

LA LIBRE PRESTACION DE SERVICIOS EN LA CEE CON PARTICULAR CONSIDERACION DE LOS SEGUROS

por Riccardo MONACO (*)

traducido del italiano por Fernando MARIÑO (**)

1. Un mercado común, como el previsto por el Tratado que ha establecido la Comunidad Económica Europea, conlleva, como es notorio, no sólo la libre circulación de bienes, es decir, la realización de la unión aduanera en el área comunitaria, sino también el logro de las otras tres libertades, que son indispensables para los objetivos que persigue la creación de la unión económica.

Mientras que la libre circulación de los trabajadores ha recibido concreción en un plazo relativamente breve, cual fue el periodo transitorio, no ha ocurrido otro tanto con la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios y la libre circulación de capitales. Este no es lugar apropiado para referirse a los motivos de semejantes retrasos, ligados por otra parte a las múltiples dificultades políticas y económicas que han obstaculizado el perfeccionamiento del Mercado Común, entendido como unión económica. Sólo importa destacar que la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios pueden ser tomadas conjuntamente en consideración (1), incluso para averiguar qué implicaciones jurídicas presentan en el amplio cuadro del ordenamiento comunitario. Esto resulta tanto más evidente cuanto que la libertad de establecimiento y, paralelamente, la relativa a la prestación de servicios son reclamadas y ejercitadas por sociedades y no por operadores económicos singularmente considerados. A través de este prisma se justifica el paralelismo entre las disposiciones de los artículos 52

(*) Profesor Ordinario de Derecho Internacional Antiguo. Juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

(**) Profesor Adjunto de Derecho Internacional en la Universidad Autónoma de Madrid.

(1) También en la doctrina son considerados, por lo general, conjuntamente, los dos aspectos de tal liberalización; me limito a recordar al respecto algunos de los tratamientos de mayor significación: véase EVERLING: «Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt», Berlin, 1963; BONTEMPS: «Liberté d'établissement et libre prestation de services dans le Marché Commun», Bruxelles, 1968; «Rapport sur la liberté d'établissement et la libre prestation des services dans les Pays de la CEE», por varios autores, edición del Consiglio Nazionale delle ricerche, Milán, 1970; VIGNES: «Le droit d'établissement et la libre prestation des services», en *Le droit de la Communauté Economique Européenne*, vol. III, Bruxelles, 1971, págs. 87-172; MAESTRIPIERI: «La libre circulation des personnes et des services dans la CEE», Heule, 1971; LOUSSOUARN et BREDIN: «Droit du commerce international», Paris, 1969; GOLDMAN: «Droit commercial européen», tercera edición, Paris, 1975.

y siguientes del Tratado y de los artículos 59 y siguientes del mismo: se pretende en efecto lograr resultados similares en los dos ámbitos. Mientras que la libertad de establecimiento coloca a los sujetos interesados en situación de desarrollar su propia actividad en toda el área comunitaria de acuerdo con las condiciones de libertad previstas por el Tratado, la liberalización de las actividades relativas a los servicios tiene por objeto estas mismas actividades consideradas bajo su aspecto objetivo. Esto explica que, en su común concepción, ambas libertades deban marchar a un mismo paso, en especial cuando personas jurídicas, y particularmente sociedades, las ejerciten.

El instrumento idóneo para conseguir el objetivo señalado no lo constituyen actos destinados a realizar la unificación normativa: las deformaciones legislativas, que necesariamente reflejan las diferencias de la política económica seguida por cada Estado, no hubieran permitido que los órganos comunitarios procedieran en esta materia por vía de reglamento. Además, la complejidad de la materia aconsejaba ante todo la redacción previsor de un plan; en consecuencia, se estableció un programa general de supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y un programa general paralelo relativo a las restricciones a la libre prestación de servicios. Ambos programas iban a ser puestos en práctica mediante directivas; se escogió, pues, como instrumento la regulación normativa indirecta, atribuida a los Estados miembros, que están obligados a seguir los principios contenidos en las directivas comunitarias.

La liberalización en materia de servicios fue por tanto articulada sobre tres planos sucesivos: programa general, directivas y medidas internas que cada Estado miembro adoptara en ejecución de las directivas.

Claro está que se adoptaron, con prioridad respecto a las demás, directivas relativas a materias cuya liberalización se consideró posible y actuable: de tal modo, en el entero cuadro de materias objeto de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, la iniciativa comunitaria se ha ejercitado en campos en que no se presentaban factores negativos, es decir, retrasos en la puesta en práctica de las premisas de la libre prestación de servicios.

2. En el campo específico de la prestación del servicio de seguro, había que tener en cuenta la situación existente —regulada por cada una de las leyes nacionales— y la situación futura —sometida a las exigencias de las normas comunitarias— de la sociedad de seguros. En efecto, se puede pensar en una liberalización en materia de servicios en tanto en cuanto los sujetos que los presten estén colocados en situación de actuar sin obstáculos en toda el área del Mercado Común.

Y puesto que se trata de sociedades, éstas deben conseguir la libertad de establecimiento tal como está establecida en el Tratado. Tal libertad es un presupuesto mínimo del que no se puede prescindir; y ello incluso cuando no se exija la presencia de otros presupuestos que, según el tipo de sociedad en cuestión, pueden ser, como dilucidó la Comisión en un primer momento, la coordinación de las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas al contrato de seguro, o bien la simplificación de las formalidades procedimentales para el reconocimiento y ejecución de las sentencias.

