

EL DERECHO COMUNITARIO EN LA JURISPRUDENCIA AUSTRIACA: LA EXPERIENCIA DE UN NUEVO ESTADO MIEMBRO

Por FRANZ URLESBERGER *

«Austria es el niño bueno»
Eugenio D'Ors, Glosas de un viajero de otoño.
Austria y Alemania

SUMARIO

INTRODUCCIÓN: 1. LOS TRIBUNALES OBLIGADOS A PLANTEAR UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL. 2. EL TJCE COMO «JUEZ LEGAL». 3. LOS TRIBUNALES AUSTRIACOS Y LA CUESTIÓN PREJUDICIAL: a) *La herencia del Espacio Económico Europeo*; b) *Un Verfassungsgerichtshof seguro de sí mismo*; c) *Un Verwaltungsgerichtshof cargado de trabajo*; d) *Un euro-peista Oberster Gerichtshof*; e) *La jurisprudencia de los tribunales inferiores*; f) *Los órganos administrativos colegiados creados de conformidad con el art. 133.4 de la Constitución*. 4. EL MODELO DEL VERFAS-SUNGSGERICHTSHOF: ¿EL TJCE COMO CUARTO «TRIBUNAL SUPREMO»?—
CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Cuando examinamos cuánto esfuerzo ha costado conseguir que los jueces nacionales acepten la primacía del derecho comunitario, con qué fre-

* Representación Permanente de Austria ante la Unión Europea, Ministro. Las opiniones son puramente personales. El artículo refleja el estado de la jurisprudencia a 20 de febrero de 1999.

cuencia una problema de derecho comunitario estaba «claro» para un juez nacional, mientras que el TJCE dedicaba largas horas a reflexionar sobre el mismo, puede ser tentador examinar cómo afrontan los jueces de un nuevo Estado miembro los cambios en el marco jurídico que conlleva la adhesión. Por supuesto, se puede siempre aducir que Austria se encontró ya con un acervo jurídico consolidado, pero ¿qué tribunal no aspira a ser superior y no soportar a otros tribunales por encima?¹

Esto vale de manera especial para Austria, donde el paisaje de los tribunales se parece a la orografía del país, donde abundan cumbres, unas más altas que otras. Parece, pues, lógico empezar por examinar los tribunales obligados a plantear una cuestión prejudicial.

1. LOS TRIBUNALES OBLIGADOS A PLANTEAR UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL

En principio tanto el tribunal de última instancia en materias civiles y penales, el *Oberster Gerichtshof* (OGH)², como el *Verwaltungsgerichtshof* (VwGH)³ y el *Verfassungsgerichtshof* (VfGH)⁴ son tribunales de última instancia y se sitúan a igual nivel. Únicamente el hecho de que el VfGH sea también competente para los conflictos de competencias⁵ y ejerza funciones de tribunal administrativo cuando el demandante invoca la conculcación de un derecho garantizado por la Constitución austriaca (en lo sucesivo, CA), le da una cierta preeminencia⁶. No se prevé un recurso de casación ante el VfGH contra resoluciones del OGH o del VwGH y es por ello que se les debe considerar tribunales de última instancia, aun cuando sea posible interponer un recurso de amparo o relativo a la ileg-

¹ Dictamen 2/94 (Adhesión al Convenio Europeo de los Derechos Humanos), Rec. 1996, p. I-1759. Vid. VEDDER, «Die «verfassungsrechtliche Dimension» - die bisher unbekante Grenze für Gemeinschaftshandeln», *EuR* 1996: «el elemento más endeble de la argumentación del TJCE es ..., que la dimensión constitucional de la adhesión al CEDH se motiva principalmente por sus consecuencias institucionales».

² Artículo 92 de la Constitución austriaca.

³ Artículo 129 y siguientes de la Constitución austriaca.

⁴ Artículo 137 y siguientes de la Constitución austriaca.

⁵ Letras a) y b) del artículo 138.1 de la Constitución austriaca.

⁶ Sobre esta preeminencia, HAUER, «Die Aufgabenstellung des Verwaltungsgerichtshofs bei der Auslegung der Kompetenzbestimmungen des B-VG», *ÖJZ*, 1998, p. 241.

lidad de normas generales ante el VfGH⁷. Por el contrario, el VwGH ejerce un control jurisdiccional global. Con frecuencia es también el primer tribunal que puede plantear una cuestión prejudicial, pues es el primer órgano auténticamente jurisdiccional que conoce de un procedimiento contencioso-administrativo⁸. Para descargarlo se han creado «Salas de lo contencioso independientes» (*unabhängige Verwaltungssenate*, UVS), que igualmente tienen la calidad de órgano jurisdiccional. Como existe en regla general una posibilidad de impugnar sus resoluciones ante el VwGH, no están obligadas a plantear una cuestión prejudicial⁹.

Al lado de estos órganos existen en la administración algunos órganos colegiados, que cuentan entre sus miembros a un juez y cuyas resoluciones no son recurribles ante el VwGH¹⁰. Estos órganos colegiados están por lo tanto únicamente sometidos al control del VfGH, en caso de violación de un derecho fundamental, o de aplicación de una ley contraria a la CA o de un reglamento contrario a una ley. En opinión del VfGH estos recursos constitucionales no excluyen que estos órganos deban ser considerados tribunales de última instancia, obligados por lo tanto a plantear la cuestión prejudicial¹¹. En lo que atañe a la justicia civil y penal, los procedimientos terminan en la mayoría de los casos en el OGH¹².

2. EL TJCE COMO «JUEZ LEGAL»

Si uno no puede evitar la impresión de que el VfGH no es un entusiasta de la cuestión prejudicial¹³, debe no obstante destacarse que fue él

⁷ VfGH, 11.12.1995, B 2300/95 (*JBl* 1996, 378).

⁸ En una situación parecida puede encontrarse también el VfGH en las situaciones excepcionales en que conoce de un recurso contencioso-administrativo.

⁹ El VwGH ha confirmado en su sentencia de 5 de julio de 1997 (96/02/0094) que los UVS no son jurisdicciones de última instancia y no están por lo tanto obligadas a plantear la cuestión prejudicial. Contra: GAMERITH, «Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art 177 EGV», *ÖBl* 1995, p. 51, que estima que el VwG puede no admitir a trámite un recurso contra una resolución de tales Salas, según el apartado 3 del artículo 131 de la Constitución. Se puede decir al respecto que los supuestos mencionados en tal disposición raramente podrían afectar a asuntos que resulten afectados por el derecho comunitario.

¹⁰ Artículo 133.4 de la Constitución austríaca.

¹¹ VfGH, 14.390.

¹² Hay que recordar que todo tribunal estaría obligado a plantear la cuestión prejudicial si considera que el acto comunitario es inválido (*Photo-Frost*, 314/85, Rec. 1987, p. 4199).

¹³ PAUGER, «Verfassungsgerichtshof und EU-Recht», *ZfRV* 1997, 703 (706), VI.

quien acogió la doctrina alemana¹⁴ según la cual el TJCE es un «juez legal» y el no plantear la cuestión prejudicial, cuando se está obligado a ello, supone una violación del artículo 83.2 CA¹⁵. Pero como comentaremos el VfGH ha visto «actos claros» en supuestos en los que otros plantearían cuestiones prejudiciales. Parece que el VfGH, al ser «el más igual» entre los órganos jurisdiccionales superiores, ve al TJCE no tanto como un tribunal superior a él, sino como uno de igual rango. Si incluso el Presidente del TJCE considera que «es particularmente evidente que, a diferencia de los órganos del Poder Judicial, los Tribunales Constitucionales no pueden ser considerados, en principio, como órganos jurisdiccionales encargados de la aplicación del derecho comunitario»¹⁶, sería concebible defender que en derecho austríaco no hay tres sino cuatro tribunales superiores, separados por una clara división competencial: la garantía de los derechos civiles y del derecho penal está en manos del OGH, el derecho administrativo en manos del VwGH, el derecho constitucional en manos del VfGH y el TJCE aparece como el garante del derecho comunitario.

Estas diferentes tendencias se conjugan en la decisión del VfGH en que por primera vez constató que el TJCE es un «juez legal» en el sentido del art. 83.2 CA y que un órgano interno que no plantea una cuestión prejudicial cuando está obligado a ello priva a las partes del «juez legal» pues el órgano nacional no puede decidir una cuestión interpretativa reservada al TJCE¹⁷. A continuación sin embargo el VfGH introduce una limitación a este principio: haciendo referencia a la sentencia *Cilfit* del

¹⁴ BVerfGE (alemán) 73,339 (publicado también en *RIW*, 1987, p. 62 y *EuR* 1987, p. 51). Sobre esta doctrina, IPSEN, «Das BVerfG löst die Grundrechts-Problematik», *EuR*, 1987, p. 1; HILF, «Solange II: Wielange noch Solange?» *EuGRZ* 1987, p. 1; KALBE, «Keine nationalen Rechtsmittel gegen Vorabentscheidungen des Europäischen Gerichtshofes», *RIW*, 1987, p. 455; SCHERER, «Solange II: Ein grundrechtspolitischer Kompromiss», *JA*, 1987, p. 483; SCHILLER, «Willkürlicher Verletzung der Vorlagepflicht an den EuGH», *RIW* 1988, p. 452; STEIN, «Umgekehrt! Bemerkungen zum Solange II-Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes», *FS Zeidler*, Band 2, Berlin, 1987, p. 1711; VEDDER, «Ein neuer gesetzlicher Richter», *NJW*, 1987, p. 526.

¹⁵ Equivalente del art. 101.1.2 de la Ley Fundamental alemana.

¹⁶ RODRÍGUEZ IGLESIAS y VALLE GÁLVEZ, «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 2 (1997), p. 329.

¹⁷ VfGH, 11 de diciembre de 1995, B 2300/95 (publicado en *JBl* 1996, p. 378 y *ZfRV* 1995, p. 1398). Sobre esta sentencia, Holoubek-Lang, *ecolex*, 1996, p. 135; Gutknecht, *ÖZW* 1996, p. 24.

TJCE ¹⁸, añade que «en el sentido de la doctrina del «acto claro» recogida en esa sentencia, sólo puede criticar a un órgano obligado a plantear una cuestión prejudicial (en el sentido del art. 177.3) el que no lo haya hecho cuando debiera tener dudas fundadas de que la interpretación del derecho nacional que considerara correcta pudiera entrar en contradicción con las exigencias del derecho comunitario». El VfGH consideró en el caso concreto que los aspectos de derecho comunitario ya habían sido suficientemente precisados en la jurisprudencia del TJCE. En una sentencia posterior el VfGH afirmó además que «no sólo una violación importante, sino que todas las violaciones de la obligación de plantear una cuestión prejudicial» constituyen una violación del principio del «juez legal» ¹⁹. Así, parece que la doctrina del «juez legal» es más estricta que la desarrollada por el Tribunal Constitucional alemán, que sólo considera violación del derecho al «juez legal» la negación «arbitraria» del planteamiento de una cuestión prejudicial ²⁰. Posteriormente no se ha desarrollado esta idea de arbitrariedad, aunque tampoco se ha suprimido explícitamente tal exigencia ²¹. De la misma manera, la exigencia antes mencionada según la cual el tribunal austríaco debe tener «dudas fundadas» parece poco a poco olvidarse. En primer lugar parece contraria al propio artículo 177 del Tratado, que no se refiere a la apreciación jurídica que pueda hacer el tribunal nacional, sino únicamente al hecho de que la interpretación de tal cuestión es necesaria para decidir el asunto. El derecho comunitario parte de un principio de planteamiento incondicional cuando la cuestión sea pertinente, con la salvedad únicamente de la existencia de «acto claro», mientras que el VfGH iguala la opinión del tribunal nacional a un «acto claro», que únicamente cede en caso de que tenga «dudas fundadas». No obstante, la jurisprudencia ulterior del VfGH contiene también desviaciones respecto a esta concepción.

Mientras que en el derecho alemán el recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) puede utilizarse para hacer valer la violación de la obligación de plantear la cuestión, en derecho austríaco éste recurso puede

¹⁸ 283/81, Rec. 1982, p. 3415.

¹⁹ VfGH, de 26 de junio de 1997, B 3486/96 (publicada en *WBl* 1997, p. 444).

²⁰ Hasta la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1987, se habían desestimado todos los recursos de amparo, pues no se había negado el planteamiento de manera arbitraria. Vid. LIEBER, *Über die Vorlagepflicht des Art. 177 EWG-Vertrag und deren Missachtung*, Munich, 1986, p. 196.

²¹ Ver sin embargo, BVerfG, *RIW* 1987, p. 878 y ss.

interponerse únicamente contra actos de la administración²², y no contra sentencias de los órganos jurisdiccionales, lo que no lo hace particularmente adecuado para este tipo de problemas. Pero además la regulación procesal no establece medio alguno de hacer valer una posible violación de la obligación de plantear una cuestión prejudicial. La doctrina ha defendido la necesidad de una vía procesal específica para exigir el planteamiento de una cuestión prejudicial, así como de un recurso contra una resolución en esta materia²³. Del derecho comunitario desde luego no parece deducirse un principio de no impugnabilidad de las resoluciones de remisión²⁴. De hecho, el OGH, apoyándose en la jurisprudencia del TJCE según la cual incumbe únicamente al juez nacional que conoce del asunto el decidir sobre la pertinencia de plantear la cuestión prejudicial²⁵, consideró que la existencia de un recurso contra tal decisión supondría usurpar esta facultad al juez que conoce del asunto²⁶. El OGH afirmó que «las partes no tienen un derecho subjetivo al planteamiento de una cuestión prejudicial», de lo que se desprende que «parece justo que tampoco a la otra parte puede reconocerse un derecho subjetivo a revocar el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE». Reforzó su argumentación con consideraciones de derecho austríaco, comparando la situación a la que se produce cuando un juez decide la suspensión de un procedimiento y remite una cuestión para que el VfGH efectúe un control de constitucionalidad, remisión que no puede ser objeto de recurso²⁷.

