especial respecto de las normas procesales nacionales. El interés público de la Comunidad en preservar la integridad del ordenamiento jurídico comunitario y en garantizar una protección adecuada de los derechos que éste confiere a los particulares puede salvaguardarse de modo apropiado mediante los principios que el Tribunal de Justicia ya ha desarrollado.

49. No obstante, no excluyo que puedan existir circunstancias en las cuales un órgano jurisdiccional nacional estaría obligado a examinar una norma comunitaria que las partes no han invocado, incluso si ello implicase que se saliese de los límites del litigio circunscritos en las demandas de las partes. Un órgano jurisdiccional nacional podría verse

obligado a descartar la aplicación de un acuerdo manifiestamente ilegal con arreglo al artículo 85 del Tratado. Esto podría suceder si, por ejemplo, una parte en un acuerdo de fijación de precios manifiestamente contrario al artículo 85 del Tratado solicitase daños y perjuicios por una infracción de dicho acuerdo cometida por la otra parte, aunque la parte demandada no invocase el artículo 85. En este caso, no cabe duda de que el órgano jurisdiccional nacional podría, y debería, invocar esta disposición. No obstante, dado que se puede presumir, sin riesgo de equivocarse, que ningún órgano jurisdiccional aplicaría un acuerdo que fuera manifiestamente ilegal con arreglo al Derecho nacional, aunque las partes no invocaran la ilegalidad, este resultado no requiere nada más que la aplicación del principio de no discriminación. Además, en caso de ilegalidad en relación con los artículos 85 y 86 del Tratado, existe la garantía adicional que representa el interés comunitario, en la medida en que siempre podría intervenir la Comisión.

50. No se plantea ninguna cuestión de este tipo en los presentes asuntos. Si ninguna de las partes en los presentes litigios hubiera decidido invocar el Derecho comunitario, no habría existido ningún interés público perentorio de la Comunidad que exigiese al órgano jurisdiccional nacional plantear complejas cuestiones de Derecho comunitario de la competencia, con independencia de los deseos de las partes. En los presentes asuntos, el único interés comunitario es el de una protección jurisdiccional adecuada, interés que, en mi opinión, ha quedado satisfecho.

51. Finalmente, es evidente que los presentes asuntos se distinguen del asunto Duijnsteet.²³ En este asunto, que responde a una cuestión planteada por el Hoge Raad, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 19 del Convenio de Bruselas²⁴ obliga a un órgano jurisdiccional nacional de casación a declararse incompetente de oficio cada vez que observe la existencia de una competencia exclusiva de un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante en el sentido del artículo 16 del Convenio, aunque las normas procesales nacionales limiten su examen a los motivos invocados por las partes. No obstante, como declaró el Tribunal de Justicia,²⁵ el Convenio, que pretende determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes en materia civil, pretende prevalecer sobre las disposiciones internas incompatibles con él. El artículo 19 del Convenio imponía a los órganos jurisdiccionales nacionales una obligación específica de plantear de oficio, en determinadas circunstancias, la cuestión de su competencia. Por tanto, una norma nacional que impide obrar de este modo a un órgano jurisdiccional es contraria al tenor literal del Convenio.

52. Por consiguiente, a mi modo de ver, procede contestar a las cuestiones primera y segunda del órgano jurisdiccional nacional en el sentido de que, en un procedimiento como los iniciados ante los órganos jurisdiccionales nacionales en los presentes asuntos, el Derecho comunitario no impone, y no permite, a un órgano jurisdiccional nacional excluir unas normas procesales nacionales aplicables indistintamente a las demandas basadas en el

Derecho nacional y en el Derecho comunitario, que le impiden aplicar unas disposiciones comunitarias que las partes no han invocado, cuando ello obligaría al órgano jurisdiccional nacional a salirse de los límites del litigio o a plantear cuestiones de hecho que las partes no han aducido. Dado que la tercera cuestión sólo se formula para el caso de respuesta afirmativa a la segunda, no requiere contestación.