Las dos acciones paralelas, dirigidas respectivamente al campo del establecimiento y al de los servicios, teniendo que ser desarrolladas mediante directivas, es decir, actos comunitarios necesarios, en cuanto previstos por las normas del Tratado, hubieran debido implicar para el Consejo y los otros órganos comunitarios competentes (Asam-

blea, Comisión, Consejo Económico y Social) una actividad continua, que se extendiera a los diversos sectores indicados por los programas generales (2).

De hecho la regulación establecida por el Tratado, siendo como es sintética y elemental, no hubiera podido por sí sola satisfacer la exigencia de dar vida a las dos libertades: en cuanto concierne específicamente a los servicios, hay que recordar que el artículo 59, número 1, se limita a decir que las restricciones a la libre prestación de servicios en el interior de la Comunidad se suprimen gradualmente durante el período transitorio respecto a ciudadanos de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el destinatario de la prestación, mientras que el artículo 60 define qué se debe entender por servicio en el sentido del Tratado, añadiendo en el apartado II que el prestador de servicios puede, para la ejecución de su prestación, ejercitar temporalmente su actividad en el país en que se proporciona tal prestación, en las mismas condiciones impuestas por el mismo país a los propios ciudadanos.

En cuanto al resto, lo referente a los servicios contiene normas preferentemente instrumentales; establece, por otra parte, una coordinación sustancial de la disciplina de los servicios con la de la libertad de establecimiento, a través del artículo 66, según el cual las disposiciones de los artículos 55 a 58 son aplicables a la materia de los servicios. Esto demuestra la estrecha conexión e interdependencia entre los dos campos: por lo que respecta al sector de seguros tiene importancia esencial la referencia al régimen de las sociedades según el artículo 58 del Tratado.

3. Si bien los artículos relativos a servicios son tan elementales, en cambio establecen un término, el final del período transitorio, antes de cuya llegada los órganos comunitarios hubieran debido emanar todas las directivas mediante las cuales se hubiera puesto en práctica el precepto de la liberalización de los servicios.

Ahora bien, a pesar de que han transcurrido varios años desde 1970, muchos textos no han sido todavía perfeccionados, con grave perjuicio para los derechos de los que

(2) En cuanto al campo de los seguros, la actuación del programa comunitario ha procedido lentamente, por más que en ciertas materias hayan sido adoptadas directivas de carácter exhaustivo, como en el sector del reaseguro y retrocesión y en el del seguro de los créditos a la exportación. Un puesto propio ocupan la directiva y las decisiones comunitarias relativas al seguro de la responsabilidad civil automovilística.

El sector más importante es el relativo a empresas de seguro contra daños, sobre el cual el Consejo de la CEE adoptó dos directivas solamente, el 24 de julio de 1973. Se trata de la directiva de coordinación de las condiciones de acceso a los seguros directos contra daños y de ejercicio de tales seguros, adoptada para facilitar la libertad de establecimiento por parte de las empresas de seguros establecidas en un cualquiera de los nueve Estados miembros; y de la directiva para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento.

Sobre la materia regulada por las dos directivas, véase LEVIE: «La libération de l'assurance dans le Marché Commun», en *Annales de Droit de Louvain*, 1966, pág. 315; Idem: «La direttiva del 24 luglio 1973 del Consiglio delle Comunità europee sul coordinamento delle assicurazioni danni», en *Assicurazioni*, 1974, página 3; FAGNART: «L'harmonisation du droit des assurances dans les Communautés Européennes», en *Cahiers de Droit Européen*, Bruxelles, 1972, pág. 432. Para un cuadro completo de la normativa comunitaria en materia de seguros, véase CAPOTOSTI: «Realtà e prospettive nella elaborazione di una disciplina comunitaria delle assicurazioni private», en *Assicurazioni*, 1975, II, pág. 31. Tal normativa, incluso por el largo período que ha exigido su elaboración y su efectiva adopción por parte de los Estados miembros de la CEE, corre el riesgo de eventos posteriores a su emanación que inciden sobre su concreta eficacia y que, por tanto, requieren sucesivas adaptaciones de la propia normativa. Es típico el caso de la directiva destinada a modificar la citada directiva de 24 de julio de 1973, para adecuar esta última a las mutaciones ocurridas en el campo monetario Internacional; sobre esto, véase CAPOTOSTI: «Oneri finanziari delle imprese di assicurazione e mutate parità monetarie», en *Assicurazioni*, 1975, II, pág. 61.

