

EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS: EL PAPEL DE LA ADMINISTRACION Y DE LOS JUECES EN SU APLICACION

Por

JUAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

Departamento de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: la transferencia de competencias:* 1. Materias sobre las que no existe más derecho nacional. 2. Materias sobre las que es necesario una previa armonización. 3. Sectores donde es necesaria una coordinación. 4. Relaciones de coexistencia entre ordenamientos.—III. *Los principios de derecho comunitario y sus relaciones con el derecho interno:* 1. El principio de aplicabilidad inmediata. 2. El principio de aplicabilidad directa o efecto directo. 3. La supremacía.—IV. *Las directivas comunitarias y su transposición en el ordenamiento jurídico interno: la doctrina del TJCE sobre el efecto directo:* 1. Origen teórico del problema. 2. La jurisprudencia del TJCE sobre el efecto directo de las directivas. 3. La aplicación de las directivas en las relaciones entre particulares. El alcance de los conceptos ESTADO y ADMINISTRACION para el TJCE. 4. Otros principios elaborados por el TJCE para asegurar la correcta aplicación de las directivas a los ciudadanos.—V. *La oposición de las jurisdicciones nacionales a la doctrina del efecto directo de las directivas: la sentencia Colh-Bendit del Consejo de Estado francés.*—VI. *Algunos problemas de la aplicación de la jurisprudencia del TJCE a nuestro ordenamiento.* 1. Problemas derivados del principio de separación de poderes. 2. Problemas derivados de las reglas de distribución territorial del poder.—VII. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

La adhesión de España a la Comunidad Europea ha conllevado trascendentales cambios en nuestro ordenamiento jurídico. La asunción el 1-1-1986 de todo el acervo comunitario (tratados, derecho derivado, jurisprudencia del TJCE) elaborado durante treinta años de funcionamiento de esa institución internacional ha producido una auténtica «avalancha normativa» (1) difícil de

(1) Sobre el concepto de acervo comunitario ver Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y J. L. PINAR MAÑAS, «El ingreso de España en las Comunidades Europeas y los efectos del acta de adhesión», en la obra colectiva dirigida por GARCÍA DE ENTERRÍA, Julio GONZÁLEZ CAMPOS y Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho comunitario europeo (estudio sistemático desde el derecho español)*, vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 48 y ss.; J. SANTAOLALLA GADEA, *La interpretación del derecho de las Comunidades Europeas en el ordenamiento*

asimilar y que conlleva importantes enigmas no sólo a nivel teórico, sino también en la aplicación concreta que de ese derecho deben realizar la Administración española y nuestros tribunales de justicia.

Posiblemente, una de las cuestiones más polémicas y que más ríos de tinta está haciendo correr es el problema de la transposición de las directivas comunitarias en los ordenamientos jurídicos nacionales junto con la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Europeo sobre su aplicabilidad directa, es decir, la posibilidad de que estas normas de derecho derivado, en principio dirigidas a los Estados, creen derechos subjetivos en favor de los ciudadanos quienes podrán invocarlos ante su juez nacional debiendo éste inaplicar cualquier norma interna que impida o dificulte su plena efectividad.

En las siguientes páginas intentaremos examinar el alcance de la doctrina diseñada por el TJCE, las circunstancias que deben concurrir para conseguir su aplicabilidad directa (1 bis), la posición de los tribunales al respecto y las funciones de la Administración en esa tarea dado que el TJCE en una reciente sentencia, ha circunscrito el efecto directo de las directivas exclusivamente a las controversias surgidas entre los particulares y el Estado, descartando las relaciones de tipo horizontal.

II. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y LOS DERECHOS NACIONALES: LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS

Antes de entrar en el núcleo del presente estudio es necesario recordar el sentido que los padres de los tratados europeos otorgaron a las respectivas fuentes del derecho comunitario y cómo la jurisprudencia del TJ ha elaborado una serie de principios que

español: Algunas zonas oscuras del «acquis comunitario», en «DA» núm. 185, págs. 35 y ss. Se cifra en más de 5.000 normas. En este sentido, J. E. SORIANO, Reglamentos y Directivas en la jurisprudencia comunitaria, Madrid, 1988, pág. 15.

(1 bis) No distinguiremos entre los términos «efecto directo» y «aplicabilidad directa» diferenciación que, si bien resulta importante a nivel teórico, no siempre es seguida por el TJCE, sobre todo en su primera jurisprudencia. Indagando sobre el contenido de estos dos conceptos ver J. E. SORIANO GARCÍA, *Reglamentos...*, op. cit., págs. 119-135; M. LEZERTÚA RODRÍGUEZ, *La doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de las directivas comunitarias*, «RVAP», 1985, núm. 11, págs. 275 y ss.

ponen en relación el orden europeo y los derechos nacionales con el fin de asegurar una plena aplicación y eficacia del primero (2).

Como el objetivo del tratado CEE era la consecución de las llamadas cuatro libertades (libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales) debían crearse unos instrumentos distintos y unos modelos de relación diferentes según el grado de discrepancia entre las legislaciones de los Estados miembros que evitasen convulsiones y traumas innecesarios. Al respecto se producen diversas situaciones:

1. *Materias sobre las que no existe más derecho nacional.* En estos casos, el derecho comunitario sustituye de forma uniforme al derecho interno. Se establece por tanto una absoluta transferencia de competencias a los órganos comunitarios (2 bis) que vedan cualquier intromisión de normas o actuaciones estatales (3).

El instrumento ideado para realizar esa operación es el reglamento. Esta norma posee tres peculiaridades que la diferencian del resto:

a) *Carácter general*, pues se aplica simultáneamente en el conjunto del territorio comunitario («en todo estado miembro») (4), vincula o va dirigido a todo un conjunto de personas (5)

(2) Los mismos son analizados en relación al derecho español por Santiago MUÑOZ MACHADO, «Los principios de articulación de las relaciones entre Derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva», en la obra *Tratado...*, vol. I, op. cit., págs. 503 y ss. En la literatura jurídica comparada ver N. CATALANO, R. SCARPA, *Principi di Diritto Comunitario*, Milán, 1984, págs. 121 y ss.; R. KOVAR, «Relaciones entre el Derecho comunitario y los derechos nacionales», en la obra colectiva *Treinta años de derecho comunitario*, Capítulo VI, Bruselas, 1984; J. V. LOUIS, *Le droit de la communauté économique européenne*, obra colectiva dirigida por MEGRET y otros, Tomo I, vol. II, Bruselas, 1983, págs. 583 y ss.

(2 bis) No creemos que exista una transferencia de soberanía sino de competencias, por cuanto ninguna institución internacional es detentadora de la soberanía de sus miembros. Contra esa afirmación se alza la jurisprudencia del TJCE a partir de la sentencia Costa/Enel.

(3) Por ejemplo, la total transferencia de competencias se manifiesta en materias relativas a la organización de los mercados agrícolas (art. 34 CEE) o la política agrícola común (art. 113), R. JOLIET, *Le droit institutionnel des Communautés européennes*, II, Facult. de Lieje, 1983, pág. 140.

(4) Así, un reglamento cuyos efectos fueran limitados al territorio de un solo estado no sería un verdadero reglamento, sino más bien una decisión (TJCE de 16 de mayo de 1978, UNICME, Rec. 1978, pág. 845).

(5) Aquí, la idea básica es que la naturaleza de un acto no depende de su denominación, sino de su objeto y contenido (TJCE, 14-12-1962, as. conjunto 16-17/62, Confederación nacional de frutas y legumbres, Rec. pág. 901; TJCE 15-7-1983, Plauman, as. 25/62, Rec. 197). Asimismo ver C. AUTEXIER, *L'hétérogénéité du droit communautaire dérivé*, «RIDC», 1982, págs. 337 y ss.; Guy ISAAC, *Derecho Comunitario General*, Ed. Ariel, Barce-

asemejándose a lo que en derecho español denominamos leyes o normas con rango de ley (6).

b) Es obligatorio en todos sus elementos. Así como la directiva únicamente obliga respecto al resultado a alcanzar, el reglamento impide a los Estados miembros su aplicación incompleta o selectiva (7) pudiendo prescribir «no sólo un resultado sino también imponer todas las modalidades de aplicación y ejecución que considere oportunas» (8).

lona, 1985, pág. 134. La distinción entre reglamento y decisión tiene especial trascendencia respecto al recurso de nulidad y las personas legitimadas para interponerlo que varía según la naturaleza del acto atacado. De ese modo, el artículo 173, párrafo 2 CEE, afirma: «Toda persona física o jurídica podrá interponer, en las mismas condiciones, recurso contra las decisiones que, aun revistiendo la forma de un reglamento, o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa o individualmente». Estos dos últimos requisitos vedan la posibilidad de interponer un recurso individual contra un reglamento. De ahí que el TJ haya utilizado distintos criterios para caracterizar esta disposición: «número indeterminado de destinatarios o de casos de aplicación, carácter general o abstracto de la norma...», «c'est la dernier qui semble contenir l'essentiel de la notion de réglament...», G. VANDENSARDEN, BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1977, págs 149, 150, 151 y 152.

(6) A pesar de «la prudencia de los redactores de los tratados, evitando utilizar los términos "ley" o "legislación", el Tribunal de justicia en la actualidad ya no duda al menos en el campo CEE en el cual el tratado no es más que un marco muy ligero, de recordar "el sistema legislativo del tratado" (17-12-1970, Köster, as. 25/70, Rec. 1161), o «el poder legislativo de la Comunidad» (9-3-1978, Simmenthal, as. 106/77, Rec. 629); Guy ISAAC, *Derecho...*, pág. 149. Por tanto, resulta lógico y natural que esa norma haya levantado recelos al significar una clara violación del principio de separación de poderes que rige en todos los países de la comunidad. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional Italiana, en sentencia de 27 de diciembre de 1973, núm. 183 (Frontini), dice textualmente: «Los reglamentos comunitarios no ofrecen las garantías que la Constitución reclama respecto de la actividad legislativa ordinaria en provecho de los ciudadanos (formas de promulgación y publicación, posibilidad de organizar un referéndum derogatorio, admisión de un recurso para proteger los derechos fundamentales de los individuos...)». Sobre el tema ver R. JOLIET, *Le droit institutionnel des Communautés européennes*, II, 1983, pág. 398; S. NERI, *Comentario a la sentencia citada*, en «RTDE», 1974, págs. 154-159. Asimismo, ver un estudio en la revista «CDE», 1983, pág. 334; S. MUÑOZ MACHADO, «Los principios de articulación de las relaciones entre derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva», en la obra colectiva *Tratado...*, I, op. cit., pág. 534.

(7) TJCE, 30-11-1972, Granaria, as. 18/72, Rec. 1172; TJCE 7-2-1973, Com/Italia, as. 39/72, Rec. 101; Guy ISAAC, *Derecho...*, op. cit. pág. 136.

(8) Ahora bien, es cada vez más frecuente que el reglamento comunitario sea incompleto, es decir, que resulte necesario tomar medidas por parte de las autoridades nacionales para su aplicación, lo que provoca una cierta equiparación con las directivas. Las disposiciones así tomadas se rigen por el derecho público del Estado en cuestión, bajo el control del juez nacional que debe observar siempre el principio de la aplicabilidad directa (TJCE, 27-9-1979, Eridania, as. 230/78, Rec. 2479). Sobre el tema ver J. BOULOIS, R. M. CHEVALIER, *Grands arrêts de la CJCE*, I, Dalloz, 1985, págs. 37 y 38; J. E. SORIANO, «La participación de las CCAA en el ejercicio del poder exterior y la ejecución autonómica de la legislación comunitaria», en el *Libro-homenaje a Villar Palasi*, Ed. Civitas, 1989, págs. 1297 y ss.; J. TORNOS MAS, *Políticas comunitarias y ejecución interna. La política agrícola, el FEOGA. Orientación y las competencias autonómicas* (en prensa).

c) Por último, es directamente aplicable en el orden jurídico interno, a diferencia de la directiva, al menos en su concepción inicial. Es decir, crea derechos y obligaciones a los particulares sin necesidad de otro tipo de medidas de ejecución (9).

2. *Materias sobre las que es necesaria una previa armonización.* En los sectores que existe una gran disparidad de legislaciones, las autoridades comunitarias deben preparar el derecho nacional para que éste pueda recibir el derecho europeo. Así, la comunidad impone las finalidades a conseguir otorgando a los Estados libertad en su ejecución.

Al respecto, el mecanismo previsto es la directiva que, según lo dispuesto en el artículo 189 CEE, «obliga a todo el Estado miembro destinatario en cuanto al resultado, dejando a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y los medios» (10). En consecuencia, se dice que la directiva es un ins-

(9) Así, en la sentencia Leonasio contra el Ministerio de Agricultura Italiano de fecha 17-5-1972 se puede leer lo siguiente: «A partir del transcurso de dos meses de la muerte de las vacas que establecen los reglamentos, estos dan al ganadero el derecho de exigir el pago de la prima, sin que el Estado miembro pueda oponer argumento alguno ni sobre su legislación ni sobre sus prácticas administrativas. Los reglamentos comunitarios tienen efecto directo de tal suerte que los particulares pueden invocarlos sin que puedan serles opuestas disposiciones o prácticas del orden interno». En el mismo sentido, TJCE de 14 de diciembre de 1971, Politti, aff. núm. 43/71, Rec. 1971, pág. 1049; 7 de marzo de 1972, Marimex, aff. núm. 89/71, rec. 1972, pág. 96, de 17 de mayo de 1972; 10 de octubre de 1973, Variola, aff. núm. 34/73, Rec. 1973, págs. 990-991.

(10) Con ese fin, la directiva puede ordenar a las autoridades nacionales eliminar de sus legislaciones las disposiciones contrarias al derecho comunitario (por ejemplo, art. 33'7 CEE, medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas, o los artículos 54 y 63 CEE para las discriminaciones por razón de nacionalidad en materia de establecimiento de servicios) u obligarles a suprimir las disparidades en su legislación que constituyan un obstáculo al mercado común. Sobre este tema ver A. BOUZA VIDAL, «Modalidades de unificación y armonización de legislaciones en la CEE», en *Tratado...*, op. cit., I, pág. 556; D. RIPAINSEL-LANOY, A. GERARD, *La notion juridique de la directive utilisée comme instrument de rapprochement des législations dans la CEE*, Bruxelles, 1976, págs. 37 y ss. Resulta necesario señalar que el tratado prevé dos grandes tipos de cláusulas sobre las que pueden dictarse directivas: a) Una de tipo general: El artículo 100 CEE, que permite armonizar materias muy distintas con una incidencia directa «sobre el establecimiento o el funcionamiento del mercado común». b) Otras de tipo particular: Artículo 54'3, coordinación de las garantías exigidas a las sociedades para proteger los intereses de los asociados o terceros; Artículo 57'2, coordinación de legislaciones referidas al acceso y ejercicio de actividades no remuneradas; Artículo 70'1, coordinación progresiva de la política de los Estados miembros en materia de intercambios; Artículo 99, armonización de legislaciones relativas al IVA, y a otros impuestos indirectos. Sobre el tema ver J. FAURE, *L'élimination des entraves techniques aux échanges dans la communauté*, «Revue du Marché commun», 1980, núm. 240, págs. 440 y ss. A ello debemos añadir las previsiones sobre medio ambiente incluidas en el Acta única (art. 130 R y ss.). Abordando el tema, F. LÓPEZ RAMÓN, «La Política de medio ambiente en la Comunidad Europea y su incidencia en el derecho español», en *Tratado...*, op. cit., III, págs. 499 y ss.

trumento de legislación indirecto: determina los objetivos a alcanzar dejando que sean los Estados miembros los encargados de ejecutarlas por medio de disposiciones legislativas o reglamentarias, consiguiendo únicamente la armonización de legislaciones, no un derecho único como el reglamento. Las reglas que transponen la directiva son comunitarias en su origen y sustancia pero nacionales en la forma. El derecho nacional que surge de su transposición es aplicado e interpretado por las jurisdicciones nacionales siendo utilizable el mecanismo del artículo 177 CEE en caso de duda (11).

El problema surge cuando la directiva impone un plazo para su ejecución por el Estado destinatario y éste no cumple con la obligación de transponerla en el ordenamiento interno o bien la introduce mal, variando los objetivos y finalidades que en su origen perseguía. ¿Puede en estos casos crear derechos subjetivos a los particulares? ¿Tienen los jueces la obligación de aplicarla descartando las normas internas que se le opongan? ¿Qué debe hacer la Administración competente? ¿Qué debemos entender por el término «Estado» que utiliza el artículo 189? ¿Debe aplicarse en las relaciones entre particulares el texto de una directiva no transpuesta o mal ejecutada por la legislación interna? ¿Qué vías jurisdiccionales pueden utilizar los ciudadanos para hacer cumplir los mandatos de la directiva?

A estos interrogantes esperamos responder en las páginas siguientes.

3. *Sectores donde es necesaria una coordinación.* Dado que el objetivo último de la Comunidad europea es conseguir las cuatro libertades, existen parcelas del ordenamiento estatal sobre las que no ha habido una transferencia de competencias ni una armonización de legislaciones pero que resulta imprescindible una cierta coordinación a nivel de los efectos, creando una especie de superestructura comunitaria. El ejemplo más tradicional se produce en materia de libre circulación de trabajadores cuyo requisito *sine qua non*, fundamental y primario, reside en coordinar las legislaciones sobre Seguridad Social, precisamente para que ésta pueda ser efectiva (12).

(11) Como veremos, sólo está permitido al juez nacional utilizar ese mecanismo, el cual está vedado a la Administración Pública.

(12) En base al artículo 51 CEE se han aprobado diversos reglamentos con el fin de

El instrumento escogido vuelve a ser el reglamento y en ocasiones, las recomendaciones y dictámenes que por definición «no vinculan» y por tanto, no son fuentes del derecho en el sentido completo del término (13).

4. Por último, se producen unas *relaciones de coexistencia entre ambos ordenamientos jurídicos*. Aquí, los sistemas nacionales quedan como estaban, aplicándose, en ausencia de regulación específica, las normas comunitarias que se encargarán de definir los contornos, no siempre claros, que distinguen uno y otro derecho. Al respecto, la comunidad puede dictar decisiones (cuyo régimen jurídico es análogo al acto administrativo) de carácter individual pero obligatorias en todos sus elementos (14) imponiendo nuevas cargas e incluso sanciones administrativas (15) a los destinatarios (particulares o Estado) que designe.

Todo este conjunto de situaciones distintas, como vemos, son tratadas de diferente manera. Ahora bien, para conseguir la eficacia de las normas comunitarias respecto a las disposiciones de derecho interno, el TJCE ha elaborado tres principios fundamen-

coordinar los regímenes nacionales de la Seguridad Social. Así, por ejemplo, Reglamentos 3 y 4 de 11 de enero de 1959; Reglamento núm. 1408/71, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores asalariados y a los miembros de su familia que se desplazan por el interior de la Comunidad, etc. Sobre el tema ver C. PHILIP, *Droit Social Européen*, 4.ª, Ed. Masson, París, 1985, págs. 158 y ss. Se producirá el mismo efecto de coordinación en el momento que entre en vigor el reglamento que aprueba el estatuto de la S.A. europea el 30 de enero de 1970 (J.O. núm. C 124 de 10 de octubre de 1970, modificado en diversas ocasiones).

