

LA POSICIÓN PROCESAL DEL DERECHO NACIONAL EN EL PROCEDIMIENTO DE CASACIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA UE TRAS LAS SENTENCIAS EDWIN (C 263/09 P) Y COMISIÓN C. GIBRALTAR (C 106/09 P Y C 107/09 P)

ANTONIO PÉREZ VAN KAPPEL

Letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Revista de Derecho Europeo 44
Octubre - Diciembre 2012
págs. 125 a 155

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO NACIONAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA: LA IMPORTANCIA DEL ENTORNO PROCESAL. III. LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN EL RECURSO DE CASACIÓN. IV. EL APORTE DE LAS SENTENCIAS EDWIN Y COMISIÓN C. GIBRALTAR. V. CRÍTICA: EL DERECHO NACIONAL ES DERECHO Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA HA DE CONTROLAR PLENAMENTE SU APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL GENERAL. VI. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: A falta de toda indicación legislativa, el tratamiento procesal, como hecho o como Derecho, del Derecho nacional en los recursos de anulación y luego en casación no había sido verdaderamente resuelto en la jurisprudencia del TJUE. La sentencia de 5 de julio de 2011 en el asunto Edwin (C 263/09 P) ha aportado finalmente unos criterios interpretativos que lo sitúan en la esfera de los hechos, impidiendo así al Tribunal el ejercicio de un control pleno de la interpretación de ese Derecho, limitándose, pues, al examen de la ausencia de desnaturalización y de errores manifiestos de interpretación en las sentencias del Tribunal General. Tras recordar la situación del Derecho nacional en otro tipo de contenciosos ante el TJUE y las competencias de éste en casación, el presente trabajo aporta una serie de argumentos críticos que pretenden demostrar, comparando la situación en dicha sentencia con la sentencia Comisión c. Gibraltar, de

ABSTRACT: Lacking a statutory provision on the consideration to be given to national Law as a matter of fact or of Law in annulment and appeal procedures before the CJEU, that question had remained unsolved for a long time in the case law of the Court. However, the judgment of 5 July 2011 in case C 263/09 P, Edwin, has finally set some criteria by ruling that national Law has to be considered as a fact, thus hindering the Court to carry out an extensive control of the legal appraisals made by the General Court in its judgments. Hence, the later control is now limited to the distortion of proves on national Law and the manifest error on its interpretation. After recalling the consideration given to national Law as a fact or Law in other kind of procedures before the CJEU as well as the Court's own competences under the appeal procedure, this article puts forward some critical arguments trying to show, while making a comparison of Edwin with

15 de noviembre de 2011, que la estructura normativa de la disposición interpretada en Edwin debería haber llevado al TJUE a aceptar la condición de Derecho a efectos procesales del Derecho nacional. Al no hacerlo así, el Tribunal pone en peligro la correcta aplicación e interpretación de esa disposición, en contra del mandato que le incumbe de velar por la unidad y coherencia del Derecho de la Unión.

PALABRAS CLAVE: Recurso de casación ante el TJUE, competencias del Tribunal, Derecho nacional, remisión de la norma comunitaria al Derecho nacional, límites del examen de la normativa nacional por el TJUE, marca comunitaria, nulidad.

Fecha recepción original: 5 de septiembre de 2012

Fecha aceptación: 9 de octubre de 2012

the judgment of 11 of November 2011, *Commission vs. Gibraltar*, that the legal structure of the provision at stake in Edwin should have brought the Court to accept considering national Law as a matter of Law within the appeal procedure. By not doing so, the Court jeopardizes the proper application and interpretation of that provision, thus departing from its obligation of guaranteeing the coherence and the uniform application of EU Law.

KEYWORDS: Appeal before the CJEU, competences of the Court, national Law, applicability of national Law by reference of EU Law, limits to the Court's competence to examine national Law, Community trademark, nullity.

I. INTRODUCCIÓN

El adagio de origen medieval, más que romano¹, *iura novit curia*, con el que se deslinda el papel del juez del de las partes de un litigio, el primero debiendo dominar el Derecho y las partes esforzarse por presentar los hechos y probarlos², da fe de que la delimitación entre los hechos relevantes en un litigio y el Derecho que les es aplicable se debate desde hace siglos³. Que este principio a menudo se quiebra no resulta, sin duda, ninguna novedad. Así, en el Derecho internacional privado es conocido que el tratamiento procesal del Derecho extranjero, sin estar relegado al de un simple hecho, tampoco se asimila al del Derecho nacional⁴.

Y es cierto que, en España, el artículo 281, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵ (LEC) exige que se pruebe el Derecho extranjero «en lo que respecta a su contenido y vigencia», lo cual sólo lo diferencia del tratamiento otorgado a la costumbre, mencionada también en dicho precepto, en que esta

1. DOMINGO, R. y RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B., *Reglas jurídicas y aforismos*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 72.
2. MERINOD, Y., *Expressions et proverbes latins – Adages juridiques*, Ides et Calendes, Neufchâtel, 1992, pp. 66 y 67.
3. BÖLHOFF, C., *Das Rechtsmittelverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2001, pp. 132 y ss. realiza un estudio de las teorías al respecto en los Derechos alemán, francés e inglés.
4. Sobre esta cuestión en el Derecho internacional privado español remito al estudio pormenorizado de FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Cuarta edición, Thomson Civitas, Navarra, 2007, pp. 147 a 168.
5. Sobre la novedad como norma procesal que representa esta disposición, FERNÁNDEZ SEJO, J. Ma., «Libro II. De los procesos declarativos» en AA.VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 115 a 118.

última está exenta de ser probada cuando las partes estén acuerdo sobre su existencia. Se evidencia así que, como se ha señalado con acierto, el legislador español estima que el Derecho extranjero es también una fuente del Derecho y, en todo caso, refleja el carácter híbrido del Derecho extranjero⁶. Esta naturaleza bifronte se pone de manifiesto en el hecho de que, si bien el régimen de la carga de la prueba lo acerca más a los hechos, el Tribunal Supremo ha aceptado recursos de casación respecto de algunos de los motivos recogidos en el artículo 477, apartados 1 y 2, LEC⁷. Conviene destacar este aspecto en esta introducción a efectos comparativos, pues el presente trabajo se centra en el recurso de casación ante el TJUE, ya que, a raíz de las dos sentencias dictadas en el año 2011 mencionadas en el título de este trabajo, *Edwin*⁸ y *Comisión c. Gibraltar*⁹, este último tribunal se ha visto por fin llamado, tras más de veinte años de existencia del recurso de casación, a debatir y definir su postura sobre el tratamiento procesal del Derecho nacional en los recursos de casación de los que conoce.

Pero el marco del Derecho internacional privado nacional, aun sirviendo de referencia, no resulta del todo comparable con el entorno jurídico del Derecho de la Unión. En efecto, mientras en un ordenamiento jurídico nacional de un Estado miembro el juez nacional puede verse confrontado con la necesidad de tener que aplicar a un caso concreto el Derecho de cualquier otro ordenamiento jurídico del planeta en una materia determinada y en virtud de sus normas de conflicto, el otrora llamado Derecho comunitario carece, en sí mismo, de tal tipo de normas, pues los conflictos eventuales entre el ordenamiento de la Unión y los distintos ordenamientos nacionales se resuelven, por lo general, mediante las normas de reparto de competencias o por el principio de primacía del Derecho de la Unión.

Un vistazo, siquiera rápido, al Derecho internacional público nos revela que el panorama no resulta muy diferente del nacional. En general, puede decirse que los tribunales internacionales tienden también a tratar el Derecho nacional como un hecho, aplicándolo como Derecho únicamente de manera excepcional, en particular cuando se entiende que en esos casos el Derecho internacional efectúa un reenvío al Derecho nacional¹⁰. En los demás supuestos se inclinan por considerarlo más como un hecho, por ejemplo cuando su análisis constituye una cuestión previa, o como un elemento de prueba¹¹.

6. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, p. 147.

7. Sentencia de la Sala Civil, sección primera, de 4 de julio de 2006.

8. STJ de 5.7.2011, *Edwin Co. Ltd c. OAMI* (C-263/09 P).

9. STJ de 15.11.2011, *Comisión Europea c. Gobierno de Gibraltar y Reino Unido* (C-106/09 P) y *Reino de España c. Gobierno de Gibraltar y Reino Unido* (C-107/09 P).

10. Así, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «Le droit interne devant le juge international et communautaire», en CAPOTORTI, F., EHLERMANN, C.-D., FROWEIN, J., JACOBS, F., JOLIET, R., KOOPMANS, T., KOVAR, R. (dirs.), *Du droit international au droit de l'intégration D Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, pp. 583-600, 589.

11. *Ibidem*, pp. 589 y 590.

Para entender mejor el estado actual del tratamiento del Derecho nacional en el procedimiento de casación de la Unión tras el pronunciamiento de las sentencias *Edwin y Comisión c. Gibraltar*, el presente artículo comenzará repasando brevemente la posición procesal del Derecho nacional en los distintos tipos de procedimientos que se ventilan ante el TJUE (II), abordando después la configuración de la competencia de revisión casacional de dicho Tribunal (III). Sentadas estas premisas, se explicará el aporte de las sentencias *Edwin y Comisión c. Gibraltar* a la posición procesal del Derecho nacional en el marco del recurso de casación (IV), tratando de señalar, en la crítica (V), los problemas que plantea la solución adoptada por el TJUE así como de lanzar un alegato en favor de considerar Derecho a efectos de la casación al Derecho nacional.

II. EL DERECHO NACIONAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA: LA IMPORTANCIA DEL ENTORNO PROCESAL

Dadas las características del ordenamiento jurídico de la Unión, basado en tratados internacionales multilaterales, no es de extrañar que la cuestión del tratamiento procesal del Derecho nacional en el ámbito comunitario tenga mayores concomitancias con el trato que se dispensa al Derecho nacional en el Derecho internacional público que con el que se le otorga en el Derecho internacional privado. Además, los tribunales de la Unión, en cualquiera de sus tres instancias¹², pueden estar llamados a aplicar una normativa nacional como tal norma jurídica, en especial en los contratos de las instituciones con particulares en los que se incluya una *cláusula atributiva de competencia* al Tribunal General (en adelante «TG») o al TJUE. En estos supuestos, que contempla el artículo 272 TFUE, y que se refieren generalmente a contratos celebrados por las instituciones europeas con universidades de los Estados miembros para la prestación de servicios técnicos o de investigación en el marco de Euratom¹³, tales contratos quedarán sometidos a un Derecho nacional de uno de los Estados miembros, si bien el litigio se intentará resolver, ante todo, aplicando las estipulaciones contractuales de cada caso¹⁴. De lo que no cabe duda es que si el contrato no ha regulado alguna de las hipótesis que han planteado problemas y que si su solución se ha encomendado a la jurisdicción de la Unión en virtud de la cláusula compromisoria, dicha jurisdicción se verá obligada a aplicar el Derecho nacional elegido por las partes. Se infiere de lo anterior que, en su caso, el Derecho nacional en cuestión se aplicará como tal Derecho y no como un simple hecho. Aunque corresponderá a las partes aportar pruebas de la vigencia e

12. Tribunal de la Función Pública de la UE (TFP), Tribunal General y Tribunal de Justicia de la UE.

13. CLERGERIE, J.-L., GAUBER, A. y RAMBAUD, P., *L'Union européenne*, Dalloz, París, 2008, p. 168.

14. Véase, por ejemplo, la STG de 9.3.2011, as. *Comisión c. Edificios Inteco* (T-235/09), apartado 49, la STG de 16.05.2011, as. *Toditec c. Comisión* (T-68/99), apartado 77, y la STG de 15.03.2005, as. *GEF/Comisión* (T-29/02), apartado 108. El asunto se refería a una cláusula compromisoria prevista dentro del programa «Thermie» relativo al fomento de las tecnologías energéticas en Europa.

interpretación de ese Derecho, la jurisdicción comunitaria que conozca del asunto podrá siempre, o deberá, servirse de su servicio de investigación y documentación para investigar de oficio tal Derecho¹⁵, ya que parece evidente que en este tipo de contenciosos el TG y/o el TJUE actúan como jurisdicciones nacionales, o mejor dicho, en sustitución de estas últimas. Sin salir del ámbito de las cláusulas compromisorias, cabe señalar asimismo que aunque el artículo 273 TFUE prevé también la posibilidad de que dos o más Estados miembros sometan al TJUE sus controversias relacionadas con el Tratado, en estos casos resulta muy poco probable que se aplique el Derecho nacional, puesto que se tratará más bien de interpretar el Tratado, sin perjuicio de la interpretación incidental de que pueda ser objeto el Derecho nacional, el cual en ningún caso podrá constituir el objeto del litigio.