deben convertirse en beneficiarios de la libre prestación de servicios. En consecuencia, la única solución que a éstos les ha quedado ha sido el recurso a la tutela judicial; y de ese modo ha entrado recientemente en escena el Tribunal de Justicia de las Comunidades. El Tribunal se ha valido, a este respecto, de una construcción jurisprudencial que se ha venido delineando gradualmente a través de un cierto número de decisiones del propio Tribunal, relativas a campos distintos del que aquí tomamos en consideración. El Tribunal ha ido determinando poco a poco, al profundizar progresivamente el concepto de efecto directo que puede ser atribuido a una cierta norma comunitaria (3), si a los particulares se les había atribuido directamente por la norma derechos que los jueces nacionales estuvieran obligados a tutelar. Por tal camino, los interesados han hallado desde luego en la norma comunitaria considerada el fundamento de su tutela judicial. Había que precisar al respecto que el efecto directo puede ser bien el de las normas comunitarias primarias, es decir, ante todo las del Tratado, bien las derivadas. En este último campo, refiriéndonos a los actos de alcance general, como son reglamentos y directivas, es cierto que ellos obligan, antes que a cualquier otro sujeto, a los propios Estados miembros, entre otras cosas, porque con frecuencia la norma está dirigida expresamente a los Estados y no contempla otros destinatarios. Pero el hecho de que el primer obligado sea el Estado, no excluye que la norma tenga por destinatarios también sujetos del ordenamiento interno, comprendidos particulares. En otras palabras, además del destinatario de la norma en sentido propio, se toman en consideración otros sujetos que pueden recibir de ella derechos y obligaciones.

Como ya dejó claro el Tribunal desde la sentencia del 5 de febrero de 1963 en la causa Van Gend y Loos (4), los derechos de que los individuos pueden beneficiarse no surgen únicamente cuando son atribuidos de forma expresa por el Tratado, también lo hacen a consecuencia de obligaciones que el Tratado impone con precisión, ya sea a particulares, ya sea a los Estados miembros y a los órganos comunitarios.

Es decir, puede ocurrir que una obligación impuesta a los Estados miembros, correlativamente origine derechos en favor de particulares; de modo que la determinación del destinatario de la norma no agota el proceso lógico que hay que desarrollar para establecer cuáles son los efectos de que es capaz la misma norma. Esto explica por qué puede ocurrir que se deriven derechos en favor de particulares, incluso cuando éstos no sean destinatarios de la norma.

4. Con base en estas premisas, el Tribunal ha originado una jurisprudencia que no

(3) La elaboración del concepto de efecto directo se debe también a la doctrina, la cual lo ha tomado en consideración bajo varios aspectos: cfr., entre otros, RIGAUX: «Le problème des dispositions directement applicables des traités internationaux et leur application aux traités instituant les Communautés, Rapport belge au deuxième colloque international de droit européen» (trad. del holandés por el servicio jurídico de la Comisión, doc. CEE, 1970; BEBR: «Les dispositions de droit communautaire directement applicables», en *Cahiers de Droit Européen*, 1970, págs. 3 y ss.; PESCATORE: «L'attitude des juridictions nationales a l'égard du problème des effets directs du droit communautaire»; en *Rev. Trim. de Droit Européen*, 1970, págs. 100 y ss.; KOLIER: «Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG Vertrages im innerstaatlichen Bereich», Bern, 1971; CONSTANTINESCO: «L'applicabilité directe dans le droit de la CEE», París, 1970; CARBONE: «Organi comunitari, controllo di legittimità e soggetti privati», Padova, 1973, págs. 12 y ss.; SORRENTINO: «Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee», Milano, 1973, II, págs. 3 y ss.; KOVAR: «L'applicabilité directe du droit communautaire», en *Journal du Droit International*, 1973, págs. 279 y ss.; LECOURT: «L'Europe des juges», Bruxelles, 1976, págs. 248 y ss.

(4) Véase «Raccolta della giurisprudenza della Corte», 1963, pág. 5.

sólo ha determinado si en el caso concreto la norma en cuestión tenía efecto directo, sino que también ha indicado, por medio de una elaboración profunda, los criterios necesarios para precisar el concepto de efecto directo.

En otras palabras, el Tribunal no se ha limitado a verificar las circunstancias del caso, no ha efectuado caso a caso una pura y simple interpretación, sino que ha indicado líneas de conducta que sirvan de inspiración en la diversidad de supuestos de hecho, de suerte que la construcción del concepto de efecto directo se ha ido realizando de modo sistemático.

Un primer elemento para orientarse en esta materia se extrae de la formulación de la norma: una norma puede producir efecto directo, con tal que imponga a los destinatarios un comportamiento preciso y no sometido a ninguna reserva. Esto significa que las normas meramente programáticas, o bien las que imponen obligaciones condicionadas no pueden originar situaciones jurídicas invocables por cada sujeto, precisamente porque el correspondiente derecho u obligación no se halla determinado. Por tanto lo que se requiere de la norma es sobre todo positividad y precisión de contenido.

Un segundo elemento no atañe a la norma en sí, valorada según su formulación, sino que se refiere a su suficiencia. Una cierta disposición es de inmediata aplicabilidad cuando la regulación que establece ésta sea completa y no necesite, por tanto, ulteriores intervenciones por parte de las autoridades estatales o comunitarias. Al respecto hay que tener en cuenta la elasticidad reconocida a tal requisito; en este sentido no hay que excluir la aplicabilidad directa de una disposición dada por el simple hecho de que contemple el reenvío a una regulación posterior estatal o comunitaria. En efecto, si se trata de una norma de mera ejecución, destinada simplemente a facilitar la aplicación de una norma completa en sí y por sí, nada se añade a la norma, en cuanto a su alcance normativo. Finalmente entra en consideración un tercer elemento que es difícil valorar: consiste en determinar si la disposición deja a los Estados miembros la posibilidad de ejercitar un poder discrecional para su actuación, en cuyo caso desaparece el efecto directo. Este debe ser excluido también cuando la discrecionalidad corresponda a un órgano comunitario solo o junto con Estados miembros. Tal hipótesis es rara, pero hay que tenerla asimismo en cuenta.