²² Artículo 144 de la Constitución austríaca.

²³ GAMERITH, «Das Vorabentscheidungsverfahren nach art 177 EGV in Wettbewerbsachen», *ÖBl* 1995, p. 59. La doctrina ha defendido que se deberían permitir recursos en tanto que no se limitara la competencia prejudicial del TJCE. KOHLEGGGER, «Einwirkungen des «Vorabentscheidungsverfahren» aufs das österreichische Zivilverfahren», *ÖJZ* 1995, p. 761.

²⁴ En la sentencia *Rheinmühlen II*, 146/73 (Rec. 1974, p. 139), el TJCE afirmó que aunque el artículo 177 no impide la existencia de recursos contra resoluciones de remisión, una revocación de la resolución de remisión no impide el examinar la pertinencia de plantear una nueva cuestión prejudicial.

²⁵ Vid. sentencia de 16 de julio de 1998, *ICI*, C-264/96 y la jurisprudencia citada en la misma.

²⁶ OGH actuando como KOG (tribunal de competencia), sentencia de 9 de diciembre de 1996, 16 Ok 9/96 (publicada en *WBl* 1997, p. 108).

²⁷ La decisión del OGH fue facilitada por el hecho de que en Alemania la resolución de remisión tampoco puede ser objeto de recurso, pues presenta similitudes con las diligencias de ordenación del procedimiento y se considera que admitir el recurso supondría un riesgo de dilaciones indebidas. El argumento más convincente

Un sector que ha dado lugar a complicaciones particulares es la contratación pública. El derecho austríaco prevé una serie de disposiciones para el control de los procedimientos de contratación pública, excluyendo la contratación de servicios. Los órganos adjudicadores austríacos partían del efecto directo de las disposiciones comunitarias en materia de contratación pública de servicios²⁸, que eran parte del acuerdo sobre el EEE y cuyo plazo de transposición había pasado²⁹. Como la directiva sobre contratos de servicios se remite en lo que concierne a los recursos a las disposiciones de la directiva «recursos» en procedimientos de contratación de obras³⁰, que en Austria se transpuso por la *Bundesvergabegesetz*, los órganos administrativos partían del efecto directo de las disposiciones no transpuestas, aplicando a los contratos de servicios los recursos aplicables a los de obras y suministros. El VfGH consideró que esto suponía inmiscuirse en el campo del legislador y que se hubiera debido plantear una cuestión prejudicial³¹.

3. LOS TRIBUNALES AUSTRIACOS Y LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

a) *La herencia del Espacio Económico Europeo*

En el Espacio Económico Europeo (EEE) ya existía un procedimiento de dictamen similar a la cuestión prejudicial³², que sin embargo no fue

es el del Bundesfinanzhof alemán, que desestimó un recurso contra una resolución de remisión porque el artículo 177.2 sólo confiere la posibilidad (y no la obligación) de plantear una cuestión prejudicial (BFH, 2 de abril de 1996, EWS 1996, p. 327).

²⁸ Directiva 92/50/CEE, DO 1002, L 209, p. 1, modificada posteriormente (DO 1993 L 199, p. 1 y 1997 L 328, p. 1)

²⁹ Decisión 7/94 del Comité Conjunto EEE, BGBl 566/94.

³⁰ Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materias de adjudicación de los contratos públicos de suministro y obras (DO 1989 L 395, p. 33).

³¹ VfGH, 30 de septiembre de 1996, B 3067/95 (WBl 1997, p. 86). Resulta en particular desconcertante la mención que el VfGH hace al asunto *Franovich* (C-6/90 y C-9/90, Rec. 1991, p. I-5357), en donde se trataba de una directiva que concedía un cierto margen a los Estados miembros, por lo que se afirmó que los particulares no podían invocar la directiva no transpuesta.

³² Artículo 34 del Acuerdo EEE, BGBl 911/93.

utilizado por los tribunales austriacos. Esto fue debido quizás a las reticencias a solicitar nada a un tribunal nuevamente creado, pero probablemente fue decisivo también que el Tribunal AELC sólo emitía «dictámenes» (fue quizás una elección terminológica inadecuada, pero todos sabemos los prejuicios que el TJCE ha tenido hacia los dictámenes, considerados menos vinculantes)³³. También pudo influir que el artículo 6 del Acuerdo EEE estableciera que la jurisprudencia del TJCE debía ser aceptada en los Estados del EEE, mientras que una disposición análoga falta en el Acta de Adhesión. Tal cláusula hubiera sido sin duda utilizada como pretexto por ciertos tribunales austriacos para no plantear cuestiones prejudiciales y consolidar su ámbito competencial. Si hubiera predominado esta postura se hubiera podido defender frente a la jurisprudencia del VfGH antes citada, relativa al «acto claro», que para no tener «dudas fundadas» sobre un aspecto de derecho comunitario hubiera sido primero necesario que el tribunal se creara su propia opinión en cuestiones de derecho europeo.

Así, los tribunales austriacos se precipitaron en desarrollar una jurisprudencia sobre materias de derecho europeo con diferente suerte. Dos asuntos ilustran esta etapa (otras sentencias del período EEE siguen la misma línea). Una sentencia del VfGH consideró que el EEE representaba un salto cualitativo respecto al acuerdo de libre cambio³⁴. La Cámara Federal de Comercio, de la cual son miembros obligatoriamente los empresarios, podía recaudar de los miembros que comerciaban con el exterior una tasa (*Aussenhandelsförderungsbeitrag*), con la que financiaba su red de oficinas en el exterior. El VfGH consideró que, en la medida en que afectaba a productos originarios de un Estado EEE, se trataba de una exacción de efecto equivalente prohibida por el artículo 10 del Acuerdo EEE, basándose también en que el artículo 9 de la CA prevé el respeto de los acuerdos internacionales. Estas mismas consideraciones podrían haber sido aplicables al artículo 6 del Acuerdo de Libre Cambio con la CE de 1972³⁵, y si alguien hubiera tenido dudas al respecto, el TJCE las había disipado dos años y medio antes en su sentencia *Legros*³⁶. La doctrina ya había considerado que los objetivos del artículo 6 del Acuerdo

³³ *Kleinwort Benson*, Rec. 1995, p. I-615.

³⁴ VfGH 24 de noviembre de 1994, 94/16/0182 (*ecolex* 1995, p. 130; *WBI* 1995, p. 43).

³⁵ DO 1972, L 300, p. 1.

³⁶ C-163/90, Rec. 1992, p. 4625.

de Libre Cambio eran paralelos a los de los artículos 9 y 13 del Tratado CE y que tenían también efecto directo ³⁷.

El OGH, que tras la adhesión se convirtió en el más «europeísta», se mostró poco favorable a la aplicación del Acuerdo EEE. En un asunto cuyo objeto era parecido al de la sentencia *GB-Inno-BM* ³⁸ —calzado deportivo de una tienda alemana era anunciado por correo en la zona del Tirol, figurando el precio en marcos alemanes y sin referencia a los impuestos austríacos— el OGH afirmó que el artículo 11 del Acuerdo EEE (similar al 30 del Tratado CE) obligaba al legislador austríaco a permitir tal tipo de publicidad ³⁹. En su razonamiento el OGH añadió que «en caso de una contradicción entre el derecho interno anterior con rango de ley simple y disposiciones posteriores de derecho EEE con efecto directo ... se aplica la regla *lex posterior derogat legi priori*». Con ello se negaba la primacía del derecho EEE sobre la CA y se abría la puerta a una derogación del derecho EEE a través de una norma posterior con rango de ley.

b) *Un Verfassungsgerichtshof seguro de sí mismo*

En su examen de los procedimientos de recurso en el área de contratación pública de servicios el VfGH consideró que hubiera sido necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial por el órgano jurisdiccional, aunque no estaba en juego ninguna cuestión de principio ⁴⁰. Por el contrario, en un breve repaso a su jurisprudencia encontramos varios casos, a mi juicio bastante oscuros, en los que el VfGH consideró que se trataba de «actos claros».

1. Para la admisión en la Universidad la legislación austriaca sigue las disposiciones del Convenio Europeo sobre la homologación de títulos de bachiller del Consejo de Europa, que distinguen entre título general y específico (para determinados estudios). Si el diploma extranjero permite acceder a unos estudios determinados, la persona podrá acceder únicamente

³⁷ URLESBERGER, «Die direkte Anwendbarkeit des Freihandelsabkommen Österreich-EWG - Ende der Debatte?», *ZfRV* 1985, p. 11. Sobre la compatibilidad de la *Kammerumlage* con el régimen jurídico del IVA, vid. *Spar*, C-318/96, Rec. 1998, p. I-785.

³⁸ C-362/88, Rec. 1990, p. I-667.

³⁹ OGH 4 de octubre de 1994, 4 Ob 88/94 (*Sportschuh-Spezial*) (publicado en *WBI* 1995, p. 21; *ecolex* 1995, p. 35; *GRUR* 1995, p. 714).

⁴⁰ Antes citada, nota 11.

a tales estudios en Austria. Tales restricciones no se aplican por el contrario a los títulos austriacos. Para examinar este asunto hay que tener en cuenta que en varios campos existen en Alemania *numerus clausus*, lo que no es el caso en Austria, lo cual supone un riesgo de que una gran cantidad de estudiantes alemanes quieran venir a estudiar a Austria. Sobre la compatibilidad de tal reglamentación con el artículo 6 del Tratado CE se habían pronunciado de manera divergente tres dictámenes solicitados por el Ministerio de Educación. Cuando el litigio llegó al VfGH (se trataba de un austríaco, titular de un diploma alemán, que invocaba el artículo 7 CA), éste desestimó el recurso porque estos solicitantes «por regla general demuestran comparativamente una aptitud menor para cursar los estudios deseados». Implícitamente se afirmaba, pues, que los austriacos tienen una aptitud para cursar todos los estudios. Sobre la dimensión europea del litigio afirmó «la tarea del VfGH es únicamente decidir si se conculcan los derechos garantizados por la CA de un recurrente ... Las cuestiones que debe abordar están determinadas únicamente por las disposiciones pertinentes ... El GH no tenía por lo tanto ningún motivo para remitir al TJCE una cuestión prejudicial sobre si una reglamentación como la del asunto de autos viola el artículo 6.1 del Tratado CE»⁴¹.

2. El Reglamento austríaco sobre aguas minerales de 1935 prescribe que el agua mineral sólo se puede presentar en envases de vidrio. El nuevo Reglamento de 1994 se presentaba como la adaptación del derecho austríaco a la Directiva comunitaria en la materia⁴². Como no resultaba claro si el nuevo reglamento había derogado la exigencia de comercialización en envases de vidrio, el VfGH se encontró con la obligación de interpretar el derecho interno a la luz de la Directiva⁴³. El VfGH se refirió al artículo 2.b del anexo II de la Directiva, que dice «el equipo de captación y las canalizaciones y depósitos deberán realizarse con materiales aptos para su uso en el agua, con objeto de evitar cualquier alteración química, físico-química o microbiológica del agua», y de ello dedujo que todos los envases, aunque no fueran de vidrio, deberían permitirse⁴⁴.

⁴¹ VfGH B 877/96, 26 junio de 1997 (*Jus-Extra* 1997 n. 154 (VfGH) p. 43).

⁴² Directiva 80/777/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1980, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre explotación y comercialización de aguas minerales naturales (DO 1980 L 229, p. 132; EE cap. 13, tomo 11, p. 47).

⁴³ *Von Colson*, Rec. 1984, p. 1891; *Marleasing*, C-106/89, Rec. 1990, p. I-4135.

⁴⁴ Se ha señalado que al obrar de tal manera el VfGH ha renunciado a hacer una interpretación histórica del reglamento, que hubiera podido conducir a un re-

Esta conclusión no parecía sin embargo automática. Si bien es cierto que los contenedores de vidrio respetaban estas condiciones, en buena lógica esta afirmación es inferior a que sólo envases con determinadas características pueden ser comercializados. Cuando se establecen exigencias generales, esto no implica que todos los contenedores que cumplan con tales exigencias deban de ser autorizados. Intereses medioambientales pueden también ser tenidos en cuenta y pueden justificar obstáculos a la libre circulación de mercancías ⁴⁵, si bien la nueva directiva en materia de envases parece haber limitado la libertad de los Estados en este área ⁴⁶.

3. En el asunto «de las ofertas alternativas» ⁴⁷ se planteaba si el artículo 29.4 de la *Bundesvergabegesetz* (ley sobre la contratación pública), que autoriza la consideración de ofertas alternativas aunque sólo se refieran a una parte del lote licitado, era contrario al artículo 19 de la Directiva «obras» ⁴⁸. El VfGH se contenta con decir, de manera un tanto mística, que «la importancia acordada por las autoridades competentes a esta regulación con relación a las exigencias del artículo 19 de la directiva «obras» parece dudosa», pero ignora explicar cuál es la interpretación que las autoridades debían hacer del artículo 19. EL VfGH se niega a plantear una cuestión prejudicial basándose en la sentencia del TJCE en el asunto *Storebaelt* ⁴⁹, aunque esta sentencia únicamente determinó lo que era contrario al derecho comunitario (negociaciones basadas en una condición no contemplada en el pliego de condiciones), mientras que objeto del presente caso era delimitar lo que el derecho comunitario permite. No se cita sentencia alguna del TJCE en que se justifique una división de la licitación, y si en una ocasión el TJCE ha condenado tales divisiones, era debido a que de esta manera se escapaba al deber de publicidad ⁵⁰. En el caso de autos hubiera sido necesario plantear una cuestión prejudicial so-

sultado diferente, y se ha querido ver en ello una modificación de su jurisprudencia puesto que hasta ahora el VfGH había rechazado hacer una interpretación conforme a la Constitución si la intención del legislador era clara y no dejaba lugar a dudas (vid. POTACS, «Richtlinienkonforme Auslegung durch den VfGH», *RdW* 1996/4, p. 153).