La situación es similar en los *procedimientos prejudiciales*. Ocurre, en efecto, que la cuestión prejudicial se plantea por el órgano jurisdiccional remitente en términos que a menudo dejan claramente entrever que está cuestionando la validez del Derecho nacional a la luz del Derecho de la Unión¹⁶. En estas tesituras, el TJUE suele responder de entrada que no es competente para pronunciarse, en el marco del artículo 267 TFUE, sobre la interpretación de disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales ni sobre la conformidad de tales disposiciones con el Derecho de la Unión¹⁷, aunque limita el rigor de tal principio afirmando a renglón seguido su competencia para proporcionar al órgano jurisdiccional remitente todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho de la Unión que permitan al juez nacional apreciar tal compatibilidad para resolver el asunto que le ha sido sometido¹⁸. Interesa resaltar en este contexto que el TJUE argumenta en términos de reparto de competencias, ateniéndose de tal modo de manera estricta al mandato que el artículo 19 TUE impone a la jurisdicción de la Unión de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. Sin embargo, debe ponerse de relieve que, a diferencia del antiguo artículo 220 CE, del cual ha retomado la sustancia, el citado artículo 19 TUE ya no exige que la tarea de garantizar el respeto del Derecho de la Unión se realice «*en el marco de sus respectivas competencias*» (las del TG y las del TJUE). A juzgar por la jurisprudencia posterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, no parece sin embargo que esta pequeña modificación haya tenido repercusión alguna, pues el argumento de la falta de competencia se sigue trayendo a colación para

15. Creo perfectamente trasladable a este contencioso la reflexión que, de forma generalizada, efectúa RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., *cit.*, p. 597.
16. Véase, por ejemplo, la STJ de 11.3.2010, as. *Attanasio Group Srl c. Comune di Carbognano* (C-384/08), apartado 15.
17. Véanse asimismo, también a título de ejemplo, las SSTJ de 18.11.1999, as. *Teckal* (C-107/98), apartado 33; de 4.3.2004, as. *Barsotti y otros* (C-19/01, C-50/01 y C-84/01), apartado 30, así como de 23.3.2006, as. *Enirisorse* (C-237/04), apartado 24.
18. STJ *Attanasio Group*, antes citada, apartado 17; de 2.7.1987, as. *Lefèvre* (188/86), apartado 6; de 15.12.1993, as. *Hünernund y otros* (C-292/92), apartado 8, y *Enirisorse*, ya citada, apartado 24.

no interpretar el Derecho nacional en el marco de una cuestión prejudicial¹⁹. Sin duda se asume que también en esta materia rige el principio de la competencia de atribución, recogido ahora en el artículo 5, apartados 1 y 2, TUE.

Pero probablemente sea en el *recurso por incumplimiento*, previsto en el artículo 258 TFUE, el tipo de procedimiento en el que el TJUE más se implique en la interpretación del Derecho nacional. En efecto, en este tipo de procedimientos la Comisión pide con mucha frecuencia que se declare que un Estado miembro ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado. Una buena parte de estos casos se refiere a la adaptación incorrecta de una parcela del ordenamiento jurídico de ese Estado miembro bien al Derecho primario o bien a la normativa derivada²⁰. Distinto se presenta el caso cuando se trate de una actuación o de una omisión del Estado infractor. Si se imputa una omisión legislativa, está claro que la mera falta de transposición en el Derecho interno de la normativa de la Unión será suficiente para constatar el incumplimiento achacado al Estado miembro, sin necesidad de indagar en la legislación nacional²¹, a no ser que el Estado miembro pueda defenderse de las acusaciones alegando que su Derecho interno no precisaba de adaptación alguna²², en cuyo caso el análisis del Derecho nacional resulta también necesario para constatar el incumplimiento o rechazarlo. No obstante, el mencionado análisis del Derecho nacional no permite al TJUE juzgar de la legalidad o ilegalidad de las normas nacionales en cuestión, tarea que incumbe exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales, limitándose el TJUE a declarar si el Derecho de la Unión se opone a dichas normas²³.

En el *recurso de anulación*, en principio, es poco frecuente que el TG o el TJUE se vean confrontados con la tarea de tener que interpretar el Derecho nacional. En realidad, como sucedió en la sentencia del TG *Fiorucci*²⁴, tal tesitura sólo puede plantearse por el reenvío que una disposición del Derecho de la Unión haga al Derecho nacional. En estos supuestos, habrá que convenir que

19. Véase, además de la sentencia *Attanasio Group*, la STJ de 21.7.2011, as. *Azienda Agro-Zootecnica Franchini sarl y Eolica di Altamura Srl c. Regione Puglia* (C-2/10), apartado 35, y la STJ de 10.6.2010, as. *Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA c. Presidenza del Consiglio dei Ministri* (C-140/09), apartado 22.
20. Véase, por ejemplo, en materia fiscal la STJ de 1.12.2011, *Comisión c. Bélgica* (C-250/08), en el que la Comisión pedía que se declarara el incumplimiento de dicho Estado miembro en la medida en que el artículo 61, apartado 3, del Código del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados de la Región Flamenca, infringía los artículos 18 CE, 43 CE y 56 CE. También las STJ de 4.3.2004, as. *Comisión c. Francia* (C-334/02), de 20.1.2011, as. *Comisión c. Grecia* (C-155/09) y de 16.6.2011, as. *Comisión c. Austria* (C-10/10).
21. Véase, por ejemplo, la STJ de 30.1.2002, as. *Comisión c. Grecia* (C-103/00).
22. SSTJ de 27.5.1985, as. *Comisión c. Alemania* (29/84) y de 20.5.1992, as. *Comisión c. Países Bajos* (C-190/90); véase, al respecto, BOULOUIS, J., DARMON, M. y HUGLO, J.-G., *Contentieux communautaire*, Dalloz, 2ª edición, París, 2001, p. 250.
23. Así, con razón, LENAERTS, K., ARTS, D. y MASELIS, I., *Procedural Law of the European Union*, Thomson – Sweet & Maxwell, 2ª edición, Londres, 2006, p. 168.
24. STG de 14.05.2009, as. *Elio Fiorucci c. OAMI* (T-165/06), sentencia que fue recurrida por la parte interviniente, dando lugar a la sentencia *Edwin*.

el TG llevará a cabo una interpretación de las disposiciones nacionales como un órgano jurisdiccional nacional²⁵. Cuál sea el modo en que se enfrente en TJUE con ése mismo Derecho nacional en casación es precisamente lo que veremos más adelante. En cuanto a los *recursos de indemnización* por violación del Derecho comunitario, el Derecho nacional sólo entrará en juego si se ha violado una norma a la que remitía, por ejemplo, un contrato. En este caso resulta aplicable lo expuesto *supra* respecto de las cláusulas compromisorias en este mismo epígrafe.

En suma, de lo expuesto hasta ahora sólo cabe confirmar lo que ya se había dicho con anterioridad, en particular respecto de los tribunales internacionales: que aunque la competencia para aplicar el Derecho nacional como base de una decisión judicial sea excepcional, este último Derecho tiene una presencia evidente ante los tribunales de la Unión, aunque sólo sea como cuestión previa, pero siempre habrá una interpretación de sus disposiciones por parte de los órganos jurisdiccionales de la Unión, cuya intensidad variará en virtud del entorno procesal en el que haya de llevarse a cabo la interpretación²⁶. A este respecto, cabe añadir que el hecho de que sean las partes las que carguen con la prueba de su vigencia e interpretación no desvirtúa, en sí, el carácter jurídico del Derecho nacional ante los órganos jurisdiccionales de la Unión.

Antes de adentrarnos en el análisis del recurso de casación, conviene recordar su funcionamiento y algunos de sus principios rectores.

III. LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN EL RECURSO DE CASACIÓN

Con carácter preliminar, ha de señalarse que, si bien con arreglo al artículo 256 TFUE, apartado 1, párrafo segundo, el TJUE conoce de los recursos de casación, el apartado 2 de ese mismo artículo otorga competencia casacional al TG respecto de los recursos que se interpongan contra resoluciones de los tribunales especializados, a la sazón los asuntos de función pública de la Unión, siendo el TFPUE el único tribunal de este tipo hasta la fecha. Por lo tanto, todo lo que se exponga a continuación en relación con el recurso de casación ante el TJUE deberá servir *mutatis mutando* para el TG cuando se vea llamado a ejercer de instancia casacional.

A. *Potestades respecto del Derecho*

En cuanto al ámbito competencial del TJUE en casación, el propio artículo 256 TFUE y el artículo 58 del Estatuto disponen que el recurso de casación estará «*limitado a las cuestiones de Derecho*», remitiendo para las particularida-

25. En este sentido, probablemente tenga razón el Abogado General Jääskinen en sus conclusiones del as. *Comisión c. Gibraltar*, punto 42.

26. Se recogen aquí, en parte, algunas conclusiones de RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., *cit.*, p. 599-600, pero limitadas a la jurisdicción de la Unión.

des procesales y los plazos al Estatuto²⁷. De ahí que cobre especial relevancia la división entre las cuestiones de Derecho y las de hecho. Así, por un lado, la limitación que el Tratado impone, en principio, a los recursos de casación respecto de las cuestiones de Derecho persigue conciliar el doble grado de jurisdicción, el mantenimiento de la unidad y la coherencia del Derecho de la Unión así como aligerar la carga de trabajo del tribunal superior al eximirle de tener que volver a examinar los hechos²⁸.

En cuanto a lo que haya de entenderse por «cuestiones de Derecho», si bien es cierto que el artículo 58 del Estatuto prescribe que los motivos de casación sólo pueden fundarse en la incompetencia del TG, irregularidades procesales que afecten los derechos de las partes y la violación del Derecho por parte del TG, estas categorías no son por sí mismas muy esclarecedoras. En la sentencia de casación sólo se podrán, pues, sancionar los errores de Derecho, errores que pueden clasificarse de la siguiente manera²⁹: primero, la aplicación de una disposición nula o que no es pertinente para la solución del asunto³⁰; segundo, la violación por el TG de una norma del Derecho de la Unión, como, por ejemplo, la obligación de motivación del artículo 296 TFUE, párrafo segundo³¹; tercero, la interpretación errónea de una disposición pertinente³²; y cuarto, la incorrecta subsunción de hechos o, con otras palabras, la errónea calificación jurídica de algunos hechos, que pueden llevar a que se desvirtúe un motivo de casación o el objeto del litigio³³.

Por último, dentro de este apartado, cabe reseñar la unanimidad con la que se suele considerar que el único Derecho sometido al control del TJUE en el recurso de casación es el Derecho de la Unión, basándose en la interpretación

-
27. Es cierto que el artículo 257 TFUE, párrafo tercero, permite que el legislador extienda, en el reglamento de creación del tribunal especializado, el conocimiento por parte del TG a las cuestiones de hecho, pero en estos casos el propio artículo habla ya de un recurso de apelación y no de casación. En todo caso, los recursos de casación contra las sentencias del TFPUE están limitados a las cuestiones de Derecho en virtud del artículo 11, apartado 1, del Anexo al Estatuto del TJUE. A falta de otros tribunales especializados, no existe de momento ningún recurso de apelación propiamente dicho en el sistema jurisdiccional de la Unión.
 28. Acertadamente, WATHELET, M., WILDEMEERSCH, J., *Contentieux européen*, Larcier, Bruselas, 2010, p. 377.
 29. Siguiendo a WÄGENBAUR, B., *EuGH Verfo – Satzung und Verfahrensordnungen EuGH/EuG*, C.H. Beck, Múnich, 2008, pp. 83 y 84.
 30. Véanse, a este respecto, las conclusiones del AG Tesaurio en el as. *Schwedler c. Comisión* (C-132/90 P).
 31. Obligación recogida en el artículo 36 del Estatuto y aplicable al TG en virtud del artículo 53 del mismo. Véanse, por ejemplo, las SSTJ de 8.02.2007, as. *Grupo Danone c. Comisión* (C-3/06 P), apartado 45, y de 11.09.2003, as. *Bélgica c. Comisión* (C-197/99), apartado 63.
 32. Por ejemplo, STJ de 16.09.2004, as. *SAT.1 SatellitenFernsehen GmbH c. OAMI* (C-329/02 P), apartado 37.
 33. SSTJ de 29.06.1994, as. *Klinke c. Comisión* (C-298/93 P), apartados 20 y 24, y de 18.12.2007, as. *Weissenfels c. Parlamento* (C-135/06 P), apartado 57.

estricta, desde un el punto de vista competencial, del antiguo artículo 220 CE, hoy recogido en el artículo 19 TUE, como se ha expuesto con anterioridad³⁴.