Cuanto precede indica que el efecto directo se produce cuando no hay interposición de órganos distintos de los que han adoptado la norma. En cuanto a la naturaleza del poder discrecional que justifica la interposición, debe tratarse de un poder que pertenezca a órganos dotados de un amplia facultad de apreciación sobre las modalidades según las cuales la norma comunitaria asuma eficacia interna. De modo que la hipótesis se verifica cuando el legislador o bien el administrador efectúan la operación de interposición; en otros términos: debe tratarse del ejercicio de un poder que atañe a la política normativa, como el que se traduce en la iniciativa de las leyes y de los actos administrativos que son necesarios para la actuación interna de la norma. Algunos ejemplos relativos a la utilización de los criterios arriba indicados se extraen de ciertas sentencias del Tribunal; así, en la de 3 de abril de 1968, en el asunto *Molkereizentrale* (5) fue negado efecto directo al artículo 97 del Tratado CEE, porque tal artículo comporta un amplio poder discrecional por parte de los Estados miembros y un correspondiente

(5) Véase «Raccolta...», cit., 1968, pág. 192.

poder de supervisión por parte de la Comisión. El Tribunal, en la sentencia de 14 de julio de 1971, en el asunto relativo al puerto fluvial de Mertert (6), enfrentada con la interpretación del artículo 90, número 3, del Tratado CEE, ha afirmado que tal norma enuncia una regla jurídica condicionada, en cuanto que su aplicación comporta la valoración de las exigencias que se refieren, por un lado, al cumplimiento de la específica misión confiada a las empresas consideradas, y por otro, a los intereses de la Comunidad; y por tanto no puede producir efecto directo.

En una decisión más reciente, del 19 de junio de 1973, en el asunto Capolongo (7), el Tribunal, debiendo pronunciarse sobre el efecto directo del artículo 92 del Tratado CEE, relativo a la prohibición de ayudas públicas a las empresas, ha declarado que la disposición, aun siendo tal que produce efectos en el ordenamiento interno de los Estados miembros, tiene eficacia real sólo si las normas del Tratado son concretadas en cuanto integradas por actos adoptados por órganos comunitarios competentes.

5. Los ejemplos citados demuestran la tendencia del Tribunal a consolidar la noción del efecto directo y a constatarlo en el mayor número de normas posible, incluso teniendo en cuenta los rigurosos criterios indicados por ellas.

Refiriéndose ahora a los casos relativos a la libre prestación de los servicios, conviene notar que son pocos por el momento, pero muy significativos en lo relativo a las conclusiones que el Tribunal ha extraído de ellos. En la sentencia de 3 de diciembre de 1974 en el asunto Van Bisbergen (8) se trataba de la situación jurídica en la que había venido a encontrarse un procurador legal de nacionalidad holandesa, el cual, habiendo transferido la propia residencia de Holanda a Bélgica, pretendía continuar el ejercicio de su profesión en el país de origen.

El Tribunal ha comenzado declarando el efecto directo de los artículos 59, I, y 60, III, del Tratado y ha precisado que pueden ser hechos valer ante jueces nacionales, por lo menos en la parte en que imponen la supresión de todas las discriminaciones que afectan al prestador de un servicio a causa de su nacionalidad o de su residencia en un Estado distinto de aquel en que el propio servicio es proporcionado. Así, el Tribunal ha admitido la tesis según la cual la eficacia directa del artículo 59 no está subordinada a la emanación, durante el período transitorio, de las directivas de que trata el artículo 63, número 2. De hecho el artículo 59 establece una obligación positiva bien definida, cuyo cumplimiento debe ser realizado, pero no condicionado, por la actuación de un programa de graduales disposiciones.

El Tribunal ha establecido además que los artículos 59, I, y 60, III, tienen que interpretarse en el sentido de que un Estado no puede convertir en imposible, exigiendo

(6) Véase «Raccolta...», cit., 1971, pág. 723.

(7) Véase «Raccolta...», cit., 1973, pág. 611.

(8) Véase «Raccolta...», cit., 1974, pág. 1299. Tal sentencia es ampliamente comentada, desde la perspectiva del servicio de seguro, por CAPOTOSTI: «Gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria in tema di libertà di servizi e la loro influenza sulla prestazione assicurativa», en *Assicurazioni*, 1975, II, 5. Esta encuentra su propia premisa en la sentencia de 21 de junio de 1974, en la causa *Reyners*, en «Raccolta...», cit., 1974, pág. 631, que ha confirmado la libertad de establecimiento para el ejercicio de la profesión de abogado, declarando el efecto directo del artículo 52 del Tratado CEE. Ella ha tenido amplia resonancia también en el campo doctrinal: me limito a citar, entre otros, TRABUCCHI: «L'esercizio dell'avvocatura non subordinato in Europa alla cittadinanza nazionale», en *Riv. Di. Dir. Civile*, 1974, II, pág. 317, y CAPOTOSTI: «Le ripercussioni sul settore assicurativo dei recenti sviluppi giurisdizionali in tema di riconoscimento del diritto alla libertà di stabilimento», en *Assicurazioni*, 1974, II, pág. 75.

residencia en el propio territorio, la prestación de servicios por parte de personas residentes en otro Estado miembro, en el caso de que su legislación relativa a determinados servicios no someta la prestación de los mismos a alguna condición particular.