⁴⁵ *Comisión/Dinamarca*, 302/86, Rec. 1988, p. 4607.

⁴⁶ Directiva 94/62/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos de envases (DO 1994 L 365, p. 10). Un procedimiento de infracción ha sido iniciado contra Dinamarca (IP/98/868).

⁴⁷ Citado en la nota 8.

⁴⁸ Directiva 93/37/CEE, DO 1993, L 199, p. 54.

⁴⁹ *Comisión/Dinamarca*, C-234/89, Rec. 1993, p. 3353.

⁵⁰ *Comisión/Italia*, C-296/92, Rec. 1994, p. I-1.

bre este aspecto, pero también para decidir si el *Bundesvergabeamt* era una jurisdicción de última instancia obligada, por tanto, a plantear la cuestión prejudicial (lo que el VfGH afirmó sin solicitar aclaraciones del TJCE)⁵¹. De ello se deduce que los *Landesvergabeämter* (órganos de control de la contratación pública de los *länder*) son igualmente tribunales en el sentido del artículo 177⁵².

4. Una posición intermedia se percibe respecto a la llamada directiva «recursos»⁵³. Esta prevé en su artículo 2.6 que los efectos del ejercicio de los poderes de control «en el contrato consecutivo a la adjudicación se determinarán con arreglo al derecho nacional.» Se planteaba la cuestión de si esta disposición representaba una base jurídica suficiente para la reglamentación que se contiene en los arts. 9.14 (en combinación con el 41.1) y 51.15 (en combinación con el 54.1) de la *Bundesvergabegesetz*, según la cual la contratación se formaliza con la notificación de la adjudicación, de manera que el procedimiento de control posterior se limitaría a conceder eventualmente daños y perjuicios. En un primer momento el VfGH subrayó que regular las medidas provisionales tras el perfeccionamiento del contrato público era una competencia del legislador⁵⁴. El VfGH aceptó la conclusión, que no había sido contestada en el procedimiento inicial, según la cual la celebración del contrato se había realizado válidamente. No obstante, más tarde el VfGH mostró ciertas dudas respecto a «como deben interpretarse las disposiciones contenidas en los artículos 2.1.a) y b) y 2.6 de la directiva «recursos», es decir, «si exigen una separación entre adjudicación y conclusión del contrato, así como la posibilidad de recurrir separadamente la adjudicación» y exigió al *Bundesvergabeamt* solicitar una cuestión prejudicial⁵⁵.

⁵¹ Sobre las cuestiones prejudiciales planteadas, vid. sección 3.f).

⁵² Aunque esto no ha resultado tan claro para dos de tales órganos, que pidieron aclaraciones el TJCE: *Köllensperger*, C-103/97 (sentencia de 4 de febrero de 1999) y *HI Hospital Ingenieure*, C-258/97. Sobre la independencia que se exige de tales instancias de recurso puede consultarse la sentencia del VfGH de 12 de junio de 1996 (B 2477/95-14) que consideró que el procedimiento de control de un *land* no era conforme al principio del juez legal en cuanto que no respetaba las garantías previstas en el artículo 2.8 de la Directiva «recursos» (89/665/CEE, antes citada, nota 30).

⁵³ Directiva 89/665/CEE, antes citada, nota 30.

⁵⁴ VfGH 29 de septiembre de 1996, B 2731/93-3.

⁵⁵ VfGH 26 de junio de 1997, B 3486/96 (WBl 1997, p. 444). Este asunto ha dado lugar a la cuestión prejudicial C-81/98, *Alcatel* (se puede consultar la misma en DO 1998 C 209, p. 13).

5. En Austria estuvo en vigor durante un período transitorio una prohibición absoluta de publicidad en la televisión por cable. A este respecto el VfGH afirmó: «la prohibición total durante el período transitorio dio la oportunidad al legislador de adoptar disposiciones que autorizaran la publicidad con limitaciones temporales y de contenido. Que tal reglamentación era compatible con la CA puede ser tan poco dudoso, teniendo en cuenta el art. 10.1 de la CEDH, como que tal reglamentación parece necesaria desde el punto de vista del Derecho comunitario, de acuerdo con el art. 10 y siguientes de la Directiva del Consejo de 3 de octubre de 1989, 89/552/CEE»⁵⁶. Estamos de acuerdo con el VfGH que limitaciones de la publicidad son admisibles, pero se plantea el problema de la proporcionalidad —que el TJCE ha analizado en profundidad— es decir, si una prohibición absoluta como preparación a una autorización limitada es el medio menos oneroso desde el punto de vista del art. 10.2 de la CEDH. Ya se equivocó una vez Austria al considerar que su monopolio televisivo era una medida permitida por el artículo 10.2 de la CEDH⁵⁷.

6. Debido a la separación de los Ferrocarriles Austriacos de la administración pública y la creación de una sociedad con personalidad propia, se deterioró la situación de sus trabajadores, que ya no podrían contar con que el Estado pagara sus retribuciones. Esta separación fue justificada por el VfGH basándose en que la Directiva sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios⁵⁸ preveía precisamente tal separación⁵⁹. El VfGH no tuvo sin embargo en cuenta que, de haber auténticas reservas en cuanto a un posible menoscabo de la libertad de negociación colectiva, tal cuestión, que hubiera podido incidir en la validez de la Directiva, debería haber sido planteada al TJCE, pues la libertad de negociación colectiva puede considerarse un principio general común a los Derechos de los Estados miembros⁶⁰.

7. En una reiterada jurisprudencia el TJCE ha considerado que determinadas disposiciones de derecho comunitario no se aplican en situaciones puramente internas⁶¹. En algunos asuntos se ha echo valer que esto

⁵⁶ VfGH, de 8 de octubre de 1996, G 93-100, 230-238/96 (*WBI* 1997, p. 220).

⁵⁷ CEDH 24 de noviembre de 1993, *Lentia/Austria* (*EuGRZ* 1994, p. 549).

⁵⁸ Directiva 91/440, DO 1991, L 237, p. 25.

⁵⁹ VfGH 9 de marzo de 1995, G 28/93 (*JBl* 1995, p. 579).

⁶⁰ La existencia de tal derecho en derecho comunitario ha sido por primera vez examinada en las conclusiones de AG Jacobs en los asuntos C-67/96, *Albany*, C-115/97, C-116/97 y C-117/97, *Brentjens*, y C-219/97, *BV Maatschaappij Drijvende*, conclusiones de 28 de enero de 1999.

⁶¹ *Bekaert*, 204/87, Rec. 1988, p. 2029; *Brea-Palacios*, C-330 y 331/90, Rec. 1992, p. I-323.

conduce a que los nacionales se encuentran en desventaja respecto a los nacionales de otros Estados miembros⁶². Se trata de un reproche que se dirige esencialmente a los Estados miembros. El VfGH ha sido sensible a esta argumentación y ha afirmado que «es contrario al principio de igualdad de trato el que los nacionales austriacos se encuentren en situación menos favorable que los extranjeros, sin que exista una razón objetiva»⁶³.

c) *Un Verwaltungsgerichtshof cargado de trabajo*

En muchos comunicados de prensa y cartas de sus miembros a los periódicos se ha hecho referencia a la carga de trabajo del VwGH. Los pocos asuntos que presentan aspectos de derecho comunitario parecen haber sido tratados de forma «expeditiva»⁶⁴ con tomas de posición sucintas. Empezó a remitir cuestiones prejudiciales más tarde, con lo que, aunque ha planteado hasta finales del año 1998 catorce, sólo se ha dictado sentencia en dos asuntos⁶⁵. Me referiré brevemente a varias de las cuestiones planteadas, pues algunas han atraído bastante atención, así como a diversos asuntos en los que probablemente se debería haber planteado y no se hizo.

1. Transportistas alemanes fueron sancionados por no haber respetado los tiempos máximos de transporte de animales vivos previstos por el derecho austríaco. Las disposiciones comunitarias⁶⁶ no conocían tal limitación, pero fueron posteriormente modificadas para establecer tiempos máximos⁶⁷, si bien la entrada en vigor de la modificación era ulterior al acaecimiento de los hechos sancionados. La cuestión era si la Directiva

⁶² *Aubertin*, Rec. 1995, p. I-303 y *van Buynter*, Rec. 1995, p. I-3985. Vid. Schöne, «Die «umgekehrte» Diskriminierung im EWG-Vertrag nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes», *RIW* 1989, p. 450.

⁶³ VfGH 7 de octubre de 1997, V 76/97, V 92/97, (*JBl* 1998, p. 640).

⁶⁴ Expresión preferida de la administración austríaca: F. WERFEL, «Eine blass-blaue Frauenschrift», en F. WERFEL, *Weissenstein, der Weltverbesserer, Erzählungen*, Fischer, p. 99.

⁶⁵ *SPAR*, C-318/96, Rec. 1998, p. I-785 y *Clean Car*, C-350/96, Rec. 1998, p. I-2521.

⁶⁶ Directiva 91/628/CEE del Consejo sobre transporte de animales vivos, DO 1991 L 340, p. 17.

⁶⁷ Directiva 29/95, DO 1995, L 148, p. 52.

original se configuraba como una armonización parcial que no impedía una reglamentación que límite el tiempo máximo de transporte ⁶⁸.

2. Abundan las cuestiones en materia fiscal. El VwGH preguntó al TJCE si la *Kammerumlage* tenía el carácter de impuesto sobre el valor añadido y era por lo tanto contraria a las directivas en materia de IVA ⁶⁹, lo que el TJCE respondió negativamente ⁷⁰. Otro asunto prejudicial plantea la cuestión de si el artículo 33.1 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo (Sexta Directiva IVA) ⁷¹ se opone a una exacción que deben pagar cada año civil fundamentalmente las empresas interesadas en la actividad turística directa o indirectamente, pero que no contempla la deducción de las cuotas devengadas o ingresadas ⁷².

3. Cuando se le preguntó al VwGH si un ciudadano con doble nacionalidad griega y austriaca, que ya había cumplido su servicio militar en Grecia podía ser llamado a filas en Austria, se refirió a las conclusiones del AG en el asunto *Peter de Vos* ⁷³ afirmando que «la sujeción o no a las obligaciones militares es, en el estado actual del derecho comunitario, una cuestión ligada directamente a la nacionalidad y excluida, por lo tanto, de su ámbito de aplicación». De esta manera ignoró el marco más amplio del asunto *de Vos*: si el pago de cotizaciones sociales de las personas sujetas al servicio militar es una ventaja social a la que también tienen derecho los nacionales de otros Estados miembros ⁷⁴. Dando una respuesta negativa, tanto el Abogado general como el TJCE desvincularon las contribuciones a la seguridad social de las ventajas sociales y fueron analizadas como medidas de acompañamiento de las cuestiones puramen-

⁶⁸ Se trata de las cuestiones prejudiciales en los asuntos *Monsees*, C-350/97 (DO 1997 C 370, p. 2); *Warnecke*, C-438/97 (DO 1998 C 72, p. 7); *Meinert*, C-20/98 (DO 1998 C 94, p. 11) y *Seemeier*, C-42/98 (DO 1998 C 137, p. 7).

⁶⁹ Artículo 33 de la Sexta Directiva.

⁷⁰ *Spar*, C-318/96, Rec. 1998, p. I-785.

⁷¹ DO 1977 L 145, p. 1; EE 09/01, p. 54.

⁷² *Pelzl*, C-338/97 (DO 1997 C 357, p. 19). Una cuestión similar se plantea en el asunto *STUAG*, C-390/97 (DO 1998 C 7, p. 10). En asunto *Evangelischer Krankenhausverein* (C-437/97, DO 1998 C 72, p. 6) se plantea la compatibilidad con el art. 33 de la sexta directiva IVA de un tributo que grava la entrega a título oneroso de helados de repostería y de bebidas. El asunto *Sandoz* (C-439/97, DO 1998 C 72, p. 7) también plantea problema interesantes sobre la compatibilidad de un tributo con la libre circulación de capitales.

⁷³ Apartado 41 de las Conclusiones, asunto C-315/94, Rec. 1996, p. I-1417.

⁷⁴ De acuerdo con el artículo 7 del Reglamento 1612/68, DO 1968 L 257, p. 2, en la versión de DO 1976, L 29, p. 2 y 1992, L 245, p. 1.

te militares, reservadas a la competencia normativa de los Estados. Pero otra cuestión distinta es si los Estados pueden obstaculizar las libertades fundamentales que consagra el tratado en un campo en el que han retenido la competencia, como por ejemplo la fiscalidad. El TJCE ha afirmado varias veces que en tales casos el ejercicio de sus competencias debe tener debida cuenta del tratado⁷⁵. Si el TJCE ha visto un obstáculo en la imposibilidad de efectuar determinadas desgravaciones fiscales, a mayor razón debería verlas si se exige a alguien que cumpla dos veces con el servicio militar. Sin embargo, el VwGH no consideró necesario remitir una cuestión al TJCE⁷⁶. Por el contrario planteó una cuestión prejudicial para saber si la exigencia que la *Gewerbeordnung* establecía de que los gerentes de una empresa tengan su residencia en Austria era compatible con el derecho comunitario, cuestión que ofrecía pocas dudas⁷⁷.