B. La limitada competencia para la revisión de los hechos

Dado que el recurso de casación está limitado a las cuestiones de Derecho, el TG es el único competente para comprobar y apreciar los hechos pertinentes, así como para valorar las pruebas, no constituyendo dicha apreciación una cuestión de Derecho sometida como tal al control del TJUE en el marco de un recurso de casación, salvo en caso de su desnaturalización³⁵. Esta afirmación marca con claridad la división de tareas entre la instancia inferior, el TG, y la superior, el TJUE, a la que prácticamente le queda vedada cualquier inmersión en la valoración de los hechos. En particular, los recurrentes en casación no pueden ni alegar nuevos hechos ni proponer nuevos medios de prueba o impugnar las apreciaciones fácticas y probatorias efectuadas por el TG³⁶.

Sentadas las anteriores premisas, queda por indicar los casos en los que el TJUE puede inmiscuirse en el análisis de los hechos. Para ello, conviene tal vez desentrañar previamente las tareas que lleva a cabo el TG respecto de los hechos, de modo que baste luego con comparar el papel del TJUE respecto de tales tareas.

Así, cuando juzga un asunto, el TG realiza fundamentalmente tres operaciones³⁷: en primer lugar, establece, constata o determina los hechos probados, es decir los describe tal y como considera que han sucedido en virtud de los escritos de las partes y de las pruebas que éstas hayan aportado. En segundo lugar, los aprecia, sopesando los argumentos de las partes y con arreglo al discernimiento común. Por último, los califica desde el punto de vista jurídico, es decir, determina su naturaleza jurídica y les asocia ciertas consecuencias jurídicas. El carácter del procedimiento ante el TG, en el que se debate la legalidad de actos administrativos o de disposiciones normativas, hace que sea particularmente importante la prueba documental, debiendo dicho tribunal valorar una gran cantidad de documentos de todo tipo³⁸.

Pues bien, en casación el TJUE sólo va a entrar a juzgar la intervención del TG respecto de los hechos en dos casos concretos: el de inexactitud material

34. Por ejemplo, STJ de 25.07.2002, as. *Unión de Pequeños Agricultores* (C-50/00 P), apartado 43.

35. SSTJ de 19.09.2002, as. *DKV c. OAMI* (C-104/00 P), apartado 22, y de 22.06.2006, as. *Storck c. OAMI* (C-24/05 P), apartado 36.

36. Jurisprudencia reiterada desde la STJ de 1.10.1991, as. *Vidrányi c. Comisión* (C-283/90 P), apartados 10 a 16. Véase también el ATJ de 22.06.2005, as. *French y otros c. Consejo* (C-190/04 P) apartado 13 y la jurisprudencia allí citada.

37. A este respecto, en particular, la STJ de 1.06.1994, as. *Comisión c. Brazzelli Lualdi y otros* (C-136/92 P), apartado 49.

38. Véanse las conclusiones de la Abogado General Stix-Hackl presentadas en el asunto que dio origen a la STJ de 2.10.2003, as. *Thyssen Stahl AG c. Comisión* (C-194/99 P), puntos 54 a 56.

de las comprobaciones realizadas por el TG y en el supuesto de que este último desnaturalice los elementos de prueba³⁹.

En el primer caso, el de la inexactitud material de las comprobaciones, el TJUE controla excepcionalmente que la decisión del TG se haya basado en los hechos correctos, es decir, que no haya cometido errores en cuanto al contenido o la argumentación del acto impugnado de la institución comunitaria, que será generalmente una decisión⁴⁰. Hay que reconocer, sin embargo, que esta categoría se suele denominar también «desnaturalización de los hechos», por mimetismo con la desnaturalización de los elementos de prueba. Esta segunda categoría se refiere a los pocos casos en los que el TG desvirtúa el contenido o significado de elementos de prueba tales como, por ejemplo, declaraciones de testigos adjuntas a los recursos⁴¹, o no entrando a valorar debidamente el contexto en el que se redactó un escrito administrativo, que constituye evidentemente un elemento de prueba, relativo a un puesto en el Parlamento Europeo⁴².

Pero a efectos de este trabajo, interesa especialmente destacar el parámetro legal del ejercicio de control de la desnaturalización, de los hechos o de las pruebas, que efectúa el TJUE. Pues bien, no constando en ningún texto normativo, dicho parámetro resulta de la elaboración jurisprudencial del propio TJUE. Si bien el principio del control de la desnaturalización de los hechos y de las pruebas se introdujo en un *obiter dictum* en la sentencia *Hilti*⁴³, el parámetro del control ha sido el de la desnaturalización de los hechos o de los elementos de prueba, es decir que la desvirtuación de los documentos que obran en autos se debe deducir de manera *manifiesta*, sin que sea necesario efectuar una nueva apreciación de los hechos y de las pruebas⁴⁴.

Es verdad que, aparte de las críticas vertidas sobre el proceder del TJUE en algún caso concreto de haber apreciado los elementos de prueba de manera exhaustiva, apartándose así de su propia jurisprudencia que requiere que no haga falta una nueva apreciación de tales pruebas⁴⁵, se ha criticado el parámetro como excesivamente amplio, en el sentido de que puede configurarse como una prerrogativa típica de los tribunales de apelación a favor del TJUE, siendo así que éste sólo actúa en casación⁴⁶. Y es cierto que el control jurisdiccional que

39. Véase las SSTJ de 11.02.1999, as. *Antillean Rice Mills y otros c. Comisión* (C-390/95 P), apartado 29, y de 15.06.2000, as. *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Consejo* (C-237/98 P), apartados 35 y 36.

40. Véanse, por ejemplo, las SSTJ de 27.01.2000, as. *DIR International Film y otros c. Comisión* (C-164/98 P), apartados 44 a 48, y de 11.09.2003, as. *Comisión c. Bélgica* (C-197/99 P), apartado 67.

41. STJ de 18.01.2007, as. *PKK y KNK c. Consejo* (C-229/05), apartados 49 a 53.

42. STJ de 3.04.2003, as. *Parlamento c. Samper* (C-277/01 P), apartados 37 a 40.

43. STJ de 2.03.1994, as. *Hilti c. Comisión* (C-53/92 P), apartado 42.

44. SSTJ de 6.04.2006, as. *General Motors c. Comisión* (C-551/03 P), apartado 54 y de 18.03.2010, as. *Trubwest Handel y Makarov c. Consejo y Comisión* (C-419/08 P), apartado 32.

45. Véase la crítica de WATHELET, M., WILDEMEERSCH, J., *op. cit.*, p. 379 en relación con la STJ *PKK y KNK c. Consejo* (C-229/05 P), citada, apartados 46 y 53.

46. PITTIE, M., VAN YPERSELE, P., «Chronique de jurisprudence relative au Contentieux communautaire», *Journal des tribunaux Droit européen*, 2007, pp. 239 a 245, párrafo 8.

lleva a cabo el TJUE respecto de las sentencias del TG se limita, en principio, a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, así como a controlar la exactitud material de los hechos alegados y la ausencia de error de Derecho, de error manifiesto al apreciar los hechos o de desviación de poder⁴⁷.

A la vista de las consideraciones anteriores, queda por saber cómo se ha tratado el Derecho nacional en los recursos de casación antes de las sentencias objeto de estudio en este trabajo.

C. ¿*Quid del Derecho nacional?*

Como es lógico, dado que no llevan pronunciándose sentencias en casación más que una veintena de años e, incluso al principio, se referían únicamente a ámbitos jurídicos determinados, en particular el Derecho de la competencia y el de la función pública europea, el problema del Derecho nacional no se planteó hasta pasados unos cuantos años de vigencia del recurso de casación. Entre tanto, la doctrina consideraba que, dadas las competencias del TJUE a tenor del antiguo artículo 220 CE de garantizar «el respeto en la interpretación y en la aplicación del [...] Tratado», esas funciones no podían extenderse de ninguna manera al Derecho nacional⁴⁸. Y tal aseveración era trasladable con mayor razón al ámbito del recurso de casación, toda vez que este último cumple la función de garantizar la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico de la Unión y la interpretación uniforme de su Derecho⁴⁹. Había, sin embargo, quien consideraba que el Derecho nacional debía tenerse por «hechos jurídicos» (*Rechtstatsachen*)⁵⁰, es decir, hechos que despliegan efectos jurídicos en virtud del ordenamiento jurídico y respecto de los cuales el juez sólo puede comprobar y tener en cuenta su eficacia.

Por su parte, con anterioridad a las sentencias *Edwin* y *Comisión c. Gibraltar*, aquí comentadas, el TJUE no se había pronunciado apenas sobre la posición que ocupa el Derecho nacional en el proceso de casación. En realidad, s.e.u.o., la única sentencia en la que se había invocado un motivo de casación basado en la desnaturalización del Derecho nacional había sido el asunto *Aeropuertos de París*⁵¹. El litigio oponía la entidad *Aéroports de Paris*, encargada de la ges-

47. SSTJ de 28.05.1998, as. *John Deere c. Comisión* (C-7/95 P), apartado 22 y de 11.09.2008, as. *Alemania y otros c. Kronofrance y Comisión* (C-75/05 P y C-80/05 P), apartado 59 y jurisprudencia citada.

48. Véase JUNG, H., «Artikel 168a», en VON DEN GROEBEN, H., THIESING, J., EHLERMANN, C.-D., *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, Tomo IV, p. 484. También, RENGELING, H.-W., MIDDEKE, A. y GELLERMANN, M., *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, C.H. Beck, München, 1994, Punto 746.

49. LENAERTS, K., ARTS, D. y MASELIS, I., *op. cit.*, p. 453, con alguna referencia jurisprudencial al respecto.

50. LANGNER, O., *Der Europäische Gerichtshof als Rechtsmittelgericht – Der Prüfungsumfang im europäischen Rechtsmittelverfahren*, Ed. Peter Lang, Francfort del Meno, 2003, p. 79; KARPENSTEIN, U., «AEUV ART. 256 – Der Gerichtshof der Europäischen Union», en GRABITZ, HILF, NETTESHEIM, *Das Recht der Europäischen Union – Kommentar*, C.H. Beck, München, 2011, punto 52.

51. STJ de 24.10.2002, as. *Aéroports de Paris c. Comisión* (C-82/01 P).

tión de los aeropuertos de la capital francesa, a la Comisión, por una decisión de esta última en la que constataba la infracción por dicha entidad del artículo 86 del Tratado CE (actualmente artículo 102 TFUE). En concreto, le achacaba la imposición de cánones comerciales discriminatorios en dos de los aeropuertos parisinos a los agentes y usuarios que ejercían servicios de asistencia o autoasistencia, conminándole a proponer un régimen de tasa no discriminatorio en el plazo de los dos meses siguientes a la notificación de la decisión.