En la sentencia de 12 de diciembre de 1974 en el asunto *Walrave-Koch* (9), relativo a la actividad de preparador de carreras ciclistas de medio fondo, el Tribunal, después de haber recalcado el efecto directo del artículo 59, 1, ha afirmado dos principios, que completan el cuadro delineado por la sentencia *Van Bisbergen*. El primero se expresa de este modo: la prohibición de discriminaciones basadas en la nacionalidad afecta no sólo a los actos de la autoridad pública, sino también las normas de cualquier naturaleza destinadas a disciplinar colectivamente el trabajo y la prestación de servicios.

El segundo es el siguiente: el principio de no discriminación constituye un parámetro inderogable para que cualquier relación jurídica, cuyo lugar de formación o cuyo lugar de desarrollo de efectos sea tomado en consideración, pueda ser reconducida al territorio de la Comunidad. Problemas análogos, finalmente, se presentan en la causa *Coenen*, decidida por sentencia de 26 de noviembre de 1975 (10): tal supuesto de hecho es particularmente importante, porque se refiere a la actividad de un agente de seguros. Entraba en consideración el artículo 5, número 1, letra f, de la ley holandesa sobre agentes de sociedades de seguros, según el cual toda persona física que pueda ser autorizada a desarrollar una actividad de intermediario en el sector de seguros de acuerdo con el sentido de la indicada ley, debe residir en Holanda.

El Tribunal ha establecido que las restricciones cuya supresión está establecida por el artículo 59, 1, comprenden todas las condiciones puestas al prestador de servicios por causa de su nacionalidad o de su residencia en Estado distinto de aquel en que proporciona la prestación, condiciones que no subsisten para los residentes en el territorio nacional o que de cualquier modo impiden u obstaculizan el ejercicio de actividades por parte del mismo prestador. Y ha añadido que, en particular, imponer la residencia en el territorio del Estado en el que se proporciona la prestación podría paralizar la eficacia del artículo 59, que tiene precisamente la función de eliminar obstáculos a la libre prestación de servicios por parte de los súbditos que no residen en el Estado en que intentan ejercer su actividad.

Con todo, el Tribunal ha moderado el alcance de su afirmación: en realidad un Estado puede tomar precauciones para que la libertad contemplada en el artículo 59 no sea utilizada en propio beneficio por quien opera prevalentemente en su territorio, de modo que eluda normas profesionales a las que estaría sujeto si residiera en el Estado en que opera. En cambio, la residencia puede ser impuesta excepcionalmente sólo si el Estado miembro no puede garantizar respeto de las normas profesionales con disposiciones menos drásticas. Así, si el prestador de servicios, residente en el extranjero, dispone de una sede profesional en el lugar en que efectúa la prestación, el Estado interesado, siempre que tal sede no sea sólo nominal, dispone normalmente de medios eficaces para controlar la actividad del prestador de servicios y para garantizar que éste cumpla las disposiciones de la legislación nacional en la materia.

(9) Véase «Raccolta...», cit., 1974, pág. 1405, así como la nota de TRABUCCHI: «Sport e lavoro lucrativo. Partecipazione alle gare e requisito di cittadinanza in uno dei Paesi della Comunità europea», en *Riv. Di. Dir. Civile*, 1974, II, pág. 622.

(10) Véase «Raccolta...», cit., 1975, pág. 1547.

6. En las decisiones arriba citadas el Tribunal ha afirmado con claridad el principio de la libre prestación de servicios, teniendo en cuenta al mismo tiempo situaciones singulares propias de cada ordenamiento jurídico. En otras palabras, dicho principio no es válido en toda circunstancia, sino que opera en el sentido de que contra él no pueden hacerse valer limitaciones establecidas por cada legislación nacional por razones relativas a la nacionalidad o la residencia de los que prestan los servicios. Fuera de tales hipótesis, todo Estado miembro puede disciplinar las actividades que pueden calificarse como servicios y aportar así limitaciones a dicha libertad. Esto ha sido expresado claramente en la citada sentencia del asunto Van Bisbergen, en la que el Tribunal afirmó que no podrían ser consideradas incompatibles con el Tratado exigencias específicas, impuestas al prestador del servicio, que deriven de la aplicación de reglas profesionales, justificadas por razones de interés general, como las reglas de organización, de cualificación, de deontología, de control y de responsabilidad, a cuyo respeto están obligados los ciudadanos del Estado en que la prestación es proporcionada; y que, considerando cuanto más arriba se ha dicho, no podría negársele a un Estado miembro el derecho de adoptar todas las disposiciones destinadas a impedir que la libertad garantizada por el artículo 59 sea utilizada por un prestador que, operando total o principalmente en el territorio de un Estado miembro, sin estar allí establecido, se sustraiga de ese modo a las reglas profesionales que se le hubieran aplicado en el caso en que se hubiese establecido en el territorio de este Estado (11). Hay que preguntarse si la liberalización de los servicios sancionada de tal modo por el juez comunitario puede ser extendida, sin especificación y sin cautela particular alguna, a las prestaciones de seguros. De hecho no existe un esquema típico de servicio, de modo que las exigencias de una liberalización más o menos extendida se adecúan a la naturaleza del particular servicio que deba tomarse en consideración.