4. No menos desafortunada debe considerarse otra sentencia del VwGH, que dedujo de la sentencia del TJCE en el asunto *Grosskrotzenburg*⁷⁸ que para saber si se exige la evaluación de impacto ambiental era decisivo si al final del período de transposición de la Directiva el procedimiento de autorización se había iniciado⁷⁹. Es cierto que la más reciente jurisprudencia del TJCE parece dar la razón en este punto al VwGH⁸⁰.

⁷⁵ *Schumacker*, C-279/93, Rec. 1995, p. I-225; *Futura Participation*, C-250/95, Rec. 1997, p. I-2471.

⁷⁶ VwGH, 29 de octubre de 1996 (96/11/0270, *JBl* 1997, p. 330).

⁷⁷ *Clean Car*, C-350/96, Rec. 1998, p. I-2521, sentencia que como era de esperar confirma la incompatibilidad de tal norma con el derecho comunitario.

⁷⁸ *Comisión/Alemania*, C-431/92, Rec. 1995, p. I-2211.

⁷⁹ Esta argumentación avanzada por el gobierno alemán fue rechazada por el TJCE en *Grosskrotzenburg*, al verificar que la solicitud del proyecto fue presentada con posterioridad al fin del plazo de transposición (apartado 29). Lo que llevó a la desestimación del recurso fue el hecho de que aunque el derecho alemán aún no se había adaptado a la directiva las autoridades llevaron a cabo una evaluación sobre el impacto ambiental del proyecto. De la forma en que el TJCE afirma en *Grosskrotzenburg* que la cuestión es «independientemente de si la Directiva permite a un Estado miembro dispensar de las obligaciones relativas a la evaluación del impacto ambiental a los procedimientos de autorización que ya se encontraban en trámite antes de la fecha límite de adaptación del derecho interno...» se puede deducir una advertencia para sacar tal conclusión de la sentencia *Bund Naturschutz Bayern* (C-396/92, Rec. 1994, p. I-3717).

⁸⁰ C-81/96, *Burgemeester en weethouders*, Rec. 1998, p. I-3923. «puesto que la Directiva no contiene ninguna disposición transitoria relativa a los proyectos cuyo procedimiento de autorización se hubiera iniciado antes del 3 de julio de 1988 y siguiera en curso en esa fecha, el Tribunal de Justicia ha declarado que el citado principio sólo es aplicable en el caso en el que la fecha de presentación formal de

En el asunto ante el VwGH el procedimiento se había iniciado tras la entrada en vigor del Acuerdo EEE, que ya contenía la obligación de proceder a una evaluación de impacto ambiental. El VwGH argumentó no obstante que la adaptación del derecho interno no se produjo hasta la adopción de la Ley sobre la evaluación de impacto ambiental, que no estaba todavía en vigor. Teniendo en cuenta que, como vimos anteriormente, el Acuerdo EEE no tiene preeminencia sobre una ley posterior, ésta podía aplazar la obligación a proceder a tal evaluación ambiental. Se trata sin duda de una argumentación difícil de seguir. Sabemos que la obligación de proceder a tal evaluación entraba en vigor inmediatamente tanto con el Acuerdo EEE que con el Acta de Adhesión. Además, el art. 6 del Acuerdo EEE obligaba a tener en cuenta la jurisprudencia del TJCE, lo que incluiría también la relativa al efecto directo de las directivas no transpuestas. Una cuestión prejudicial hubiera podido servir para aclarar los efectos de una directiva no transpuesta respecto a terceros (el llamado «Drittwerking») ⁸¹. Se enfrentaban desde un punto de vista jurídico los intereses de las autoridades que planificaron el proyecto y el de la protección del medio ambiente, desde un punto de vista económico el de los protectores del medio ambiente y los futuros utilizadores de la carretera, por lo que el interés de una administración pública escasa de dinero se inclinó más bien por la protección del medio ambiente.

5. En las sentencias relativas a los derechos laborales y de residencia de los trabajadores turcos ⁸², el VwGH acepta la jurisprudencia del TJCE relativa a la Decisión 1/80 del Consejo de Asociación CEE-Turquía ⁸³, hay que señalar no obstante que la posición de tales decisiones en derecho aus-

la solicitud de autorización de un proyecto sea anterior al 3 de julio de 1988. En efecto, el Tribunal de Justicia ha considerado que este criterio formal es el único conforme con el principio de seguridad jurídica y adecuado para mantener el efecto útil de la Directiva.»

⁸¹ FISCHER, «Zur unmittelbaren Anwendung von EG-Richtlinien in der öffentlichen Verwaltung», *NVwZ* 1992, p. 635; JARASS, «Folgen der innerstaatlichen Wirkung von EG-Richtlinien», *NJW* 1991, p. 2666; RICHTER, «Die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien zu Lasten einzelner», *EuR* 1988, p. 394; NICOLAYSEN, «Keine horizontale Wirkung von Richtlinien-Bestimmungen», *EuR*, 1986, p. 370. Vid. as. C-72/95, *Kraaijeveld*, Rec. 1996, p. I-5403.

⁸² Sentencias 96/09/088, 95/19/1549 y 95/190424.

⁸³ *Sevince*, C-192/89, Rec. 1990, p. I-4361; *Kus*, C-237/91, Rec. 1992, p. I-6781; *Eroglou*, C-355/93, Rec. 1994, p. I-5113; *Bozkurt*, C-434/93, Rec. 1995, p. I-1475; *Tetik*, C-171/95, Rec. 1997, p. I-329; *Kadiman*, C-351/95, Rec. 1997, p. I-2133; *Eker*, C-386/95, Rec. 1997, p. I-2697; *Günaydin*, C-36/96, Rec. 1997, p. I-5143; *Ertanir*, C-98/96, Rec. 1997, p. I-5179.

tríaco fue también argumentada en relación con la jurisprudencia del VfGH. Sólo recientemente se ha lanzado a plantear una cuestión prejudicial sobre esta materia ⁸⁴.

d) *Un europeísta Oberster Gerichtshof*

Se puede decir que el OGH ha sido bastante europeísta porque: i) planteó cuestiones prejudiciales en materias que hubiera podido decidir basándose únicamente en el derecho austríaco; ii) se ha esforzado en practicar una interpretación conforme al derecho comunitario, en las que han estado presentes consideraciones de utilidad del derecho comunitario y no del derecho nacional; iii) sacrificó principios jurídicos del derecho nacional, a veces consagrados por el propio VfGH, en aras de la primacía del derecho comunitario; iv) en la fundamentación jurídica de sentencias que afectaban únicamente al derecho austríaco se ha dejado influenciar por consideraciones de derecho comunitario.

i) Causó bastante estupor que el OGH remitiera una cuestión prejudicial en el asunto *Kremzow*, sobre una posible violación de los derechos humanos en el proceso contra alguien que había sido declarado culpable de asesinato ⁸⁵. El TJCE se amarró al único vínculo que la cuestión pudiera tener con el derecho comunitario, a saber, una posible limitación de la libre circulación, pero afirmó «que la perspectiva puramente hipotética de tal ejercicio no constituye un vínculo suficiente con el Derecho comunitario como para justificar la aplicación de las disposiciones comunitarias» ⁸⁶.

⁸⁴ *Eyüp Safet*, C-65/98 (DO 1998 C 137, p. 12). Se trata de una cuestión muy interesante, por un lado, saber si el concepto de familiar en el sentido del artículo 7.1 de la Decisión n.º 1/80 debe interpretarse en el sentido de que también cumple este requisito el compañero *more uxorio* (que convive en una comunidad similar al matrimonio sin que exista este vínculo formal) de un trabajador turco, y por otro lado si el derecho comunitario exige que los derechos que, en un Estado miembro, se derivan de los artículos 6 y 7 de la Decisión n.º 1/80 (que tiene efecto directo) se garanticen en un caso concreto mediante la concesión de protección provisional en forma de medidas cautelares positivas.

⁸⁵ ZEDER, «Der EG-Vetrag, die MRK, der EuGH und der OGH oder: In Siebenmeilenstiefeln von Strassbourg nach Luxembourg», *ÖJZ* 1996, p. 121; BAUMGARTNER, «Auslegung der europäischen Menschenrechtskonvention durch den EuGH?», *JBl* 196, p. 338; GRAFF, *ecolex*, 1995, p. 886; SCHWEITZER, *ZRV* 1996, p. 41; HOLOUBEK, *ZfV* 1996, p. 28.

⁸⁶ *Kremzow*, C-299/95, Rec. 1997, p. I-2629, apartado 16.

Cuando el TJCE declaró en la sentencia *Silhouette*, siguiendo a la Comisión⁸⁷, en respuesta a una cuestión del OGH, que la directiva sobre derecho de marcas prohíbe aceptar la doctrina del agotamiento internacional⁸⁸, Suecia quiso debatir de la cuestión en el Consejo. Austria, que como los países del Benelux, Gran Bretaña, Irlanda y los países nórdicos⁸⁹ conocía la figura del agotamiento internacional⁹⁰, rechinó los dientes silenciosamente. Efectivamente, en las negociaciones de adhesión la Comisión preguntó a los países candidatos si aceptarían las reglas en materia de agotamiento (que excluyen el agotamiento internacional) inscritas en el art. 9.2 de la Directiva de derecho de alquiler y préstamo⁹¹. Suecia y Finlandia mostraron su acuerdo, pero el autor como representante de Austria no estaba al corriente, por lo que la cuestión quedó para la siguiente reunión, que finalmente no tuvo lugar⁹².

Por otro lado, como ya había ocurrido respecto a otros Estados miembros⁹³, el TJCE afirmó, en respuesta a una cuestión prejudicial del OGH, que no se puede exigir caución de arraigo en juicio de ciudadanos de otros Estados de la Comunidad⁹⁴. En la resolución de remisión no se mencionaban algunos aspectos del problema: por ejemplo el hecho de tal caución de arraigo en juicio se había exigido antes de la entrada en vigor del Tratado CE y que no estaba claro si el demandante tenía la nacionalidad

⁸⁷ GASTER, «Funktionen des Binnenmarktes und paralleleinführen aus Drittländern: Ein Plädoyer gegen die Internationale (globale) Erschöpfung von Immaterialgüterrechten», *WBI* 1997, p. 47.

⁸⁸ *Silhouette International*, C-355/96, Rec. 1998, p. I-4799.

⁸⁹ KLAKA, «Erschöpfung und Verwirkung im Licht des Markenrechtsreformgesetzes», *GRUR* 1994, p. 321.

⁹⁰ Decisiones del OGH, *Agfa*, SZ 43/219 (*JBl* 1971, p. 476; *ÖBl* 1971, p. 21; *Lanvin*, SZ 47/15 (*ÖBl* 1974, p. 84); *Bichlhof*, *ÖBl* 1984, p. 24 y *GRURInt* 1984, p. 369; *Spinnrad, ecolex* 1992, p. 101; *Öbl* 1991, p. 257; *WBI* 1992, p. 100.

⁹¹ Directiva 92/100/CEE, DO 1992 L 346, p. 61.

⁹² Recientemente el OGH ha planteado dos cuestiones en materia de propiedad intelectual, *Welcome*, C-330/98 (DO 1998 C 340, p. 8), relativo al certificado de protección complementaria previsto por el reglamento 1768/92, y *Polo/Lauren*, C-383/98, relativo al Reglamento (CE) n.º 3295/94 del Consejo, por el que se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las mercancías con usurpación de marca y las mercancías piratas (DO 1994 L 341)

⁹³ *Hubbard*, C-20/92, Rec. 1993, p. I-3777.

⁹⁴ *Saldanha*, C-122/96, Rec. 1997, p. I-5325.

británica⁹⁵. Además, el OGH también ha planteado cuestiones prejudiciales sobre el régimen jurídico de las segundas residencias en el Tirol⁹⁶, y sobre la obligación de inscribir las hipotecas en chelines austriacos⁹⁷. Pero es sin duda en una reciente cuestión en materia laboral donde más se manifiesta el entusiasmo por este mecanismo prejudicial, pues el OGH pregunta precisamente si puede plantearse una petición de decisión prejudicial en un procedimiento en el que el OGH debe resolver en primera y última instancia sobre la pretensión de una parte de que se declare la existencia o inexistencia de derechos o relaciones jurídicas en el ámbito del Derecho laboral que no se refieren a personas designadas nominalmente⁹⁸. Más sorprendente es el tema de la cuestión: discriminación en el cómputo a efectos de promoción de los períodos de empleo como enseñante anteriores en otro Estado miembro, pues se trata de una cuestión ya «aclarada» por la sentencia *Scholtz*⁹⁹.

Por supuesto, el OGH también ha hecho uso de la doctrina del «acto claro», pero por lo menos generalmente cuando la cuestión estaba realmente clara. Así, por ejemplo constató que las subvenciones de la Comunidad deben ser consideradas como ingresos y por lo tanto tenidas en cuenta en la determinación de la obligación de alimentos a los hijos¹⁰⁰. Algunas cuestiones que hubieran merecido una cuestión prejudicial las encontramos en materia de seguridad social y en particular en la aplicación del Reglamento 1408/71¹⁰¹.

⁹⁵ Debido a que se trataba de un recurso de casación en el que no se podía estudiar tal aspecto. El demandante había nacido en la India en la época del imperio Británico y no estaba claro si estaba comprendido en la declaración relativa a la nacionalidad británica que el Gobierno británico había efectuado (DO 1972, L 73, p. 196).

⁹⁶ *Beck*, C-355/97 (DO 1997 C 370, p. 3); *Nöbl*, C-359/97 (DO 1998 C 26, p. 2); *Sparber et al.*, C-407/97 (DO 1998 C 41, p. 11).