Las cuestiones de fondo

53. Mediante sus cuestiones cuarta, quinta y sexta, el Hoge Raad desea saber si el régimen de los fisioterapeutas, y, en particular, la existencia de la obligación de afiliación, es compatible con las normas sobre la competencia del Tratado. Dado que estas cuestiones no fueron aducidas ante los *Kantonrechter*, éstos no procedieron a comprobaciones de hecho a este respecto. En la resolución de remisión, el Hoge Raad se limita referirse a los objetivos de la Ley sobre pensiones y a las consecuencias que supone el hecho de que un régimen se vuelva obligatorio (véanse los puntos 2 y 3 *supra*).

54. El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que:²⁶

«[...] la necesidad de alcanzar una interpretación del Derecho comunitario que sea útil

23 — Sentencia de 15 de noviembre de 1983 (288/82, Rec. p. 3663).

24 — «El tribunal de un Estado contratante, que conociere a título principal de un litigio para el que los tribunales de otro Estado contratante fueren exclusivamente competentes en virtud del artículo 16, se declarará de oficio incompetente.»

25 — Véase, en particular, el apartado 14 de la sentencia.

26 — Auto de 9 de agosto de 1994, *La Pyramide* (C-378/93, Rec. p. I-3999), apartado 14. Véase igualmente la sentencia de 26 de enero de 1993, *Telemarsicabruzzo* y otros (asuntos acumulados C-320/90, C-321/90 y C-322/90, Rec. p. I-393).

para el Juez nacional exige que éste defina el marco fáctico y normativo en el que se insertan las cuestiones que plantea o, cuando menos, que explique los supuestos de hecho en los que se basan tales cuestiones».

Ley de pensiones, que hace obligatoria la afiliación para todos los miembros de una profesión o para una o varias categorías de ellos, constituye una empresa en el sentido de los artículos 85, 86 o 90 del Tratado CE. Me parece que debería darse a esta cuestión una respuesta negativa.

Esto es especialmente cierto en un ámbito como el del Derecho de la competencia, que se caracteriza por situaciones de hecho y de Derecho complejas.²⁷ Claro está que debido, precisamente, a que las cuestiones de competencia no fueron debatidas ante los órganos jurisdiccionales nacionales, el Hoge Raad no pudo, en su resolución de remisión, describir de modo completo el contexto de hecho y de Derecho de este aspecto del asunto.

56. Los demandantes invocan la sentencia Höfner y Elser²⁸ en apoyo de una concepción amplia del concepto de empresa, que englobaría al Fondo. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia consideró que un organismo público que ejercía actividades de colocación en materia de empleo debía considerarse una empresa en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado. El Tribunal de Justicia declaró lo siguiente:²⁹

«A este respecto procede precisar, en el contexto del Derecho de la competencia, que, por un lado, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatus jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación y, por otro, que la actividad dirigida a la colocación es una actividad económica.

55. En caso de que, contrariamente al punto de vista que he expresado, el Hoge Raad estuviese obligado a examinar las cuestiones de competencia, el Tribunal de Justicia no debería pronunciarse, en mi opinión, acerca de estas cuestiones hasta que se aclarase ampliamente el contexto de hecho y de Derecho del litigio. En las presentes conclusiones, me limitaré a exponer una opinión sobre la cuarta cuestión del órgano jurisdiccional nacional, a la luz de las informaciones relativas al Fondo que constan en las observaciones escritas. Mediante esta cuestión, el Hoge Raad pregunta si un régimen profesional de pensiones establecido conforme a la

La circunstancia de que las actividades de colocación se confíen normalmente a oficinas públicas no puede afectar a la naturaleza económica de estas actividades. Las actividades de colocación no siempre han sido ni son ejercidas necesariamente por entes públicos. Esta afirmación vale en particular para las

27 — Sentencia Telemarsicabruzzo y otros, citada en la nota 26, apartado 7.

28 — Sentencia de 23 de abril de 1991 (C-41/90, Rec. p. I-1979).
29 — Apartados 21 y 22.

actividades de colocación de ejecutivos y directivos de empresas.»