El recurso de *Aéroports de Paris* ante el entonces TPI no había sido acogido, habiendo desestimado dicho tribunal los siete motivos de anulación alegados contra la decisión de la Comisión. En el recurso de casación, el sexto motivo estaba basado en la desnaturalización manifiesta del Derecho nacional⁵². Así, la recurrente entendía que en el apartado 125 de la sentencia recurrida el TPI había desnaturalizado el Derecho francés al considerar que las actividades de la entidad en cuestión tenían carácter económico, cuando, a juicio de la recurrente en casación, debían de considerarse expresiones del ejercicio de potestades públicas. En este caso, el Derecho nacional en cuestión consistía en una resolución del *Conseil de la concurrence* (Tribunal de Defensa de la Competencia francés; Decisión 98-D-34, de 2 de junio de 1998) así como en una sentencia del *Tribunal des conflits de la République française* de 18 de octubre de 1999⁵³. El TJUE tampoco acogió este motivo de casación, fundamentalmente por el hecho de que se dirigía contra unas apreciaciones que el TPI había hecho «a mayor abundamiento», por lo que el motivo se consideró inoperante. Pero lo que interesa destacar en este trabajo es que en el apartado 63 de la sentencia del TJUE, éste dice textualmente que «*se deduce de la jurisprudencia mencionada en el apartado 56 [...] que las alegaciones relativas a la interpretación errónea del Derecho nacional son admisibles cuando lo que se reprocha al Tribunal de Primera Instancia es, como sucede en el presente asunto, el haber desnaturalizado dicho Derecho.*»

Pues bien, se colige claramente de esta frase que, para el TJUE, el tratamiento procesal del Derecho nacional era el mismo que el dispensado a los hechos o las pruebas, en el sentido de que en casación solamente cabe alegar su desnaturalización. En efecto, si la frase citada no sirviera por sí misma para llegar a la conclusión señalada, cabe hacer hincapié en la referencia al apartado 56 de la misma sentencia de casación que dicha frase incluye, punto en el que se dice textualmente que «*con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, son admisibles en el procedimiento de casación las alegaciones relativas a los hechos considerados probados y a la apreciación que de éstos se hace en la sentencia recurrida, cuando el recurrente alegue que el Tribunal de Primera Instancia efectuó apreciaciones cuya inexactitud material resulta de los documentos obrantes en autos o desnaturalizó las pruebas que le fueron sometidas*». La concatenación ideal, pues, que el TJUE realiza de los apartados 56 y 63 de la sentencia de casación demuestra sin lugar a dudas que, al menos hasta la sentencia *Edwin*, como veremos a continuación, en la mente del juez comunitario el Derecho

52. Apartados 61 a 67 de la sentencia.

53. STG de 12.12.2000, as. *Aéroports de Paris c. Comisión* (T-128/98), apartado 129.

nacional tenía el estatuto de hecho que debía probarse mediante prueba documental y respecto del cual en casación solamente cabía la impugnación en los casos de desnaturalización, es decir de desvirtualización manifiesta del contenido de tal documento.

Así estaban las cosas antes de dictarse las sentencias objeto de este trabajo.

IV. EL APOORTE DE LAS SENTENCIAS EDWIN Y COMISIÓN C. GIBRALTAR

A. La sentencia Edwin

1. Breve referencia a los hechos del litigio

El señor Elio Fiorucci es un diseñador italiano que en los años setenta había adquirido cierta notoriedad en su país de origen. Ante las dificultades que atravesaba en los años ochenta, su empresa, Fiorucci SpA, fue sometida a un procedimiento de insolvencia a resultas del cual fue vendida en diciembre de 1990 a la sociedad multinacional japonesa Edwin Co. Ltd. El contrato de venta y transferencia estipulaba la cesión, entre otros, de todas las marcas registradas o solicitadas así como los derechos de uso en exclusiva de la denominación «FIORUCCI» para fabricar y vender en exclusiva la ropa y otros productos con esa misma marca⁵⁴.

Durante algunos años, el diseñador siguió colaborando con la empresa japonesa ahora titular de sus marcas. Probablemente deseando aumentar el rendimiento obtenido del signo «FIORUCCI», en diciembre de 1997 dicha empresa solicitó ante la OAMI el registro de la marca denominativa «ELIO FIORUCCI» como marca comunitaria. El signo fue registrado como marca comunitaria y su registro publicado el 6 de abril de 1999⁵⁵.

Aunque no se deduce de los hechos relatados en la sentencia del TPI, es muy probable que la marca referida no se empleara en el tráfico económico, pues, sin duda con la idea de utilizar su nombre para productos propios, el Sr. Fiorucci instó en febrero de 2003, con arreglo a los artículos 50, apartado 1, letra c) y 52, apartado 2, del Reglamento n° 40/94⁵⁶ respectivamente, tanto la caducidad como la nulidad de la marca «ELIO FIORUCCI», cuya titularidad ostentaba la empresa Edwin. La División de Anulación de la OAMI dio la razón al Sr. Fiorucci, mediante resolución de 23 de diciembre de 2003 que declaró la anulación de la marca en litigio. Dicha División estimó, en particular, que el nombre Elio Fiorucci gozaba de notoriedad en Italia y que faltaba el consentimiento del diseñador exigido por el artículo 8, apartado 3, del Código de la

54. Apartados 1 y 2 de la STPI de 14.05.2009, as. *Fiorucci c. OAMI* (T-165/06).

55. STPI *Fiorucci c. OAMI*, citada, apartados 3 a 5.

56. Reglamento (CE) n° 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (DO 1994 L 11, p. 1); derogado y sustituido por el Reglamento (CE) n° 207/2009 del Consejo de 26 de febrero de 2009 sobre la marca comunitaria (DO L 78, p. 1). Dado que el primero era el vigente en el momento de la sentencia *Edwin*, se ha preferido mantener la referencia a éste. Por lo demás, el nuevo Reglamento ha dejado sustancialmente idénticos los artículos aquí utilizados.

Propiedad Industrial italiano (en adelante «CPI»), aplicable al caso en virtud del artículo 52, apartado 2, letra a), del Reglamento n° 40/94. Habiendo declarado la causa de nulidad citada, la División de Anulación no resolvió sobre la causa de caducidad alegada⁵⁷.

En cambio, la Sala de Recurso de la OAMI estimó el recurso interpuesto por Edwin contra la resolución de la División de Anulación y mantuvo el registro del signo «ELIO FIORUCCI» por considerar que la referida causa de anulación no concurría en el presente caso. En sustancia, la Primera Sala de Recurso sostenía que el artículo 8, apartado 3, CPI únicamente protegía el potencial comercial de un nombre hecho célebre en ámbitos distintos del propiamente comercial, tales como el literario, artístico, político o deportivo, lo cual no era el caso del Sr. Elio Fiorucci, quien ya había explotado su nombre en ámbitos comerciales. Cabe destacar que, para llegar a tal conclusión, la Sala no se había basado en la jurisprudencia nacional italiana sino en la «mejor doctrina italiana» –en sus propias palabras–⁵⁸. Dicha Sala desestimó asimismo la solicitud de declaración de caducidad, la cual carece de relevancia a efectos del presente artículo⁵⁹.

Recurrida, a su vez, la resolución de la Sala de Recurso ante el TPI, este último acogió parcialmente el recurso del diseñador en lo concerniente a la nulidad, alineándose con la argumentación desarrollada por la División de Anulación, ya referida. La argumentación del TPI merece una atención en un epígrafe aparte.

2. El nombre personal en el Derecho de marcas y la argumentación del TPI

De entrada, el TPI recuerda que los nombres de las personas son signos aptos para registrarse como marcas⁶⁰, aunque, en cuanto nombre que sirve para designar una persona, dicho signo tiene una función diferente de las marcas⁶¹. A renglón seguido, dicho Tribunal colige de esas dos observaciones que era errónea la conclusión a la que había llegado la Sala de recurso de la OAMI, en el sentido de que el artículo 8, apartado 3, CPI únicamente protegía el potencial comercial de un nombre hecho célebre en ámbitos distintos del propiamente comercial. En efecto, dicho Tribunal basa su refutación de la tesis de la oficina de marcas de la Unión basándose en tres consideraciones.

En primer lugar, interpretando literalmente la norma del Derecho italiano, constata que esa disposición se refiere a los nombres de personas notorias, sin

57. Apartados 7 y 8 de la STPI *Fiorucci c. OAMI*, citada.

58. Apartados 9, 10 y 11 de la STPI *Fiorucci c. OAMI*, citada.

59. Los motivos pueden leerse, resumidos, en los apartados 12 a 14 de la STPI *Fiorucci c. OAMI*, citada.

60. Véanse, a este respecto, las SSTJ de 16.09.2004, *as. Nichols (C-404/02)*, apartado 31; de 30.03.2006, *as. Elizabeth Florence Emanuel c. Continental Shelf 128 Ltd. (C-259/04)*, apartado 45 y de 24.06.2010, *as. Barbara Becker c. Harman International Industries (C-51/09)*; también las respectivas conclusiones de los Abogados Generales Ruiz-Jarabo Colomer en los dos primeros asuntos citados y Cruz Villalón en el tercero.

61. STPI *Fiorucci c. OAMI*, citada, apartados 47 y 48.

hacer distinciones en función del ámbito en que se haya adquirido la notoriedad, no pudiéndose por tanto descartar de raíz, como, en cambio, había hecho la Sala de Recurso, los nombres que hayan adquirido notoriedad en el mercado⁶². Hay que reconocer, cabalmente, que la interpretación propugnada por dicha Sala equivalía a introducir una condición de aplicación que no existía en el artículo 8, apartado 3, CPI.

En segundo lugar, el TPI añade, con razón, que no resulta superflua la protección que el artículo en cuestión podía proporcionar al nombre de una persona que ya lo hubiera utilizado como marca, toda vez que no cabe excluir que un nombre de persona célebre, registrado o utilizado como marca para determinados productos o servicios, pueda ser objeto de un nuevo registro para productos o servicios diferentes, es decir, sin similitud alguna con los cubiertos por el registro anterior⁶³. Por último, el TPI desautorizó la apreciación de los medios de prueba del Derecho nacional aportados al procedimiento ante la Sala de Recurso, consistentes en tres extractos de obras de doctrina jurídica, en los cuales dicha Sala había basado su conclusión en cuanto a la interpretación del Derecho italiano. Volviendo a realizar una apreciación de tales extractos, el TPI dedujo que no era posible sostener la hipótesis interpretativa de la Sala en tales pruebas debido a que ninguno de los tres autores citados, alguno de los cuales incluso había asistido como testigo en la vista, corroboraba de manera fehaciente la exclusión de los nombres propios ya utilizados previamente como marcas de la protección otorgada por el artículo 8, apartado 3 CPI⁶⁴.

Detectado, pues, el error de Derecho en el que había incurrido la Sala de Recurso al interpretar tal disposición, descartando su aplicación al caso del nombre del demandante, el TPI anuló la resolución de la Sala de Recurso por incorrecta aplicación del Derecho nacional al que remite el Reglamento sobre la marca comunitaria.

B. La sentencia Comisión c. Gibraltar

1. Breve referencia a los hechos del litigio

En 2002, el Reino Unido había notificado a la Comisión una reforma del impuesto de sociedades que el Gobierno de Gibraltar tenía previsto llevar a cabo. El sistema de imposición previsto, aplicable a todas las sociedades establecidas en Gibraltar, se componía de un impuesto sobre el número de empleados («payroll tax»), de un impuesto sobre la ocupación de locales de negocio («business property occupation tax», «BPOT») y de una tasa de registro («registration fee»)⁶⁵. Tras examinar la notificación, con arreglo al procedimiento del artículo 88 CE, apartado 2 (en la actualidad artículo 108 TFUE, apartado 2), la Comisión consideró que, en los términos notificados, la reforma del sistema de fiscalidad de las empresas en Gibraltar constituía un régimen de ayudas de Estado

62. *Ibidem*, apartados 50 y 51.

63. *Ibidem*, apartados 53 y 55.

64. *Ibidem*, apartados 57 a 60.

65. STJ *Comisión c. Gibraltar*, apartados 9 y 12.

incompatible con el mercado común, que, por lo tanto, no podía aplicarse. En particular, la Comisión declaró que dicha reforma era selectiva tanto en el ámbito regional como en el material⁶⁶. En efecto, por un lado, puesto que la reforma establecía un sistema del impuesto de sociedades en virtud del cual las sociedades de Gibraltar tributarían, de forma general, por un tipo inferior al de las sociedades del Reino Unido, dicha reforma otorgaba una ventaja selectiva a las empresas gibraltareñas respecto de las británicas⁶⁷. Por otro lado, la Comisión consideró algunos aspectos de la reforma fiscal referentes al impuesto sobre el número de empleados y el BPOI como materialmente selectivos. En primer lugar, el requisito de obtener beneficios para quedar sujetos favorecía a las empresas que no los obtienen. En segundo lugar, el límite máximo del 15 % de los beneficios aplicado a la sujeción otorgaba una ventaja a las empresas que, en el año fiscal en cuestión, realizaran escasos beneficios en relación con el número de empleados y con la ocupación de locales de negocio. En tercer lugar, el impuesto sobre el número de empleados y el BPOI aprovecharían por su naturaleza a las empresas carentes de una presencia física efectiva en Gibraltar y que, por este hecho, no serían deudoras del impuesto de sociedades⁶⁸.