(13) En puridad, las recomendaciones y dictámenes son una suerte de directivas no obligatorias. Por ello, además de la función coordinadora, pueden constituir reglas de armonización, dado su papel de fuente indirecta de acercamiento entre las legislaciones nacionales. P. SOLDATOS y G. VANDERSANDEN, *Les instruments du rapprochement des législations dans le cadre de la CEE*, Ed. Universitaire de Bruxelles, 1976, pág. 95, citado por G. ISAAC, *Derecho...*, op. cit., pág. 139.

(14) De ese modo, su carácter individual la diferencia del reglamento y su obligatoriedad íntegra, de las directivas, de las que se distinguen, además, por poder dirigirse a los ciudadanos directamente. Sobre el tema ver R. JOLIET, *Le droit institutionnel...*, op. cit., pág. 154; J. BOULOIS, R. M. CHEVALIER, *Grands arrêts...*, op. cit., págs. 43 y ss.; J. V. LOUIS, *L'ordre juridique communautaire*, 3.ª ed., Bruxelles-Luxembourg, 1985, pág. 75; C. AUXTIER, *L'hétérogénéité du droit communautaire dérivé*, «RIDC», 1982, pág. 337; G. ISAAC, *Derecho...*, op. cit., págs. 138 y 139.

(15) El poder sancionador de la Comunidad europea en materia del derecho de la competencia (arts. 85 y ss. CEE), es ejercido directamente sobre las personas jurídicas de los Estados Miembros. Es el Reglamento 17/62, de 26 de enero, de base, quien regula el conjunto de garantías otorgadas a las empresas, junto con el Reglamento 99/63 de la Comisión (relativo al trámite de audiencia). Al respecto es necesario señalar que el derecho comunitario en esta materia, no cumple ni en lo sustantivo ni en lo procedimental el mínimo de garantías exigido por nuestro ordenamiento jurídico cuando la Administración pone en marcha su poder represivo. Sobre el tema ver J. M. TRAYTER, *La defensa de las empresas frente a las sanciones de la Administración Europea*, Ed. Bosch, 1988.

tales sin los que todo el sistema anterior resultaría baladí. Ellos son: el efecto inmediato, la aplicabilidad directa y la supremacía.

III. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO COMUNITARIO Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO INTERNO

Para que las previsiones anteriores tengan una aplicación práctica real y efectiva, era necesario dotar al derecho comunitario de unas características propias y personales (16), separándolo de los grandes principios que rigen el derecho internacional (17). Corolario de todo el sistema es la concepción del derecho europeo como creación de los ciudadanos que se convierten, de ese modo, en el auténtico motor y piedra angular del orden jurídico nuevo (18).

Al respecto, se rechaza que los tratados originarios de la comunidad (19) sean meros contratos entre Estados que únicamente

(16) Así, la sentencia Costa/Enel (TJCE 15-7-1964, as. 6/64, Rec. 1141) se separa de las tesis internacionalistas declarando: «... El tratado de la CEE ha instituido un orden jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros en el cumplimiento de la entrada en vigor del tratado y que se impone a sus jurisdicciones...; esa integración en el derecho de cada país miembro de disposiciones que provienen de una fuente comunitaria y, más en general, los términos y el espíritu del tratado, han tenido como corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer contra un orden jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que no le fuera oponible.»

(17) Excluye el principio de las reservas, impide, en su origen, el derecho de veto, impone el principio de la aplicabilidad directa y otorga la posibilidad de recurso a los particulares (arts. 177 y 173 CEE). Asimismo, se incluye el principio de la interdicción de *venire contra factum proprium* o la cláusula *stoppel*, repudiado en derecho internacional. Lo mismo ocurre con el principio de reciprocidad que es constantemente rechazado (cond. avocat general Roemer, ass. 90-91/63, Rec. X, págs. 1239-1258 y ass. 52-55/65, RFA/Comision, Rec. XII, pág. 245).

(18) (TJCE 5-2-1963 Van Gend el Loos, as. 26/62, Rec. 1). En definitiva, son los ciudadanos mediante los mecanismos instaurados en los tratados los que están haciendo posible, día a día, la construcción europea. Principalmente ha sido el artículo 177 CEE (cuestión prejudicial) quien más juego ha proporcionado al respecto. De ese modo se suple, en parte, la falta de legitimidad de las normas comunitarias que, como sabemos, no son elaboradas por el Parlamento sino por los representantes de los gobiernos de los Estados. De todas formas, sería deseable que el Parlamento europeo detentase, de una vez por todas, el poder legislativo de la comunidad. Hasta entonces, la colaboración ciudadanos-TJCE será el único bastión de legitimidad democrática que impere en la Comunidad.

(19) Tratado CECA, hecho en París el 18 de abril de 1951; Tratados CEE y CECA de Roma de 25 de marzo de 1957. A éstos se agregan, sobre todo, los protocolos firmados el 17 de abril de 1957 en Bruselas sobre los privilegios e inmunidades y sobre el Tribunal

vinculan a ellos y no a los particulares. A esa idea principal se le añaden tres principios que le darán una «fuerza específica de penetración en el orden jurídico de los Estados miembros» (20).

1. *El principio de aplicabilidad inmediata* por el que la norma de derecho comunitario es susceptible de crear, por ella misma, derechos y obligaciones para los particulares. De ese modo, se asume la concepción monista elaborada por Kelsen (21) basada en la unidad del ordenamiento jurídico, lo que excluye «toda solución de continuidad entre el orden jurídico internacional y los órdenes jurídicos nacionales de los Estados. La norma internacional se aplica de manera inmediata, en tanto tal, es decir, sin recepción ni transformación en el orden interno de los Estados que son parte en el tratado» (22).

Al respecto, las directivas, normas que, en principio, van dirigidas a los Estados miembros y normalmente apelan a medidas nacionales de aplicación, se benefician de ese privilegio y se inte-

de Justicia que entraron en vigor el 14 de enero de 1958. Por último se incluye el Acta Única Europea.

(20) Seguiremos el clarificador esquema propuesto por Guy ISAAC, *Derecho...*, op. cit. págs. 75 y ss.

(21) H. Kelsen, *Les rapports de système entre le droit international et le droit interne*, R CADI 1926, IV, 231.

(22) Frente a esa concepción se levantan, sobre todo en Italia y Alemania, las teorías dualistas (D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, 1929; y H. TRIEPEL, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, R CADI, 1923 T I) que consideran el orden jurídico internacional como un sistema independiente del orden jurídico nacional. En consecuencia, para que un tratado internacional pueda aplicarse en el orden nacional es necesario su recepción en una ley, lo que produce una transformación en su naturaleza, permitiendo a los jueces aplicarla «en calidad de regla de derecho interno... y no como regla de derecho internacional», Guy ISAAC, *Derecho...*, op. cit., pág. 176. A results de esta concepción, las autoridades italianas reproducían el contenido de los reglamentos comunitarios en actos legislativos internos, actitud que fue condenada reiteradamente por el TJCE en diversas sentencias y comisión c/Italia en el asunto primas por la muerte de vacas de 7 de febrero de 1973, Rec. 1973, págs. 113 y ss.; TJCE de 2 de febrero de 1977, Amsterdam Bulb, as. 50/76, Rec. 1977, pág. 146. En el caso Variola (10 de octubre de 1973, as. 34/76, Rec. 1973, págs. 990 y ss.) dice: «Considerando que la aplicabilidad directa de un reglamento exige que su entrada en vigor y su aplicación en favor de los sujetos de derecho se realicen sin ninguna medida de recepción en el derecho nacional; que los estados miembros deben, en virtud de las obligaciones que se derivan del Tratado y que son asumidas al ratificarlos, a no dificultar el efecto directo propio de los reglamentos y a otras reglas del derecho Comunitario; que el respeto escrupuloso de este deber es una condición indispensable para la aplicación simultánea y uniforme de los reglamentos comunitarios en el conjunto de la Comunidad; que más particularmente, los Estados miembros no deben adoptar ninguna medida susceptible de afectar la competencia de la Corte para pronunciarse sobre toda cuestión de derecho comunitario o de validez de un acto dictado por las instituciones de la Comunidad, lo que implica que no será admisible ningún procedimiento por el que la naturaleza comunitaria de una regla jurídica sea encubierta a los justiciables.»

gran, pues, en el orden jurídico de los Estados miembros por el solo efecto de su publicación comunitaria, reservando a las autoridades nacionales meras competencias de ejecución y nunca de recepción (23).

2. *El principio de aplicabilidad directa o efecto directo* es definido a partir de la sentencia de Marshall de 1988, como «el derecho que posee toda persona de pedir a su Administración y a su juez que le aplique tratados, reglamentos, directivas o decisiones. Es la obligación para la Administración competente y para el juez de hacer uso de esos textos, cualquiera que sea la legislación del país al que pertenece» (24).

Esa característica, de elaboración jurisprudencial (25), constituye sin duda alguna la clave de bóveda de todo el sistema comunitario (26). Ahora bien, no toda norma posee esta propie-

(23) Sobre el tema ver P. PESCATORE, *La repartition des competences...*, op. cit., págs. 64 y ss.

(24) Hasta entonces venía afirmándose que el efecto directo o aplicabilidad directa «es el derecho para toda persona de pedir a su juez que le aplique reglamentos, tratados, directivas o decisiones comunitarias. Es la obligación para el juez de hacer uso de estos textos, cualquiera que sea la legislación del país al que pertenece»; R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruyellant, Bruselas, 1976, pág. 248. Dicha concepción debe ser ampliada dado que, en lo referente a las directivas comunitarias, el TJCE ha declarado su aplicabilidad directa de las relaciones Estado-ciudadanos, obligando al primero a hacer efectivo su contenido, sin que le pueda ser opuesta, como veremos, cualquier norma interna de cualquier rango.

(25) Es en la sentencia Van Gend et Loos de 5-2-63, as. 26/62, Rec. 1, en donde se proclama este principio, «sin duda la decisión histórica mayor que haya aportado», G. ISAAC, *Derecho...*, op. cit., pág. 182. En contra GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho Administrativo*, I, 5.ª ed., Civitas, 1989, pág. 178, quienes consideran al principio de primacía como «lo fundamental». La mencionada resolución proclama que: «el objetivo del Tratado CEE... es instaurar un mercado común cuyo funcionamiento concierne directamente a los individuos de la Comunidad»; ya que el tratado «constituye más que un acuerdo que sólo crearía obligaciones mutuas entre los Estados contratantes... (y) la Comunidad constituye un nuevo orden jurídico... cuyos sujetos son no sólo los Estados miembros sino también sus nacionales».

(26) De ese modo, el sistema comunitario se separa de la concepción internacionalista proclamada por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, asuntos de la competencia de los tribunales de Datzig (Dictamen del 3-3-1928, serie B, núms. 15-17) que afirma, según un principio de derecho internacional bien establecido, que un acuerdo internacional no puede, como tal, «crear directamente derechos y obligaciones para los particulares» debiendo ser opuesto, como excepción, a la intención de las partes contratantes para que pueda vincular igualmente a los ciudadanos. En España se siguen mayoritariamente los principios de aplicación inmediata (o recepción automática, a partir de la publicación del Tratado en el BOE) y aplicabilidad directa, creando derechos y obligaciones a los particulares como cualquier otra norma (STS de 11 de julio de 1980; de 22 de mayo, 22 de septiembre, 3 de noviembre y 21 de diciembre de 1981, Ar. 2116, 3744 y 5445; de 8 y 14 de julio y 30 de septiembre de 1982, Ar. 4728, 5410 y 4917; de 19 de marzo de 1983, Ar. 2497; de 12 de marzo y 27 de junio de 1985, Ar. 4739 y 3908; de 30 de abril de 1986, Ar. 4382). Sin embargo, alguna sentencia predica la necesaria trasposición de los tratados a través de un acto normativo interno (STS 3 de diciembre de 1981).

dad. En principio deberá ser: *a)* Clara y precisa, es decir, ha de contener una obligación efectivamente imperativa (27). *b)* Completa y jurídicamente perfecta, al no necesitar de ninguna medida complementaria para su aplicación y si la requiere, no deben gozar las autoridades nacionales encargadas de ejecutarla de ningún poder discrecional de apreciación (28).

Finalmente, la regla ha de ser incondicional, es decir, no debe estar sujeta a ningún término ni a ninguna reserva (29).

Todo ese conjunto de características se exigen para que la disposición deba ser aplicada por la Administración nacional (Estatal, autonómica, local o institucional) y, en su defecto, por el juez de lo contencioso-administrativo (30), so pena de incumplir las obligaciones derivadas de los tratados (art. 169 y ss., CEE).

3. *La supremacía.* El TJCE ha añadido a la aplicabilidad directa el principio fundamental de la primacía planteado solemnemente por la sentencia Costa/Enel de 1964 (31). Así, con el fin de

Sobre el tema ver J. A. SANTAMARÍA; L. PAREJO, *Derecho Administrativo (La Jurisprudencia del TS)*, Centro de Estudios de Ramón Areces, S. A., Madrid, 1989, págs. 50 y 51. Un análisis de conjunto puede verse en R. ENTRENA CUESTA, *Curso de derecho administrativo*, vol. I/1, Tecnos, págs. 159 y ss.

(27) Ver ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, *El efecto...*, op. cit., págs. 132-133.

(28) TJCE, 3-4-1968, ass. Molkerei Zentrale, as. 28/67, Rec. 211. En base a esas consideraciones puede aplicarse directamente el texto de una directiva, pues aunque este tipo de normas necesita siempre la intervención de los Estados a los que van dirigidas, en ocasiones no permiten margen alguno de discrecionalidad al transponerlas en el orden interno, por lo que son judicialmente perfectas. Por ejemplo, ver TJCE, 16-6-1966 ass. Lutticke as. 57/66, respecto al artículo 95'3 del Tratado.

(29) Por ejemplo, si una directiva está subordinada al transcurrir de un plazo, aunque sea jurídicamente perfecta, sus efectos quedan suspendidos. Pero, como veremos, al vencimiento del mismo se convierte en directamente aplicable.

(30) En este caso, si el juez nacional tiene dudas acerca de la interpretación del sentido de una norma comunitaria, puede plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE para que éste le clarifique el sentido de la disposición y, en consecuencia, pueda decidir acerca de la compatibilidad o incompatibilidad de esa norma con otra de derecho interno, debiendo dejar inaplicable esta última en caso de contradicción. Sobre el tema ver GARCÍA DE ENTERRÍA; T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, op. cit., págs. 180 y ss.

(31) TJCE de 15 de julio 1964, Costa/Enel, as. 6/64, Rec. 1964, págs. 1150 y ss. En síntesis los hechos que dieron lugar a la misma fueron los siguientes: En 1962, Italia nacionalizó el sector de la producción y distribución de la energía eléctrica mediante Ley. El señor Costa, abogado y antiguo accionista de las sociedades controladas por el Estado, se niega a pagar un recibo de la nueva entidad, ENEL, llevando el problema ante el «Giudice Conciliatore» de Milán, quien plantea dos cuestiones prejudiciales. Una ante la Corte Costituzionali Italiana por presunta inconstitucionalidad de la ley de nacionalización, a la que responde negativamente por sentencia de 7 de marzo de 1974 (foro italiano, 1964, 465, 477) aplicando la teoría dualista; la segunda, ante el TJCE por presunta violación de distintas disposiciones del Tratado CEE relativas al derecho de establecimiento, monopolios comerciales, ayudas estatales a las empresas, etc. Sobre el tema ver las observaciones de FERRARI-BRAVO, en la Revista «Cahiers de Droit Européen».

conseguir la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario, se considera que éste prevalece en su integridad sobre los órdenes jurídicos nacionales. Por tanto, cualquier norma comunitaria aplicable directamente es superior a todas las normas nacionales («... un texto interno cualquiera que sea»), administrativas, legislativas, jurisdiccionales o constitucionales vinculando esa superioridad no sólo al TJCE sino también a las jurisdicciones internas («... no podrán... verse judicialmente opuesto») (32) y a la Administración (33).

En consecuencia, «el concepto de primacía significa que las reglas con efecto directo, “en tanto son parte integrante, con rango de prioridad, del orden jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros”, deben ser aplicadas apenas entran en vigor, a pesar de la eventual preexistencia de una ley nacional incompatible y durante todo el período en el que siguen en vigor, a pesar de la adopción ulterior de una ley incompatible».

Este es el panorama que se plantea a la hora de abordar el nudo gordiano de nuestro estudio. A nadie escapa la importancia y trascendencia que encierra la delimitación y alcance de la aplicabilidad directa de las directivas comunitarias. Si poseen esa característica, las consecuencias parecen ser claras y evidentes: ninguna norma interna podrá modificarlas, contravenirlas o derogarlas creando derechos subjetivos en favor de los particulares. ¿Es eso cierto en toda su extensión?

IV. LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS Y SU TRANSPOSICIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO: LA DOCTRINA DEL TJCE SOBRE EL EFECTO DIRECTO

1. *Origen teórico del problema*

Una interpretación literal de los artículos 189 CEE y 161 CECA había difundido la creencia, posteriormente matizada, que sólo el reglamento constituía una auténtica ley comunitaria. Su carácter

1967, pág. 194 y VIROLE, en la «Revue Trimestrelle de Droit Européen», de 1965, págs. 369 y ss.

(32) Afirmaciones ya realizadas en la sentencia Costa/Enel.

(33) Tal y como se deduce de la Sentencia Constanzo que seguidamente comentaremos.

general, su obligatoriedad en todos los elementos y la peculiaridad de ser «directamente aplicable en todo estado miembro» imponía sus términos a todos los ciudadanos a los que iba dirigido y obligaba a los jueces nacionales a seguir escrupulosamente sus mandatos.

Por contra, la directiva (bautizada como recomendación en el tratado CECA) vinculaba a «todo Estado miembro destinatario» en cuanto al resultado a obtener dejando a las instancias nacionales la competencia respecto a la forma y los medios». Finalmente, la decisión era «obligatoria en todos sus elementos para los destinatarios que ella designe», en múltiples ocasiones un Estado, dado su carácter individual.

El tono de esas, en principio, taxativas determinaciones había hecho pensar a la doctrina científica que «únicamente el reglamento era aplicable de forma directa». Así lo contempla de modo literal el artículo 189 CEE por lo que cobraba auténtica vigencia el principio «incluso unius, exclusio alterius» (34).

Además, y en lo referente a las directivas, parecía obviarse dicha propiedad dada la reserva efectuada a las autoridades estatales en la forma y los medios de aplicación, lo que suponía la necesaria dicción de medidas nacionales que tradujeran esa elección (35), implicando, además, que el único destinatario de la norma fuesen los Estados, no los particulares. Por tanto, existía una mediatización, vocablo que se opone a aplicación directa; o es directa o es mediatizada, se decía (36).

Un tercer argumento nada desdeñable resultaba de las previsiones recogidas en el artículo 191 CEE, precepto que impone la notificación de las directivas a sus destinatarios, es decir, a los Estados, acto que es el único que aporta eficacia a las mismas (37).