7. Ahora bien, el servicio de seguro se distingue de otros esquemas de servicio más simples, porque consiste en una prestación compleja, compuesta esencialmente de un primer elemento que es el establecimiento previo de medios de garantía, y de un segundo elemento, que consiste en los efectos que tal garantía viene a asumir en una esfera económica que es externa respecto a la empresa proporcionadora del servicio.

Tal complejidad se aprecia más fácilmente al considerar el hecho de que el previo establecimiento de medios de garantía viene precedida de una serie de actos preparatorios —investigación sobre mercados, valoración de los riesgos y determinación de sus tarifas, régimen y aplicación de mayores cargas— que se desarrollan fuera de la sede del asegurador. Supuesto por tanto que el riesgo se localice en un Estado en el que el asegurador no se halle establecido, parece que puede admitirse que tal Estado exija al respecto el respeto de la reglamentación local. Así no se iría contra el principio de la libre prestación de servicios, tal como ha sido afirmado por el Tribunal, puesto que este último sólo exige que en la fase de ejecución de la prestación aseguradora no pueda ser verificada ninguna diferencia de efectos que dependa de los dos datos arriba indicados, es decir, la nacionalidad y la residencia del asegurador que estipula el seguro.

Ahora se trata de examinar si las únicas exigencias que el Tribunal ha sacado a la

(11) Tales consideraciones son subrayadas por CAPOTOSTI: «Gli orientamenti della giurisprudenza etcétera», cit., pág. 11, para sostener que el principio de la libre prestación de servicios no es absoluto.

luz, es decir, la ausencia de discriminaciones basadas en los requisitos de nacionalidad y de residencia, posibilitan siempre el sometimiento de las empresas aseguradoras a las reglas de carácter imperativo que subsisten fuera de la indicada esfera de liberalización.

El problema se refiere a la materia de seguros sólo aparentemente, puesto que en todo caso se podría sostener que exigencias de orden público o emanadas de algún modo de la regulación pública de un determinado sector de actividad, limitan o pueden limitar la incidencia sobre el ordenamiento interno de la disciplina comunitaria. Respecto a ello se especifica que en los ordenamientos internos en los que existen normas de carácter imperativo que imponen a las empresas de seguros determinados comportamientos, como la necesidad de autorizaciones administrativas, la aprobación de tarifas y de cláusulas contractuales o la disciplina de inversiones, tales normas deberían ser aplicadas bien a las empresas nacionales establecidas en el Estado en el que la prestación del seguro se proporciona, bien a las empresas de los otros países que forman parte de la Comunidad, las cuales, beneficiándose del régimen comunitario de prestación de servicios, proporcionan en el Estado considerado su prestación, incluso sin hallarse allí establecidas (12). A idéntica conclusión debería llegarse respecto a las normas imperativas que imponen ciertos modelos al contrato de seguro, como la obligación de declaraciones contractuales, ciertos regímenes de pago de la prima o criterios de protección del asegurado, como contrayente más débil. Una respuesta de carácter general, en sentido afirmativo, parece difícil, puesto que también en el área no directamente cubierta por la esfera de la liberación, una norma interna puede incidir indirectamente sobre la libre prestación del servicio en cuanto pone en acto o facilita discriminaciones con daño para empresas extranjeras.

8. Después de haber pasado revista al estado del derecho y de la jurisprudencia en materia de libre prestación de servicios, me parece que debe intentarse extraer algunas conclusiones de carácter general de lo expuesto más arriba.

Como hemos notado, las afirmaciones de mayor relevancia hechas por el Tribunal de las Comunidades consisten en la atribución del efecto directo a los artículos 52, 59 y 60 del Tratado CEE. Si bien las sentencias relativas han sido pronunciadas con ocasión de la interpretación, consecuencia del procedimiento previsto por el artículo 177, puede muy bien inquirirse qué ámbito tengan bajo el perfil estrictamente jurídico y qué influencia puedan ejercitar sobre las sucesivas orientaciones jurisprudenciales bien sea en el ámbito comunitario, bien en el ámbito interno.

En torno al primer punto entra en consideración el delicado problema de la eficacia **ultra partes** de las sentencias del Tribunal en cuanto se orientan a proporcionar al juez interno la interpretación de una o más normas comunitarias. Me refiero a la eficacia frente a sujetos que no son partes del proceso interno, puesto que, en cuanto a la eficacia frente a las partes, se admite por lo general, y no podría ser de otro modo, que el juez nacional está obligado a aplicar la norma en cuestión al caso concreto siguiendo la interpretación que al respecto haya sido dada por el Tribunal. En efecto, sería contradictorio que el juez interno, después de haber reconocido la necesidad de utilizar, para valorar el caso concreto, el procedimiento del artículo 177, no se atuviese luego al pronunciamiento del Tribunal. A este último, aparte de cualquier otra conside-

(12) Así, CAPOTOSTI: «Gli orientamenti della giurisprudenza, etc.», cit., pág. 12.

ración, se recurre precisamente para garantizar la interpretación uniforme de las normas comunitarias: ahora bien, si se consintiese que el juez interno se separase de la interpretación dada por el Tribunal, desaparecería el mismo sistema del artículo 177 y no habría garantía alguna sobre la uniformidad de la interpretación.