57. No obstante, cuando se trata de regímenes de Seguridad Social, la situación es más compleja. Los regímenes de pensiones revisiten diversas formas, que van desde los regímenes nacionales de Seguridad Social, en uno de los extremos del espectro, a los regímenes privados individuales gestionados por aseguradores privados, en el otro. Aunque exista, incluso entre estos regímenes, una posibilidad de competencia (como prueba el hecho de que en el Reino Unido, los convenios de pensiones privados pueden sustituir en parte el sistema nacional de Seguridad Social), parece claro que las normas comunitarias sobre la competencia no estaban destinadas a aplicarse a los regímenes nacionales de Seguridad Social. La dificultad reside en la clasificación de las categorías intermedias de los regímenes, tales como aquella a la que pertenece el régimen objeto del presente procedimiento. Entre las iniciativas que ha adoptado en el ámbito de las pensiones, la Comisión ha reconocido la existencia de una gama extensa de regímenes, y ha reconocido igualmente la necesidad de respetar las elecciones realizadas por los Estados miembros en materia de pensiones al perseguir sus tres objetivos, esto es, la gestión transfronteriza de los fondos de pensión, la supresión de las restricciones a la inversión de los activos de estos fondos y la afiliación transfronteriza a los regímenes.³⁰ Puede destacarse, en particular, que la propuesta modificada de 26 de mayo de 1993 de

la Comisión,³¹ además de formular un determinado número de sugerencias en materia de gestión transfronteriza y de supresión de las restricciones a la inversión, reconoce en su preámbulo que son necesarios trabajos complementarios en materia de afiliación transfronteriza a los fondos de pensiones teniendo en cuenta las diferencias existentes entre los tipos de instituciones, sin poner de nuevo en tela de juicio el funcionamiento de las instituciones a las que la afiliación es obligatoria.³²

58. El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión, en los asuntos Poucet y Pistre,³³ de examinar el alcance de las normas sobre la competencia del Tratado en relación con determinados regímenes correspondientes a la categoría intermedia. En su sentencia, declaró que el concepto de empresa en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado no comprendía los organismos encargados de la gestión del régimen de seguro de enfermedad y maternidad aplicable a los trabajadores independientes de las profesiones no agrícolas y del régimen del seguro de vejez para las profesiones artesanas. Según el Tribunal de Justicia, estos regímenes perseguían un objetivo puramente social, carecían de fines lucrativos y se basaban en el principio de la solidaridad. Estaban dirigidos a asegurar a la totalidad de las personas sujetas a ellos, con independencia de su fortuna y de su estado de salud en el momento de su afiliación.

59. En el caso del régimen de seguro de enfermedad y maternidad, el principio de la

30 — Véase el documento de trabajo de 23 de octubre de 1990 de la Comisión sobre la consecución del mercado interior en el ámbito de las jubilaciones privadas, anexo a las observaciones que presentó en el asunto C-244/94. Véase igualmente la propuesta, de 21 de octubre de 1991, de Directiva del Consejo relativa a la libertad de gestión e inversión de los fondos de los organismos de previsión para la jubilación (91/C 312/04, DO C 312, p. 3), en su versión modificada el 26 de mayo de 1993 (93/C 171/11, DO C 171, p. 13).

31 — Citada en la nota 30.

32 — Véase el último considerando.

33 — Sentencia de 17 de febrero de 1993 (asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637).

solidaridad se concretaba en una distribución de la renta, en la medida en que los miembros cotizaban en función de sus ingresos profesionales (las personas titulares de una pensión de invalidez y los miembros jubilados están exentos de la obligación de cotizar), pero recibían prestaciones idénticas. En el caso del régimen de seguro de vejez, el principio de solidaridad se manifestaba en la circunstancia de que las pensiones de los trabajadores jubilados se financiaban mediante las cotizaciones abonadas por los miembros en activo, así como la concesión de derechos a pensión no proporcionales a las cotizaciones pagadas. Existía igualmente cierto grado de solidaridad entre regímenes diferentes. Los regímenes se basaban necesariamente en la obligación de afiliación, que era indispensable para su equilibrio financiero.

60. La gestión de los regímenes estaba sujeta al control de las autoridades públicas. Los fondos carecían de influencia sobre el nivel de las cotizaciones y de las prestaciones.