Ante el Tribunal de Primera Instancia, tanto el Reino Unido como Gibraltar impugnaron la decisión, basándose en tres motivos, relativos, respectivamente, a la selectividad regional, a la selectividad material y a la infracción de las formalidades esenciales. Dado que el Tribunal acogió los motivos relativos a la selectividad, tanto regional como material, anuló la Decisión.

2. Selectividad, marco de referencia y Derecho nacional

En principio, cuando una medida fiscal se considera selectiva desde el punto de vista regional, suele constituir una infracción a las reglas de la Unión, sobre las ayudas de Estado⁶⁹. Sin embargo, la jurisprudencia del TJUE ha elaborado unos criterios en virtud de los cuales una medida escapa a esa calificación de selectiva desde el punto de vista regional y, en consecuencia, puede ser compatible con las normas del TFUE, especialmente en los casos de Estados miembros con estructuras de organización territorial de corte federal o similar. En concreto, en la sentencia llamada *Azores*⁷⁰, dicho Tribunal declaró que era preciso establecer el marco de referencia para comparar las medidas fiscales, puesto que la propia existencia de una ventaja sólo puede apreciarse en relación con

66. En los considerandos 98 a 152 de la Decisión 2005/261/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 2004, sobre el régimen de ayudas que el Reino Unido tiene previsto ejecutar con respecto a la reforma del impuesto de sociedades del Gobierno de Gibraltar (DO 2005 L 85, p. 1).

67. Apartado 20 de la STJ *Comisión c. Gibraltar*.

68. *Ibidem*, apartado 21.

69. SSTJ de 8.11.2001, as. *Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* (C-143/99), apartado 41; de 13.02.2003, as. *España c. Comisión* (C-409/00), apartado 47; de 6.09.2006, as. *Portugal c. Comisión* (C-88/03), apartado 54; de 11.09.2008, as. *UGT-Rioja y otros* (C-428/06 a C-434/06), apartado 46, y de 22.12.2008, as. *British Aggregates/Comisión* (C-487/06 P), apartado 82.

70. STJ *Portugal c. Comisión*, citada en la nota precedente.

una imposición considerada «normal», siendo el tipo impositivo normal el vigente en la zona geográfica que constituye el marco de referencia. Sin embargo, puntualizó que el marco de referencia no coincide necesariamente con el territorio del Estado miembro considerado, de tal modo que una medida que conceda una ventaja sólo en una parte del territorio nacional no pasa por este simple hecho a ser selectiva en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1⁷¹. En consecuencia, a renglón seguido, el TJUE dictaminó que «no puede excluirse que una entidad infraestatal cuente con un estatuto jurídico y fáctico que la haga lo suficientemente autónoma del Gobierno central de un Estado miembro como para que sea ella misma, y no el Gobierno central, quien, mediante las medidas que adopte, desempeñe un papel fundamental en la definición del medio político y económico en el que operan las empresas» siendo en tal caso «el territorio en el que la entidad infraestatal que ha adoptado la medida ejerce su competencia, y no el territorio nacional en su conjunto, el que debe considerarse pertinente para determinar si una medida adoptada por dicha entidad favorece a ciertas empresas, en comparación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por la medida o el régimen jurídico de que se trate»⁷².

En los apartados posteriores de la sentencia *Azores*, el TJUE desgranó los tres criterios que han de concurrir para que una región pueda constituir un marco de referencia independiente del Estado miembro en relación con una medida fiscal. Estos criterios serían: en primer lugar, que tal región disponga de un estatuto político y administrativo distinto del propio del Gobierno central; en segundo lugar, que goce de una autonomía legislativa y procesal respecto del Gobierno central, es decir, que este último carezca de toda competencia de intervención; y, en tercer lugar, que disponga asimismo de autonomía económica, en el sentido de que la región asuma las consecuencias políticas y financieras de tal medida⁷³.

Pues bien, en la medida en que, en el asunto *Comisión c. Gibraltar*, España, en su sexto motivo de anulación de la sentencia del TPI, alegaba que no se cumplía ninguno de esos criterios, el análisis de tal motivo de casación suponía el examen por el TJUE de la Constitución de Gibraltar, que es sin ninguna duda Derecho nacional, para determinar con exactitud el grado de autonomía respecto de cada uno de esos criterios, si bien dado su carácter cumulativo, el incumplimiento de uno haría innecesario examinar los restantes criterios.

Veamos a continuación, cuál fue la respuesta en cada una de estas sentencias.

C) La cuestión del control casacional del Derecho italiano y del gibraltareño

Conviene empezar este epígrafe puntualizando que, en realidad, en el asunto *Comisión c. Gibraltar* el TJUE no entró propiamente a debatir el pro-

71. *Ibidem*, apartados 56 y 57.

72. *Ibidem*, apartado 58.

73. *Ibidem*, apartados 67 y 68.

blema de la posición procesal del Derecho nacional en el procedimiento de casación. En efecto, estimó que el TG había cometido un error de Derecho al concluir, en el apartado 185 de la sentencia recurrida, que no existían ventajas selectivas a favor de las sociedades extraterritoriales, es decir, aquellas que carecen de presencia física en Gibraltar. Dado que el razonamiento que llevó al TJUE a constatar tal error de Derecho en la sentencia recurrida no guarda relación con el tema de este trabajo, no merece la pena desarrollarlo⁷⁴. Acogido, pues, el motivo único de casación invocado por la Comisión, que coincidía con el octavo del recurso interpuesto por el Reino de España, la sentencia de casación no entró a valorar los demás motivos, como suele ocurrir en este tipo de tesis procesales ante el TJUE. Y es una pena que así fuera, pues nos privó de la posibilidad de haber tenido otro pronunciamiento sobre el tratamiento procesal del Derecho nacional en la casación comunitaria, sin que este lamento suponga una valoración del resultado de la sentencia final.

Sin embargo, el Abogado General Jääskinen sí había dado su opinión sobre el valor que ha de atribuirse a las disposiciones del Derecho nacional examinadas en el caso por el TG, haciendo hincapié, desde el inicio de su respuesta, en la importancia del marco procesal, subrayando que se trataba de un recurso directo y rechazando, por ende, la aplicabilidad de las soluciones propuestas a esta cuestión en el marco de las cuestiones prejudiciales⁷⁵.

A continuación, dicho Abogado General tampoco admite la jurisprudencia más antigua de los años 59 y 60⁷⁶, pero la única disponible hasta entonces, la cual había negado la potestad del Tribunal de pronunciarse sobre normas de Derecho interno, y propone, en cambio, que se distinga respecto de los recursos directos tres hipótesis en las cuales el TG puede estar llamado a conocer y tener que pronunciarse sobre el Derecho nacional. La primera de ellas serían los casos de remisión al Derecho nacional contenida en un precepto del Derecho de la Unión, o de una cláusula compromisoria, lo que llevaría al TG a tener que aplicar e interpretar directamente las normas del Derecho interno de un Estado miembro y ello, en definitiva, como un órgano jurisdiccional competente. En tales supuestos, el TG interpretaría un precepto del Derecho nacional como una norma jurídica de la que extrae determinadas consecuencias, correspondiendo así al TG formular las conclusiones jurídicas a pesar de las visibles dificultades para comprobar el contenido del Derecho nacional⁷⁷. Esta hipótesis responde exactamente, dicho sea de paso, a la situación en el asunto *Edwin*.

74. Véanse, a este respecto, los apartados 87 y siguientes de la sentencia *Comisión c. Gibraltar*.

75. Punto 39 de las conclusiones de asunto *Comisión c. Gibraltar*, en relación con la nota a pie de página nº 17 de esas conclusiones. Esta apreciación ha de ponerse en relación con el epígrafe II de este trabajo, en el que se ha insistido en la importancia del marco procesal.

76. *Ibidem*, punto 40. Se refiere a dos sentencias muy antiguas en las que el TJUE había negado su competencia para interpretar normas de Derecho interno, la SSTJ de 4.02.1959, as. *Stork & Cie. c. Haute Autorité* (1/58) y de 15 de julio de 1960, as. *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft e.a. c. Haute Autorité* (36/59 a 38/59 y 40/59).

77. *Ibidem*, punto 42.

Para el mentado Abogado General, la segunda hipótesis sería la aplicabilidad indirecta del Derecho nacional por el TG, en cuyo caso no actuaría en calidad de órgano jurisdiccional competente en lo que respecta a su interpretación y correspondería a los casos de calificación de conceptos sin carácter autónomo en el Derecho de la Unión, tales como el matrimonio o el contrato, o, asimismo, las cuestiones preliminares, de carácter procesal o de fondo. En estos casos, el Tribunal de Justicia se vería obligado, en el recurso de casación, a controlar el tenor de las disposiciones del Derecho nacional como cuestión de Derecho y no tanto como cuestión de hecho⁷⁸. En la última hipótesis de la tríada el TG podría llegar a basarse en una disposición de Derecho nacional con objeto de determinar una situación de hecho concreta como, por ejemplo, en materia de ayudas de Estado, en lo referente a los conceptos de ventaja y de selectividad. En este tipo de situaciones, el análisis del Derecho nacional sería necesario a efectos de determinar una situación de hecho que debe tenerse en cuenta para la aplicación del Derecho de la Unión⁷⁹.

Pues bien, en relación con el estatuto de Gibraltar, que era sobre lo que dictaminaba el Abogado General en cuestión, este último precisó que, puesto que el TG no aplicaba las disposiciones constitucionales de dicho estatuto, sino que únicamente las reinterpretaba para determinar la situación de hecho de Gibraltar según los criterios de la jurisprudencia *Azores*, los argumentos del TG debían considerarse, a efectos de ese recurso de casación, constataciones de hecho, no pudiendo el TJUE más que entrar a valorarlas en caso de desnaturalización⁸⁰. Es decir, que para el Sr. Jääskinen, la cuestión del estatuto de Gibraltar en ese contexto procesal pertenecía a la tercera hipótesis de las descritas anteriormente, constituyendo una cuestión de hecho que el TJUE no hubiera podido analizar más que con los parámetros de la desnaturalización. Dado que, como se ha expuesto ya, la sentencia no entró a examinar este motivo de casación, carecemos de la opinión del Tribunal sobre este extremo.

En cambio, el TJUE sí se pronunció al respecto en la sentencia *Edwin*. En sustancia, sin perjuicio de volver detalladamente un poco más adelante, el TJUE se va a decantar por estimar que, en los procedimientos de casación, el Derecho nacional ha de tener el mismo tratamiento que el otorgado a los hechos.

Con carácter preliminar cabe señalar que, si bien la sentencia reconoce que el Derecho nacional eventualmente violado resultaba aplicable en virtud de la remisión efectuada por una norma del Derecho de la Unión, a la sazón, el artículo 52, apartado 2, del Reglamento n° 40/94, el TJUE no extrae de tal afirmación ninguna consecuencia para el tratamiento procesal del Derecho nacional⁸¹, a diferencia del Abogado General Jääskinen en el asunto *Comisión c. Gibraltar*, quien en tales supuestos proponía considerar el Derecho nacional aplicable como Derecho también a efectos de la casación, tal y como se ha

78. *Ibidem*, puntos 43 y 44.

79. *Ibidem*, punto 45.

80. *Ibidem*, puntos 47 y 48.