Concedido lo anterior, es necesario examinar si la sentencia interpretativa, por su naturaleza y por la función que está llamada a cumplir, tenga efectos más allá de la esfera del caso sometido a conocimiento del juez interno. A este respecto, la controversia doctrinal, que se ha desarrollado desde la entrada en vigor del Tratado de Roma, es bastante vasta y las opiniones expresadas diversas. El Tribunal hubiera zanjado la cuestión autoritariamente si hubiese afrontado y resuelto el problema de la eficacia de tales sentencias **erga omnes** o bien **ultra partes**, pero hasta ahora ello no ha ocurrido. He mencionado las dos hipótesis, de la eficacia extendible a casos análogos, y de la oponible en general a cualquier hipotético sujeto que invocara la norma o normas interpretadas por el Tribunal. Estas coinciden sólo aparentemente y sólo con base en meras consideraciones abstractas pueden ser unificadas. De cualquier modo pueden ser examinadas conjuntamente, en un discurso que, en este trabajo, tiene carácter incidental y que requeriría consideración adecuada y separada (13).

Sin embargo, el problema no puede ser ignorado, entre otras cosas, porque la circunstancia de que el Tribunal se haya colocado en la vía del reconocimiento del efecto directo de las indicadas normas, tiene, por sí sola, un excepcional relieve para casos futuros. En efecto, por lo menos en cuanto concierne la calificación de una determinada norma, desde el punto de vista de que se le reconozca o no su efecto directo, no es concebible que el Tribunal, en una posterior decisión de carácter interpretativo, valore de modo diverso la misma norma en sí considerada. De otra parte, es muy posible que respecto a un supuesto distinto y en contexto diverso, incluso permaneciendo firme la calificación de la norma, el juez interno pueda extraer conclusiones diferentes. Esta

(13) Se trata de un problema que puede ser afrontado con pleno rigor lógico y dogmático, y que, por tanto, cuando se lo considere separado del fondo esencialmente económico-social que inspira, en general, todo el sistema jurídico comunitario, puede conducir también a la conclusión de que las decisiones prejudiciales de carácter interpretativo tengan eficacia **erga omnes**, como sostiene, como conclusión a una profunda investigación racional, TRABUCCHI: «L'effet erga omnes des décisions préjudicielles rendues par la Cour de Justice des Communautés Européennes», en *Rev. trim. de Droit Européen*, 1974, pág. 56.

Por otra parte, en esta materia me parece preferible un enfoque pragmático del que no se puede prescindir, si se quiere dar al artículo 177 y al mecanismo que de él deriva un significado que pueda compatibilizar las exigencias dogmáticas con las realistas que aquí entran especialmente en consideración. Un tal modo de pensar lo demuestran, sobre todo, autores de **common law**, particularmente sensibles a las exigencias prácticas. Véanse, entre otros, DONNER: «Les rapports entre la compétence de la Cour de Justice des Communautés Européennes et les tribunaux internes», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1965, II, pág. 34, que destaca la desventaja de la tesis de la eficacia **erga omnes**: «en se prononçant d'une façon aussi abstraite que générale, la Cour risque de fixer une fois pour toutes le sens du traité». Por otro lado, JACOBS y DURAND: «References to the European Court: practice and procedure», London, 1975, pág. 194, ni siquiera se plantean el problema, limitándose a afirmar que la sentencia del Tribunal tiene eficacia obligatoria para el juez interno que la haya provocado.

Resumiendo las dudas doctrinales y cuanto a su tiempo afirmó el Tribunal con la sentencia de 27 de marzo de 1963 en el asunto *Da Costa*, en «*Raccolta...*», cit., 1963, pág. 60, admitiendo ulteriores demandas de interpretación, me parece equilibrada y aceptable la solución formulada por FERRARI BRAVO: «Commento all'art. 177, in *Commentario del Trattato CEE*», Milano, 1965, III, pág. 1332, como se indica seguidamente en el texto.

es la razón sustancial por la que el Tribunal admitió, después de la primera, investigaciones ulteriores de interpretación de la misma norma.

Bajo el aspecto estrictamente jurídico, la respuesta a la primera cuestión que me he planteado es muy simple y aceptada generalmente: puesto que sólo el juez nacional que ha recurrido al Tribunal es el destinatario de los efectos de la sentencia, no se puede hablar de efectos si no es respecto a él. En efecto, las partes en el proceso interno del que emana la demanda de interpretación no son partes en el procedimiento ante el Tribunal. De ello se deriva que ni siquiera puede concebirse una eficacia de la propia sentencia **ultra partes**.

Pasando, por otro lado, a considerar cualquier otro aspecto digno de mención que no sea estrictamente jurídico, de la sentencia de interpretación, hay que tener en cuenta la circunstancia de que ella tiene autoridad indudable cada vez que surge la misma cuestión ante el mismo juez interno o ante otro juez. Efectivamente, en la medida en que tal sentencia, en el marco del sistema establecido por el artículo 177, se dirige a asegurar la interpretación uniforme del derecho comunitario, asume un valor que va mucho más allá de la esfera del caso decidido. De ello deriva que ella puede ser invocada y puede adquirir, en un número indefinido de casos análogos, la autoridad emanada de la circunstancia de que ella es expresión del deber del juez comunitario de asegurar una garantía jurídica fundamental a los sujetos comunitarios, igual a aquélla que consiste en la interpretación uniforme y, por tanto, en la concreta aplicación del derecho comunitario en la esfera interna.