61. El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que la gestión de los regímenes cumplía una función de carácter exclusivamente social y no constituía una actividad económica. Por consiguiente, los fondos no estaban comprendidos en la definición de «empresa» contenida en la sentencia Höfner y Elser.³⁴

³⁴ — Citada en la nota 28.

62. Me parece que, aunque el fondo de pensiones controvertido en los presentes asuntos difiere en determinados aspectos de los que eran objeto de los asuntos Poucet y Pistre, posee las características esenciales que condujeron al Tribunal de Justicia a su conclusión en la sentencia de que se trata. Es indiscutible que el Fondo cumple una función de carácter exclusivamente social. Fue creado por la profesión de fisioterapeuta, y la obligación de afiliación se estableció, a petición de la profesión, mediante una Resolución ministerial adoptada conforme a la Ley de pensiones. Como ya he señalado, los objetivos de esta Ley consisten en garantizar que los ingresos de la jubilación reflejen el incremento del nivel general de los ingresos, en permitir que los miembros de la profesión más jóvenes contribuyan a las mayores cargas del pago de la pensión a los miembros de mayor edad, y en disponer la concesión de derechos a pensión para los años anteriores a la entrada en vigor de los regímenes. El Fondo no tiene fines lucrativos. Su consejo de administración, cuyos miembros no perciben remuneración alguna, sino únicamente reembolsos de gastos (artículo 7 de los Estatutos del Fondo), se compone exclusivamente de afiliados al Fondo (artículo 5 de los Estatutos).

63. Por otra parte, de las observaciones escritas presentadas por el Fondo se deduce que el régimen que gestiona incluye un grado sustancial de solidaridad entre los miembros, que va más allá de lo que puede esperarse normalmente de los convenios privados. En principio, se cobra una cotización por el mismo importe y se paga una pensión por la misma cantidad. Esto es así, con independencia de la edad en la que un afiliado individual

comenzó a ejercer la profesión, y con independencia de su estado de salud en el momento de su afiliación; además, debe tenerse en cuenta, con carácter accesorio, que en caso de incapacidad laboral, se mantiene la cobertura de seguro sin pago de cotizaciones.

fesión de la responsabilidad de ocuparse de sus pensiones.

64. A la luz de lo que antecede, me parece que el Fondo se asemeja más a una institución de Seguridad Social que a un asegurador privado y que el propio régimen se asemeja más a un régimen de Seguridad Social que a acuerdos de pensiones privados, incluyendo los que se organizan de modo colectivo. Los miembros del régimen cotizan a un fondo común, más que recibir un servicio comercial. Por consiguiente, en mi opinión, el Fondo, en sus relaciones con los afiliados, no actúa como empresa, sino como institución social encargada por los miembros de la pro-

65. Esto es así a pesar del hecho de que el régimen dispone de reservas, de modo que éstas, y no las cotizaciones corrientes, sirven para financiar las pensiones. El Fondo ha alegado, de modo convincente, que era necesario establecer reservas sustanciales para que un régimen cuya financiación no está asegurada por el presupuesto del Estado mantenga el valor real de las pensiones en períodos de fuerte inflación. Ciertamente, el hecho de que sean inversores de primer orden en los mercados de capitales explica las iniciativas de la Comisión en materia de gestión e inversión transfronterizas de los fondos de pensión, pero no es un factor decisivo a efectos de la cuestión de si, en sus relaciones con sus afiliados, un fondo actúa como una empresa en el sentido del Derecho de la competencia.

Conclusión

66. Por los motivos que anteceden, opino que el Tribunal de Justicia debería dar la siguiente respuesta a las cuestiones primera y segunda planteadas por el Hoge Raad, sin que las demás preguntas requieran contestación.

«En procedimientos como los entablados ante los órganos jurisdiccionales nacionales en los presentes asuntos, el Derecho comunitario no impone, y no permite, a un órgano jurisdiccional nacional excluir las normas procesales nacionales aplicables indistintamente a las demandas basadas en el Derecho nacional y en el Derecho comunitario, que le impiden aplicar disposiciones comunitarias que las partes no han invocado, cuando ello obligaría al órgano jurisdiccional nacional a salirse de los límites del litigio o a plantear cuestiones de hecho que las partes no han aducido.»