⁹⁷ *Trummer*, C-222/97 (DO 1997 C 228, p. 12) y *WestLB*, C-464/98.

⁹⁸ OGH Ob 30 de abril de 1998, 8 ObA 224/97t, (*WBl* 1998, p. 599), asunto C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, DO 1998 C 234, p. 16. Este tipo de procedimiento es similar al procedimiento sueco de dictamen en materia fiscal que ha sido recientemente objeto de una sentencia del TJCE (sentencia de 12 de noviembre de 1998, *Victoria Film*, C-134/97).

⁹⁹ C-419/92, Rec. 1994, p. I-505.

¹⁰⁰ OGH, 15 de julio de 1997, i Ob 180/97 (*ÖJZ* 1997, p. 943).

¹⁰¹ Quizás en el rechazo a plantearla tuvo que ver una cierta desconfianza hacia la jurisprudencia del TJCE, a quién se criticaría porque habría creado una nueva clase privilegiada, los trabajadores migrantes. Vid. en este sentido, ZACHER, en SCHULTE-

1. El OGH consideró que el reglamento 1408/71 no era aplicable a un austríaco que antes de la adhesión había emigrado a Alemania, pues había ido a Alemania voluntariamente, y afirmó: «si el objeto del litigio se sitúa anteriormente a la aplicación en Austria del Reglamento, éste no es aplicable al litigio»¹⁰². Con ello no sólo contravino la jurisprudencia del TJCE sino su propia jurisprudencia previa¹⁰³. El reglamento de coordinación de la seguridad social no se aplica solamente a los trabajadores migrantes en sentido estricto, sino a todos los trabajadores y los trabajadores por cuenta propia y asimilados que se sitúa en una de las situaciones de carácter internacional previstas en el reglamento¹⁰⁴. Aunque sólo tras la adhesión pueden los ciudadanos de un nuevo Estado miembro beneficiarse de los derechos conferidos por el reglamento, el artículo 94.2 debe interpretarse en el sentido de que los períodos de cotización y residencia anteriores a la adhesión deben ser también tenidos en cuenta para la determinación de las prestaciones¹⁰⁵.

2. En el litigio relativo al reconocimiento de la pensión de invalidez de un austríaco que trabajaba en Alemania, donde fue declarado incapacitado para trabajar, el OGH afirmó que el reglamento 1408/71 no supone una uniformización del derecho de la seguridad social¹⁰⁶. La afirmación de que el Reglamento sólo coordina los derecho nacionales es correcta en principio. El asunto encontraba sin embargo respuesta en el art. 40.4 del reglamento 1408/71, que establece: «La decisión que tome la institución de un Estado miembro sobre el estado de invalidez del solicitante será respetada por la institución de cualquier otro Estado miembro afectado, siempre que la concordancia de los requisitos referentes al estado de invalidez entre las legislaciones de ambos Estados esté reconocida en el Anexo V». La concordancia entre Alemania y Austria no estaba reconocida en el Anexo V. No obstante el TJCE basándose en las libertades fundamentales va a veces más allá del tenor literal de tales ar-

ZACHER, *Wechselwirkungen zwischen dem europäischen Sozialrecht und dem Sozialrecht der BRD*, 1991, p. 15.

¹⁰² OGH 15 de abril de 1997, 10 ObS 2334/96z (*JBl* 1997 p. 802).

¹⁰³ OGH 11 de febrero de 1997, 10 ObS 19/97k (*DRdA*, 6/1997; *JBl* 1997, p. 609).

¹⁰⁴ *Entraide médicale*, 27/69, Rec. 1969, p. 405, apartado 4.

¹⁰⁵ *Grana Novoa*, Rec. 1993, p. I-4532, y en particular las conclusiones del Abogado general.

¹⁰⁶ 10 Ob S 19/79k, 11 de febrero de 1997 (*JBl* 1997, p. 609).

títulos ¹⁰⁷ e incluso los deja inaplicados ¹⁰⁸. La validez de disposiciones como las del anexo V, en cuanto que condicionan el reconocimiento de un estado de invalidez de una persona que emigra a otro Estado miembro, debería ser examinada.

3. Tampoco se planteó una cuestión prejudicial en el caso de una escuela alemana de parapente, que operaba en Austria en cooperación con una escuela de vuelo austriaca. A este respecto el OGH afirmó que: «la invocación de la libre prestación de servicios tampoco resulta fundada, pues la actividad de enseñar el manejo del parapente se efectuaba de manera permanente. La libre prestación de servicios comprende únicamente la libertad del prestador de ejercer temporalmente su actividad en las mismas condiciones que los nacionales» ¹⁰⁹. Se debe recordar que la libre prestación de servicios va más allá de la mera prohibición de discriminación, pues ciertas condiciones no puede ser exigidas cuando se trata de actividades temporales (por ejemplo, el ser miembro de las asociaciones profesionales) ¹¹⁰. Para muchos ¹¹¹ el termino «servicio» incluye también supuestos de hecho en que estos son prestados de manera permanente. Así se acepta que la prestación de servicios se efectúe en colaboración con un abogado local, lo que ha sido confirmado por el TJCE ¹¹². También en este caso hubiera sido deseable plantear una cuestión prejudicial.

¹⁰⁷ *Decker* (Rec. 1998, p. I-1831) y *Kohll* (Rec. 1998, p. I-1931). Sobre la exclusión del reglamento de los regímenes de los funcionarios públicos y como el TJCE ha solucionado los problemas relativos a éstos, puede verse *Vougioukas*, Rec. 1995, p. I-4033.

¹⁰⁸ *Baldone*, Rec. 1997, p. I-5133. En ocasiones el TJCE ha declarado inválidas algunas de las disposiciones del Reglamento (*Pinna*, 41/84, Rec. 1986, p. 1; *Roviello*, 20/85, Rec. 1988, p. 2805). El 30 de enero de 1997 la misma sala del TJCE dictó dos sentencias en dos asuntos en los que el Abogado general había propuesto declarar inválidas varias disposiciones del Reglamento 1408/71. La sala lo hizo en un asunto pero no en el otro, sin explicar claramente la diferencia: *Stöber-Pereira*, C-5 y 5/95, Rec. 1997, p. I-511; *de Jaeck*, C-340/94, Rec. 1997, p. I-461. Sobre estas sentencias, Urlesberger, *Soziale Sicherheit* 1997, p. 226 y 638.

¹⁰⁹ 4 Ob 78/95, 5 de diciembre de 1995 (*WBl* 1996, p. 212; *ZfRV* 1996, p. 119).

¹¹⁰ *Säger*, Rec. 1991, p. I-4221.

¹¹¹ BLECKMANN, «Die Ausnahmen von der Dienstleistungsfreiheit nach dem EWG-Vertrag», *EuR* 1987, p. 28; EVERLING, «Sur la jurisprudence récente de la Cour de Justice en matière de libre prestation des services rendues dans d'autres États membres», *CDE* 1984, p. 3.

¹¹² Artículo 5.2 de la Directiva 77/249/CEE, DO 1977 L 78, p. 17. Véase *Comisión Alemania*, Rec. 1988, p. 1123.

En otro área de la seguridad social, el tratamiento no discriminatorio entre hombres y mujeres, sí que se mostró dispuesto a remitir cuestiones prejudiciales. Una de sus últimas cuestiones ¹¹³ se refiere a la existencia en el régimen para los agricultores austriacos de una edad de jubilación diferente para hombres y mujeres en casos de incapacidad para trabajar, y si está cubierta por la excepción del art. 7.1.a de la Directiva 79/71 CEE ¹¹⁴. La sentencia en este asunto vendrá a enriquecer una abundante jurisprudencia en la materia ¹¹⁵.

ii) Por regla general el OGH ha tomado en serio la obligación de interpretar el derecho nacional a la luz del derecho comunitario, en especial en caso de no adaptación del derecho interno a una directiva ¹¹⁶. En un primer asunto se trataba de un problema que ya había sido resuelto por el TJCE, y el OGH pudo considerar que la obligación de vender pastillas de ajo en farmacia era una «modalidad de venta» en el sentido de la sentencia «alimentos para bebés» (*Comisión/Grecia*) ¹¹⁷⁻¹¹⁸. Por otro lado, el OGH aplicó los principios contenidos en la sentencia *Keck* a la publicidad por teléfono, concluyendo que constituía una «modalidad de venta» ¹¹⁹, aunque en una jurisprudencia anterior el TJCE había considerado que la promoción y publicidad estaban estrechamente vinculadas a las libertades fundamentales ¹²⁰. Parecidas consideraciones emitió el TJCE en su sentencia *Alpine Investments* ¹²¹, si bien añadió que el Estado a partir del que se efectúa la llamada está en mejor situación para regular la publicidad respecto a clientes potenciales en otros Estados miembros.

¹¹³ OGH 31 de marzo de 1998, 10 Ob 462/97g; asunto *Buchner*, C-104/98, DO 1998 C 209, p. 18.

¹¹⁴ DO 1979, L 6, p. 24

¹¹⁵ En último lugar, *de Vriendt*, C-377/96 a C-384/96, Rec. 1998, p. I-2105.

¹¹⁶ Vid. JARAS, «Richtlinienkonforme bzw EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts», *EuR* 1991, p. 1.

¹¹⁷ *Comisión/Grecia*, Rec. 1995, p. I-1642.

¹¹⁸ 4 Ob 74/95, 19 de junio de 1995 (*WBl* 1996, p. 82). Las consideraciones que el OGH hace respecto al cambio en la jurisprudencia del TJCE parecen querer ser una muestra del empeño que el OGH pone en sus nuevas tareas interpretativas. El OGH también planteó una cuestión prejudicial sobre la legislación que reserva la venta de gafas a los ópticos diplomados, pero fue posteriormente retirada (DO 1997 C 370, p. 5).

¹¹⁹ 4 Ob 107/94, 18 de octubre de 1994 (*WBl* 1995, p. 81).

¹²⁰ *GB-Inno-BM*, C-362/88, Rec. 1990, p. I-667, sobre la libre circulación de mercancías; *Schindler*, C-278/92, Rec. 1994, p. I-1039.

¹²¹ C-384/93, Rec. 1995, p. I-1141 (comentario de Knobl, *WBl* 1995, p. 309).

Para demostrar cómo, a falta de adaptación del derecho interno, el OGH tiende a encontrar una solución basada en el derecho comunitario, puede servir como ejemplo cómo se completó una laguna en el derecho de marcas a través de la cláusula general contra la competencia desleal. En derecho austríaco la marca garantiza al consumidor el origen de la mercancía, es decir, sirve para individualizar los productos de una empresa concreta ¹²². Aunque la marca se puede ceder libremente ¹²³, se exigía que sólo se hiciera a la empresa de la que los productos o servicios provenían. El derecho comunitario ¹²⁴ no contenía sin embargo tal exigencia ¹²⁵, por lo que cuando un empresario textil comenzó a poner en sus camisas y blusas el signo de la federación inglesa de fútbol, el OGH sólo pudo considerar que se incurría en el supuesto de hecho del artículo 1 de la ley contra la competencia desleal ¹²⁶, tras haber constatado que la federación inglesa de fútbol: «había logrado por sus éxitos futbolísticos hacer atractivo un emblema, de manera que había incrementado las ventas de prendas de vestir» ¹²⁷.

Sabemos que la eficacia directa de la Directiva es una garantía mínima, que no exime de la obligación de adaptar el derecho interno a la misma ¹²⁸. Los objetivos de la directiva deben ser inscritos en el derecho nacional y las disposiciones que resultan de su transposición debidamente publicadas cuando crean derechos para los particulares ¹²⁹. Desde este punto de vista es sorprendente que cuando el OGH ha tratado el problema del respeto de los derechos de los trabajadores en casos de transmisión de empresas el OGH haya analizado primero la directiva comunitaria ¹³⁰ y sólo

¹²² Baumbach-Hefermehl, *Warenzeichenrecht*, 12EinlWZG, punto 4; *Spinnrad*, *ÖBl* 1991, p. 257; Koppensteiner, «Markenrechtsentwicklung und Parallelimport», *ÖBl* 1994, p. 195.

¹²³ BGBl 350/1977, vid. Kocsko, *Österreichisches und europäisches Wettbewerbs-Marken-, Muster- und Patentrecht*, p. 64.

¹²⁴ Directiva 89/104/CEE, primera directiva sobre derecho de marcas, DO 1989, L 40.

¹²⁵ Lo que había sido ya aceptado en el nuevo derecho alemán de marcas (REPENN, «Die Marke als selbständiges Wirtschaftsgut», *ÖBl* 1995, p. 99).

¹²⁶ BGBl 448/84, en la versión de BGBl 422/88, 147/92, 227/93.

¹²⁷ 4 Ob 2206/96 g (*ÖBl* 1977, p. 83).

¹²⁸ *Comisión/Bélgica*, 102/79, Rec. 1980, p. 1473.

¹²⁹ *Comisión/Alemania*, C-361/88, Rec. 1991, p. I-2567; *Comisión/Alemania*, C-131/88, Rec. 1991, p. I-825. Vid. DANWITZ, «Normenkonkretisierende Vorschriften und Gemeinschaftsrecht», *VerwArch* 1993, p. 73.