Desde otra perspectiva, que por otra parte es meramente de hecho, aunque no por ello menos importante, la sentencia interpretativa asume un particular significado. En efecto, el caso en que surja ante el juez interno una cuestión de interpretación, respecto a la cual el Tribunal nunca se hubiera pronunciado, es distinto de aquel en que exista ya una sentencia comunitaria. Más aún, no sólo la situación de hecho es distinta al respecto, sino que hay también un motivo formal en tal sentido: en los apartados II y III del artículo 177 el presupuesto para el desarrollo del procedimiento ante el Tribunal viene dado por la existencia de una **cuestión**, es decir, de una duda razonable de interpretación sobre una determinada norma comunitaria. Ahora bien, en tanto en cuanto el juez interno constate que existe ya una interpretación comunitaria, podría sobre tal base negar que subsista una **cuestión** que haya que deferir al Tribunal. De modo que como se ha justamente afirmado, la precedente decisión del Tribunal interviene de hecho como un elemento que precisa objetivamente el sentido de la norma que hay que interpretar, excluyendo las dudas al respecto (14).

Se trata naturalmente, para el juez interno, de una apreciación discrecional, puesto que éste siempre es libre, incluso si hay una decisión anterior, de dirigirse asimismo al Tribunal, en la medida en que considere que tal decisión no elimine sus dudas.

9. Cuanto precede demuestra que, aun sin afrontar y resolver los delicadísimos problemas a que hemos hecho referencia, se pueden extraer del conjunto de elementos que, ante todo, la praxis señala, una serie de efectos útiles que colocan concretamente a la sentencia de interpretación del Tribunal en un plano cercano al que le correspondería si formalmente le fueran reconocidos efectos **ultra partes** del proceso interno.

Finalmente, valorando la incidencia sobre la proclamada libertad de prestación de

(14) Adopto así textualmente la línea del razonamiento de FERRARI BRAVO, *op. cit.*, pág. 1332.

servicios, comprendido el de seguros, de las decisiones del Tribunal comunitario, debe reconocerse que, en principio, ya se halla abierta la vía de la liberalización, si bien la especialidad del servicio de seguros requiere adaptaciones sucesivas y específicas, incluso, respecto a lazos que tal servicio tiene con dos sectores que todavía se hallan en evolución en el plano comunitario: el de las sociedades y el de la libre circulación de capitales.

Los logros concretos respecto a la genérica exigencia de liberalización que la jurisprudencia del Tribunal ha determinado son el reconocimiento del efecto directo, en los ordenamientos internos de los Estados miembros, de los artículos 52, 59, I, y 60, II, del Tratado CEE, y, por tanto, la posibilidad de que sobre la base de tales artículos el juez interno provea a la consiguiente tutela de los derechos e intereses de las personas que por lo general se hallan ligadas a la prestación de servicios.

Concedido lo anterior, sólo hay que hacer referencia a un último problema, que puede ser así configurado: incluso después de haber constatado el efecto directo de los artículos que establecen la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, ¿será siempre necesaria la adopción de normas internas, por parte de varios Estados, para realizar, sector por sector, la supresión de las restricciones existentes? La respuesta tiene que ser afirmativa, puesto que no basta que los artículos del Tratado que se han señalado dejen abierta a los sujetos singulares la tutela judicial interna. De hecho la libre prestación de servicios es un objetivo de carácter general, que debe hacerse concreto no sólo en el caso en que el interesado obtenga un reconocimiento expreso por parte del juez. Se trata en realidad de una exigencia de carácter general y social que debe servir de provecho a todos, independientemente de las modalidades del caso concreto. Para ello es necesario que el legislador interno proceda asimismo a adaptar el propio ordenamiento para que, en la variada gama de actividades cubierta por la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, devengan operativos los principios comunitarios (15).

Por otra parte hay que reconocer que tal fue el intento de los autores del Tratado de Roma, los cuales ciertamente no pensaron que las indicadas libertades no habrían sido realizadas, como quiere el Tratado, antes del final del período transitorio, ni que durante tal período no habrían sido emitidas todas las directivas previstas por los programas generales. Incluso admitiendo que una de las razones sustanciales que han inducido al Tribunal comunitario a proclamar el efecto directo de los artículos en cuestión ha sido la falta de adopción a tiempo, por los órganos comunitarios, de las directivas, no todo puede reducirse a la afirmación del efecto directo de algunos artículos o a la posibilidad ofrecida, caso a caso, a los particulares de recurrir al juez interno o comunitario según las contingencias.

De modo que mientras, por un lado, las directivas y la consiguiente legislación interna, por más que tardía, se revelan prácticamente siempre necesarias, por otro es deber e interés de los órganos de los Estados proceder a las necesarias adaptaciones del ordenamiento jurídico existente incluso por medio de normativa interna.

(15) Esta exigencia es subrayada netamente por GOLDMAN: «Droit commercial européen», cit., pág. 244.