A pesar de estos contundentes datos, el TJCE en una primera

(34) Tal y como afirma A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, *El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea*, núm. 109 de esta REVISTA, 1986, pág. 137. Ver asimismo y en nuestra jurisprudencia los trabajos de J. E. SORIANO, *El efecto directo de las Directivas: posiciones iniciales de nuestra jurisprudencia*, «Noticias CEE», núm. 52, pags. 149 y ss., y en «Poder Judicial», núm. 10, pags. 159 y ss.

(35) J. BOULOIS; R. M. CHEVALIER, *Grands arrêts...*, I, op. cit., pág. 51. En el mismo sentido A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, *El efecto...*, op. cit., pág. 127.

(36) J. BOULOIS, *L'effect directe des directives*. Coloquio celebrado el mes de marzo de 1987 en el Centre Européen Universitaire de Nancy.

(37) J. BOULOIS; CHEVALIER, *Grands arrêts...*, op. cit., pág. 51. Ahora bien, en la mayoría de ocasiones las directivas son objeto de publicación. En ese sentido, ver J. E. SORIANO GARCÍA, *La participación...*, op. cit., pág. 1307.

sentencia, *Grad*, de 6 de octubre de 1970 (38), se plantea el problema de los efectos de una decisión en relación a una directiva, otorgando aplicación directa a la combinación de esas dos normas afirmando:

«si, en virtud de las disposiciones del artículo 189, los reglamentos son directamente aplicables y, por consiguiente, por su naturaleza, susceptibles de producir efecto directo, ello no implica que otras categorías de actos contemplados por ese artículo no pueden nunca producir efectos análogos; en particular, la disposición, según la cual las decisiones son obligatorias en todos sus elementos para el destinatario, permite plantear la cuestión de saber si la obligación derivada de la decisión puede solamente ser invocada por las instituciones comunitarias teniendo en cuenta a sus destinatarios, o también puede ser alegada por toda persona interesada en la ejecución de esta obligación. Sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 reconoce a la decisión, el excluir la posibilidad que los interesados puedan invocar la obligación por ella impuesta. Particularmente, cuando las autoridades comunitarias habrían, por decisión, obligado un Estado miembro, o todos los Estados miembros, a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de dicho acto se encontraría debilitado si los justiciables no pudieran prevalecerse en justicia y las jurisdicciones nacionales no pudieran tomarla en consideración en tanto que un elemento de derecho comunitario. Si los efectos de una decisión pueden no ser idénticos a los de una disposición reglamentaria, esta diferencia no excluye que eventualmente el resultado final, consistente en que el derecho para los interesados de prevalecerse en justicia sea el mismo que el de una disposición reglamentaria directamente aplicable».

(38) TJCE F. *Grad/Finanzamt Traustein-QP Finanz Gerich de Munich*, a/ss. 9/78, Rec. 1970, pág. 825.

A esos argumentos, el Tribunal añade que el artículo 177 (cuestión prejudicial) no distingue entre uno y otro tipo de norma comunitaria sino que obliga pura y simplemente al juez nacional, conecedor de un litigio en el que puede haber una disposición de derecho interno contraria al derecho comunitario (cualquiera que sea su calificación), a suspender el procedimiento y elevar la cuestión al TJCE para que interprete esta última (39).

2. *La jurisprudencia del TJCE sobre el efecto directo de las directivas*

Situadas así las cosas, el Tribunal inaugura propiamente su jurisprudencia sobre las directivas en la sentencia *Sace* de 17 de

(39) Por tanto, es necesario precisar respecto a esa vía procesal: *a)* Que no distingue entre uno y otro tipo de actos dictados por la comunidad, lo que incluye la posibilidad de elevar la cuestión cuando no existan dudas sobre la interpretación o validez de una directiva. Al respecto, ya en la sentencia *Van Gend & Loos* (as. 26/62, Rec. IX, págs. 1-28) se plantea la duda de si puede ser utilizada esta vía procesal cuando las disposiciones no tienen efecto directo. Esa alegación fue repetida y realizada por el gobierno italiano en el asunto *Impresa Construzioni comm Quirino Mazzalai e Ferroria del renon*, núm. 111/75, Rec. 1976, págs. 657-667, al considerar que no debía ser elevada una cuestión prejudicial sobre una directiva, dado que estas normas no poseen aplicabilidad directa. El Tribunal Europeo niega esos argumentos expresamente. En el mismo sentido, ver TJCE, *Haaga*, as. 32/75, Rec. 1974, págs. 1201-1209 y conclusiones del abogado general Reisch en el mismo asunto 111/75. *b)* Que las dudas sobre la interpretación de una norma de derecho comunitario (en relación con una regla de derecho interno) o sobre la validez de esa norma, tomando como punto de referencia el sistema jurídico comunitario en sí mismo considerado. En el primer caso, el objeto de la cuestión tiene como base asegurar la uniformidad del derecho comunitario. En el segundo se pretende obtener el respeto a la legalidad del propio orden europeo. *c)* El concepto «órgano jurisdiccional» empleado en el precepto, es una noción comunitaria autónoma y más amplia que la concepción observada en los ordenamientos internos. Así, «órgano jurisdiccional» en sentido comunitario es aquel que reúne las siguientes condiciones: 1. El procedimiento desarrollado ante él es contradictorio; 2. Sus miembros son nombrados por autoridades públicas; 3. Es un órgano que aplica derecho; 4. Tiene carácter permanente; 5. Es un órgano obligatorio. En especial, ver TJCE *Veuve, G. Vaasen Göbbels*, as. 61/65, Rec. XII, págs. 377-402. *d)* Que la jurisdicción interna cuya decisión no es objeto de recurso ordinario tiene la obligación de elevar la cuestión prejudicial al TJCE (EITS cuando actúa en segunda instancia o los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas cuando decidan en única instancia). Al respecto, únicamente podrá excepcionarse esa obligación si: 1. La cuestión es idéntica a una anterior (TJCE *Da Costa*, ass. 28-30/62); 2. Si el acto es claro, o sea, no existen dudas sobre su interpretación. Esa circunstancia se produce cuando el juez nacional compara todas las versiones lingüísticas de los tratados y todas dicen lo mismo, la interpretación que da el juez nacional es idéntica a la que daría el juez comunitario y la finalidad perseguida favorece al derecho europeo (TJCE *Cilfit*, as. 283/81, en el que se preguntaba si la lana era o no un producto animal). Sobre el tema ver, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA; Tomás R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, op. cit., págs. 180 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, «Las competencias y el funcionamiento del TJCE. Estudio analítico de los recursos», en *Tratado...*, op. cit., especialmente págs. 698-726.

diciembre de 1970 (40). La cuestión elevada al Tribunal Europeo consistía en determinar si una directiva de 1967 (41) en la que se fijaba la obligación para la República Italiana de suprimir, antes del 1 de enero de 1968, el canon por servicios administrativos percibidos sobre las mercancías importadas, creaba derechos subjetivos a los particulares. El TJCE responde afirmativamente, utilizando una argumentación jurídica distinta a la anterior. En concreto, considera que los artículos 9 y 13.0 del Tratado CEE, al prever la supresión progresiva de las tasas de efecto equivalente a los derechos de aduana antes del final del período de transición, poseen efecto directo una vez finalizado éste. Es decir, el Tribunal, sin duda influenciado por la avalancha de críticas doctrinales, lo que hace es aplicar directamente las disposiciones del Tratado de Roma, cuestión por nadie discutida hasta la fecha.

Habría que esperar, pues, a la célebre sentencia *Van Duyn*, de 1977, para que el TJCE aplique de forma clara e indubitada los argumentos elaborados en la sentencia *Grad* e inicie de verdad la larga marcha sobre la aplicación directa de las directivas.

La señorita Van Duyn llegó a Gran Bretaña el 19 de mayo de 1973 para ejercer las funciones de secretaria de la Iglesia de ciencia de California, pero ese mismo día las autoridades inglesas deciden expulsarla hacia Holanda bajo el pretexto que las actividades realizadas por esa Institución eran «socialmente nocivas» y, en consecuencia, no podía permitirse la entrada a una persona que trabajara para ella (41). Contra el acto de expulsión, la señorita Van Duyn interpone un recurso y el Tribunal eleva la pertinente cuestión prejudicial con el fin de saber si el artículo 3 de la directiva 62/221, de 25 de febrero de 1964 («las medidas de orden público o de seguridad pública deben estar fundadas exclusivamente sobre el comportamiento personal del individuo sobre el que se aplican las citadas medidas»), podía ser invocado por los afectados y debía ser aplicada por los Tribunales nacionales. La respuesta del TJCE fue la siguiente:

(40) TJCE SALE. Ministerio de Finanzas de la República Italiana de 17 de diciembre de 1970, as. 33/70, Rec. 1970, pág. 213.

(41) Directiva 68/31, de 22 de diciembre.

(41 bis) Tal como afirma M. LEZERTÚA RODRÍGUEZ, *La doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de las directivas comunitarias*, «RVAP», núm. 11, 1985, pág. 287, todas las circunstancias del caso —la nacionalidad holandesa de Van Duyn, la oferta de trabajo firme y por escrito, la presencia de periodistas en el aeropuerto y la difusión que los medios de comunicación dieron en su día al caso— han permitido afirmar que se trataba de un caso provocado por la Secta para romper el cerco al que le había sometido el Gobierno británico.

«Considerando, que si en virtud de lo dispuesto en el artículo 189, los reglamentos son directamente aplicables y, por su naturaleza, susceptibles de producir efecto directo, ello no significa que otra categoría de actos contemplados por este artículo no puedan nunca producir efectos análogos;

Que sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 reconoce a la directiva excluir en principio que la obligación por ella impuesta pueda ser invocada por las personas interesadas;

Que, particularmente, en el caso donde las autoridades comunitarias habrían obligado a los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, por medio de directivas, el efecto útil de ese acto se encontraría debilitado si los justiciables no pudieran prevalecerse en justicia y las jurisdicciones nacionales estuvieran impedidas de tomarla en consideración en tanto que elemento de derecho comunitario;

El artículo 177 permite a las jurisdicciones nacionales preguntar al Tribunal sobre la validez y la interpretación de todos los actos de las instituciones, sin distinción, lo que implica que estos actos son susceptibles de ser invocados por los ciudadanos ante los jueces y ante las citadas jurisdicciones;

Que conviene analizar, en cada caso, si la naturaleza, la economía y los términos de la disposición en causa son susceptibles de producir efectos directos en las relaciones entre los Estados miembros y los particulares;

Considerando que el artículo 3, párrafo 1.º, de la directiva 64/221, al prever que las medidas de orden público debían estar fundadas exclusivamente sobre el comportamiento personal del interesado en causa, tiende a limitar el poder discrecional que en general las legislaciones nacionales atribuyen a las autoridades competentes en materia de entrada y de expulsión de extranjeros;

Que, de una parte, la disposición enuncia una obligación que no contiene ninguna reserva o condición y que, por su naturaleza, no necesita la intervención de ningún acto, sea de las instituciones de la Comunidad, sea de los Estados miembros;

Que, por otra parte, cuando se trate de derogar uno de los principios que el tratado recoge en favor de los particulares, el Estado no puede tener en cuenta factores extraños al comportamiento personal. Así, la seguridad jurídica de los interesados exige que esta obligación pueda ser invocada por ellos, aunque haya sido

enunciada en un acto normativo que no posee plenamente un efecto directo en su conjunto;

Que si el sentido y el alcance exacto de la disposición puede plantear cuestiones de interpretación, las mismas deben ser resueltas por la vía judicial, teniendo en cuenta el procedimiento previsto en el artículo 177 del tratado;

Que es preciso, pues, responder a la cuestión planteada en el sentido que el artículo 3, párrafo 1.º, de la directiva 64/221 del Consejo, de 25 de febrero de 1964, engendra en favor de los particulares los derechos que pueden hacer valer en justicia en un Estado miembro y que las jurisdicciones nacionales deben salvaguardar» (41 bis).

La extensión y amplitud de esos razonamientos hicieron pensar que, para el Tribunal, no existía una diferencia tajante entre reglamentos y directivas pudiendo incluso aplicarse estas últimas en las relaciones entre particulares, cuestión rechazada por ulteriores sentencias.

Lo cierto es que si, originariamente, la distinción era clara, hoy sus contornos aparecen más difuminados. Así, bastantes reglamentos comunitarios, sobre todo en materia agrícola, fijan, por ejemplo, los precios comunes para la producción y dejan a las instancias nacionales su concreción con respecto a la distribución (42). Por contra, las directivas aparecen cada vez más detalladas no otorgando margen alguno de maniobra a los Estados. Al respecto, la sentencia comentada hacía disminuir más aún las diferencias, dado que permitía el efecto directo de las directivas de manera horizontal en las relaciones «inter privados».

(41 III) A pesar de estos considerandos, la parte dispositiva de la sentencia del TJ, como es habitual, desestima el recurso, al interpretar que la pertenencia a una determinada secta constituía una conducta personal del individuo y que, por tanto, las autoridades británicas no habían violado las normas comunitarias.

(42) El problema se plantea por la falta de aplicabilidad directa de los reglamentos. En este sentido ver TJCE Roquette as, 145/79; TJCE Grasoli, 12-7-1979, 223/78, Rec. 1978, pág. 2621, con. F. Capotorti; TJCE 31-1-1978, ass 94/77 Zerbone; TJCE 13-2-1979, as 101/78, Granaria, Rec. 1979, pág. 623; TJCE 30-1-1974, as 159/73, Hannoversche Zucker, pág. 121; TJCE 29-9-1979 Eredania, as 230/78, Rec. 2749; TJCE 11-2-1971, Fleischkontor, as. 39/70; TJCE 30-11-1972, Granavia, as. 18/72, Rec. 1172. Sobre la distribución de competencias en materia de fijación de precios ver J. TORNOS MAS; D. TORNOS SALOMO, «La política de precios y la Comunidad Europea», en *Tratado...*, op. cit., II, págs. 501 y ss. En nuestro ordenamiento, la necesidad de completar y desarrollar los reglamentos comunitarios por una norma interna complica más la situación, al incidir en ocasiones sobre el sistema de distribución de competencias diseñado por el Título VIII de la CE y en los Estatutos de autonomía. Al respecto, en materia agrícola, ver J. TORNOS MAS, *Políticas comunitarias y ejecución interna. La política agrícola, el FEOGA orientación y las competencias autonómicas* (en prensa).

Sin embargo, la sentencia del TJCE *Ratti*, de 5 de abril de 1979, coloca en sus justos términos el problema (43). Los hechos que dieron lugar a la misma fueron los siguientes: El Consejo de Administración de la empresa S:S (Milán), representado por el señor Ratti decidió embalar y etiquetar sus productos de acuerdo con las estipulaciones previstas en dos directivas comunitarias. La primera, de fecha 4 de junio de 1973, iba referida a productos peligrosos (disolventes), que ya debía haber sido traspuesta en el ordenamiento jurídico italiano (44). Por contra, la segunda, de 7 de noviembre de 1977 (45) imponía las mismas estipulaciones para barnices, pinturas y colas, no habiendo expirado el plazo de dos años para ser ejecutadas en el ordenamiento interno (46). La regulación nacional se contenía en la ley número 245 (47) que establecía unas determinaciones más concretas y prohibitivas (imponiendo la obligación de detallar las cantidades de benzol y xylol para los productos peligrosos y el barniz), pero al mismo tiempo más permisivas (pues no obligaba a concretar todos los componentes tóxicos, corrosivos, irritantes o fácilmente inflamables) que las directivas mencionadas.

A consecuencia de los anteriores hechos, el Ministerio Fiscal introdujo una demanda contra el señor Ratti ante la Sala 5 de lo penal de la Audiencia de Milán y ésta eleva diversas cuestiones prejudiciales al TJCE (48), quien sienta la doctrina siguiente:

«Sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 reconoce a la directiva el excluir que la obligación por ella impuesta pueda ser invocada por los interesados. Particularmen-

(43) TJCE Ministerio Fiscal/Tulio Ratti, as, 148/78, de 5 de abril de 1979, Rec. 179, pág. 1629.

(44) Directiva 73/173 CEE del Consejo, del 4 de junio de 1973, relativa a la clasificación, embalaje y etiquetaje de preparaciones peligrosas (JO núm. L 189, pág. 7) dictada en base al artículo 100 del tratado (homologación de legislaciones) y de la Directiva del Consejo de 27 de junio de 1967 (10 L 167 de 25 de junio de 1977, pág. 1) relativa a las instancias peligrosas para asegurar la homologación de disposiciones regulativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros referidos a la clasificación, embalaje y etiquetaje de preparaciones peligrosas.

(45) Dado que el plazo concedido a la misma era de 18 meses y expiraba el 8 de diciembre de 1974.

(46) Directiva 77/728 CEE del Consejo de 7 de noviembre de 1977, relativa a la clasificación, embalaje y etiquetaje de pinturas, barnices, colas y productos conexos (10 núm. L 303) cuyo plazo para ser traspuesta en el orden interno concluía el 9 de noviembre de 1979.

(47) Ley 245 de 5 de marzo de 1963 (G U, pág. 1451).

(48) En fecha 8 de marzo de 1978.

te, en los casos que las autoridades comunitarias habrían, por medio de directiva, obligado a los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de ese acto se debilitaría si a los justiciables se les impidiera prevalecerse en justicia y las jurisdicciones nacionales no pudieran tomarla en consideración en tanto que elemento de derecho comunitario. En consecuencia, el Estado miembro que no ha traspuesto, en los plazos, las medidas de ejecución impuestas por la directiva, no puede oponer a los particulares el no cumplimiento, por él mismo, de las obligaciones que ella comporta. De esa afirmación resulta, que una jurisdicción nacional requerida por un ciudadano que se haya conformado con las disposiciones de una directiva, por medio de una demanda tendente a inaplicar una disposición nacional incompatible con esta directiva no introducida en los plazos dentro del orden jurídico interno de un Estado, debe ser estimada si la obligación en causa es incondicional y suficientemente precisa.

Bajo estas reservas, un Estado miembro no debería aplicar a ese justiciable su ley interna —incluso si ella incluye sanciones penales—, todavía no adaptada a la directiva, tras la expiración del plazo por ella otorgado para su transposición.

Por contra, mientras no ha expirado el plazo fijado para transponer la directiva en el orden jurídico interno, ésta no produce efectos directos que nacen al término del período fijado y en caso de incumplimiento del Estado destinatario».

En una posterior etapa, el TJCE reitera la doctrina anterior pero señala, además, que la directiva, para poder ser invocada ante los tribunales nacionales, debe ser clara y precisa, incondicional y jurídicamente perfecta no dejando margen de discrecionalidad al Estado en su ejecución.

Esas precisiones son realizadas en la famosa sentencia *Becker* de 11 de enero de 1982 (49). El supuesto en hecho era el siguiente. En la RFA existía una ley de 1977 (50) que regulaba el impuesto sobre el volumen de negocios IVA (51) y preveía la exención del

(49) TJCE *Becker/Finanzant Munster-Innestadt* de 19 de enero de 1982, as 8/82, Rec. 1982, pág. 53.

(50) (*Umsatzsteuergesetz*) de 16 de noviembre de 1977, artículo 4, párrafo 8 (*Bundesgesetzblatt*) 1973, pág. 1682.