¹³⁰ Directiva 77/187/CEE, DO 1977 L 61, p. 26.

posteriormente el derecho nacional ¹³¹. En una sentencia de 1995 ¹³² afirmó que los trabajadores se llevan consigo sus antiguos salarios según el convenio colectivo, por lo que las subidas salariales se deben calcular a partir del mismo (el nuevo empresario había tomado como base un nuevo convenio, menos favorable, mediando una compensación económica). Siempre sobre esta directiva, es de destacar que una cuestión de principio, si una misma unidad económica puede estar a las órdenes de varios empresarios, fue respondida por el OGH basándose esencialmente en la situación legal en Austria ¹³³, con unas no muy concluyentes referencias a la jurisprudencia del TJCE ¹³⁴. Se trataba en el caso de autos de la división de una empresa en una sociedad de inversiones y una sociedad de explotación. Tras tener la última problemas de insolvencia, se planteaba la cuestión de si la otra parte que resultaba de la división hubiera debido satisfacer los atrasos retributivos, a lo que el OGH respondió afirmativamente. Más sencillo fue el resolver la aplicabilidad de la misma Directiva en un asunto en que la administración había transferido subvenciones de una entidad jurídica a otra ¹³⁵, pues la cuestión ya había sido clarificada por el TJCE en su sentencia *Redmond Stichting* ¹³⁶.

A veces el OGH se inclina a seguir la tendencia marcada por el TJCE aun sin citar claramente sentencia alguna. En esta línea se inscribe su jurisprudencia relativa a la interpretación del artículo 119 del Tratado, claramente favorable a la mujer, y que ha dado como resultado que ningún hombre pueda beneficiarse de dicha disposición ¹³⁷. En su inteligencia del artículo 119 como protector de la mujer, el OGH exigió que cuando para la clasificación se pueda tener en cuenta la fuerza física, una característica eminentemente masculina ¹³⁸, se deben también evaluar características eminentemente femeninas. No se especifican sin embargo cuáles son és-

¹³¹ BGBl 1993/459.

¹³² 9 Ob A 97/95, 11 de octubre de 1995.

¹³³ MAYER-MAY/MARHOLD, *Österreichisches Arbeitsrecht II*, p. 123.

¹³⁴ 8 Ob 15/95, 12 de octubre de 1995 (*DRdA* 1997, p. 116).

¹³⁵ OGH, de 13 de junio de 1996, 8 ObA 2100/96y (*JBl* 1997, p. 58).

¹³⁶ C-29/91, Rec. 1992, p. I-3189.

¹³⁷ El señor Barber (C-282/88, Rec. 1990, p. I-1889) murió antes de que el TJCE dictara sentencia y lo que el TJCE dio al señor Kalanke (C-450/93, Rec. 1995, p. I-3051) le fue quitado por el Bundesarbeitsgericht, independientemente de que la sentencia *Kalanke* haya sido matizada en la sentencia *Marschall* (C-409/95, Rec. 1997, p. I-6363).

¹³⁸ 237/85, Rec. 1986, p. 2101.

tas. La demandante se refería a molestias debidas a la humedad, el vapor y fuertes productos químicos. El OGH no se pronunció claramente, porque es tarea de la administración el contener estos riesgos y, aun cuando estos aparezcan, ambos sexos se encuentran afectados de igual manera. Se contento con decir que cierta «habilidad manual» debe tenerse en cuenta, sin especificar en qué campo se debe exigir la misma (el demandado era una empresa de distribución de electricidad) ¹³⁹.

Un asunto espectacular de interpretación conforme lo tenemos en la sentencia que el OGH dictó tras recibir la respuesta del TJCE en el asunto *Silhouette*. El derecho austríaco no preveía explícitamente, ni en la ley de marcas, ni en la ley de competencia desleal, la posibilidad de ejercitar una acción de cesación, y el TJCE, en ausencia de efecto directo horizontal de la directiva, recordó la obligación del juez nacional de interpretar, en la medida de lo posible, el derecho nacional con arreglo al derecho comunitario. Ante la ausencia de una disposición expresa, el OGH, en su sentencia de 28 de septiembre de 1998, recurrió al principio general de derecho austríaco según el cual todo «derecho absoluto» (categoría en la que incluyó el derecho de marca) debe poder estar protegido por una orden de cesación.

Las sentencias del OGH en materia de *competencia judicial y de reconocimiento y ejecución de sentencias* muestra una amplia armonía con la jurisprudencia del TJCE, como se había ya deseado en una declaración de los Estados de la AELC ¹⁴⁰. Hay sin embargo que tener en cuenta que el Convenio de Lugano sólo entró en vigor en Austria en 1996 ¹⁴¹ y el de Bruselas el 1 de diciembre de 1998. Por lo tanto no había preeminencia de la jurisprudencia del TJCE, ni obligación jurídica alguna de tenerla en cuenta, ni tampoco la posibilidad de plantearle una cuestión prejudicial.

Los agujeros en el mapa de territorios en los que se reconocen las sentencias austriacas planteaba la cuestión de la interpretación de algunas normas que el Convenio implícitamente asumía. Así por ejemplo el art. 3.2 de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos ¹⁴² establece que el importador de un producto de fuera de la Comunidad es responsable en lugar del fabricante. Esta limitación está justificada para que el consumidor afectado pueda denunciar en su propio domicilio al fabri-

¹³⁹ Ob A 801/94, 14 septiembre de 1994.

¹⁴⁰ LECHNER/MAYR, *Das Übereinkommen von Lugano*, p. 200.

¹⁴¹ BGBl 448/96, de 22 de agosto de 1996.

¹⁴² Directiva 85/374/CEE, DO 1985 L 210, p. 29.

cante, de acuerdo con el art. 5.3 de los Convenios de Bruselas y Lugano. Con vistas a la adhesión de Austria a la Comunidad se introdujo en derecho austríaco la responsabilidad del importador¹⁴³, sin que se diera todavía la posibilidad de denunciar al fabricante en el domicilio del consumidor. Cuando un consumidor austríaco fue dañado por un producto italiano, el OGH se negó a responsabilizar al importador del defecto¹⁴⁴. El OGH se atuvo a una interpretación literal y aceptó conscientemente una falta de tutela judicial entre el momento de la adhesión y el de la entrada en vigor del Convenio de Lugano¹⁴⁵.

El OGH ha tomado posición sobre algunas otras cuestiones. Así para el OGH el lugar de cumplimiento de un contrato en el sector de la hostelería (art. 5.1 del Convenio) es el lugar en que deben prestarse los servicios al cliente. Esto es aplicable incluso en los casos en que se pague por adelantado a la agencia de viajes¹⁴⁶. En otras tres sentencias se afirmó que el lugar del cumplimiento comprende tanto el que determina la ley, como el convenido contractualmente, por lo que el art. 5.1 de los Convenios de Bruselas y Lugano debían comprenderse más ampliamente que la normativa austriaca precedente¹⁴⁷. El lugar de cumplimiento viene determinado, según una reiterada jurisprudencia del TJCE, de acuerdo con la ley aplicable al contrato¹⁴⁸. En tres asuntos el OGH debió salir al paso de los

¹⁴³ Art. 1.1.2 de la *Produkthaftungsgesetzes*, en la versión de BgBl 95/1993.

¹⁴⁴ 2 Ob 114/97x, 26 de junio de 1997.

¹⁴⁵ Riedler, *WBl* 1995, p. 99 y *WBl* 1996, p. 428. Este déficit de tutela judicial dura todavía en relación con Bélgica y Grecia, que aún no han ratificado el Convenio de Lugano. El consumidor perjudicado puede pues hacer valer sus derechos entre el 1 de septiembre de 1996 (fecha de la entrada en vigor del Convenio Paralelo) y el 5 de agosto de 1998 (final de período de prescripción).

¹⁴⁶ En estos casos el cumplimiento consiste en que el turista dé sus documentos de viaje al hotel. 4 Ob 299/97t, de 28 de octubre de 1997 (*Ecolex* 1998, p. 312); 6 Ob 337/97w, 15 de enero de 1998.

¹⁴⁷ 4 Ob 313/97a, de 28 de octubre de 1997 (*ecolex* 1998, p. 313); 7 Ob 375/97s, de 9 de septiembre de 1997 (*WBl* 1998); 9 Ob 246/97k, de 25 de febrero de 1998 (*WBl* 1998, p. 518).

¹⁴⁸ KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, art. 15, apartado 16. En estas sentencias llama la atención que el OGH se refiere a la doctrina. Este es por ejemplo el caso cuando afirma que un demandado «comparece» cuando efectúa actos de procedimiento ante el tribunal (basándose en KROPHOLLER, *loc. cit.*, art. 18, apartado 7). Si el OGH parece ir más allá de la jurisprudencia del TJCE (*Hengst*, C-474/93, Rec. 1995, p. I-2113; *Klomps*, 166/80, Rec. 1981, p. 1593), puede con ello querer subrayarse la independencia del Convenio de Lugano, pues las fuentes por él citadas se refieren a la propia jurisprudencia del TJCE. La cita parece sin embargo haber sido más bien elegida por razones de simplificación.

intentos por interpretar ampliamente la competencia judicial respecto a bienes inmuebles (artículo 16), «pues se les priva a las partes de posibilidad de elegir entre diferentes tribunales y en determinados casos se debe interponer la demanda en un tribunal que no es el del domicilio de ninguna de las partes en el litigio»¹⁴⁹.

iii) El OGH no ha dudado en ignorar la norma o la jurisprudencia que parecía incompatible con el derecho comunitario. La aplicación de las libertades fundamentales del mercado interior también ha tropezado con obstáculos en Austria, como ilustra el caso de un vendedor de bicicletas, que en carreras austriacas exponía y efectuaba reparaciones. Lo que para el derecho comunitario aparecía como un simple servicio, que según el principio de control por el Estado de origen no hubiera requerido más formalidades, exigía de acuerdo con las normativa austriaca (la *Gewerbeordnung*) una licencia para comerciar, una licencia especial para prestar el servicio fuera de los locales de la empresa, etc. Debe apuntarse al haber del OGH el afirmar que algunas normas de la *Gewerbeordnung* debían inclinarse ante la libre prestación de servicios, aunque tuvo la precaución de subrayar que en caso de pérdida de las autorizaciones pertinentes alemanas la empresa no podría beneficiarse de la libre prestación de servicios¹⁵⁰. La importancia de esta sentencia está en que contiene precisiones importantes sobre el campo de aplicación temporal del Acuerdo EEE y del Acta de Adhesión.

A veces el OGH lleva su entusiasmo europeísta demasiado lejos. Según su jurisprudencia anterior los intereses de mora eran parte de la remuneración y se tenían en cuenta para la determinación de la base imponible del IVA¹⁵¹. En 1995 consideró necesario adaptarla a la del TJCE¹⁵² y dis-

¹⁴⁹ 6 Ob 337/97w, 15 de enero de 1998, (*WBl* 1998, p. 380); OGH 5 Nd 514/97 (*WBl* 1998, p. 381); OGH 25 de junio de 1998, 2 Ob 151/98i (*JB1* 1998, p. 731). Sentencia del TJCE, *Reichert*, C-261/90, Rec. 1992, p. I-2175, apartado 25; *Sanders*, 73/77, Rec. 1977, p. 2383; *AS-Autoteile Service*, 220/84, Rec. 1985, p. 2267. Otras sentencias del OGH concernieron: el art. 34.3 del Convenio de Lugano, que debe interpretarse en el sentido de que la prohibición sobre el control del contenido de una resolución no comprende el control de la identidad del deudor (OGH 24 de junio de 1998, 3 Ob 129/98m (*JB1* 1998, p. 731); una cláusula de prorrogación de competencia (art. 17) que sólo era aplicable cuando existe un punto de conexión con otro Estado contratante, siempre que ni la sede ni el tribunal acordado esté en Austria (OGH, 23 de febrero de 1998, 3 Ob 380/97x (*JB1* 1998, con comentarios de Burgstaller).

¹⁵⁰ 4 Ob 140/94, 15 de enero de 1995 (*WBl* 1995, p. 191).

¹⁵¹ EZ 53/42; 7 Ob 529/88; 5 Ob 558/93; 1 Ob 538/94.

¹⁵² 9 Ob A 1038/95.

tinguió entre intereses que compensan la ejecución tardía y los intereses acordados por una decisión judicial porque la remuneración no ha sido pagada dentro del plazo ¹⁵³. El problema es que la sentencia del TJCE que el OGH cita se refería al artículo 8.1.a) de la Segunda directiva IVA, que fue derogada por la Sexta Directiva IVA. La afirmación del OGH de que percibir un IVA del 20 por ciento sobre los intereses era ilegal ¹⁵⁴ es sin duda correcta, pero únicamente porque el artículo 11 de la Sexta Directiva no menciona tales intereses. Motivar la sentencia con interpretaciones de disposiciones derogadas parece un esfuerzo inútil. Más sabio hubiera sido preguntárselo al TJCE ¹⁵⁵.

iv) En varios asuntos de derecho interno las sentencias del OGH se dejaron influenciar por consideraciones de derecho comunitario. Una petición de prestaciones económicas a un padre separado ¹⁵⁶, para financiar estudios de canto de un hijo, basada en que con una formación de fabricante de violines era difícil encontrar trabajo en Austria, fue desestimada porque el OGH consideró que con la libre circulación de trabajadores existía también la posibilidad de buscar trabajo en otro Estado miembro ¹⁵⁷. En otro asunto un empleado de la administración local dimitió para poder llevar la pensión de su suegro. Luego se dedicó a cuidar a su hijo adoptivo, pero la dimisión era anterior al principio de su permiso de paternidad, por lo que se le denegó tal permiso ¹⁵⁸. Aunque hubiera bastado mencionar el cambio de trabajo, el OGH en su motivación se refirió a una sentencia del TJCE en que justificaba la diferencia de régimen jurídico del permiso por maternidad y por paternidad ¹⁵⁹, aunque se trata de una sentencia que ha sido bastante criticada ¹⁶⁰, lo que hacía posible un cambio

¹⁵³ *BAZ Bausystem AG*, 222/81, Rec. 1982, p. 2527.