81. Véase el apartado 47 de la sentencia *Edwin*.

expuesto. Luego, tras recordar que el reparto de la carga de la prueba establecido por la Regla 37 del Reglamento de ejecución⁸² impone al solicitante la obligación de proporcionar los datos que acrediten que está legitimado para reivindicar, por ejemplo, el derecho al nombre en virtud de la legislación nacional vigente, lo que le obliga a demostrar el contenido de dicha legislación⁸³, la sentencia reconoce, en su apartado 52, que el TG puede ejercer un «control de legalidad pleno» sobre la apreciación efectuada por las Salas de recurso de la OAMI de los datos sobre el Derecho nacional en cuestión aportados por el solicitante para determinar el contenido de la legislación nacional cuya protección reivindica.

Finalmente, sentadas las premisas de la carga de la prueba y de la competencia del TG en los términos expuestos, la sentencia *Edwin* va a indicar las tareas que competen al TJUE en casación respecto del Derecho nacional interpretado en primera instancia por el TG. Así, en su apartado 53 describe la competencia del TJUE en el marco del recurso de casación y respecto de las declaraciones efectuadas por el TG en relación con la normativa nacional. Así, el apartado 53 expone que el TJUE puede comprobar los siguientes extremos: en primer lugar, que el TG no «haya alterado el tenor de las disposiciones nacionales de que se trate», ni de la jurisprudencia o la doctrina relativas a dichas disposiciones; en segundo lugar, que el TG «no haya emitido consideraciones que vayan manifiestamente en contra de su contenido», y, en tercer y último lugar, que «no haya atribuido a uno de [los datos aportados por el interesado a efectos de determinar el contenido del Derecho nacional que invoca] un alcance que no le corresponde en relación con los demás, en la medida en que se desprenda de manera manifiesta de los documentos del expediente».

Aunque es muy probable que la redacción de este apartado 53 de la sentencia *Edwin* se ciña al tipo de prueba en cuestión en el litigio concreto, no es menos cierto que los términos de esa redacción se van a erigir en el parámetro del ejercicio por el TJUE de sus competencias de examen de cualquier normativa nacional que se debata en un recurso de casación⁸⁴. No obstante, del tenor de dicho apartado se desprende que el parámetro no es distinto del que ya hemos visto en relación con las potestades del TJUE para valorar la apreciación de los hechos y las pruebas por el TG: el de su desnaturalización, atendiendo, en particular, al carácter manifiesto del error en la apreciación por parte de la primera instancia jurisdiccional comunitaria. En efecto, sólo cabe adscribir a ese tipo de parámetro las expresiones empleadas por el TJUE en el apartado 53

82. Reglamento (CE) n° 2868/95 de la Comisión, de 13 de diciembre de 1995, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) n° 40/94 (DO L 303, p. 1), versión modificada por el Reglamento (CE) n° 1041/2005 de la Comisión, de 29 de junio de 2005 (DO L 172, p. 4).

83. Apartados 49 y 50 de la sentencia *Edwin*.

84. Recuérdese que este parámetro obliga asimismo al TG cuando actúe como órgano casacional, de momento sólo en los litigios de función pública europea, ámbito en el que se recurre con frecuencia a distintos tipos de normativa nacional para solucionar tales litigios.

de la sentencia *Edwin*, tales como la «alteración del tenor de las disposiciones nacionales» o la emisión de consideraciones manifiestamente contrarias a su contenido. De ser esta la interpretación correcta del mencionado apartado 53, y no veo otra posible, habría que llegar irremediablemente a la conclusión de que la sentencia *Edwin* no hace sino concretar la jurisprudencia *Aeropuertos de París*, ya citada, en cuanto a la asimilación del tratamiento casacional del Derecho nacional ante el TJUE.

Pues bien, tal conclusión merece las críticas que a continuación se exponen.

V. CRÍTICA: EL DERECHO NACIONAL ES DERECHO Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA HA DE CONTROLAR PLENAMENTE SU APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL GENERAL

Evidentemente, el título de este epígrafe es un poco provocador. Las cosas no son tan fáciles como para que baste decir algo así como que «el Derecho es siempre Derecho», pero tampoco, como pretende el TJUE, relegando para siempre y en toda circunstancia el Derecho nacional al papel de los hechos en los procedimientos de casación. Resulta difícil compartir este parecer en particular a la luz de las peculiaridades del entorno de Derecho material en el que se desenvolvía el asunto *Edwin*, especialmente después de examinar las dos críticas fundamentales que a continuación se vierten.

A. El excesivo rigor formalista del TJUE en la interpretación de sus potestades

El problema que plantea la sentencia *Edwin* respecto del tratamiento procesal del Derecho nacional deriva de que el TJUE ni dice expresamente, a diferencia de lo que hizo en la sentencia *Aeropuertos de París*, que el Derecho nacional debe tener la consideración de «hecho» a efectos del procedimiento ante el TJUE, ni ante el TG para ser exactos, ni aporta explicación alguna de por qué sus competencias casacionales se limitan al control del error manifiesto. Únicamente trasluce de la fundamentación de sus apartados 46 a 53 que el régimen del Derecho nacional ha de ser el mismo que el deparado a los hechos, pero partiendo de una premisa dudosa, la insistencia en la regla 37 del Reglamento de ejecución que impone la carga de la prueba del Derecho nacional que ampara al solicitante de la nulidad de una marca comunitaria, e ignorando o dejando sin alcance al hecho mismo de la remisión al Derecho nacional por el Derecho de la Unión. Vayamos por partes.

1) *El desacertado punto de partida: el valor de la Regla 37 del Reglamento de ejecución*⁸⁵

Aunque las conclusiones de los abogados generales no pueden suplir las

85. Se trata, en realidad del inciso iii) de la letra b) de la Regla 37; en adelante, para no recargar de manera innecesaria el texto, se hará mención generalmente a la Regla 37, sin perjuicio de que en ocasiones se cite en toda su extensión.

lagunas interpretativas de las sentencias, salvo en los supuestos en los que estas últimas se remiten expresamente a las primeras, pueden incluir elementos que, puestos en relación con la sentencia, aporten cierta claridad a la forma de pensar del TJUE. Tal es el caso de las conclusiones de la Abogado General Kokott en el asunto *Edwin*. Al menos en ellas se lee que «*la interpretación del Derecho nacional no pertenece inicialmente a su abanico de funciones*»⁸⁶, las cuales se determinan, como se ha expuesto anteriormente, en el artículo 19 TUE, que atribuye a los órganos jurisdiccionales de la Unión la función de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. A renglón seguido la Abogado General también invoca las supuestas mayores dificultades de dichos órganos jurisdiccionales para determinar la normativa nacional aplicable⁸⁷. Además, parece que la cuestión en materia de marcas y, en particular, en el caso de solicitudes de anulación, queda zanjada para la Abogado General, mediante la imposición de la carga de la prueba de ese Derecho nacional al solicitante en virtud de la Regla 37 del Reglamento de ejecución. A partir de esta constatación, el discurso de las conclusiones, aunque más prolijo, tiene en sustancia el mismo tenor que la sentencia, aceptándose, pues, el tratamiento como hechos, en particular a nivel casacional, lo que únicamente permite al TJUE controlar la valoración manifiestamente errónea del Derecho nacional.

Con carácter preliminar, han de desecharse hoy en día las supuestas dificultades de los tribunales de la Unión para indagar el Derecho nacional, dados los nuevos medios de telemática, el hecho de que se trata de 27 países que cada vez cooperan más estrechamente entre sí y con las instituciones de la Unión y que la administración del TJUE dispone de un gran número de juristas de todos los Estados miembros ejerciendo diversas funciones dentro de su organización además de los de su servicio de investigación y documentación.

A continuación, parece imprescindible volcarse en la mencionada Regla 37 porque crece la sospecha de que la clave de la interpretación del TJUE que aquí se critica radica en ella. En este contexto, conviene precisar de entrada que dicha regla tiene ante todo un carácter administrativo o, mejor dicho, de ordenación del procedimiento ante las Divisiones de Oposición y de Anulación y de las Salas de Recurso de la OAMI⁸⁸, pero en ningún caso puede considerarse como una norma judicial, a pesar de que el funcionamiento de las Salas de Recurso acuse unos rasgos definatorios muy similares a los de los procedimientos judiciales. Se deduce de lo anterior que no cabe extrapolar la reglamentación del procedimiento ante la OAMI a otros procedimientos, en particular los judiciales, que suelen regirse por sus propios reglamentos de procedimiento. Tal es el caso, en particular, de las tres instancias judiciales de la Unión⁸⁹.

86. Conclusiones del asunto *Edwin*, punto 49.

87. Puntos 50 y 51 de las conclusiones.

88. Véase el sexto considerando de la exposición de motivos del Reglamento de ejecución, según el cual, sus disposiciones tienden a «*garantizar un funcionamiento correcto y eficaz de los procedimientos de marca ante la Oficina*».

89. Véanse los respectivos reglamentos de procedimiento del TJUE, del TG y del TFPUE.

Centrándonos en la interpretación del contenido de la Regla 37, ha quedado claro de todo lo expuesto hasta ahora que, tanto para la Abogado General como para el TJUE, el tratamiento del Derecho nacional como «hecho» a efectos procesales ante la OAMI pero también ante las instancias judiciales de la Unión se colige de la imposición al solicitante de la nulidad de la carga de la prueba de datos relativos a su derecho y a su legitimación para reivindicarlo. Sin embargo, cabe dudar de que tal conclusión sea necesariamente correcta habida cuenta de los siguientes elementos.

En primer lugar, si bien es cierto que la Regla 37, letra b), inciso iii), del Reglamento de ejecución impone al solicitante de la nulidad de una marca comunitaria la aportación de los datos relativos a la titularidad del derecho que alega con arreglo al artículo 52, apartado 2, del Reglamento n° 40/94, así como los que acrediten que está legitimado para reivindicar tal derecho, el siguiente inciso [iv)] de esa misma disposición obliga a dicho solicitante a indicar «los hechos, pruebas y alegaciones justificativas de la solicitud». Luego, si el inciso iv) se refiere a los hechos y las pruebas, y no a las demás pruebas, parece lógico pensar que el inciso iii) alude a datos jurídicos consistentes en Derecho nacional, siendo entonces la especialidad de tal Derecho respecto del de la Unión la necesidad de que se aporten «datos» que lo acrediten. Desgraciadamente, ni la sentencia ni las conclusiones han reparado en esta diferencia a nivel legislativo. Su existencia es tan significativa, que no se explica el silencio absoluto a este respecto.

Sin embargo, en segundo lugar, el TG ya había declarado, en relación con el procedimiento de Oposición, cuyos principios son aplicables *mutatis mutandis* en su práctica totalidad al de nulidad⁹⁰, que «es posible que [la OAMI] deba tener en cuenta, en particular, el Derecho nacional del Estado miembro que confiere una protección a la marca anterior en la que se basa la oposición. En ese caso, debe informarse de oficio, por los medios que considere útiles a tal fin, sobre el Derecho nacional del Estado miembro de que se trate, [...]» y que «[...] la limitación de la base fáctica del examen efectuado por la OAMI no excluye que ésta tome en consideración, además de los hechos alegados explícitamente por las partes del procedimiento, hechos notorios, es decir, hechos que cualquier persona puede conocer o que se pueden averiguar por medio de fuentes generalmente accesibles»⁹¹. De estas explicaciones, hasta ahora nunca impugnadas en casación ni, por consiguiente, desautorizadas por el TJUE, se deduce claramente que, aunque la prueba del Derecho nacional incumba al solicitante de la nulidad, la OAMI no puede quedarse pasivamente esperando que la parte interesada aporte todas las pruebas de ese Derecho nacional, lo que se refleja, además, en la práctica de la Oficina, aunque con diversidad de opiniones entre las Salas de Recurso⁹².

90. VON KAPPE P., «Gemeinschaftsmarkenverfahren – Beschwerde», en FEZER, K.-H. (dir), *Handbuch der Markenpraxis – Markenverfahrensrecht und Markenvertragsrecht*, Tomo I, C. H. Beck, Múnich, 2007, p. 780 (n° 1909).

91. STG de 20.04.2005, as. *Atomic Austria GmbH/OAMI* (T-318/03), apartado 35; ver también STG de 22.06.2004, as. *Ruiz-Picasso y otros/OAMI – DaimlerChrysler (PICARO)* (T-185/02), apartado 29.