(51) Ley de 26 de noviembre de 1979 (*Gesetz zur Neufassung des Umsatzsteuergesetzes und zur Änderung anderer Gesetze*); *Bundesgesetzblatt* 1979, I, pág. 1953.

mismo al otorgar y gestionar créditos pero no así para la negociación de créditos, operación esta última que fue excluida a partir del 1 de enero de 1980, dada la reforma legislativa acometida en esa fecha.

La señora Ursula Becker, que ejercía como independiente la actividad de negociadora de créditos, debía realizar la declaración correspondiente a los meses de mayo a junio de 1979, y solicitó ante la oficina de contribuciones de Münster-Center (*Finanzamt Münster Innensted*), la exención del citado impuesto en base a las estipulaciones recogidas en la Sexta directiva del Consejo (52), cuyo plazo de entrada en vigor en Alemania, tras la prórroga de un año concedida (53), expiraba el 1 de enero de 1979.

Desestimada la petición, le fue reclamada la cantidad de 9.582,54 M. Contra el citado acto, la señora Becker interpuso recurso siendo expresamente desestimado. Contra ese acto introdujo una demanda ante el Tribunal de finanzas de Münster (*Finanzgericht*) y éste elevó la cuestión prejudicial al TJCE, preguntándole si la regulación de la directiva era aplicable directamente en Alemania a partir de la expiración del plazo sin que el Estado hubiese ejecutado sus términos.

El Tribunal Europeo responde afirmativamente analizando otros requisitos sin los cuales, a pesar de haberse agotado el término concedido para transponerla, no sería aplicable.

Así, la directiva debe ser *suficientemente precisa*, circunstancia que concurre en el presente caso por cuanto determina la prestación exonerada y el beneficio de la exención, lo que implica «la posibilidad de ser invocada por un justiciable y aplicada por el juez».

(52) Artículo b, línea d, punto 1 de la G, directiva del Consejo 77/338, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de legislación de los Estados miembros relativo al impuesto sobre el volumen de negocios, sistema común IVA, base imponible uniforme (JOL 445, pág. 1, que dice: «Sin perjuicio de otras disposiciones comunitarias, los estados miembros exonerarán, en las condiciones que ellos fijen con vista a asegurar la aplicación correcta y simple de las exenciones previstas posteriormente y prevenir todo fraude, evasión, abusos, etc... d) La concesión y negociación de créditos así como la gestión de los mismos efectuada por los concedentes.»

(53) El motivo del retraso de la RFA y la consiguiente prórroga fue debido a una divergencia de apreciación entre las dos cámaras del Parlamento federal (*Bundestag* y *Bundesrat*) acerca del término *Island* (territorio nacional), que utilizaba la ley de 1973. ¿Se refiere al Estado federal en su conjunto o permitía determinadas competencias de ejecución a los estados federados? Esta situación fue denunciada en diversas ocasiones por la Comisión (ver las respuestas dadas al Diputado Notenboon, JOCE núm. C 28/10, de 31 de enero de 1979 y JOCE núm. C 230/7 de 27 de noviembre de 1979). Finalmente provocó, el 13 de agosto de 1979, un recurso por incumplimiento contra la RFA (ass 132/79).

En segundo lugar, la directiva, como el resto de fuentes del derecho comunitario que poseen aplicabilidad o efecto directo, debe ser *incondicional*. Al afirmar en uno de sus preceptos «que las exenciones serán acordadas por los Estados en *las condiciones que ellos fijen*» asegurando la aplicación correcta y simple de las exenciones previstas «evitando todo fraude, evasión y abusos eventuales», el TJCE pasa a analizar si realmente los términos de la directiva están sujetos a alguna reserva. «Las condiciones mencionadas —dice en su pf. núm. 23— no van referidas en modo alguno al contenido de la exoneración prevista, sino únicamente está destinada a asegurar la aplicación correcta y simple de las exenciones allí recogidas».

Respecto a este concreto punto, otras resoluciones del Tribunal nos permiten determinar cuándo una directiva es o no incondicional. Por ejemplo, la sentencia *Auer*, de 22 de septiembre de 1983 (54), considera que una directiva en materia de libertad de establecimiento de veterinarios (55) que prevé el reconocimiento mutuo de diplomas y certificados concretados en una lista anexa a la directiva y que, además, indica textualmente a los Estados la obligación de otorgar, a todos los diplomas, los mismos efectos, es evidentemente incondicional (56).

Por último, teniendo en cuenta la literalidad de los términos de la sexta directiva al decir que «los Estados miembros pueden acordar a sus ciudadanos el derecho a optar para su tributación entre varios sistemas... (a, b, c) estableciendo las modalidades en su ejercicio, el Tribunal Europeo, en el mismo asunto *Becker*, se plantea si dichos preceptos dejaban *margen de discrecionalidad* al Estado para su transposición, respondiendo negativamente: Esos preceptos «simplemente reservan a los Estados la facultad de

(54) As 271/82, conc. Mancini. En el mismo sentido, TJCE, Riencks, de 15 de diciembre de 1983.

(55) Directiva 78/1026.

(56) Los Estados Miembros únicamente pueden «alinear» sus legislaciones nacionales a las exigencias de la directiva, Yves GALMOT, Jean Claude BONICHOT, *La Cour de Justice des Communautés européennes et la transposition des directives au droit national*, «RFDA», enero-febrero 1988, pág. 16.

(57) Por contra, otras directivas incluyen disposiciones claramente condicionales. Así, la Directiva del Consejo 72/562, de 14 de noviembre, examinada en la sentencia *Delkavis* (29-11-78, as 21/78, Rec. 1278, pág. 232) afirmaba: «Las personas físicas o empresas que deseen ejercer la profesión de transportista por carretera deben... a) ser honrados... Hasta una armonización posterior cada Estado miembro determinará las condiciones que los demandantes y personas físicas previstas en el párrafo 1 deben cumplir en materia de honradez.» Evidentemente —dice el Tribunal— esas disposiciones son claramente condicionales y dejan amplio margen de discrecionalidad al Estado miembro para transponer sus previsiones.

abrir, de manera más o menos extensa, los beneficiarios de esas exoneraciones, dejándoles la posibilidad de optar a la tributación si ellos estiman que ése es su interés». Por tanto —concluye el Tribunal— «la discrecionalidad o el derecho de opción es de ellos y no de los Estados».

En definitiva, se proclama la doctrina general siguiente: «En todos los casos que las disposiciones de una directiva aparecen, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, pueden ser invocadas en defecto de medidas de aplicación tomadas en el plazo otorgado para ello, contra toda disposición no conforme con la directiva, otorgando auténticos derechos subjetivos que pueden hacerse valer frente al Estado».

Estas últimas afirmaciones fueron matizadas con posterioridad, sin duda por influencia de la sentencia Colh-Bendit del Consejo de Estado francés, en la resolución del TJCE *Felicitas*, de 15 de julio de 1982 (58). En esta ocasión es el *Finanzgericht Hamburg* quien, en el curso de un litigio entre la sociedad comanditaria *Felicitas Rickmers-Lime KG&C* y la Administración alemana de finanzas, eleva dos cuestiones prejudiciales acerca de una directiva del Consejo reguladora de los impuestos indirectos sobre la anexión de sociedades (59) que ya había sido traspuesta correctamente por una ley interna (60). En concreto, la segunda de las cuestiones decía: ¿El artículo... de la Directiva 61/335 es una disposición directamente aplicable en el sentido que un ciudadano puede invocar ante su Tribunal el derecho a ser tasado de acuerdo con la directiva?

Frente a ella, el TJCE proclama la doctrina jurisprudencial a seguir afirmando: «En todos los casos que una directiva ha sido traspuesta correctamente en el derecho interno, sus consecuencias afectan a los particulares mediante las medidas de aplicación tomadas por el Estado Miembro, no pudiendo aplicarse en estos casos los preceptos de la directiva, ya que esta posibilidad únicamente se produce en los casos que ha sido incorrectamente ejecutada».

Por tanto, el TJCE se estaba alineando, de forma parcial, con la

(58) TJCE *Felicitas Rickmers-Linie KG & Co. contra Finanzamt für Verkehrsteuern, Hamburg*, 15 de julio de 1982, as. 270/81, Rec. 1982, pág. 2771.

(59) Directiva del Consejo 69/335, de 17 de julio de 1969 (10 L 249, pág. 25).

(60) Ley relativa a la imposición de transacciones y mutación de capitales (*Kapitalverkehrssteuergesetz*) de 17 de noviembre de 1972.

doctrina elaborada por el Consejo de Estado francés que, como veremos, exige contrastar el acto de aplicación con la medida interna de ejecución y no con la directiva.

3. *La aplicación de las directivas en las relaciones entre particulares. El alcance de los conceptos Estado y Administración para el TJCE*

Una de las diferencias que, a lo largo del presente estudio, se ha podido adivinar entre reglamentos comunitarios y directivas es la capacidad que poseen los primeros de intervenir en litigios entre particulares: es el llamado efecto horizontal (60 bis).

Nada impide (más bien todo lo contrario) que un reglamento, dirigido a una categoría de personas (de ahí su carácter general) pueda ser utilizado para regular las situaciones controvertidas que se les planteen.

Ahora bien, esa que, en principio, era una de las distinciones entre reglamentos y directivas, empezó a ponerse en duda sobre todo por las sentencias *Franz Grad* y *Société SACE* de 1970, al consagrar una concepción amplísima del efecto directo de las directivas. La fórmula retomada de la sentencia *Van Duyn* según la cual «en los casos que las autoridades comunitarias hayan, por medio de una directiva, obligado a los Estados Miembros a adoptar un determinado comportamiento, el efecto útil de dicho acto se consideraría debilitado si los justiciables no pudieran valerse en justicia de él y se les impidiera a las jurisdicciones nacionales

(60 bis) Sobre el problema ver J. E. SORIANO, *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 107-131.

(61) Incluso accionando el recurso de nulidad, previsto por el artículo 173 CEE. Sobre el tema ver JOLIET, «Le droit institutionnelle des CE», *Le contentieux*, I, Liege, marzo 1981, págs. 73-82, en el que se analizan los criterios para distinguir un reglamento de una decisión. En este sentido la sentencia TJCE, 14-12-1962, Federación nacional carnicería, ass 19-22/62, Rec. 943, dice: «los rasgos esenciales de la decisión resultan de la limitación de los destinatarios a los que se dirige, mientras que el reglamento, de carácter esencialmente normativo, es aplicable no a destinatarios limitados, determinados e identificables, sino a categorías consideradas abstractamente y en su conjunto». De ese modo, para interponer un recurso de nulidad se requiere que el particular se encuentre directa e individualmente afectado (TJCE 16-3-1978, UNICME, as 123/77, Rec. 845) lo que ocurre con poca frecuencia. No olvidemos que el reglamento comunitario es una disposición equiparable a la ley. Asimismo debemos tener presente que el recurso de nulidad es una transposición del recurso por *exces de pouvoir* francés. Sobre el tema ver G. VANDERSANDEN, A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1977, págs. 129 y ss.; Guy ISAAC, *derecho comunitario general*, op. cit., págs. 270 y ss.

tomarlo en consideración al ser un acto comunitario» no parecía distinguir si el litigio se producía entre el Estado y un particular o entre particulares. Así, llegamos a la sentencia *Defrenne II* de 1976 (62) en la que el TJCE parece otorgar efectos horizontales a las disposiciones que aplican los principios del derecho europeo, cuando afectan a los propios fundamentos de la Comunidad. En ese caso el problema se planteaba respecto del artículo 119 CEE que impone a los Estados el respeto del principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores por razón de sexo. La señora Defrenne impugnaba el convenio colectivo regulador de las condiciones de trabajo en la empresa aérea SABENA, donde se establecía un límite de edad de cuarenta años para las azafatas y de cincuenta para el personal masculino, hecho que repercutía en la pensión de jubilación. Al respecto, el TJCE da una respuesta estimatoria para la recurrente otorgando un efecto horizontal a las disposiciones del Tratado que forman parte de la esencia misma del derecho comunitario a pesar de que, como en el caso de autos, las obligaciones fueran dirigidas única y exclusivamente a los Estados (63).

Algunos datos posteriores, tanto en la jurisprudencia (64) como en la doctrina científica (65), permitían afirmar que las

(62) TJCE de 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, Rec. 1976, pág. 445. De hecho existen tres sentencias *Defrenne*. Sobre un análisis del conjunto ver C. PHILIP, *Droit...*, op. cit., pág. 170.

(63) Al respecto ver A. R. LEITAO, *L'effet direct des directives: une mythification?*, «RTDL», núm. 31981, pág. 432. Asimismo, ver Odile STOCKER, *Note sur l'arrêt Defrenne*, «Cahiers Droit européen», 1977, pág. 205; EASSON, *Can directives impose obligations individuals*, «European Law Review», 1976, p. 67; Victor LOUIS, *Organisations européennes*, «PUB», 1980, p. 119.

(64) En la sentencia Ratti, dada la concepción restringida del efecto directo allí sentada, podía intuirse, aunque no expresamente. En las conclusiones del abogado general Sir Gordon Slynn a la sentencia Becker podemos leer: una directiva no dirigida a un particular no puede imponer obligaciones, pero si sus términos se lo permiten, el particular puede oponerse al Estado que ha incumplido (pág. 8). Esta afirmación es discutible desde nuestro punto de vista, ya que como dice F. SANTAOLALLA GADEA, «La aplicación del derecho...» en la obra colectiva *Tratado...*, op. cit., pág. 477, nota 192, *in fine*: «resulta difícil de aceptar que la invocabilidad de una directiva dependa del *status* de la persona contra la que se alegue. Piénsese, volviendo al asunto Becker, que así como la recurrente pudo obtener del Estado la devolución de lo indebido, sus clientes no hubieran podido conseguir que ella les reintegrase el importe del IVA que sobre ellos hubiera repercutido».

(65) Así, el juez PESCATORE, en 1980, afirmó: «Las directivas pueden ser invocadas en justicia por los particulares porque son obligatorias para los Estados miembros en tanto que reflejo de esta obligación... Las directivas... sólo pueden ser invocadas judicialmente contra aquel que les concierne, a saber, el Estado, como corolario de la obligación que les imponen» (*El efecto de las directivas comunitarias: una tentativa de desmitificación*, Recull Dalloz, 1980, Chronique 171). En el mismo sentido, PESCATORE, *The doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law*, «ELR», 2, 1983, págs. 154 y ss. Una posición contraria al efecto directo de las directivas en las relaciones entre particulares

directivas no poseían *per se* efecto directo en las relaciones horizontales, es decir, en los litigios entre particulares, creando únicamente derechos subjetivos frente al Estado, sujeto que, en puridad, era el destinatario de la norma comunitaria (66). No obstante, los puntos de referencia seguían en la línea de la contradicción. Así, a lo largo del proceso *Becker* fueron los propios Estados (francés y alemán) quienes admitieron la posibilidad de que determinadas disposiciones de las directivas pudiesen ser invocadas por los particulares, desautorizando a sus propias jurisdicciones (67).

Es la sentencia *Marshall*, de 26 de febrero de 1986 (68), la que nos saca de dudas, cerrando un debate pero abriendo uno más complicado y difícil: El concepto de Estado y de Administración a la luz del derecho comunitario (69).

El caso de autos era el siguiente: La señora Marshall, empleada por la *Southampton y South West Hampshire Area Health Authority* como dietista, fue despedida en marzo de 1980 a la edad de sesenta y dos años, en virtud de la política general de empleo que en esa institución se seguía y que consistía en finalizar los contratos a partir del momento en que, según la ley británica, pudieran cobrar la pensión de jubilación (edad fijada en sesenta y cinco años para los hombres y sesenta para las mujeres) (70). La interesada consideró su despido abusivo, al violar tanto la ley británica de 1975 sobre interdicción de discriminación por razón

puede verse en DIBOUT, *L'Effet des directives Européennes. A propos de l'Arrêt Becker, relatif a la 6.^e directive TVA*, «CJCE», 19 de enero de 1982, *Droit fiscal*, págs. 965 y ss.

(66) Por ello el tratado prevé su notificación. PESCATORE, *L'effet des directives communitaires, une tentative de desmitification*, Dalloz, 1980, p. 176.

(67) Tal como afirma F. SANTAOLALLA GADEA, *La aplicación...*, op. cit., pág. 477.

(68) No publicada.

(69) El concepto Administración, utilizado por lo demás, en el artículo 48.º 4 CEE, no ha sido delimitado por el TJCE. No obstante, al interpretar este precepto («las disposiciones del presente artículo no son aplicables a los empleos de la Administración Pública») referido a la libertad de circulación de trabajadores, ha tenido la oportunidad de concretar que los empleos a los que se refiere el artículo 48.º 4 son aquellos en los que existe una relación con la Administración Pública cuando está investida de *imperium*, es decir, los que comportan el ejercicio «de la puissance publique et l'attribution des responsabilités pour la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat» (TJCE 17 de diciembre de 1980 y 26 de mayo de 1980, *Commission Belgique*, as. 149/79), descartando la definición que de Administración Pública puedan dar los derechos nacionales, pero incluyendo las administraciones locales y es de suponer las administraciones autonómicas desde el momento que forman parte de la Administración territorial y en ellas se ejercen ese tipo de funciones. Sobre el tema C. PHILIP, *Droit Social Européen*, Masson, París, 1985, págs. 153 y ss.

(70) La interesada ya había sido beneficiada por una prórroga de dos años en virtud de una decisión individual.

de sexo, como la directiva 76/207 del Consejo que prohibía idéntica desigualdad en lo referente a las condiciones de trabajo (71). La *Court of Appeal* estimó que esa actitud no contravenía la ley nacional, pero eleva dos cuestiones prejudiciales referentes a la interpretación de la directiva, en los siguientes términos:

- a) ¿El despido efectuado infringe las disposiciones de la directiva de 1976?
- b) ¿Puede esa directiva ser aplicada por la Jurisdicción nacional en el litigio entre la señora Marshall y la *Health Authority*?

Sobre la primera cuestión, el Tribunal Europeo concreta que «el artículo 5, párrafo 1, de la directiva, si es interpretado en el sentido que una política general de empleo implica el despido de una mujer por el único motivo de tener o sobrepasar la edad que le otorga el derecho a cobrar una pensión del Estado, siendo esta edad diferente para los hombres y para las mujeres en virtud de la legislación nacional, constituye una discriminación fundada en el sexo, prohibida por la directiva» (72).

Respecto a la segunda pregunta, el Tribunal realiza unas trascendentales afirmaciones que sin duda constituyen un giro copernicano sobre el alcance de la aplicación directa de las directivas y que provocarán, en un futuro próximo, la reapertura del debate ya hace unos años más o menos enquistado. Así, respecto a la consideración que una directiva no puede ser invocada por un particular contra otro, el TJCE considera «que según el artículo 189 del Tratado, el carácter obligatorio de una directiva, sobre el que se funda la posibilidad de invocarla ante una jurisdicción nacional, existe únicamente en relación a "todo Estado miembro destinatario". En consecuencia, una directiva no puede crear por ella misma obligaciones a un particular y tampoco puede ser invocada como tal contra otro particular».