¹⁵⁴ 9 Ob 2089/96p, de 24 de abril de 1996 (*ZfRV* 1996, p. 256).

¹⁵⁵ La jurisprudencia del OGH sobre el derecho de la competencia se presenta con las de los tribunales inferiores sobre esta materia.

¹⁵⁶ Si un niño termina una formación profesional, se entiende que es capaz de mantenerse a sí mismo. La exigibilidad de prestaciones económicas para cursar unos segundos estudios debe ser objeto de un equilibrio de intereses.

¹⁵⁷ OGH 26 de febrero de 1997, 3 Ob 7/97 (*JBl*, 1997, p. 650; *ZfRV* 1997, p. 162).

¹⁵⁸ OGH, 17 de enero de 1996, 9 Ob A 197/95.

¹⁵⁹ C-184/83, Rec. 1984, p. 3047.

¹⁶⁰ COLNERIC, *Betriebs-Berater*, 1988, p. 968, que critica que el TJCE hace suyos los viejos clichés de la mujer que se ocupa de la casa y la granja y del hombre trabajador.

jurisprudencial ¹⁶¹. Más cuestionable parece todavía una sentencia del OGH en que no sólo la jurisprudencia del TJCE que el OGH citaba podía cambiar, sino que de hecho ya había cambiado. Se trataba de un asunto relativo a los derechos de los trabajadores en una transmisión de empresa, en que el OGH no estimó necesario plantear una cuestión prejudicial, puesto que su «decisión correspondía a la de la directiva de transmisión de empresas que a la que el derecho austríaco se había adaptado». El OGH hizo referencia a la sentencia *Schmidt* ¹⁶² y añadió que lo que la escoba era para la señora Schmidt era la lista de abonados para el repartidor de periódicos, es decir, una parte de la empresa, cuya transmisión implica la aplicación de la Directiva ¹⁶³. Puede que sea correcto, pero no debe olvidarse que tras abundantes críticas ¹⁶⁴, las afirmaciones de la sentencia *Schmidt* han sido un tanto diluidas en la jurisprudencia posterior del TJCE ¹⁶⁵.

e) *La jurisprudencia de los tribunales inferiores*

También los tribunales inferiores a través de sus cuestiones prejudiciales han contribuido a la solución de importantes cuestiones de derecho comunitario. Una primera cuestión prejudicial, planteada por el Handelsgericht de Viena, se refería a la prohibición de incluir en los periódicos juegos con premios, que había sido considerada por el VfGH necesaria para proteger los pequeños periódicos y en general la pluralidad en los medios de comunicación ¹⁶⁶. En la sentencia *Familiapress* ¹⁶⁷ el TJCE consideró que se trataba de una restricción en principio contraria al artículo 30, que la pluralidad de los medios de comunicación podía considerarse una «exigencia imperativa» de interés general, pero que las medidas para su protección debían ser proporcionales al fin perseguido. Esta exigencia de proporcionalidad hace dudoso cómo debe en estos momentos aplicarse la ley austriaca. En el caso concreto, en que una revista alemana competía con la gran empresa *Familiapress* no parecía existir necesidad alguna de in-

¹⁶¹ Así, la sentencia *Kalanke* (Rec. 1995, p. I-3051) fue matizada por la sentencia *Marschall* (Rec. 1997, p. I-6363), tras una abundante crítica.

¹⁶² C-392/92, Rec. 1994, p. I-1311.

¹⁶³ 8 Ob A 2020/96, 23 de mayo de 1996.

¹⁶⁴ MAYER-MALY, «Das Arbeitsrecht Österreichs und die EU», *WBl* 1996, p. 4.

¹⁶⁵ *Rygaard*, C-48/94, Rec. 1995, p. I-2758.

¹⁶⁶ VfGH 11 de marzo de 1994, G 73/93 (JBl 1995, p. 159).

¹⁶⁷ C-368/95, Rec. 1997 p. I-3689.

tervenir en nombre de la pluralidad informativa, pero el resultado podría ser diferente en materia de periódicos diarios, que puede considerarse un mercado distinto ¹⁶⁸.

Aunque una antigua jurisprudencia consideraba que el riesgo de confusión era algo que compete apreciar al derecho nacional ¹⁶⁹, la existencia de una directiva en la materia y de una marca comunitaria, además del riesgo de distorsiones de competencia ¹⁷⁰ deben hacer reconsiderar la cuestión. Una cuestión prejudicial del *Bundesgerichtshof* alemán relativa a la primera directiva sobre el derecho de marcas no ha clarificado totalmente la cuestión ¹⁷¹. Una cuestión prejudicial del *Handelsgericht* de Viena puede ayudar a aportar precisiones sobre este concepto, aunque se trata del riesgo de confusión entre nombres de establecimiento ¹⁷². Finalmente, procede recordar que los tribunales inferiores también han planteado importantes cuestiones en materias relativas a la protección de los consumidores ¹⁷³ y a la igualdad de trato entre hombres y mujeres ¹⁷⁴.

En el campo del *derecho de la competencia* Austria ya había tenido cuidado, en aplicación del acuerdo de libre cambio con la CE de 1972, en que el derecho comunitario y austríaco se desarrollaran paralelamente. Por ello las exenciones por categorías que preveía el derecho austríaco (por ejemplo para bancos y seguros) no se aplicaban cuando se afectaba el comercio con la CE ¹⁷⁵. Esta doctrina de la «doble barrera» queda inalterada

¹⁶⁸ Hödl, *WBI* 1997, p. 325. El *Handelsgericht* de Viena ha planteado otras dos cuestiones prejudiciales relativas a la libre circulación de mercancías: *Österreichische Unilever*, C-77/97, sentencia de 4 de febrero de 1999, relativa a productos dentífricos, y «*Gorgonzola*», C-87/97 (DO 1997 C 131, p. 8), relativa a la comercialización de un queso llamado «Cambozola».

¹⁶⁹ *Terrapin/Terranova*, 119/75, Rec. 1976, p. 1039.

¹⁷⁰ Conclusiones del Abogado general en la asunto C-10/89, *Hag II*, Rec. 1990, p. I-3740.

¹⁷¹ *Canon*, C-39/97, Rec. 1998, p. I-5507.

¹⁷² *Pfeiffer Grosshandel*, C-255/97 (DO 1997 C 271, p. 8; conclusiones de 7 de julio de 1998).

¹⁷³ *Verein für Konsumenteninformation*, C-364/96, Rec. 1998, p. I-2949 (cuestión planteada por el Bezirksgericht für Handelssachen de Viena, y relativa a la directiva 90/314) y *Rechberger*, C-140/97 (DO 1997 C 181, p. 4, planteada por el Landesgericht de Linz, relativa a la misma directiva; conclusiones de 25 de junio de 1998).

¹⁷⁴ *Gruber*, C-249/97, planteada por el *Landesgericht* de Linz (DO 1997 C 271, p. 8) y *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*, C-309/97 (DO 1997 C 331, p. 10).

¹⁷⁵ Artículo 5.2 de la *Kartellgesetz* 1972, que contiene el art. 24.2 las condiciones para la aplicación del derecho comunitario.

tras la adhesión. Acuerdos y comportamientos que afectan el comercio intracomunitario deben ser analizados bien a la luz del derecho comunitario, bien a la luz de derecho nacional. Estos principios fueron recordados a los tribunales de la competencia austriacos por el OGH ¹⁷⁶ que afirmó: (a) si se aplica el derecho austríaco sobre concentraciones, no se tienen en cuenta el volumen de negocios fuera de Austria; (b) el derecho austríaco de la competencia únicamente se aplica cuando los efectos perjudiciales se limitan al territorio austríaco, y en tales casos sólo se tienen en cuenta el volumen de negocios en Austria (se puede uno preguntar si existe afectación del comercio interestatal a partir del momento en que existe un volumen de negocios en otro Estado). Exige de los órganos jurisdiccionales y administrativos que contribuyan también a la plena efectividad del derecho comunitario ¹⁷⁷.

Un problema particular es el de las exenciones acordadas de conformidad con el art. 85.3 a las que afecta una prohibición nacional. Aunque hay un riesgo de conflicto ¹⁷⁸, los tribunales austriacos han sido concienzudos en su análisis. Cuando la Asociación de Empresas de Seguros de Austria hizo públicas «condiciones generales en materia de seguros de protección jurídica» que eran contrarias al derecho austríaco, el Oberlandesgericht de Viena autorizó las mismas, actuando como tribunal de competencia, invocando la exención prevista en el Reglamento 3932/92 de la Comisión ¹⁷⁹. Respecto a la creación de la empresa conjunta «Atlas» ¹⁸⁰ por los operadores públicos de telecomunicaciones francés y alemán, el Oberlandesgericht de Viena afirmó, en tanto que tribunal de la competencia ¹⁸¹: (a) que la transferencia de activos no se podía analizar por separado, ignorando el hecho de que se trataba de una empresa comunitaria y que en derecho de la competencia se exige una visión global, y que como la Comisión había comenzado a tramitar el asunto, la competencia de las autoridades nacionales resulta excluida ¹⁸²; (b) que las autoridades nacionales son todavía competentes para asegurar el respecto de la libre competencia

¹⁷⁶ OGH, 9 de diciembre de 1996, 16 Ok 1/95 (ÖBl 1997, p. 185).

¹⁷⁷ Comunicación de la Comisión publicada en DO 1993 C 39, p. 6: DO 1997 C 313, p. 3.

¹⁷⁸ IMMENGA-MESTMÄCKER, *GWB, Kommentar zum Kartellgesetz*, Einleitung *GWB*, punto 44.

¹⁷⁹ Reglamento 3932/92, DO 1992 L 398, p. 7.

¹⁸⁰ Decisión 96/546/CE, de la Comisión (DO 1996 L 239, p. 57).

¹⁸¹ OLG Wien, 12 de marzo de 1996, 26 Kt 99/96-7.

¹⁸² Artículo 9.3 del Reglamento 17.

en el mercado interno ¹⁸³, pero como se trataba de un acuerdo que afectaba a menos del 5 por ciento de la cuota de mercado, no había motivo alguno para prohibirlo.

Menos cuidado en la distinción entre campo de aplicación del derecho de la competencia comunitario y nacional ha mostrado el Oberlandesgericht de Viena al apreciar si la distribución de periódicos austriacos realmente afecta al comercio entre Estados miembros. El TJCE no creyó necesario examinar esta cuestión en el marco de la cuestión que el OLG le remitió ¹⁸⁴, pues incumbe únicamente a los tribunales nacionales que conocen del litigio apreciar tanto la necesidad de una decisión prejudicial como la pertinencia de las cuestiones ¹⁸⁵, y el artículo 177 no permite al TJCE censurar los motivos de la resolución de remisión ¹⁸⁶. En referencia a la doctrina de las «essential facilities», el TJCE aclaró que una empresa en posición dominante no debe hacer todo lo que los competidores le exigen ¹⁸⁷, y que una empresa periodística que ostenta tal posición no está obligada a distribuir los periódicos competidores. Esta tendencia de remitir los problemas de derecho de la competencia a Luxemburgo contrasta con la actitud tomada por el OGH que adoptó una resolución basándose en los artículos 85 y 86, decidiendo él mismo las cuestiones relativas al mercado relevante, que hubieran podido ser aclaradas por el TJCE. Se trataba de la resolución de un contrato con un taller de reparaciones de automóviles por la más grande empresa austriaca de *leasing*, con una cuota del 50 por ciento del mercado. El OGH consideró el mercado de reparación de todos los automóviles, por lo que su cuota de mercado descendió al 5 por ciento, y concluyó que no había posición dominante ¹⁸⁸.

¹⁸³ Con referencia a GRABITZ-HILF, *Kommentar zur EU*, Apartado 10 del artículo 97.

¹⁸⁴ Sentencia de 26 de noviembre de 1998, *Bronner*, C-7/97.

¹⁸⁵ Vid. *Dzodzi*, asuntos acumulados C-297/88 y C-197/89, Rec. 1990, p. I-3763, apartados 34 y 35, y *Gmurzynska-Bscher*, C-231/89, Rec. 1990, p. I-4003, apartados 19 y 20.

¹⁸⁶ *SEIM*, C-446/93, Rec. 1996, p. I-73, apartado 28.

¹⁸⁷ Esto podría haberse deducido de la sentencia *RTE* (C-241/91 y C-242/91, Rec. 1995, p. I-743). Vid. EILMANNBERGER, *WBI* 1995, p. 232.

¹⁸⁸ OGH 30 de junio de 1998, 4 Ob 165/98p (*WBI* 1998, p. 503).

f) *Los órganos administrativos colegiados creados de conformidad con el art. 133.4 de la Constitución*

El *Bundesvergabeamt* ha tomado muy en serio que el TJCE debía ser considerado como «juez legal» y ha planteado bastantes cuestiones prejudiciales¹⁸⁹, por lo que ha disminuido el número de asuntos en los que los tribunales austriacos abordan ellos mismos los aspectos de derecho comunitario de la contratación pública¹⁹⁰. Por otro lado, el TJCE ya ha respondido a varias cuestiones prejudiciales planteadas, y las sentencias contienen pautas importantes. En su sentencia *Mannesmann* el TJCE debía interpretar el artículo 1.b.2 de la directivas de coordinación en procedimientos de contratación pública, que contienen varias condiciones para considerar que existe un «organismo de derecho público» (que es entonces considerado poder adjudicador): que sea creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, que esté dotado de personalidad jurídica y que su actividad sea mayoritariamente financiada por el Estado o su gestión esté sometida al mismo. El TJCE considera que se trata de condiciones acumulativas, y que un ente de este tipo está sujeto a la directivas incluso respecto a eventuales actividades comerciales que el mismo pueda ejercer. Sin embargo sus empresas filiales no están necesariamente sujetas a las directivas y por

¹⁸⁹ *Mannesmann*, C-44/96, *Tögel*, C-76/97, *EvoBus*, C-111/97, relativas al efecto directo de la directivas en materia de recursos; *Metalmecanica*, C-27/98, sobre la compatibilidad del apartado 2 del artículo 55 de la *Bundesvergabegesetz* con la Directiva 93/37 y en particular si hay que interpretar ésta última en el sentido de que los órganos de contratación están obligados a adjudicar el contrato a una proposición incluso cuando ésta sea la única que quede en el procedimiento de licitación; *Alcatel*, C-81/98 y *Teleaustria*, C-324/98.