92. VON KAPPE P., *cit.*, p. 755 (n° 1757).

Por último, en tercer lugar, si la calificación del Derecho nacional como mero «hecho» en el procedimiento ante la OAMI deviene más que dudosa a raíz de las dos observaciones anteriores, con mayor razón quebrará también la extrapolación de tal consideración desde el ámbito administrativo de la OAMI al de las jurisdicciones de la Unión. En efecto, como señala la Abogado General Kokott⁹³, no existe una disposición específica en los reglamentos de procedimiento del TG y del TJUE que corresponda a la Regla 37 del Reglamento de ejecución. Pero no parece correcto entender que la obligación de no modificar el objeto del litigio del artículo 135, párrafo cuarto, del Reglamento de Procedimiento del TG, obligue a introducir o a mantener en el procedimiento judicial la misma regla de carga de la prueba respecto del Derecho nacional⁹⁴, toda vez que, como se ha expuesto previamente, no parece que el legislador comunitario, ni el juez de la Unión en primera instancia a la luz de la jurisprudencia citada, estimen que la inversión de la carga de la prueba respecto del Derecho nacional acarree el tratar a éste como «hecho» a efectos procesales, ni a nivel administrativo, ni al judicial.

Pero esta extrapolación al ámbito judicial de la interpretación de las competencias en el ámbito administrativo de la OAMI tal vez hubiera podido evitarse de haberse entendido mejor el carácter de la remisión.

2) *El dato «olvidado»: el valor de la remisión al Derecho nacional por el Derecho de la Unión*

A lo largo de este trabajo, ya se ha comentado que la sentencia *Edwin*, aunque alude a la remisión efectuada por una disposición del Derecho de la Unión a una norma de Derecho nacional⁹⁵, no extrae ninguna consecuencia de tal aseveración, de modo que cabe preguntarse sobre el por qué de un recordatorio tan estéril. Las conclusiones, en cambio, analizan esa cuestión, si bien desde un punto de vista casi «esotérico», preguntándose si la remisión que efectúa el artículo 52, apartado 2, del Reglamento n° 40/94 «convierte» el Derecho nacional en Derecho de la Unión⁹⁶. No obstante, el análisis emprendido queda viciado por una idea preconcebida y que curiosamente ni la sentencia ni las conclusiones someten a examen: la de que el Derecho nacional en los procedimientos judiciales ante los tribunales de la Unión «*pertenece al ámbito de las cuestiones de hecho*»⁹⁷. Me parece evidente que cualquier intento de fundamentación que no ponga en entredicho esta aseveración difícilmente podrá llegar a un resultado distinto del propugnado tanto en la sentencia como en las conclusiones.

Y sin embargo, el inicio de las conclusiones, y concretamente la idea de indagar si la remisión del Derecho de la Unión al nacional asimilaba este último al Derecho de la Unión, constituía un punto de arranque acertado. Pero la

93. Punto 54 de las conclusiones en el asunto *Edwin*.

94. Así lo entiende la Abogado general en el mismo punto 54.

95. Apartado 47 de la sentencia.

96. Puntos 42 a 48 de las conclusiones.

97. Véanse, en particular, los puntos 47 y 77 de las conclusiones.

inmediata y corta respuesta de la Abogado General Kokott a tal indagación se desvirtúa de raíz, pues no se trataba de ver si la remisión del artículo 52, apartado 2, del Reglamento n° 40/94 al Derecho nacional «convertía» o asimilaba o absorbía, da igual la expresión que se quiera utilizar, tal Derecho nacional al de la Unión, sino saber qué tratamiento procesal y con qué peculiaridades podía otorgarse a un Derecho que viene a sustituir, por deseo expreso del legislador comunitario, al Derecho de la Unión. Así pues, la remisión legislativa al Derecho nacional no cambia el presupuesto de partida, que es la interpretación y la aplicación de la norma de la Unión que contiene tal remisión. Por ello, en lugar de fijarse en la etiqueta del Derecho que ha de interpretar, «nacional» o «de la Unión» en virtud de su origen, el TJUE debería tener más en cuenta la función que el Derecho nacional está llamado a desempeñar en la solución del litigio como sucedáneo del Derecho de la Unión como consecuencia de la remisión⁹⁸.

Así, en primer lugar, conviene empezar llamando la atención sobre un aspecto importante y que de no despejarse corre el riesgo de desviar el discurso. Se trata de la constatación de que una remisión como la del artículo 52, apartado 2, del Reglamento n° 40/94 no desempeña la misma función que la norma de conflicto en el Derecho internacional privado. En efecto, en este último caso se trata de determinar el Derecho que debe aplicarse a una situación jurídica de un litigio porque el legislador considera que, en virtud de determinados criterios objetivos, las relaciones jurídicas entre las partes han de regirse por un Derecho que no corresponde al suyo, el del foro ante cuyos tribunales se está dirimiendo tal litigio. En esta tesitura, dado que el ordenamiento jurídico del juez que conoce del asunto no puede exigir que éste conozca todos los Derechos que puede estar llamado a tener que aplicar, el principio *iura novit curia* no rige y se traslada a las partes del litigio la obligación de documentar y probar la vigencia del Derecho que corresponda aplicar a su caso. Solamente cuando la prueba no se aporte o se haga de manera insuficiente podrá el juez que conoce del litigio aplicar la *lex fori*, para evitar la denegación de justicia garantizándose, al mismo tiempo, que el Derecho que se aplique entonces será conocido del juez que conoce de la causa.

En cambio, una remisión como la efectuada por el artículo 52, apartado 2, del Reglamento n° 40/94 tiene una estructura normativa bastante diferente de la propia norma de conflicto del Derecho internacional privado. Por un lado, se incardina en el ámbito del registro de derechos de propiedad industrial, en concreto el de las marcas comunitarias, por lo que no se trata de determinar las normas aplicables a unas relaciones jurídicas *inter privatos* sino de permitir que tras el registro de un signo como marca comunitaria por una persona ante una oficina de propiedad industrial, la OAMI, los terceros puedan intervenir solicitando la nulidad de dicha marca por afectar a determinados derechos de los que son titulares, bien en virtud de su propia legislación nacional o de la normativa comunitaria. Por otro lado, la falta o insuficiencia de la prueba de ese Derecho nacional no acarrea la aplicación subsidiaria de ningún Derecho,

98. En el mismo sentido LANGNER, O., *op. cit.*, p. 79.

sino simplemente la imposibilidad de que la oficina de marcas comunitaria declare la nulidad de la marca. Por tanto, la estructura normativa de la norma eleva al Derecho nacional al rango de presupuesto *sine qua non* de la decisión que se adopte, de nulidad o no, en el Derecho de la Unión, puesto que la adoptará un organismo comunitario. Con otras palabras, la decisión que se adopte depende directamente de la interpretación del Derecho nacional. Lo que es más, al tratarse de una potestad reglada, la Oficina sólo podrá examinar el Derecho nacional y habrá de adoptar la decisión en función de que se haya probado el derecho invocado y amparado por la normativa nacional. La OAMI no puede basar su decisión en otros elementos y carece de margen de apreciación⁹⁹.

Y en esto se diferencia el asunto *Edwin* del caso *Comisión c. Gibraltar*: en que en este último el TJUE interpretaba el Derecho gibraltareño como incidente para determinar una condición de aplicación de unos criterios jurisprudenciales para la aplicación del artículo 108 TFUE mientras que en *Edwin* la interpretación del Derecho nacional constituye el elemento decisivo de la decisión que adopte finalmente el ente de la Unión, la OAMI, con arreglo al artículo 52, apartado 2, del Reglamento n° 40/94. Además, finalmente, la nulidad eventual de la marca comunitaria sirve en particular al interés general, en la medida en que la limpieza de los registros de signos que perturban la transparencia en el mercado confundiendo al consumidor sobre el origen empresarial de los productos y servicios redundan en una mejor información en el mercado y, por consiguiente, en el establecimiento de mejores condiciones para la competencia empresarial¹⁰⁰.

Todo lo expuesto hasta ahora hace que no sea necesario, pues, que la carga y alegación del Derecho nacional en ese tipo de remisiones tenga que estar en consonancia con los principios del Derecho internacional privado en el sentido de asimilar dicho Derecho nacional a los hechos en los litigios en los que ha de aplicarse una norma de conflicto¹⁰¹, sin perjuicio de que esa parcela del Derecho pueda servir de cierta orientación. Por lo demás, tampoco está claro que se pueda hablar de «principios» generales comunes a todos los Derechos internacionales privados en la medida en que en Alemania y en Francia, por ejemplo, el juez nacional está obligado a indagar y proveer sobre el Derecho extranjero¹⁰².

99. SSTJ de 19.01.2012, as. *OAMI c. Nike* (C-53/11 P), apartado 57; de 15.09.2005, as. *BioID c. OAMI* (C-37/03 P), apartado 47; de 12.01.2006, as. *Deutsche SiSi-Werke c. OAMI* (C-173/04 P), apartado 48 y de 16.07.2009, as. *American Clothing Associates c. OAMI* (C-202/08 P y C-208/08 P), apartado 57.

100. Véanse las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, as. *Silberquelle* (C-495/07), presentadas el 18 de noviembre de 2008, puntos 44 a 47.

101. En contra del parecer de la Abogado General Kokott; conclusiones del as. *Edwin*, punto 56.

102. Sobre el Derecho alemán, SCHACK, H., *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 5ª edición, Ed. C.H. Beck, Múnich, 2010, p. 241 (n° 702); en el Derecho francés, MAYER, P. y HEUZÉ, V., *Droit international privé*, 9ª edición, Ed. Montchrestien, París, 2009, p. 137 (n° 182).

En segundo lugar, si hay tribunales supremos nacionales, como el español, que reconocen la posibilidad de interponer un recurso de casación por la violación del Derecho extranjero, y en determinados aspectos del Derecho civil, en la jurisdicción laboral y en la voluntaria también el alemán¹⁰³, cabe preguntarse si en un sistema como el español, que impone la carga de la prueba a las partes, esta inversión de la carga de la prueba operada en virtud del Derecho internacional privado únicamente provoca un régimen particular de determinación del Derecho aplicable en el que se otorga el protagonismo a las partes, pero no asimila necesariamente ni plenamente el Derecho extranjero a los «hechos» desde el punto de vista procesal. Se podría hablar incluso de que esa obligación de las partes no alcanza más que a aportar un *principio de prueba*, tal como lo ha indicado el Tribunal constitucional español, correspondiendo luego al juez nacional participar de manera activa en la consecución de esa prueba¹⁰⁴.

Pues bien, esta idea sería perfectamente trasladable al ámbito de la casación del Derecho de la Unión en los casos de remisión del Derecho de la Unión al Derecho nacional, de cuya interpretación depende entonces la correcta aplicación de la disposición del Derecho de la Unión. En efecto, la limitación del alcance de la obligación de las partes a aportar un principio de prueba y la consiguiente obligación de cooperación del juez comunitario para conseguir determinar el Derecho nacional aplicable despejarían los obstáculos para entender que la norma nacional que viene a integrar el ordenamiento de la Unión queda sometida en todo caso a un control pleno por el TJUE cuando conoce de dicha norma en casación. Además, precisamente por la función integradora del Derecho de la Unión que se le atribuye al Derecho nacional, crece el interés en que la legalidad de la interpretación de las normas nacionales aplicables en el marco de la Unión por remisión se sometan al escrutinio del TJUE, pues no debería permitirse que una defectuosa interpretación del Derecho nacional conlleve la errónea aplicación de una disposición del Derecho de la Unión, de cuya unidad y coherencia es garante el TJUE a través del recurso de casación¹⁰⁵.

En tercer y último lugar, si la remisión del artículo 52, apartado 2, del Reglamento n° 40/94 no confiere carácter comunitario al Derecho nacional, sí le otorga en cambio el estatuto de «*cualquier otra norma jurídica relativa a su aplicación*» en el sentido del artículo 63, apartado 2, de ese mismo Reglamento, el cual recoge los motivos en que puede fundarse un recurso de anulación contra resoluciones de la OAMI¹⁰⁶. Pues bien, esta cualidad debería, por sí

103. SCHACK, H., *op. cit.*, p. 250 (n° 725).

104. STC 10/2000, de 17 de enero de 2000, as. *Charlouian*, punto 4, segundo párrafo.

105. El argumento de que los Tribunales supremos garantizan la unidad y coherencia de un ordenamiento jurídico nacional y por ello no revisan la interpretación del Derecho extranjero que efectúen los tribunales inferiores de sus países se trae generalmente a colación para limitar la posibilidad de ejercer un control de legalidad pleno por parte de dichos Tribunales supremos. SCHACK, H., *op. cit.*, p. 249 (n° 724); MAYER, P. y HEUZÉ, V., *op. cit.*, p. 144 (n° 193).