En definitiva y por primera vez, la Alta jurisdicción europea niega claramente la posibilidad que las directivas puedan ser apli-

(71) Directiva 76/207 del Consejo, de 9 de febrero de 1976, que afirma (art. 5): «la aplicación del principio de igualdad de tratamiento en lo que respecta a las condiciones de trabajo, comprendiendo asimismo las condiciones de despido, implica que sean aseguradas las mismas condiciones entre hombres y mujeres, sin discriminación fundada en razón de sexo».

(72) Considerando núm. 38. La traducción es nuestra.

cadadas en las relaciones entre particulares. Por tanto, excluye total y absolutamente que esas normas posean algún tipo de efecto horizontal, al tener como destinatario único al Estado que concierne o va dirigida (73).

Esa concepción de la directiva, como dijimos, si bien cierra un debate, distinguiéndola claramente de los reglamentos, no deja de suscitar problemas que deberán ser concretados, perfilados y determinados en posteriores resoluciones (74). A nuestro juicio, la doctrina sentada por el TJCE, produce dos tipos de enigmas, a saber:

- 1) ¿Por qué ha de depender la eficacia de una norma de la persona contra la que se alega? (75).
- 2) ¿Qué debemos entender por el término Estado a la luz del derecho comunitario?

Respecto a esta última cuestión, los problemas no han hecho más que empezar. ¿A qué Estado se refiere el Tribunal? ¿Debemos incluir las CCAA, y los Entes locales como parte de ese Estado? Y cuando la Administración actúa sometida a las normas de derecho privado, ¿es Estado en el sentido comunitario de la palabra? Y las empresas públicas y organismos dependientes de la Administración, ¿son ellos Estado?

La sentencia Marshall no aporta demasiadas soluciones a las cuestiones planteadas, afirmando únicamente que los particulares pueden invocar en todo momento la directiva contra el Estado «sea cual sea la cualidad en la que este último actúa, empresario o autoridad pública. En uno y otro caso, lo que conviene es evitar que el Estado pueda sacar provecho del desconocimiento del derecho comunitario» (76).

La reciente sentencia del TJCE Fratelli Constanzo/Ayunta-

(73) Esa razón permite condenar al Estado en caso de incumplimiento (art. 169 CEE).

(74) De hecho, la doctrina Marschall ha sido confirmada en varias ocasiones (TJCE 12 de mayo de 1987, Ministerio Público cTraen, ass. conjuntos, 373, 374/85 no publicado; TJCE 11 de junio de 1987, Pretore di Salo Comisión, as. 14/86 no publicado).

(75) Así en el ejemplo Becker ya citado o en el asunto Kloppanburgo de 22 de febrero de 1984. En estos casos puede ocurrir que la aplicación de la directiva perjudique a terceros particulares quienes, según esa doctrina, no podrán prevalecerse de sus previsiones.

(76) Debemos tener en cuenta que la *Authority* fue considerada por el Tribunal como una autoridad pública.

miento de Milán, de 22 de junio de 1989 (77), da un paso más al respecto, estableciendo la obligación para la Administración «incluidos los entes locales», de aplicar las directivas con efecto directo, obviando cualquier norma de orden interno, incluso con rango de ley, que contradiga o modifique sus términos».

Los hechos que dieron lugar a tan trascendentales afirmaciones, que equiparan las funciones de jueces y tribunales nacionales y de la Administración Pública (a pesar de no estar previsto para ella la utilización del art. 177 CEE), tenían su origen en la «incorrecta transposición, en el derecho italiano, del artículo 29.5 de la directiva 71/305, de 26 de julio de 1972, sobre la coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos de obras públicas».

En efecto, mientras la norma europea preveía «que adjudicando el contrato mediante el sistema de subasta pueden rechazarse las ofertas manifiesta y anormalmente bajas en relación a la prestación» tras un procedimiento contradictorio con audiencia a los afectados (78), la ley italiana (79), modificada en ese punto por diversos decretos-leyes (80), sustituía el mencionado procedimiento por un cálculo matemático que, de forma inmediata y automática, excluía las ofertas consideradas «anormalmente bajas» (81).

(77) As. 103/88 (no publicado). Conclusiones del abogado general Carl Otto Lenz. Las informaciones aquí reseñadas han sido proporcionadas por Vittorio di Buchi, *referendeur* del juez Mancini en el TJCE, a quien agradecemos su siempre desinteresada colaboración.

(78) El artículo 29.5 de la directiva 71/305 del Consejo dispone: «Si, pour un marché donné, des offres présentent manifestement un caractère anormalement bas par rapport à la composition avant de décider l'attribution du marché. Il tient compte de cette vérification. A cet effet, il demande au soumissionnaire de fournir les justifications nécessaires et lui signale, le cas échéant, celles qui sont jugées inacceptables. Si les documents relatifs au marché prévoient l'attribution au prix la plus bas, le pouvoir adjudicateur est tenu de motiver auprès du Comité consultatif institué par la décision du Conseil du 26 juillet 1971, le rejet des offres jugées trop basses.»

(79) Ley núm. 584, de 8 de agosto de 1977, adaptando los procedimientos de adjudicación de contratos de obras públicas a las directivas Comunitarias (GURI núm. 232, de 26 de agosto de 1977, pág. 67272).

(80) Decreto-ley núm. 206, de 25 de mayo de 1987, GURI, núm. 120, de 26 de mayo de 1987, pág. 5; decreto-ley núm. 302, de 27 de julio de 1987, pág. 3; decreto-ley núm. 393, de 25 de septiembre de 1987, GURI, núm. 225, de 26 de septiembre de 1987, pág. 3).

(81) Artículo 4: «Afin d'accélérer les procédures relatives à la passation des marchés publics de travaux et pour une période de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur du présent décret, sont considérées comme anormales, au sens de l'article 24, troisième alinéa, de la loi num. 584, de 8 agosto 1977, et sont exclues du marché, les offres qui présentent un rabais d'un pourcentage supérieur à la moyenne des pourcentages des offres admises, augmentée d'un pourcentage qui devra être indiqué dans l'avis de marché.» Esas estipulaciones cesaron de producir efectos al no ser convertidas en ley según el plazo previsto por la Constitución Italiana. Sin embargo, una ley posterior pre-

De ese modo, y con motivo de la organización del Campeonato del Mundo de Fútbol de 1990 atribuido en su organización a la liga italiana de fútbol, debía procederse a la ampliación y cobertura del Estadio G. Meazza de Milán. En esa perspectiva, el Consejo Municipal de Milán decidió, el 21 de julio de 1987, sacar a concurso-subasta las citadas obras, publicando posteriormente las cláusulas de exclusión automática para las ofertas anormales. Por acto administrativo individual se comunicó el rechazo de su candidatura al Grupo Constanzo, compuesto por varias empresas italianas y una española, adjudicándose el contrato a la sociedad Lodigiani S.P.A., en base todo ello a la legislación interna (82).

Constanzo ataca en vía administrativa la decisión del Consejo Municipal de Milán, conducta ratificada por la Junta Municipal (83). Contra ese acuerdo interpone recurso ante el Tribunal administrativo regional de Lombardía alegando la incompatibilidad del Decreto-Ley con el artículo 29.5 de la directiva. Así, el Tribunal eleva cuatro cuestiones prejudiciales ante el TJCE (84). La última de ellas hacía referencia a la obligación de la Administración nacional de no aplicar una disposición interna incompatible con una directiva con efecto directo y el alcance del término Administración para el derecho comunitario ¿incluye los entes locales? (85). El TJCE, después de constatar la contradicción existente entre la norma interna y la directiva y de recordar el derecho que asiste a los particulares de invocar los términos de esta última ante el juez nacional, se plantean las obligaciones que debe cumplir la Administración en estos supuestos argumentando:

«Sería contradictorio afirmar que los particulares pueden invocar las disposiciones de una directiva (con efecto directo) ante sus jurisdicciones naciona-

cisó que los efectos de los actos jurídicos adoptados sobre la base de esos Decretos-leyes debían mantenerse (art. 1^o 2 Ley 478, de 25 de noviembre de 1987, GURI, núm. 277, de 26 de noviembre de 1987, pág. 3).

(82) De fecha 6 de octubre de 1987.

(83) El 26 de octubre de 1987.

(84) En fecha 16 de diciembre de 1987. La primera de ellas referida a la obligación de transponer el artículo 29.5 de la directiva sin modificarlo. La segunda versaba sobre el poder de los Estados miembros de modificar la legislación por la que transpone una directiva y la obligación de motivar esa modificación, obligación que es negada por el TJCE. La tercera cuestionaba la compatibilidad de la legislación italiana con la directiva.

(85) ¿Debe la Administración local dejar inaplicables las disposiciones contrarias a la directiva comunitaria (eventualmente después de haber consultado a la Administración Central) o esta obligación de inaplicación únicamente corresponde al juez nacional?

les, con el objetivo de censurar a la Administración, y estimar, sin embargo, que ella no tiene la obligación de aplicar las disposiciones de la directiva descartando aquellas de derecho nacional contrario. Así, cuando las condiciones establecidas por la jurisprudencia de este Tribunal para que una directiva pueda ser invocada por los particulares ante las jurisdicciones nacionales se cumplen, todos los órganos de la Administración, comprendiendo asimismo las autoridades descentralizadas, como los Ayuntamientos, deben aplicar esas disposiciones» (86).

En consecuencia, respecto a la cuarta cuestión debemos responder que, como el juez nacional, toda Administración, incluso la local, tiene la obligación de aplicar las disposiciones de la directiva... descartando las normas de derecho nacional contrarias» (87).

Esa respuesta, si bien nos parece positiva y favorable a los derechos de los ciudadanos, no deja de plantear nuevos interrogantes. ¿Cómo va a aplicar la Administración el contenido de la directiva si tiene dudas acerca de su interpretación y su posible contradicción con el derecho interno? ¿Puede entonces ser condenado el Estado dos veces, una por la no transposición de la directiva y otra por la no aplicación de sus términos? ¿Por qué el artículo 177 CEE sólo incluye como destinatario de sus previsiones a los jueces y tribunales? ¿Qué diferencia existe entre los reglamentos y las directivas?

Tal como dice el Abogado General Carl Otto Leng en sus conclusiones (88), «la obligación de la Administración a aplicar directamente el texto de la directiva descartando las normas con rango de ley que se le opongan, debiera circunscribirse a los casos en que una decisión jurisdiccional anterior y análoga así lo haya dispuesto, o en los casos que no quepa margen de duda “como es el presente”».

En definitiva, de todo ello podemos deducir las siguientes consideraciones:

(86) Considerando 31 de la sentencia comentada.

(87) Considerando 33 de la sentencia comentada.

(88) Conclusiones núms. 21, 22, 23, 24, 28, 31, 35, 36, 37 y 38.

- a) El TJCE en esas resoluciones ha reiterado su concepción «proeuropeísta» poniendo en práctica el método de interpretación de las normas de tipo finalista, teológico o funcional. La voluntad de dar a la Comunidad una vida propia en función de sus finalidades de integración es el principal argumento que una y otra vez guía toda su jurisprudencia (89).
- b) En virtud de esa concepción, se considera al Estado como órgano, sin distinguir las diferentes funciones que pueda realizar y si está sometido, según el derecho interno, a un régimen público o privado. Las directivas comunitarias, en consecuencia, podrán ser invocadas contra el Estado unitariamente considerado (un único órgano y una sola función).
- c) Sobre el concepto comunitario de Estado, el TJCE incluye:
1. La Administración Estatal (central y periférica), autónoma y local, dado que la inactividad de estas dos últimas ha conllevado en ocasiones la condena del Estado en el sentido comunitario de la palabra (90).

(89) En ocasiones ese método interpretativo sirve para justificar lo jurídicamente injustificable. Véase, por ejemplo, la interpretación al absurdo que se ha hecho del sistema de responsabilidad extra-contractual o la reducción de las personas legitimadas en el recurso de nulidad, o el desprecio más absoluto que en el plano de las garantías a los particulares se consagra en los procedimientos de sanción en materia de la competencia (arts. 85, 86 y 87 CEE y Reglamento 17/62). Sobre este tema ver J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *La defensa de las empresas frente a las sanciones de la Administración Europea*, Bosch, Barcelona, 1988. Sobre los métodos de interpretación del tribunal ver P. PESCATORE, *Les objectifs de la CEE comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice*, Melanges Ganshol Van de Meersch, Bruxelles, Bruylant, 1972, págs. 325 y ss.; Guy ISAAC, *Derecho...*, op. cit., págs. 163 y ss.

(90) El TJCE en los recursos por incumplimiento de los Estados a las obligaciones que les incumben en virtud de su adhesión a la Comunidad, no admite ningún tipo de defensa. Así, ha rechazado las dificultades de orden constitucional relativas a la lentitud del proceso legislativo (as. 79/69 Com/Bélgica, Rec. XVI, pág. 237, donde el parlamento debía derogar una ley contraria al derecho comunitario aprobando otra nueva). El TJCE declara que «la responsabilidad del Estado a la luz del artículo 169 CEE surge cualquiera que sea el órgano constitucionalmente independiente causado por la actitud de los jueces nacionales (as. 48/71 Comisión Italia, Rec. XVIII, págs. 529 y ss.) o por la no ejecución de una directiva cuya competencia era de las regiones (TJCE Com./Bélgica, 2 de febrero de 1982)». Al respecto, el abogado general afirma: «En general, hay que decir que la ejecución de directivas por medio de actos normativos de carácter regional es admisible desde el punto de vista comunitario, al ser libre cada Estado miembro de repartir como considere oportuno las competencias normativas a nivel interno, pero la cuestión radica en que el Estado miembro, cualquiera que sea su estructura, es responsable hacia la Comunidad cuando la ejecución sólo tiene lugar para una parte del territorio.» Citado por S. MUNOZ MACHADO, *Relaciones del Estado...*, op. cit., pág. 623.

2. Acerca de la llamada «Administración Institucional» en ocasiones no existirá dificultad alguna para incluirla en el concepto Estado, problemas que sí se producirán respecto a organismos o empresas públicas relacionadas directa o indirectamente con el Estado. De ahí lo criticable de esa concepción.

En consecuencia, el concepto de la aplicabilidad directa de las directivas comunitarias, después de lo dicho, podría formularse del siguiente modo: *Es el derecho que tienen los particulares de invocar a su favor el contenido de las directivas. Es la obligación que tiene la Administración Pública, el Estado y los jueces nacionales de aplicarlas, descartando cualquier norma de derecho interno que se les oponga.*

4. *Otros principios elaborados por el TJCE para asegurar la aplicación de las directivas a los ciudadanos*

El TJCE ha hecho un importante esfuerzo para asegurar que, en todas las ocasiones, los términos de una directiva puedan ser aplicados evitando todo tipo de vacilaciones y disfunciones. Así, además del efecto directo, el Tribunal Europeo ha elaborado una doctrina firme principalmente a través de los Recursos por incumplimiento (art. 169 CEE y 88 CECA) que han servido como vía procesal para conseguir ese propósito (91), pero además como balcón incomparable donde ha expuesto diversos métodos tendentes a paliar las naturales reticencias de los Estados en la transposición del contenido de las directivas.

(91) En derecho comunitario se entiende por incumplimiento «toda violación de las reglas y principios obligatorios contenidos en el arsenal de normas jurídicas de derecho europeo». Por tanto, la no aplicación, la aplicación tardía o la inaplicación de normas internas contrarias al derecho comunitario sería causa de incumplimiento según el artículo 5 CEE (conclusiones del abogado general Mayras, as. 39/72, Rec. 1973, págs. 117 y ss.). El procedimiento es sencillo. Se inicia con una carta que dirige la Comisión al Estado, comunicándole las quejas sostenidas contra él. El Estado debe contestar en un plazo razonable. Si la Comisión persiste en su creencia emitirá un dictamen en el plazo de tres meses que debe incluir los siguientes requisitos: a) Motivación detallada de las razones de incumplimiento; b) Plazo otorgado al Estado para eliminar el incumplimiento; c) Identidad de motivos entre la primera carta y el dictamen posterior. Si la Comisión no hubiere emitido el dictamen en el plazo de tres meses desde la fecha de la solicitud... ello no será obstáculo para recurrir al TJCE. Sobre este tema ver VANDERSANDEN-BARAV, *Contentieux...*, op. cit., págs. 118 y ss.

Para empezar, el TJCE ha condenado de forma reiterada y granítica a los Estados que no han introducido, en el plazo fijado, los términos de una directiva (92). En este sentido, no ha aceptado ningún motivo de excusa ni defensa. Las dificultades constitucionales o administrativas como la duración de los procesos legislativos o la necesidad de dar audiencia a los interesados han sido imperturbablemente rechazados (93).

Pero, además, esta vía procesal ha servido para concretar los criterios bajo los cuales el Estado debe realizar la operación de transposición, no olvidando nunca el principio de seguridad jurídica que, como sabemos, es uno de los principios fundamentales del orden jurídico comunitario (94). Así, ha considerado contrario a ese orden la asunción de los términos de una directiva por simples circulares (95) o meras prácticas administrativas (96), pues lo importante es que cada Estado miembro dé a la directiva en cuestión una ejecución que corresponda plenamente a las exigencias de claridad y certeza por ellas predicadas. De ese modo, simples prácticas administrativas, por naturaleza modificables al libre albedrío de la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada, no pueden ser consideradas una ejecución válida

(92) Las sentencias dictadas en el año 1988 sobre incumplimiento referidas a directivas comunitarias son diversas. Al respecto destacan los ass. 252/85, Comisión a/República Francesa 2-3-1988 (Métodos de control de la biodegradabilidad de los tensioactivos); Ass. 427/85 Comisión/República Federal Alemana 25-2-1988 (libre prestación de servicios para los abogados, Directiva 78/659 CEE); Ass. 257/86 Comisión/República Italiana 21-6-1988 (Exención del IVA a las importaciones de muestras gratuitas de escaso valor. Directiva 77/388 CEE); Ass. 283/86 Comisión/Bélgica 21-6-1988 (Ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios para las actividades por cuenta propia de determinados auxiliares de transporte y de los agentes de viaje, así como los almacenistas. Directiva 82/470 CEE del Consejo); Ass. 326/87 Comisión c/República Italiana 12-7-1988; Ass. 312/86 Comisión/República Francesa 25-10-1988 (Igualdad de trato entre hombre y mujeres. Directiva 76/207). Datos extraídos del índice analítico elaborado por el TJCE, «Las actividades del Tribunal», número especial correspondiente al año 1988.

(93) Además de los ejemplos citados en la nota 90, ver TJCE Comisión c/República Italiana, as. 163/78, de 22 de febrero de 1979, Rec. pág. 771, Conc. Warner; TJCE Comisión c/República Italiana, 17/85, sin publicar).

(94) Para considerar un principio como principio general del derecho comunitario deben concurrir dos circunstancias: por una parte... esta regla debe ser común a los derechos de los Estados Miembros. Por la otra, es preciso que resulte adecuada a los fines de la Construcción comunitaria, J. M. TRAYTER, *La defensa...*, op. cit., págs. 22 y ss. En concreto, el principio de seguridad jurídica se manifiesta en una suma de otros principios como son la prescripción, la publicidad adecuada, no retroactividad, confianza legítima, claridad y precisión del derecho, Guy ISAAC, *Derecho...*, op. cit., pág. 72.

(95) TJCE Comisión c/Bélgica, de 6 de mayo de 1980, as. 102/79; TJCE Comisión c/Italia, de 15 de marzo de 1983; as. 145/82, Rec. pág. 711.