¹⁹⁰ Así, el *Oberlandesgericht* de Viena decidió que no era necesario saber si un contrato era de obras o de servicios (OLG Viena, 16 de septiembre de 1997, 11 R 125/97a (*WBl* 1997, p. 524). aunque para demostrar que conocía el derecho comunitario se refirió a una sentencia del TJCE que había analizado los límites entre las diferentes directivas sobre contratación pública: *Gestión Hotelera Internacional*, Rec. 1994, p. I-1329. El OLG no explica cuál es la incidencia en el asunto que tenía que decidir de las declaraciones del TJCE en el sentido de que un contrato mixto cuya objeto es a la vez una ejecución de obras y una cesión de bienes no está comprendido en la directiva sobre obras, si la ejecución de las obras sólo tiene carácter accesorio respecto a la cesión de bienes.

lo tanto no se consideran poder adjudicador si ejercen actividades puramente mercantiles ¹⁹¹.

En otro asunto el TJCE no quiso entrar a valorar si en caso de no adaptación del derecho a una directiva, se debía ampliar el campo de aplicación de la legislación nacional adoptada con vistas a adaptar el derecho interno a otras directivas en el mismo ámbito. Las directivas de coordinación exigen una protección jurisdiccional suficiente, pero no especifican qué autoridades deben ser competentes para otorgarla. Las instancias que eran competentes para los contratos de obras o suministros no eran por lo tanto, en virtud del efecto directo, necesariamente competentes para conocer de litigios sobre contratos de servicios. El TJCE recuerda sin embargo que en caso de litigio, las autoridades nacionales deben interpretar el derecho nacional con vistas a que se realice esta obligación de protección efectiva ¹⁹².

4. EL MODELO DEL VERFASSUNGSGERICHTSHOF: ¿EL TJCE COMO CUARTO «TRIBUNAL SUPREMO»?

Cuando se explicaba al principio que los tres tribunales superiores están al mismo nivel, se quería decir que cada uno de ellos tiene un campo en el que decide en último lugar. No es sorprendente que la doctrina austríaca haya transpuesto este esquema a las relaciones entre el derecho internacional y nacional ¹⁹³ y finalmente a las relaciones entre el derecho comunitario y el austríaco ¹⁹⁴. Esto supone que cada litigio se puede adscribir claramente a una parte del orden jurídico. Que esto no es posible ya lo ha subrayado la propia CA: actos administrativos pueden afectar los derechos fundamentales, reconocidos en la CA. En tales casos decide el

¹⁹¹ *Mannesmann Anlagebau*, Rec. 1998, p. I-102 (comentario de GRILLER/TREMEL, «Ausgegliederte Rechtsträger im Vergaberecht - Alles oder Nichts?», *ecolex*, 1998, p. 369, que defienden que en las empresas en cuestión estaban sometidas a las fuerzas del mercado y no deberían estar sometidas a disposiciones especiales en materia de contratación pública).

¹⁹² Sentencias de 24 de septiembre de 1998, *Tögel*, C-76/97 y *EvoBus*, C-111/97. Se trataba de la aplicación de la Directiva «recursos», 89/665/CEE, citada en la nota 30.

¹⁹³ VERDROSS, *Völkerrecht*, quinta edición, punto 114; recogido en VERDROSS/SIMMA, *Allgemeines Völkerrecht*, tercera edición, p. 56.

¹⁹⁴ HELLER/SINNL-PIAZZA, «Verfassungsrechtliche Aspekte der Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten der EU», *JBl* 1995, p. 636.

VfGH. De igual manera el art. 145 CA quería hacer del VfGH el garante del respeto del derecho internacional, aunque esta cláusula no se aplica por la ausencia de disposiciones de desarrollo. Aun cuando todo tribunal debe garantizar el respeto del derecho internacional en el ámbito de su competencia, este vacío legislativo se hizo en particular perceptible con la adhesión a la CE (teniendo en cuenta que el derecho comunitario es por sus orígenes derecho internacional ¹⁹⁵), y dio lugar a una cierta controversia sobre si el VfGH podía controlar la compatibilidad de las normas con el derecho comunitario.

Es acertado afirmar que no se pueden en principio dar conflictos entre los Tribunales constitucionales y el TJCE, porque «a diferencia de los órganos del Poder Judicial, los Tribunales Constitucionales no pueden ser considerados, en principio, como órganos jurisdiccionales encargados de la aplicación del derecho comunitario, aunque pueden desempeñar una importante labor de garantía en esta aplicación». Pese a todo «la existencia de un órgano específicamente encargado de asegurar la supremacía de la Constitución confiere tensión potencial al eventual conflicto entre normas del ordenamiento jurídico comunitario y normas constitucionales» ¹⁹⁶ Esta «tensión potencial» presente en todos los Estados miembros ¹⁹⁷ se manifiesta también en Austria, como en Alemania, ante todo en la preocupación por la garantía de los derechos fundamentales, en la inteligencia de que únicamente se transfiere el ejercicio del poder público a la Comunidad ¹⁹⁸, pero no la titularidad del mismo. De igual manera que el Tribunal Constitucional alemán ha decidido que el derecho comunitario debe respetar la Constitución y en particular los derechos fundamentales en ella consagrados ¹⁹⁹, la primacía del derecho comunitario sólo es válida en tanto la Comunidad «garantiza un nivel de protección de los derechos funda-

¹⁹⁵ Como se reconoció en la sentencia *van Gend en Loos*, 26/62, Rec. 1963, p. 1.

¹⁹⁶ RODRÍGUEZ IGLESIAS/VALLE GÁLVEZ, *op. cit.*, p. 352.

¹⁹⁷ BEBR, *Development of Judicial Control of the European Communities*, 1981, pp. 613 y ss.

¹⁹⁸ VITZHUM, «Gemeinschaftsgericht und Bundesverfassungsgericht», *JZ* 1998, p. 161, con referencia a HIRSCH, «Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht», *NJW* 1996, p. 2457.

¹⁹⁹ BVerfGE89, 155. Sobre esta sentencia, TOMUSCHAT, «Die Europäische Union unter Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts», *EuGRZ* 1993, p. 489; SCHRÖDER, «Das Bundesverfassungsgericht als Hüter des Staates im Prozess der europäischen Integration», *DVB1* 1994, p. 316; ZUCK/LENZ, «Verfassungsrechtlicher Rechtsschutz gegen Europa», *NJW* 1997, p. 1193.

mentales similar al austríaco»²⁰⁰. Como hemos visto en el asunto *Kremzow*, algunos austriacos ven en el TJCE un mejor garante de tales derechos que el VfGH. Otros conflictos pueden ocurrir en el desarrollo de la tarea del VfGH de velar porque las normas respetan el principio de jerarquía normativa. El derecho comunitario tiene primacía en la aplicación, pero no una primacía en sentido jerárquico ni efecto derogatorio²⁰¹. El posible efecto derogatorio de las normas comunitarias, así como su capacidad para ser la base normativa de normas de aplicación internas, se determina conforme al rango que en derecho interno debe tener la norma nacional de desarrollo, independientemente del rango de la norma en derecho comunitario²⁰². Sobre el rango en el orden interno de tal norma, y en particular sobre si la norma existe, decide en caso de duda el VfGH.

Sabemos que en la Comunidad sólo entran en vigor las normas que son publicadas debidamente, de manera que los particulares puedan tener conocimiento de las mismas. Esto hay sido destacado por el TJCE respecto a la adaptación del derecho interno a las directivas en repetidas ocasiones²⁰³. No obstante, el TJCE ha desarrollado una abundante jurisprudencia sobre los efectos de la decisión 1/80 del Consejo de Asociación CEE-Turquía, decisión que el lector buscará en vano en el Diario Oficial²⁰⁴. El VwGH tomó como modelo tal jurisprudencia y basó sus sentencias relativas a permisos de trabajo o de residencia en la decisión 1/80²⁰⁵, aunque desestimó una demanda pues no se había probado que el trabajador perteneciera al mercado regular de trabajo, ni que hubiera sobrepasado el período de empleo mencionado en el art. 6.1 de la decisión 1/80²⁰⁶. Esta postura abierta al derecho comunitario ha sido bien acogida fuera de Aus-

²⁰⁰ 1546 BlgNR 18.GP., p. 7; HENRICH, «Gemeinschaftsrecht und nationale Verfassungen - Eine Konfliktstudie», *EuGRZ* 1989, p. 237.

²⁰¹ ÖHLINGER, «Unmittelbare Geltung und Vorrang des Gemeinschaftsrechts und die Auswirkungen auf das verfassungsrechtliche Rechtsschutzsystem», *FS Rill*, p. 363; mismo autor, *Verfassungsrecht II*, p. 115; NEISSER, «Verfassungsform im Lichte des EU-Beitritts», *FS Rill*, p. 335; HUMMER (Ed.), *Die europäische Union und Österreich*, 1994, p. 163; JABLONER, «Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts und Verwaltungsgerichtsbarkeit», *ÖJZ* 1995, p. 921. Sobre el efecto de una legislación incompatible con el derecho comunitario, vid. *IN.CO.GE.*, C-10/97, Rec. 1998, p. I-6307.

²⁰² RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Zur Verfassung der Europäischen Gemeinschaft», *EuGRZ* 1996, p. 125.

²⁰³ *Comisión/Alemania*, Rec. 1991, p. I-2567.

²⁰⁴ Véase sentencias citadas en la nota 83.

²⁰⁵ Véase, sección 3.c), relativa al VwGH.

²⁰⁶ OGH 30 de noviembre de 1995, 8 Ob A 305/95 (*WBl* 1996, p. 246).

tria²⁰⁷ mientras que la doctrina nacional indicó la necesidad de adaptar las directrices del Ministerio de Trabajo a la nueva situación²⁰⁸. Animado por esta jurisprudencia, un turco invocó la ilegalidad de directrices del Ministerio de Trabajo (que no habían sido publicadas, aunque tenían rango reglamentario). En el marco de este recurso, el VfGH afirmó que «el estado de Derecho prohíbe admitir que una disposición suficientemente precisa y por lo tanto directamente aplicable, que no ha sido publicada ni por la Comunidad ni por Austria, pueda (como una «ley») ser desarrollada a través de un reglamento de acuerdo con el art. 18.2 de la Constitución ... Por lo tanto no es constitucionalmente admisible que un órgano administrativo tome como base tal norma para adoptar un reglamento de desarrollo»²⁰⁹. Siguiendo esta imagen de los cuatro tribunales superiores que tiene jurisdicción en campos separados añade el VfGH que «la ausencia de publicación no modifica la conclusión de que la decisión cree derechos a los particulares, pues según la jurisprudencia del TJCE los particulares pueden, aun en ausencia de publicación oficial, invocar sus disposiciones ante las autoridades públicas». En una sentencia más reciente el VfGH confirmó esta postura, aunque la matizó un tanto²¹⁰. No desarrolló la cuestión de la no publicación de la decisión 1/80, sino que se limitó a indicar que aunque sean de aplicación directa, no pueden ser desarrolladas por un reglamento interno. Se trata de una postura positiva desde el punto de vista del derecho comunitario, pues la definición del contenido de los derechos que confiere la decisión no debe ser dejado a las administraciones nacionales²¹¹.

CONCLUSIONES

Este corto vistazo de la jurisprudencia austriaca en materia de derecho europeo muestra que éste ya ha encontrado el lugar que le corresponde en las sentencias. Si se considera que, contrariamente a los órganos

²⁰⁷ RODRÍGUEZ IGLESIAS/VALLE GÁLVEZ, *op. cit.*, p. 357.

²⁰⁸ PFLEGERL, «Rechte integrierter Türken», *ecolex*, 1997, p. 174; STEIER, «Feststellungsbescheide bei Beschäftigung integrierter Türken», *ecolex* 1997, p. 108.

²⁰⁹ VfGH, 2 de diciembre de 1997, B 1050/97-11.

²¹⁰ VfGH 16 de junio de 1998, V-6-8/98 (*JBl* 1999, p. 38).

²¹¹ Contrariamente a la jurisprudencia del TJCE (*Birden*, C-1/97, 26 de noviembre de 1998) la administración austriaca no considera que los empleos ejercidos en el marco de programas de empleo para parados de larga duración constituyen un empleo legal en el sentido del artículo 6 de la decisión 1/80.

administrativos, que obedecen órdenes, se trata aquí de órganos jurisdiccionales independientes, a los que se les debe ante todo convencer, se puede decir que el derecho europeo ha entrado rápidamente en la mente de los jueces austriacos. El TJCE debe sin embargo hacer algunos esfuerzos para convencer los tribunales austriacos en lo que respecta a la necesidad de publicación para la efectividad de las normas, en aras de la seguridad jurídica, así como de que pese a las chapuzas de la Comisión Europea, la preeminencia del derecho comunitario debe interpretarse ampliamente aun cuando como resultado se menoscabe el principio de la protección de la confianza legítima ²¹².

²¹² *Alcan*, C-24/95, Rec. 1997, p. I-1591.