106. El tenor parcial de dicho artículo es el siguiente: «1. Contra las resoluciones de las salas de recurso que recaigan en asuntos recurridos cabrá recurso ante el Tribunal de Justicia. 2. El recurso se fundará en incompetencia, en quebrantamiento sustancial de forma, en violación del Tratado, del presente Reglamento o de cualquier norma jurí-

misma, sujetar el Derecho nacional al que remite el citado artículo 52, apartado 2, al control por el TG pero no de las meras pruebas aportadas por las partes, sino también por las eventuales indagaciones de oficio llevadas a cabo por al OAMI que, como hemos visto, está facultada a realizar. Además, habría que reconocerle asimismo al TG la potestad de indagar en el Derecho nacional aplicable con miras a una correcta aplicación de la disposición comunitaria en cuestión, pues también desde este punto de vista cobra relevancia el hecho de que, como norma jurídica de la que depende la propia aplicación del artículo 52, apartado 2, del Reglamento n° 40/94, las apreciaciones que hagan la OAMI y el TG del Derecho nacional deben someterse a un control de legalidad pleno también por parte del TJUE en casación.

Por todo ello, a la luz de lo expuesto en los epígrafes 1) y 2), cuando el TJUE declara en el apartado 52 de la sentencia *Edwin* que el TG «es competente para ejercer un control de legalidad pleno sobre la apreciación efectuada por la OAMI de los datos aportados por el solicitante para determinar el contenido de la legislación cuya protección reivindica», la consideración del Derecho nacional como «hecho» a efectos procesales sólo puede provenir de un cierto rigor formalista en la interpretación del artículo 58 del Estatuto del TJUE, según el cual, al no ser formalmente Derecho de la Unión, el Derecho nacional no puede tener otro tratamiento que el de «hecho». Ciertamente, el TG sólo puede valorar las pruebas sometidas a las Salas de Recurso de la OAMI y apreciadas por ésta, afirmación que no permite soslayar la realidad de que la consideración del Derecho nacional como «hecho» no se desprende necesariamente ni del Derecho derivado ni del Derecho primario de la Unión, sino que proviene de una interpretación maniquea de las competencias casacionales del TJUE recogidas en el citado artículo 58 del Estatuto, interpretación trasladada con poca fortuna al ámbito de la Regla 37 del Reglamento de ejecución.

B. Las consecuencias materiales de la doctrina del TJUE

Para entender mejor esta crítica, conviene partir del tenor del propio artículo 52, apartado 2, del Reglamento n° 40/94 sobre la marca comunitaria. Así, dicha disposición prescribe la declaración de nulidad de una marca comunitaria cuando su uso pueda prohibirse por otro derecho anterior, en particular un derecho al nombre, a la imagen, de autor o de propiedad industrial¹⁰⁷, «con arreglo a la legislación comunitaria o al Derecho nacional que regula la protección de esos derechos».

Como se ha expuesto con anterioridad en este trabajo, la interpretación que el TJUE ha dado a la Regla 37, letra b), inciso iii), del Reglamento de ejecución, en relación con dicho artículo 52, supone que, cuando una solicitud de nulidad se base en Derecho nacional, y se llegue al recurso de casación, el

dica relativa a su aplicación, o en desviación de poder. 3. El Tribunal de Justicia será competente tanto para anular como para modificar la resolución impugnada. [...]»

107. Distinto de otra marca comunitaria o nacional, reguladas en el apartado 1 de ese mismo artículo.

propio TJUE sólo llevará a cabo un examen de las apreciaciones que el TG haya efectuado sobre las pruebas de ese Derecho nacional. Lo anterior significa, pues, como hemos visto, que cuando un eventual error por parte del TG en la apreciación del Derecho nacional no sea manifiesto o se haya desnaturalizado, el TJUE no podrá anular la sentencia dictada por el TG, lo que tendrá como consecuencia que se deje inscrita una marca a pesar del error no manifiesto en la interpretación del Derecho nacional.

Otra de las implicaciones de esta interpretación consiste en que, cuando uno de los derechos a los que se refiere el artículo 52, apartado 2, del Reglamento n° 40/94 esté protegido por una norma de Derecho de la Unión, la Regla 37 del Reglamento de ejecución no se aplica, rigiendo plenamente el principio *iura novit curia*, de manera que todas las instancias, desde las Salas de Recurso hasta el TJUE tendrán que indagar el Derecho aplicable de oficio. En caso de que el litigio llegue hasta la casación, el TJUE estará obligado, pues, a examinar plenamente ese Derecho de la Unión aplicable y, si detecta un error en su aplicación o en su interpretación, habrá de anular la sentencia del TG, sin necesidad de que el error sea manifiesto o que haya habido desnaturalización.

El resultado es una diferente protección de los derechos ante los tribunales comunitarios en función de que tales derechos se amparen en una normativa de la Unión o en una normativa nacional. Cabe señalar que esta diferencia de protección no afecta más que a los dibujos y modelos de utilidad, que, hasta ahora y s.e.u.o., son los únicos derechos de los enumerados en el artículo 52, apartado 2, del Reglamento n° 40/94, protegidos tanto por normativa de la Unión¹⁰⁸ como por las respectivas normativas nacionales¹⁰⁹. Este dato, sin embargo, no desvirtúa en ningún modo la consecuencia a la que se ha aludido; simplemente, los dibujos y modelos constituyen el primer caso concreto en el que la interpretación del TJUE de la Regla 37 citada provocará una desigualdad de protección entre los derechos de origen comunitario y los de origen nacional.

Pues bien, hay que subrayar que carece de toda lógica que una marca comunitaria deje de anularse porque no es de suficiente envergadura el error en la interpretación por el TG del Derecho nacional que protege uno de los derechos enunciados en el artículo 52, apartado 2, citado. Sí será lógica tal consecuencia cuando el solicitante de la nulidad no consiga aportar datos, en el vocabulario de la Regla 37, es decir, elementos de prueba de la existencia de su derecho, tales como un certificado o título de registro de su modelo de utilidad, o incluso cuando no aporte ninguna referencia concreta y con cierta precisión del Derecho nacional en el que pretende amparar su derecho. Recuérdese el significado de la Regla 37, letra b), inciso iii), que se ha propuesto¹¹⁰: imponer al solicitante de la nulidad de la marca comunitaria un principio de

108. Reglamento (CE) n° 6/2002 del Consejo de 12 de diciembre de 2001 sobre los dibujos y modelos comunitarios (DO L 3, p. 1).

109. Directiva 98/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1998 sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos (DO L 289, p. 28).

110. Véase *supra* lo expresado sobre el principio de prueba en el epígrafe A.

prueba del Derecho nacional que invoque en su favor. En este contexto, pues, extraña que la posibilidad de anular una marca comunitaria se enerve por el mero hecho de que el TJUE no se considere competente para enmendar un error interpretativo del Derecho nacional por parte del TG y por el único motivo de que el examen de tal error no ha revelado su carácter manifiesto.

Ciertamente, se podría pensar que, en realidad, el TJUE considerará siempre cualquier interpretación errónea de ese tipo como una desnaturalización del Derecho nacional. Pero, si así fuera, la distinción entre desnaturalización y simple error carecería de contenido y de sentido. Y es que esto demuestra el problema de aplicar al Derecho categorías pensadas para los hechos, como la desnaturalización, que no se avienen y aún menos cuando se trata de dar contenido a una norma del Derecho de la Unión.

Se produce, pues, un debilitamiento de los derechos que se pueden alegar en virtud del artículo 52, apartado 2, del Reglamento n° 40/94, de naturaleza nacional respecto de los de origen comunitario, debilitamiento que no encuentra cobertura jurídica en ninguna disposición y que es fruto de una interpretación del TJUE a mi juicio errónea de sus propias competencias en materia de casación.

VI. CONCLUSIÓN

La limitación al socaire del artículo 58 del Estatuto TJUE por el propio TJUE de sus competencias de casación respecto del control de la interpretación por el TG del Derecho nacional le lleva, en definitiva, a socavar la aplicación unitaria de preceptos del Derecho de la Unión, en particular del artículo 52, apartado 2, del Reglamento n° 40/94, en contra de la función que se le reconoce generalmente¹¹¹ de garante de la coherencia y unidad del ordenamiento de la Unión que le impone el Tratado. Además, la solución de la sentencia *Edwin* no parece muy congruente. Así, la limitación del examen por parte del TG a los elementos de prueba presentados por el solicitante proviene de una posición dogmática de considerar el Derecho nacional como un hecho, posición que no encuentra sustento en ninguna disposición normativa ni del Derecho primario ni del derivado. Aun suponiendo *–quod non–* que eso fuera lo que dispone la Regla 37, letra b), inciso iii), del Reglamento de ejecución, no puede soslayarse que esa norma se encuadra dentro de la regulación de las funciones de un órgano administrativo como es la OAMI y que los reglamentos de procedimiento del TG y del TJUE no se pronuncian al respecto. Lo que es más, el propio Reglamento n° 40/94, en su artículo 63, apartado 2, dispone que el recurso ante el Tribunal de Justicia contra las resoluciones de las Salas de Recurso de la OAMI «*se fundará [...] en violación del Tratado, del presente Reglamento o de cualquier otra norma jurídica relativa a su aplicación [...]*». Pero, precisamente un precepto de una normativa nacional a la que remite un artículo del Reglamento n° 40/94 constituye necesariamente una de esas *normas relativas*

111. LENAERTS, K., ARTS, D. y MASELIS, I., *op. cit.*, p. 453.

a la aplicación, como acertadamente señala la Abogado General Kokott¹¹², por lo que no se entiende bien el empeñamiento en apartarla del control casacional pleno por parte del TJUE.

Todo ello me lleva a abogar por que el Derecho nacional, especialmente en los casos de remisión de la norma de la Unión, se considere Derecho y que el TJUE se estime competente para examinar plenamente ese Derecho nacional a fin de controlar la interpretación en primera instancia por el TG. Para llegar a este resultado, el TJUE podría haber establecido unos criterios concretos para determinar los casos en los que podría estar llamado a interpretar plenamente, también en casación, el Derecho nacional, criterios que podrían ser los siguientes: primero, que se trate de una norma jurídica de la Unión cuya aplicación implique la adopción de una decisión en el sentido del artículo 288 TFUE, párrafos primero y cuarto, por una institución o agencia europea; segundo, que la adopción de tal decisión dependa plenamente de la interpretación del Derecho nacional; y, tercero, que la institución o agencia no goce de facultad discrecional para adoptar dicha decisión, sino que actúe en el marco de una competencia reglada.

Por lo que atañe a la prueba del Derecho nacional, se podría pedir que las partes cooperasen, exigiéndoseles la aportación de un principio de prueba, tal como se ha explicado respecto de la Regla 37 del Reglamento de ejecución. Además, con el fin de despejar posibles críticas recriminándole avocarse competencias por vía jurisprudencial, el TJUE podría haber dejado claro que la interpretación que hiciera de ese Derecho nacional se ceñiría a la jurisprudencia y, en su defecto, a la doctrina del Estado miembro de cuyo Derecho se tratara y no vendría a sustituirlas.

En cambio, en los casos como en la sentencia *Comisión c. Gibraltar*, en los que la interpretación del Derecho nacional es meramente incidental y sin una influencia decisiva en la aplicación de la norma de la Unión, la solución de la sentencia *Edwin* parece ser la adecuada. Aunque el proceder aquí propuesto parezca complicar las labores del TJUE, en realidad sólo trata de exigir un mayor rigor en la consideración de lo que se ha de entender por «Derecho» a efectos de la casación, auspiciándose que se otorgue esa calificación también al Derecho nacional que integra el de la Unión merced a una remisión con una estructura normativa como la del artículo 52, apartado 2, del Reglamento n° 40/94.

112. Conclusiones as. *Edwin*, punto 65.