(96) TJCE Comisión c/Bélgica, de 6 de mayo de 1980, as. 102/79, Rec. pág. 1473 conclusiones Reischl.

de la obligación que les incumbe a los Estados destinatarios, de acuerdo con los cánones impuestos por el artículo 189 CEE (97).

Sin embargo, en ocasiones, el Tribunal ha aceptado que un Estado no modifique su legislación si en ella existen los principios suficientes para dar cabal y debida respuesta a los objetivos previstos por la norma europea. En concreto ha afirmado que: «La transposición de una directiva no exige necesariamente una acción legislativa en cada Estado miembro. La existencia de principios generales de derecho constitucional o administrativo pueden volver superflua su transposición por medidas legislativas o reglamentarias específicas, a condición, sin embargo, de que los principios garanticen efectivamente la plena aplicación de la directiva por la Administración nacional. Especialmente cuando *la directiva se dirija a crear derechos para los particulares, la situación jurídica que desarrolle estos principios debe ser suficientemente clara y precisa dando a conocer a los beneficiarios la plenitud de sus derechos con el fin de que, llegado el caso, puedan invocarlos ante las jurisdicciones nacionales* (98).

No obstante, en otras ocasiones ha rechazado el sutil argumento consistente en afirmar que si una directiva es clara, precisa, incondicional y no deja margen alguno de maniobra a los Estados, no hace falta transponerla, porque puede ser aplicada directamente (99).

(97) TJCE Comisión c/Bélgica, as. 102/75 precitado.

(98) TJCE de 23 de mayo de 1985, *Commission des Communautés européennes C. République fédérale d'Allemagne* (29/84, Rec. pág. 1661, concl. Sir Gordon Slynn; ver Jacques BIANCARELLI, *Chronique générale de jurisprudence communautaire*, Rev. «Marché commun», 1985, 329): En estas condiciones, la Corte ha juzgado, en su sentencia de 21 de mayo de 1985, *Commission C. République fédérale d'Allemagne* (248/83, Rec. pág. 1474), que la afirmación contenida en la ley fundamental alemana sobre la igualdad de derechos de los hombres así como la exclusión de toda discriminación en razón de sexo y la afirmación de la igualdad de acceso a la función pública constituyen una garantía suficiente para la realización, en la esfera del servicio público, del principio de igualdad de tratamiento impuesto por la directiva 76/207. En cambio, en su sentencia de 23 de mayo de 1985 (29/84, prec.), donde se analiza la transposición de dos directivas relativas a la profesión de enfermero, la Corte ha estimado que los principios en vigor en la República federal, no eran suficientes para asegurar la correcta ejecución de la directiva. Y. GALMOT, J. C. BONICHOT, *La Cour de justice...*, op. cit., pág. 18.

(99) TJCE as. 102/79 Comisión/Bélgica precitado. Para un análisis en profundidad del recurso por incumplimiento en la literatura científica comparada, además de las obras generales sobre el contencioso comunitario, ver: B. AUBENAS: *Quelques considérations sur les infractions aux traités de Paris et de Rome*, «RMC», 1969, 458; D. DE BELLESCIZE: *L'article 169 du traité de Rome et l'efficacité du contrôle communautaire sur les manquements des Etats-membres*, «RTDE», 1977, 814; P. CAHIER: *Les recours en constatation de manquements des Etats membres devant la CJCE*, «CDE», 1967, 123; S. F. EYNARD: *L'article 169 CEE, 12 ans d'application*, «RDE», 1970, 99; G. FERRIERE: *Le contrôle de la légalité des actes étatiques par la CJCE*, «RGDIP», 1967, 879; M. F. GAYET y D. SIMON: *Cons-*

Por otra parte, el TJCE ha sentado el principio de la «interpretación conforme a los objetivos de la directiva», consistente en la obligación que posee toda jurisdicción nacional «de dar a la ley que introduce el texto de la directiva, siempre y cuando exista un margen de apreciación para el derecho nacional, una interpretación y una aplicación conforme a las exigencias del derecho comunitario» (100), principio que adquiere principal relevancia cuando las directivas no poseen las características para ser aplicadas directamente. En estos supuestos, la interpretación de la norma interna debe ser realizada de acuerdo con el espíritu de la directiva, rechazando otros métodos de interpretación reconocidos internamente, en especial, la interpretación histórica y auténtica (101).

tation de manquements et effect direct du droit communautaire, «CDE», 1973, 301; R. KOVAR: *Le droit des personnes privées à obtenir devant la Cour des Communautés le respect du droit communautaire par les Etats membres*, «AFDI», 1966, 509; J. V. LOUIS: *Ordre public communautaire et intérêt des Etats dans la procédure en constatation de manquements*, Miscellanea Ganshof Van Der Meersch, Bruxelles, Bruylant, 1972, Tomo II, 225; J. MERTENS DE WILMARS e I. M. VEROUGSTRAETE: *Proceedings against member for failure to fulfil their obligations*, «CMLR», 1970, 385; G. NAFILYAN: *La position des Etats membres et le recours en manquement des articles 169 CEE et 141 CECA*, «RTDE», 1977, 214; G. RASQUIN: *Les manquements des Etats membres des Communautés devant la Cour de Justice*, Heule Uga, 1964; «Rapports MUCH et KOVAR au colloque de l'ULB, novembre 1972»: *La Commission des Communautés et l'élargissement de l'Europe*, Bruxelles, Ed. ULB, 1974; L. GOFFIN: *Le manquement d'un Etat membre selon la jurisprudence de la Coor.*, Malangs Debose, Bruselas, Labor y París, 1979, Tomo II, pág. 111. En la doctrina científica española ver GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las competencias...*, op. cit., págs. 673-677.

(100) TJCE de 10 de abril de 1984, Colson y Kamann et Harz, as. 14/83 y 79/83, Rec. págs. 1891 y 1921. Con Simone Rozes.

(101) Dichas afirmaciones las efectúa el TJCE en la sentencia precitada (nota 100). En ella se examina un caso que parece extraído de una clase magistral. Las recurrentes habían sido objeto de una discriminación por razón de sexo en el acceso a un empleo, cuestión prohibida por la directiva 76/207, de 9 de febrero, del Consejo, cuyos términos habían sido transpuestos al derecho alemán por el artículo 611 del BGB que, sin embargo, no preveía claramente las consecuencias de esa violación. Por ello, los jueces nacionales consideraron que el perjuicio causado consistía en el importe de los viajes inútiles hechos a la empresa de referencia, cuyo montante fue fijado en 7,20 DM. Sin embargo, el TJCE, ante el peligro real de convertir en papel mojado el texto de la directiva, ordenó interpretar el derecho nacional a la luz del contenido y finalidad de la norma europea, única forma de conseguir «el resultado previsto en el artículo 189³». Así —afirma— «cuando la ley nacional sea oscura en un determinado punto, y ante la posibilidad de escoger varios métodos de interpretación, se impone el más acorde con el sentido y propósito de la norma comunitaria». La aplicación que de esos principios hizo el *Arbeitsgericht* de Hos en su sentencia de 4-9-1984 fue más lejos todavía. Según el principio de la supremacía quedan descartados los métodos de interpretación que puedan hacer fracasar el texto de la directiva (en el presente caso, el histórico y exegetico). Por ello aplica el artículo 823 del BGB que prevé una indemnización mayor en supuestos más genéricos. El resultado es que el Tribunal acuerda a los demandantes una indemnización correspondiente a 6 meses de salario.

V. LA OPOSICIÓN DE LAS JURISDICCIONES NACIONALES A LA DOCTRINA DEL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS: LA SENTENCIA COLH-BENDIT DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS

La doctrina elaborada por el TJCE asegura, en todos los casos, la posibilidad que los ciudadanos de los Estados miembros puedan utilizar válidamente el texto de las directivas con el fin de contrastar la legalidad de un acto administrativo dictado en su contra. Para ello, como hemos visto, obliga a los jueces nacionales a aplicar el contenido de la directiva cuando no ha sido transpuesta o ha sido mal reproducida en el ordenamiento jurídico interno pudiendo, en caso de duda, elevar una cuestión prejudicial ante el TJCE para que interprete el sentido exacto de los términos y objetivos perseguidos por la norma europea. Esta posibilidad se convierte, como es sabido, en obligación, cuando la cuestión es planteada por una de las partes ante la última instancia nacional concedora del asunto.

No obstante, esa corriente jurisprudencial ha sido parcialmente contestada por diversas jurisdicciones de los Estados miembros, siguiendo el ejemplo de la teoría diseñada por el Consejo de Estado francés, máximo órgano administrativo, en su sentencia de 22 de diciembre de 1978.

Los hechos que dieron lugar a la misma fueron los siguientes: Daniel Colh-Bendit, estudiante de Sociología en la Facultad de Letras de Nanterre, fue expulsado de Francia el 24 de mayo de 1968, por su participación en los acontecimientos de aquella época (102). Varios años más tarde, solicita formalmente su entrada en el país vecino, petición que es rechazada de forma expresa (103) y posteriormente recurrida ante el Tribunal administrativo de París. En síntesis, la demanda de M. Colh-Bendit se basaba en que su condición de trabajador (104) le daba derecho a la libre circulación por todos los países de la Comunidad Europea, principio consagrado en el artículo 48 del Tratado CEE, que únicamente

(102) En virtud de un acto administrativo dictado por C. Fouchet, ministro del Interior de De Gaulle. La legalidad de su expulsión fue confirmada por sentencia del Consejo de Estado de 9-1-1970. Rec. Lebon, pág. 15.

(103) Por el nuevo ministro del Interior M. Michel Poniatowski, el 2 de febrero de 1976.

(104) Dado que poseía un contrato de trabajo con una editorial francesa en calidad de director literario.

podía excepcionarse por razones de orden público concretados taxativamente en la directiva 64/224, del 25 de febrero, respetando siempre, además, el derecho a un procedimiento contradictorio y una correcta motivación de la decisión tomada (105).

Dado que ni una ni otra condición se habían cumplido, el demandante consideraba ilegal el acto administrativo de expulsión a la luz de los postulados de la directiva dando a impugnar al mismo tiempo la disposición de carácter general que introdujo la norma europea en el derecho francés, reglamento que no preveía dichos requisitos (106).

Ante las dudas sobre la interpretación de los términos de la directiva, el Tribunal Administrativo de París decidió suspender el proceso y elevar dos cuestiones prejudiciales al TJCE, decisión recurrida por el Ministro ante el Consejo de Estado francés (107) quien sentó, en la resolución analizada, dos tipos de conclusiones. En primer lugar, desarrolla la famosa teoría del acto claro negando la obligación impuesta por el artículo 177 CEE de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal Europeo cuando los términos de la norma a interpretar no ofrezcan margen de duda (108).

En segundo lugar, y respecto al problema de la aplicabilidad de las directivas, rechaza la posibilidad de invocar directamente los beneficios de ese tipo de normas cuando su contenido ha sido ya

(105) El artículo 6 de la Directiva 64/221, de 5 de febrero de 1964, dice: «Las razones de orden público de seguridad pública o de salud pública que estén en la base de una decisión que afecten a los interesados, deben ser puestas en conocimiento de éstos a menos que se opongan motivos de interés general de seguridad del Estado.» Por su parte, los artículos 8 y 9 establecen el derecho a un procedimiento contradictorio y al recurso.

(106) Decreto de 5 de enero de 1970 (JORF de 14-1-1970) sobre entrada y residencia de ciudadanos de los Estados miembros de la CEE en Francia.

(107) El recurso de apelación en Francia no tiene efectos suspensivos. Ahora bien, la sentencia del Consejo de Estado fue pronunciada antes que la respuesta del TJCE.

(108) *In claris non fit interpretatio*. Dicha doctrina iniciada a partir del *arrêt Shell-Berne* de 19 de junio de 1954, otorga al juez nacional cuya solución no es susceptible de recurso alguno, a que decida sobre la conveniencia de plantear la cuestión prejudicial. Si la norma a interpretar es clara y no permite margen de duda, no debe utilizar el mecanismo previsto en el artículo 177 CEE. Esa postura ha sido parcialmente aceptada, como dijimos, por el TJCE en la sentencia *Cilfit*, de 4 de octubre de 1982 (ver nota 39). Sobre el tema en nuestra literatura científica ver MUÑOZ MACHADO, «Los principios de articulación de las relaciones entre derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva», en *Tratado...*, op. cit., I, págs. 547 a 550; GARCÍA DE ENTERRÍA, «Las competencias y el funcionamiento del TJCE. Estudio analítico de los recursos», en *Tratado...*, I, págs. 710 a 721. Recientemente ver R. ALONSO GARCÍA y J. M. BAÑO DE LEÓN, *El recurso de Amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE*, «REDC», núm. 29, 1990, págs. 193 y ss.; M. CARRO MARINA, *El alcance del deber de los Tribunales internos de plantear cuestiones prejudiciales ante el TJCE: El Auto del TS de 27 de enero de 1990*, «REDA», núm. 66, 1990.

transpuesto en el orden interno por una disposición de carácter general. En otras palabras, lo que debía haber hecho M. Colh-Bendit al atacar la decisión individual era invocar la ilegalidad del Decreto que reproduce la directiva, pero no valerse directamente de ella, ya que este tipo de normas tienen como destinatarios únicos a los Estados. Así, el máximo órgano administrativo francés, a partir de esta sentencia, considera «*qu'un requerant ne peut faire valoir a l'appui d'un recours contra un acte administratif individuel un moyen tiré de la violation d'une directive*».

Esa doctrina consagra una «aplicación directa limitada de las directivas comunitarias pues reconoce la posibilidad de confrontar las medidas nacionales de aplicación y, llegado el caso, declarar ilegales las disposiciones incompatibles con el texto de la directiva (109), pero, sin embargo, deja indefensos a los ciudadanos cuando no existe texto nacional de transposición o cuando la mera anulación de la regla nacional no conlleva la aplicación correcta de la directiva en cuestión (109 bis). Este sería el caso de un contribuyente que pide el beneficio de una exención del impuesto sobre el volumen de negocios cuando la directiva no ha sido reproducida (110), o cuando un trabajador por cuenta ajena reclama el respeto del principio de igualdad entre hombre y mujeres en materia de despido cuando la ley nacional no contempla esos postulados (111).

A pesar de la avalancha de críticas levantadas contra la sentencia comentada (112) no es menos cierto que dicha resolución fue

(109) G. ISAAC, *Le juge administratif français et les directives communitaires: notes sur l'arrêt Cohn Bendit*, «CDE», pág. 276. En este artículo se hace un duro y frontal ataque a la doctrina del Consejo de Estado francés.

(109 bis) Tal como afirma Y. GALMOT; J. C. BONICHOT, *La Cour de Justice...*, págs. 10 y ss., y se ha confirmado en todas las sentencias posteriores (ver notas 115 y 116). Esa consecuencia tiene su origen en la concepción de la directiva como una norma dirigida a los Estados. Este aspecto sería el más criticable de la sentencia y de la doctrina elaborada por el Conseil o État reproducida recientemente en el arriit de 3 de febrero de 1989, Alitalia.

(110) TJCE 19 de enero de 1982, Becker (precitado), ass. 8/81.

(111) TJCE 26 de febrero de 1986, Marschall (precitado), ass. 152/84.

(112) Especialmente en la propia doctrina francesa lo que constituye, sin duda alguna, un acontecimiento. Ver Louis DOUBOIS, «RTDE», 1979, págs. 169-180; G. ISAAC, «CDE», 1979, págs. 267-290 (ya citado); Robert KOVAR, «JCP», 1979, II, 19158; Olivier DUTHELLET DE LAMOTHE e Ives ROBINEAU, «AJDA», 1979, III, págs. 27-34; Berthold GOLDMAN, «Journal du droit International», 1979, págs. 591-601; Ami BARAV, «RBDL», 1980, I, págs. 126-148; Jean Yves VINCENT, «Revue Administrative», 1979, págs. 630-638; Charles VALLEE, «RGDIP», 1979, págs. 834-848; Bernard PACTEAU, Recueil Dalloz, 1979, págs. 162 a 165; Roger PINTO, Malenges Reuter, pág. 407. Comentarios favorables a la sentencia se pueden ver en J. BOULOUS, «Revue du Marché Commun», 1979, pág. 104; Claude JORDAN, comentario a la sentencia del Consejo de Estado de 9 de mayo de 1980, Office National

reproducida por distintos tribunales alemanes (113) (citando como único argumento en favor de su tesis esa sentencia, lo que no deja de ser sorprendente) y que, hoy en día, las jurisdicciones francesas continúan aplicando esos postulados sin vacilación alguna (114).

Ahora bien, las divergencias TJCE-Consejo de Estado en el tema se circunscriben al supuesto analizado y tienen consecuencias prácticas muy limitadas. De este modo, en otras sentencias recientes (*Confederation nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française* (115) et *Federation française des sociétés de Protection de la nature*) el Consejo de Estado ha reconocido dos sistemas para que los administrados puedan valerse del texto de las directivas.

En primer lugar, si los preceptos de la misma han sido mal transpuestos por una medida de orden interno, puede solicitarse la anulación de ésta cuando contravengan o modifiquen su senti-

interprofessionnel des céréales, AJDA, 1980, págs. 539 y ss. A nuestro juicio lo que resulta innegable es la coherencia de los razonamientos de la sentencia. De hecho el citado decreto había sido modificado en varias ocasiones, tras haberse invocado su no adecuación a la directiva 64/224 por medio de la excepción de ilegalidad (Tribunal administrativo de Lyon, sentencia de 25 de octubre de 1979, Rec. Consejo de Estado, pág. 535) en caso idéntico al examinado. Al respecto, ver J. P. JACQUE, *A propos de la guerre de juges; accords et désaccords entre juges français et la CJCE*, «Revue Administrative de l'Est de la France», 1981, cuarto trimestre, pág. 33.

(113) *Bundesfinanzhof* (Tribunal Federal de Finanzas), Decisión *Beschlub*, 16 de julio de 1981, VB 51/80, *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW AWD)* 19811, comentada por AUTEXIER, en la «RTDE», 1981, págs. 779 y ss. El supuesto de hecho que da lugar a la sentencia es idéntica al *ass. Becker* ya relatado. A diferencia de otros tribunales alemanes de la instancia (Tribunal de Münster y de Hamburgo, *ass. 255/81*), el *Bundesfinanzhof* se niega a elevar la cuestión prejudicial ante el TJCE con objeto de averiguar si la G. Directiva TVA, no reproducida en el plazo fijado para ello, posee efecto directo. Alincándose con la doctrina del Consejo de Estado francés, declara: a) El juez alemán debe aplicar el derecho nacional alemán. La aplicación del derecho comunitario es lícito dentro de los límites establecidos por el artículo 24.1.C; b) Tratándose de la legislación sobre el IVA, los límites del legislador nacional vienen fijados por los artículos 99 y 100 CEE. El instrumento jurídico previsto es la directiva y de acuerdo con el artículo 189 CEE, este tipo de normas carecen de efecto directo; c) Al no poder ser invocadas por los particulares, no procede elevar la cuestión prejudicial tal y como ha declarado el TJCE (24 de mayo de 1977, *as. 107/76, Hoffman La Roche*).

(114) *Arrêts du Conseil d'Etat*, 13 de diciembre de 1985. *Zakine*, 28 de noviembre de 1980 (2.ª directiva TVA), 25 de febrero de 1981 y 4 de junio de 1982 (6.ª directiva TVA). Toda la jurisprudencia mencionada infringe claramente la doctrina del TJCE reflejada en las sentencias de 22 de septiembre de 1983, *Auer*, *as. 271/82*, Rec. 82, pág. 2727; y 15 de diciembre de 1983, *Rienks*, *as. 5/83*, Rec. 1983, pág. 4233, aunque está en la línea de la sentencia *Felicitas* de 15 de julio de 1982.

(115) *Arrêts du Conseil d'Etat*, de 28 de septiembre de 1984 (Rec. pág. 512) y 7 de diciembre de 1984 (Rec. 410). Comentado por S. HUBAC, «AJDA», 1985, 83; y J. AUBY, «RDP», núm. 3, 1985, págs. 811 y ss. En la misma línea ver *Arrêts Sovinscopt*, de 28 de noviembre de 1980 y *Centre International dentaire*, de 30 de abril de 1981.

do e incluso en los casos que produzca una simple laguna jurídica (116).

En segundo lugar, puede atacarse todo acto reglamentario emanado de cualquier autoridad (estatal o local) que viole los postulados de una directiva, ya que su mera existencia impide al Estado mantener y aplicar cualquier norma que le sea contraria (117). En estos supuestos, la única divergencia TJCE-Consejo de Estado se centra, como hemos afirmado, en que el segundo no permite invocar directamente el texto de la directiva, lo que acarreará graves problemas cuando la anulación de la regla nacional no conlleve la aplicación de la misma o cuando no exista un texto nacional de transposición (118).

(116) La decisión del Consejo de Estado de 28 de septiembre de 1984, anula parcialmente una directiva que reproducía, de forma incorrecta, la directiva de 18 de julio de 1977, relativa a la protección de los animales en transportes internacionales. Ella preveía que: «los animales enfermos o heridos en el curso del transporte, deben recibir, lo más pronto posible, los cuidados de un veterinario y, si es necesario, proceder a su sacrificio, ello deberá ser efectuado de manera que evite, en la medida de lo posible, todo sufrimiento». Por contra, el decreto afirmaba: «*El despojo puede ser ordenado tras el acuerdo del propietario o de su mandatario en los casos en que los cuidados apropiados no puedan ser útilmente dados a los animales.*» El más alto Tribunal administrativo francés consideró que el decreto, al someter la muerte de los animales al criterio del propietario, señala una condición complementaria «que contraviene el fin perseguido por la directiva y en consecuencia procede declarar su nulidad».

(117) La decisión del Consejo de Estado de 7 de diciembre de 1984 anula una «arrête préfectoral» que autorizaba la caza de la tórtola en diferentes comunidades del suroeste francés durante el período migratorio, cuando según el artículo 7^o 4 de la directiva de 2 de abril de 1979 «los Estados deben velar para que las especies migratorias no sean cazadas durante su período de reproducción y durante el trayecto de regreso hacia el lugar de nidización». De ese modo sienta la doctrina general siguiente: «*Qu'il ressort clairement des stipulations de l'article 189 du traité du 25 mars 1957, que les directives du Conseil des Communautés économiques européennes lient les Etats membres "quant au résultat à atteindre", que si pour atteindre le résultat qu'elles définissent, les autorités nationales, qui sont tenues d'adapter la législation et la réglementation des Etats membres aux directives qui leur sont destinées, restent seules compétentes pour décider de a forme à donner à l'exécution de ces directives et pour fixer elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens propres à leur faire produire leurs effets en droit interne ces autorités ne peuvent légalement édicter des dispositions réglementaires qui seraient contraires aux objectifs définis par les directives dont il s'agit.*»

(118) Sin embargo «l'arrêt Despujol», de 10 de enero de 1970 («Les grands arrêts de la jurisprudence administrative», núm. 47, pág. 191), permite luchar contra la inercia de la Administración aplicando los principios relativos «aux changements dans les circonstances de droit» que posibilita a los ciudadanos solicitar la adaptación de los reglamentos que han quedado obsoletos al modificarse las circunstancias de hecho o de derecho y anular en su caso un eventual «refus de modification», Yves GALLMONT, J. C. BONICHLLOT, *La transposition...*, op. cit. pág. 6.

VI. ALGUNOS PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE A NUESTRO ORDENAMIENTO

La doctrina del efecto directo de las directivas puesta en relación con el principio de la supremacía, conlleva trascendentales consecuencias, tanto a nivel teórico como práctico. De ese modo, toda directiva clara, precisa, incondicional y jurídicamente perfecta que no haya sido transpuesta en el orden jurídico interno a la expiración del plazo previsto o que resulte mal reproducida por una norma interna (al contener una laguna o efectuar una regulación más prohibitiva que la contemplada en el ordenamiento comunitario) (119) crea *per se* derechos a los interesados y obliga, tanto a la Administración como a los jueces nacionales, a aplicar sus postulados directamente, descartando cualquier disposición de cualquier rango que se le oponga.

Esa concepción, detentada y sostenida por el TJCE, choca en nuestro ordenamiento con grandes problemas, unos derivados del principio de separación de poderes, piedra angular del Estado de Derecho, y otros surgidos de la propia distribución territorial del poder, tal y como se encuentra diseñado en la Constitución.

Sin pretender abordar exhaustivamente los temas apuntados no escapan a nadie las dificultades insolubles que, en ocasiones, pueden plantearse dando lugar, próximamente, a diversas condenas por incumplimiento de los deberes comunitarios (una vez expirado el «período de gracia» concedido por la Comisión) (120), circunstancia que nos obliga a buscar las soluciones

(119) Salvo que esa posibilidad esté expresamente prevista en la normativa europea. Dicha circunstancia suele darse en materias sobre las que las Instituciones Comunitarias poseen una competencia subsidiaria o mínima, por ejemplo, medio ambiente. Así, la directiva 85/337, de 27 de junio, del Consejo («DOCE» L 175/40, pág. 9) relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre medio ambiente dispone en su artículo 13: «La presente directiva no afectará a la facultad que tienen los Estados miembros de establecer normas más severas en lo que se refiere al campo de aplicación y al procedimiento en materia de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente» [la citada directiva ha sido transpuesta por el Real Decreto Legislativo 1302/86, de 28 de junio, sobre evaluación del impacto ambiental (BOE, núm. 155, de 30 de junio)]. En consecuencia, resultaría antijurídico que la norma nacional hiciera una regulación más permisiva que la prevista en la directiva. Al respecto, confrontar el artículo 5^o 2 y anexo III de la directiva con el artículo 2 del Real Decreto Legislativo citado (informaciones sobre impacto ambiental de algunos proyectos).

(120) Tal y como afirman Alegría BORRÁS y Blanca VILA, *Jurisprudencia del TJCE*, en «RJC», 1981-3, pág. 273. En virtud de ese plazo o período de gracia únicamente se han interpuesto dos recursos por incumplimiento contra el Reino de España.

que, amparando de forma escrupulosa las garantías de los ciudadanos, den cabal y debida respuesta a las exigencias del derecho europeo sin distorsionar las grandes coordenadas que presiden nuestro sistema jurídico post-constitucional.

1. *Problemas derivados del principio de separación de poderes*

Si los órganos estatales no han realizado, en el plazo previsto, las operaciones de ejecución y desarrollo de la directiva o la han transpuesto incorrectamente, ésta puede ser invocada por los particulares de forma directa, lo que obligará, tanto a la Administración como a los órganos judiciales, a hacer caso omiso de las disposiciones internas que contravengan, modifiquen o dificulten la consecución plena de sus objetivos.

Al respecto pueden producirse varias situaciones:

a) Que la norma interna opuesta a la directiva no tenga rango de ley formal. En estos casos prevalecerán sin mayor dificultad los mandatos de la directiva, descartando la disposición nacional incompatible con ella (121) mediante los sistemas ordinarios que nuestro ordenamiento prevé (122).

Si la Administración ha dictado una medida individual en base a los cánones impuestos por una disposición reglamentaria contraria a cualquier directiva, el interesado o interesados podrán impugnarla mediante los recursos pertinentes, debiendo los órganos administrativos y judiciales aplicar indubitadamente los postulados de la norma europea (123), declarando, en su caso, la

(121) En lo referente a la posible contradicción Reglamento comunitario-disposición nacional, ésta es la solución adoptada por el TS en sentencias de 28 de abril de 1987 (Ar. 4499) y 17 de abril de 1989 (Ar. 4524).

(122) Como sabemos, nuestro ordenamiento otorga distintos remedios para luchar contra un Reglamento ilegal. Así, la Administración puede: a) Dejarlo inaplicable; b) Aprobar otro con posterioridad; c) Declarar la nulidad de oficio (arts. 109 y ss. LPA). Del mismo modo, los Tribunales de lo contencioso-administrativo pueden conocer de los recursos directos contra el reglamento (en el plazo de dos meses) e indirectos, al impugnar, el particular afectado por un acto concreto de aplicación, la disposición general de la que trae causa. Finalmente, el Tribunal Constitucional puede conocer de los recursos contra reglamentos mediante dos vías: a) La recogida en el artículo 161'2 (disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las CCAA); b) Conflictos de competencia del Estado y las CCAA o de éstas entre sí (art. 161'1 d). Sobre el tema ver, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, I, 5.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1989, págs. 234-252.

(123) Estamos pensando en los casos en que la directiva no ha sido ejecutada por el Estado miembro. Por ejemplo, en el Recurso por incumplimiento (as. 21/81, Comisión a

nulidad del reglamento, sin importar que éste sea anterior o posterior a la misma (124) siempre que no constituya una mera reproducción de lo dispuesto en la ley que desarrolla (125).

Idéntica circunstancia ocurrirá si la directiva ha sido mal desarrollada por un reglamento interno. El particular afectado podrá impugnar de forma directa o indirecta la disposición de carácter general, prevaleciéndose, en todo caso, de la regulación comunitaria.

No obstante, como ya dijimos, existen ocasiones en que la simple anulación de la norma interna no hace efectivos los postulados de la directiva. En estos supuestos no vemos dificultad alguna para aplicarla directamente siempre que el particular haya invocado, en el recurso contra la medida individual, la ilegalidad del reglamento que la desarrolla (126).

el Reino de España, de 27 de enero de 1989, «DOCE», C núm. 45, de 24-2-1989, pág. 13) la parte demandante acusa al Estado español de diversas cuestiones, entre ellas «el no adoptar las disposiciones o acciones necesarias para que las aguas superficiales tengan una concentración máxima de HCH inferior o igual a los valores máximos establecidos para HCH en el parámetro 34 del Anexo II de la Directiva 75/440 del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la calidad requerida para las aguas superficiales destinadas a la producción de agua potable en los Estados miembros, según lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de dicha Directiva. El no adoptar las disposiciones necesarias o acciones para que la concentración máxima admisible de HCH en las aguas destinadas al consumo humano sea inferior o igual a las concentraciones máximas establecidas para el HCH en el parámetro 55 del Anexo I de la Directiva 80/778/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1980, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano, según lo dispuesto en el artículo 7 de dicha Directiva».

(124) Por ejemplo, la Comisión ha dirigido una comunicación (E 5/89) en virtud del artículo 93.2 CEE «a España y a terceros» interesados, referente a la negativa del Gobierno español a aplicar las directivas sobre ayudas estatales en el sector de vehículos a motor, que exigen la notificación previa de las ayudas superiores a los 12 millones de ECUS desde el 1-1-1989. Por tanto, cualquier perjudicado puede impugnar la actuación de la Administración sobre programas y ayudas en el sector del automóvil, prevaleciéndose de los postulados de las directivas en cuestión (Comunicación publicada en el DOCE, núm. 281, de 7-11-1989, pág. 8).

(125) Pues en este caso se está poniendo en duda la propia ley o norma con ese rango, cuestión, por ejemplo, no aceptada por el Consejo de Estado francés tal y como veremos.

(126) En el Recurso por incumplimiento (as. 119/89, Comisión a Reino de España, DOCE, C 123, de 18-5-1989, pág. 14), la parte demandante alega que el reglamento regulador del IVA en España no prevé (contrariamente a lo estipulado en la Directiva 83/183 CEE del Consejo) la deducción de la base imponible de ese impuesto cuando se realiza una importación entre particulares de vehículos, automóviles de uso privado, remolques, motocicletas, embarcaciones de recreo y aviones de turismo, dando lugar a una doble tributación al producirse el hecho imponible según dispone el artículo 33 del Real Decreto 2028/85, de 30 de octubre, con la entrada del bien por la frontera. De ese modo, si un particular impugna un acto de aplicación del reglamento citado, la mera declaración de nulidad del mismo no comporta, en puridad, la exención del impuesto, dado que la presunta ilegalidad del Real Decreto consiste en no incluir entre los supuestos de exención (arts. 34 y ss.) el caso apuntado, contraviendo los presuntos mandatos de la directiva y el artículo 95 CEE. Sobre el tema en Francia, ver «arrêt du Conseil d'Etat», de 3 de febrero de 1989, Alitalia, comentada por VERGES, en «RTDE», 1988, págs. 510-528).

Con esta toma de posición nos separamos parcialmente de la doctrina del Consejo de Estado francés, antes examinada, aunque nos alineamos con él y con la jurisprudencia del TJCE, en el sentido de exigir a los particulares afectados por un acto administrativo individual dictado en aplicación de una disposición interna que transpone una directiva, a que invoquen la ilegalidad de la disposición nacional de ejecución.

Sólo en los casos que resulte insuficiente su derogación, adquirirán efecto directo los mandatos de la directiva (127).

En definitiva, cuando se produzca una contradicción flagrante entre una norma interna de rango inferior a la ley y una directiva que posea efecto directo, deberá prevalecer ésta, descartando, el órgano competente, las previsiones que dificulten o imposibiliten la realización de los objetivos comunitarios, utilizando el perjudicado los recursos ordinarios previstos legalmente. Ahora bien, si la oposición no es evidente y existen dudas sobre su interpretación, la jurisdicción nacional encargada de examinar el caso podrá utilizar el procedimiento descrito en el artículo 177 CEE, elevando una cuestión prejudicial al TJCE, posibilidad que se convierte en obligación cuando la cuestión se suscita ante una jurisdicción cuya decisión no es susceptible de recurso conforme al derecho interno, mandato que ya parece haber sido obviado por el TC en el recurso de amparo presentado por la agrupación de abogados jóvenes de Zaragoza en el que se planteaba, precisamente, la posible contradicción del Real Decreto 607/86, de 21 de marzo, que establece para los letrados la regla de la exclusividad territorial y obligatoriedad de colegiación, con la Directiva 77/229, de 22 de marzo, que aparentemente no contiene esas estipulaciones (128).

(127) No olvidando el principio de la interpretación de las normas internas de acuerdo con los objetivos de la directiva. Sobre lo dicho más arriba es necesario aclarar que las directivas, por lo general, son normas confusas y desordenadas, consecuencia lógica del sistema de elaboración que propicia la incursión de párrafos o artículos enteros siguiendo los intereses de uno u otro Estado miembro.

(128) STC 123/87, de 15 de julio, en la que no se considera infringido el principio de igualdad de los abogados españoles. Los recurrentes sostenían que los abogados comunitarios se encuentran en una situación más ventajosa al poder actuar ante cualquier órgano jurisdiccional o administrativo sin necesidad de estar inscritos en el correspondiente Colegio Profesional, mientras que los abogados españoles precisan estar colegiados, de acuerdo con el Estatuto General de la Abogacía, en el Colegio en cuyo territorio actúan. El TC dice al respecto que no existe desigualdad: «pues los abogados prestatarios de servicios ejercen en territorio español actividades ocasionales, concepto incompatible con el ejercicio habitual de la abogacía y que no se les permite por esta razón abrir despacho, ni utilizar el título profesional de abogado. Añádase a ello

b) Que la norma interna opuesta a la directiva tenga rango de ley.

Mayores dificultades se producen cuando la disposición que contraviene los postulados de la directiva a una ley o norma con rango de ley (bien sea por una incorrecta ejecución o por una ausencia de medidas de transposición en el caso fijado). En estos supuestos, la jurisprudencia del TJCE choca frontalmente con la distribución de funciones consagrada tanto en el Texto Constitucional como en la LOPJ.

En efecto, el TJCE ha declarado que si la ley o norma con rango de ley es anterior a una directiva con efecto directo, «el principio de la primacía del derecho comunitario... » trae como consecuencia «hacer inaplicable de pleno derecho, por el mismo hecho de su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional vigente» (129).

que para cualquier actuación ante Juzgados o Tribunales... el abogado visitante debe concretarse con un abogado inscrito en el Colegio en cuyo territorio haya de actuar, quien responderá frente al órgano jurisdiccional u organismo público...». La citada directiva ha sido transpuesta de forma diferente por el artículo 52.2 de la ley federal alemana relativa a la profesión de abogado (BRAO, actitud que ya ha sido condenada por el TJCE, as. 427/85, Comisión a RFA), el 25 de febrero de 1988, al imponer al abogado prestatario de servicios la obligación de actuar en concierto con un abogado establecido en Alemania, aun cuando el derecho alemán no exija la asistencia obligatoria de un Abogado. Estas disposiciones sitúan a los abogados comunitarios «en la misma posición que los abogados alemanes no autorizados a actuar ante el órgano jurisdiccional...». Por tanto, resulta sorprendente que el TC haya incorporado tácitamente la teoría del acto claro elaborada por el Consejo de Estado Francés, y no haya planteado la cuestión prejudicial ante el TJCE. Que la cuestión no es tan clara se deduce de las soluciones contrarias que contemplan la legislación española y alemana. De la misma opinión es M. C. APRELL LASAGABASTER, *Libre prestación de servicios para los abogados. Regla de la exclusividad territorial*, «RIE», núm. 15, mayo-agosto 1988, págs. 501 y ss.

(129) TJCE Simmenthal, 9-3-1978, as. 106/77, Rec. 609. Según esta sentencia, el efecto directo del derecho comunitario implica la sustitución automática del derecho nacional, por lo que las leyes anteriores a una regla de derecho comunitario incompatible son inaplicables de pleno derecho. Al respecto ver A. BARAV, *Observations sous la Cour de Justice*, 9 de marzo de 1978, as. 106/77, Simmenthal, CDE, 1978, pág. 260-286; D. CARREAU, *Droit communautaire et droits nationaux: concurrence o primauté? La contribution de l'arrêt Simmenthal*, «RTDE», 1978, págs. 341-418; G. SPER, *La prevalencia in caso de conflicto de la normativa comunitaria nelle legislazione nazionale*, «RTDP», 1979, 1, págs. 3 y ss. Sobre la oposición de los Tribunales nacionales a esa doctrina, iniciada, como sabemos, en la sentencia Costa/Enel de 1964, ver CONDORELLI, *Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario, dui Corti a confronto*, págs. 1125 y ss.; L. J. CONTANTINESCO, *La spécificité du droit communautaire*, «RTDE», 1966, 3; «Rapport DEHOUSSE, sur: La primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres, P. E. Doc séance, 1965-66, núm. 43, de 25 de mayo de 1965; R. KOVAR, *Droit communautaire et droit français*, CDE, 1974, págs. 402-413 y *La primauté du droit communautaire sur la loi française*, CDE, 1975, págs. 636-664; G. OLMÍ, *Les rapports entre droit communautaire et droit national dans les arrêts des juridictions supérieures des Etats mebres*, RMC, 1981, págs. 178-191 y 242-255. Entre las sentencias del Tribunal Europeo consagrando la misma doctrina ya expuesta ver TJCE, Luck, de 4-4-1968, as. 34/67, Rec. 1968, pág. 370; Lorenz, de 11-12-1973, as. 9/73; Comission/Republique Française, del 4-4-1974, as. 167/73,

Por contra, si la ley o norma con rango de ley es posterior a la directiva, ésta impide «la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que serían incompatibles con las normas comunitarias» (130).

Esa operación incumbe tanto a la Administración como al juez ordinario.

Así, «el efecto del derecho comunitario (directamente aplicable) implica para las autoridades nacionales competentes prohibición de pleno derecho de aplicar una prescripción nacional reconocida incompatible con el tratado y, llegado el caso, obligación de tomar toda disposición para facilitar la realización de pleno efecto del derecho comunitario» (131).

Esto significa que los servicios administrativos tienen la obligación de negarse a aplicar disposiciones nacionales, aun las de naturaleza legislativa, y que las autoridades administrativas están habilitadas para constatar que tales disposiciones, aun de naturaleza legislativa, insistimos, han dejado de ser aplicables; y a prescribir que ya no deben ser aplicadas (132).

Del mismo modo, el TJCE ha declarado que «el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas, descartando por su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, aun posterior, sin que tenga que pedir o esperar la eliminación previa de ésta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional» (133).

Rec. 1974, pág. 359; Comisión/República Italiana, de 13-7-1972, as. 48/71, Rec. 1972, pág. 534.

(130) TJCE Simmenthal ya citada. Contra esa concepción, ver Sentencia de La Corte Costituzionale Italiana de 8 de junio de 1984, Granital, en la que se afirman dos reglas importantes: a) La ley anterior contraria a una norma de derecho comunitario caduca a partir de la publicación de ésta; b) La ley posterior contraria a una norma de derecho comunitario debe ser declarada inconstitucional por violar el artículo 11 de la Constitución. Para un estudio de la situación en los distintos países ver J. V. LOUIS, *L'ordre...*, op. cit., págs. 133 y ss. En nuestra literatura científica ver MUÑOZ MACHADO, *Los principios de articulación...*, op. cit., especialmente págs. 522 y ss.; J. E. SORIANO GARCÍA, *Reglamentos y Directivas en la jurisprudencia comunitaria*, Tecnos, Madrid, 1988, que analiza la reciente sentencia del TJCE Comisión c/Italia de 15 de octubre de 1986 (capítulo II del libro).

(131) TJCE 13-2-1972, Comisión c/Italia, as. 48/71, Rec. 529.

(132) Por la disposición que crea más conveniente (decreto, circular, etc.). Sobre el tema ver en Francia las observaciones al dictamen del secretariado del Transporte Jorf, del 2-5-1979, en «RTDE», 1975, pág. 801. Todo ello expuesto por Guy ISAAC, *Derecho...*, op. cit., pág. 197. Esas formulaciones genéricas han sido concretadas para las directivas en las sentencias ya comentadas.

(133) De esa manera, sin que pueda conferirse monopolio alguno a una jurisdic-

Los problemas que comporta esta doctrina a la luz de los principios que presiden los sistemas jurídicos de los Estados Miembros son tantos y tan complejos que darían lugar a otro estudio monográfico. Únicamente señalaremos que su aceptación ha variado según los países y las jurisdicciones (134).

En nuestro ordenamiento, las posibles objeciones no escapan a nadie. En principio, resulta comúnmente admitido que ningún juez ordinario puede dejar inaplicable una norma con rango de ley por más que la considere injusta, antijurídica o inconstitucional. Esta última afirmación solamente puede realizarla el Tribunal Constitucional quien, como es sabido, ostenta el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes o normas con rango de ley. Ahora bien, una disposición con ese rango que contravenga a

ción particular, el juez nacional de derecho común, o sea, todo juez nacional competente para aplicar el derecho comunitario, puede al menos inaplicar el derecho nacional contrario. Sólo se deja al orden jurídico nacional la libertad de imponer una sanción más radical, por ejemplo, pronunciar la anulación de la disposición correspondiente del derecho interno (TJCE, 4-4-1968, Luck, as. 34/67, Rec. 370).

(134) Por ejemplo, el Consejo de Estado Francés ha rechazado sistemáticamente todo argumento tendente a examinar la conformidad de la ley a una norma comunitaria (arrêts Syndicat général des fabricants de semoules de France, 1 de mayo de 1968, Rec. 149, AJDA, 1968, 235 conclusiones N Questiaux, comentarios en la «RTDE», 1968, pág. 339, a cargo de C. CONSTANTINIDES-MEDRET). Esa jurisprudencia ha sido imperturbablemente seguida hasta la fecha (ejemplo, Arrêt de 23 de enero de 1985, Time Life International), donde el intento de contrastar la compatibilidad del artículo 291 de la ley de 6-1-1966 sobre la reforma de la TVA con los artículos 12 y 95 del Tratado CEE fue juzgado «en tout état de cause inoperant». Esta inmunidad de la ley se extiende a las disposiciones reglamentarias que únicamente los reproducen. Así, el Consejo de Estado ha rechazado examinar la conformidad de las disposiciones del decreto 28-2-1979 con el artículo 138 CEE bajo el argumento que esas disposiciones eran simple aplicación de la ley 7-7-1977 que organizaba la elección de representantes franceses al parlamento Europeo (Arrêt del 22 de octubre de 1979, pág. 384, comentado en la «Rev. Droit Public», 1980, pág. 531, conclusión M. D. HAGELSTEEN). En el mismo sentido, Arrêts de 13 de mayo de 1983, Société René Moline, pág. 191 (comentarios AJDA, 1983, pág. 263 por M. BAZEX y PACTEAU en la «Revue Administrative», 1983, pág. 578); Arrêt 8-2-1985, Association des centres distributeurs Edouard Leclerc, pág. 26; y Arrêt 6-2-1987, Albert, Rec. núm. 80.895 (comentarios a cargo de RUIZ en «Revue Française de Droit Administratif», 1987, pág. 668). Sobre el tema ver la reciente sentencia de 3-2-1989, Alitalia, núm. 74.052 y comentarios de J. VERGES, en la «RTDE», 1989, págs. 509-528. Esta teoría ha sido denominada «L'ecran législatif» ya que la ley hace de pantalla, evitando así dejar inaplicables las normas de rango inferior. Por contra, en Alemania, ya la sentencia Luticke del BVerFG, de fecha 9 de junio de 1971, consagró dos principios: «El derecho comunitario derivado no es constitucionalmente controlable»; «El juez nacional puede declarar la ley nacional (anterior o posterior) incompatible con el derecho comunitario.» Al respecto ver R. JOLIET, *Le droit...*, op. cit., pág. 373. En Bélgica, la comentadísima sentencia del Tribunal de Casación de 27 de mayo de 1971, Société Française franco-suisse Le Ski, aceptó la doctrina del TJCE. Ver los comentarios de P. PESCATORE en «CDE», 1971, pág. 564-586; y G. VANDERSANDEN, en «RIDC», 1972, págs. 847-858. Sobre el problema en Inglaterra ver E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de leyes nacionales en consideración al derecho comunitario europeo*, «REDA», núm. 63, 1989, págs. 411 y ss. Del mismo autor, *Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español*, «REDA», núm. 64, pág. 593.

una directiva comunitaria (anterior o posterior en el tiempo, tanto da), ¿ha de ser necesariamente inconstitucional? ¿Qué parámetro de constitucionalidad de las leyes es el derecho comunitario? (135). La solución a esos interrogantes no es fácil. La consideración comunitaria del Estado como un todo hará que la colaboración entre los tres poderes del Estado sea cada vez más frecuente y necesariamente más eficaz. En los supuestos planteados, por ejemplo, la solución más correcta sería la urgente aprobación

(135) El mismo problema se plantea MUÑOZ MACHADO, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, 1986, pág. 113; PÉREZ TREMPES, *Comunidades Autónomas, Estado y Comunidad Europea*, 1987, págs. 200 y ss. Ambos autores descartan ampliar las competencias del TC por la vía del artículo 161.1.d) CE. Nuestros tribunales se han enfrentado al problema que estamos denunciando. De ese modo, la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 6 de julio de 1988 abordaba el caso siguiente: En fecha 19-12-1985 se solicitó de la delegación de Hacienda de Barcelona el reconocimiento de la exención del Impuesto sobre el Valor Añadido, establecida en determinados preceptos de la Ley del Impuesto (arts. 8 y concordantes del reglamento) y que con fecha 14 de febrero de 1986, la delegación de Hacienda desestimó la solicitud presentada en lo que se refería a la prestación de servicios relacionados con el deporte sin ánimo de lucro. Por la entidad reclamante se interpuso el pertinente recurso de reposición ante la propia Delegación de Hacienda, reiterando la misma solicitud de exención antes formulada, la cual fue desestimada por lo que se interpuso la oportuna reclamación económico-administrativa ante el TEAP de Barcelona, alegando entre otras razones que de no concedérsele la exención se infringiría lo dispuesto en la Sexta Directiva, que tenía una eficacia superior a la propia Ley de Impuesto. Desestimada tal reclamación, se interpuso recurso de alzada ante el TEAC, reiterando los anteriores argumentos, que en lo esencial venían a decir que se oponían a la Sexta Directiva del Consejo de las Comunidades de 17 de mayo de 1977, aportando jurisprudencia en este sentido, singularmente el asunto Ursula Becker contra Tribunal de Finanzas de Münster. El TEAC rechazará el recurso. En su último fundamento señalará: «Que no obstante lo mencionado en los anteriores considerando de esta resolución, procede por este Tribunal Económico-Administrativo Central aclarar que este Organismo no es competente para enjuiciar la posible o no desviación de nuestro Reglamento de IVA respecto a la Sexta Directiva comunitaria, ya que esto es misión de nuestro más alto Tribunal, único órgano competente para conocer o no de la ilegalidad de las disposiciones de rango legal y reglamentario. Ese modo de actuar ha sido alabado por la doctrina (J. E. SORIANO GARCÍA, *El efecto directo de las directivas: Posiciones iniciales de nuestra jurisprudencia*, «Noticias CEE», núm. 52, págs. 149-153, de quien hemos extraído el asunto comentado) en base a dos argumentos: a) el TEAC «no es un órgano jurisdiccional» y, por tanto, no puede «enjuiciar la potestad legal o reglamentaria»; y b) el TEAC es un «órgano meramente administrativo», «En consecuencia, no puede todavía hacer este tipo de interpretaciones» (aplicar la normativa descartando la norma interna que se le oponga), debiendo «remitir a los tribunales ordinarios el conflicto entre la normativa comunitaria y el derecho interno». No podemos compartir esas opiniones. En primer lugar, para el derecho comunitario el TEAC sí es un órgano jurisdiccional de acuerdo con el artículo 177 CEE (ver nota 39). Por tanto, si tiene dudas sobre el sentido y la interpretación de una directiva debe plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE. Además, en el caso de que se le considerase un órgano administrativo, debería igualmente inaplicar las normas de derecho interno opuestas a las directivas comunitarias de acuerdo con las sentencias Marschall y Fratelli Constanzo ya comentadas. El consagrar otro tipo de solución, además de infringir claramente la doctrina del TJCE en la materia, restringe los derechos y garantías de los ciudadanos, pues únicamente sirve para retrasar la acción de la justicia y la aplicación del derecho comunitario, haciéndoles correr con la costosa carga de impugnar una resolución que ya desde un principio debía serles favorable.

de una medida legislativa que reflejara fielmente los postulados de la directiva en cuestión (por tanto, exigirá una notable diligencia del Parlamento) y la obligatoria interpretación judicial de los preceptos legislativos de acuerdo con el espíritu y finalidad de la directiva.

Ahora bien, esas recetas no proporcionan debida respuesta al caso concreto, sino que constituyen soluciones de futuro. Por ello, efectivamente, tanto el órgano Administrativo como el juez ordinario que se encuentra ante uno de los problemas apuntados (de hecho, ya han empezado a plantearse en la práctica) (136), deberá optar por la aplicación de la norma europea, siempre que no sea contraria a los derechos fundamentales reconocidos en el Título I, CE (137), inaplicando en aquel caso concreto la ley nacional con-

(136) Así, el juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Oviedo en el asunto *Marleasing, S. A., y Comercial Internacional de Alimentación, S. A.*, ha elevado una cuestión prejudicial con fecha 13 de marzo de 1989 (DOCE, núm. C 1/6, de 9-5-1989, pág. 6), solicitando al TJCE cuál es la interpretación que debe darse al artículo 11 de la Directiva 68/152, de 9 de marzo de 1968, relativa a las causas que pueden justificar la declaración de nulidad de una S. A. En caso de que el sentido de la respuesta del TJCE fuera incompatible con lo expuesto en la ley española de sociedades anónimas (derogada recientemente), dicho juzgado de instrucción debería inaplicarla, según lo expuesto anteriormente. Otro supuesto parecido se ha planteado ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la AT de Sevilla, quien ha elevado una cuestión prejudicial el 8 de mayo de 1989, en el asunto *Asociación Nacional de Empresarios de la Industria Farmacéutica (Farmaindustria) c/Consejería de Sanidad de la Junta de Andalucía*. Con el fin de averiguar si los artículos 7, 30 y 32.1 del Tratado CEE admiten un sistema de contratación pública de suministros farmacéuticos a cargo de la Seguridad Social basado en un concierto previo según lo estipulado en el artículo 107.4 de la ley española de la Seguridad Social. Asimismo quiere saber si las directivas 62/77 y 767/80 del Consejo permitirían su cumplimiento en el ordenamiento español si se desarrolla el concierto de 5 de junio de 1986 firmado entre la Seguridad Social y los representantes de la industria farmacéutica. Por último, el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda (Presidente Enrique Lecumberri Martí), en fecha 5 de diciembre de 1989, ha dictado auto por el que se plantean tres cuestiones prejudiciales con el fin de averiguar si una sanción de 75.000 ptas., impuesta por la Dirección General de la Salud Pública a la empresa AP en base a una publicidad exterior en la que anunciaba tabaco y bebidas alcohólicas de más de 23 grados (acción prohibida por la ley 20/85, de 25 de julio de 1985, del Parlament de Catalunya), constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la exportación no admitida por el artículo 30 del Tratado CEE tal y como está definida en la directiva 70/50 CEE. El problema radica en averiguar si, como se deduce del expediente, las bebidas de más de 23 grados son en su mayoría importadas y las de menos graduación alcohólica (cuya publicidad es libre) son producidas en Catalunya. Estas estipulaciones ya fueron abordadas por diversas sentencias del TJCE en casos análogos (Comisión c/Bélgica, de 5 de mayo de 1970, asunto del impuesto sobre la venta de madera; Comisión c/Italia, de 16 de julio de 1985, IVA sobre los «vinos espumosos»). El más similar se halla recogido en los asuntos 142/143 1980, *Essavi*, Rec. 1981, pág. 1413, en donde se examina la ley francesa de publicidad, que estableció cinco categorías de publicidad de bebidas alcohólicas. Sólo la primera permitía la libre publicidad correspondiendo, casualmente, en su mayoría, a productos franceses. Por contra, la última prohibía todo tipo de anuncios y afectaba a bebidas que en su totalidad eran importadas. El TJCE consideró esa actitud una violación del tratado CEE.

(137) Aunque no suele ocurrir, debemos mostrarnos totalmente contrarios a la

traria (138), si bien será deseable, en aras a la omnímoda y necesaria vigencia del principio de seguridad jurídica (139) que, en un futuro próximo, el Tribunal Constitucional sienta las bases sobre

prevalencia de una directiva con efecto directo que no respete los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos. En estos casos deberá aplicarse la ley española de forma clara y sin concesiones, aunque ello suponga contravenir la jurisprudencia del TJCE. Así, por ejemplo, la propuesta de directiva del Consejo relativa a la responsabilidad por daños y perjuicios causados al medio ambiente originado por residuos resultantes de actividades profesionales (COM 89282, «DOCE» C 251, de 4-10-1989, pág. 3) establece una responsabilidad objetiva del productor (empresa) y una responsabilidad solidaria del eliminador autorizado. Aunque parece referirse a la responsabilidad civil, lo cierto es que se permite a las Administraciones competentes imponer la sanción pertinente, lo que, según nuestro derecho, sería una sanción administrativa incompatible con los principios mencionados, tal y como disponen los artículos 25.1 y 24.2 del texto Constitucional. El problema de la primacía del derecho comunitario cuando no respeta los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos ha sido objeto de una agria polémica, dada la ausencia de previsiones que contemplan los Tratados constitutivos. Así, la jurisprudencia del TJCE, gracias al control ejercido por las jurisdicciones nacionales, ha seguido cuatro períodos: 1. El TJCE considera que no debe asegurar el respeto de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos (as. Stork/Haute Autorité CECA 1/58); 2. En el as. *International Handelsgesellschaft* 11/70 declara el deber de respetar los derechos fundamentales comunes a los Estados miembros, pero rechaza contrastar el reglamento comunitario, que exige una paga y señal al otorgar los anticipos de exportación, con el derecho de propiedad; 3. En las sentencias Nold, as. 4/73 e *International fruits*, el Tribunal declara que debe asegurar el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y en la CEDH, afirmando que no tolerará medidas incompatibles con ellos. Así, en el as. *National Panasonic* 136/79 confronta las verificaciones sin previa comunicación hechas en esa empresa por la Comisión, en base al reglamento 17/62, con el artículo 8 CEDH. Por su parte, los Tribunales Constitucionales Italiano (Sentencia Frontini, 73/75) y Alemán (So lange I de 1974) rechazaban hasta hace poco el principio de la primacía aplicando la llamada «teoría de la congruencia estructural», al considerar que las normas de derecho comunitario adolecían de una ausencia de garantías jurídicas. Esta concepción ha cambiado recientemente en virtud de la sentencia del tribunal Constitucional Federal Alemán «So lange II», de 19 de octubre de 1986, donde rechaza controlar la legalidad de las normas comunitarias derivadas. Sobre el tema ver J. M. TRAYTER, *La defensa*, op. cit., págs. 132 y ss, bibliografía allí citada. Asimismo, ver E. CANNIZZARO, *Un nuovo indirizzo della Corte Costituzionale Tedesca sui rapporti, fra ordinamento interno e norma comunitarie derivate*, «RDI», LXXI, 1988, págs. 24 y ss.; I. LASAGABASTER-HERRARTE, *Las Comunidades Europeas y los derechos fundamentales*, «REDC», núm. 18, 1986, págs. 51 y ss.

(138) La práctica totalidad de la doctrina española acepta que cualquier juez o Tribunal pueda desaplicar, con carácter general, una norma con fuerza de ley que se oponga al derecho comunitario. Al respecto, ver A. MANGAS, *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, 1986, págs. 136 y ss.; o P. PÉREZ TREMPES, *Justicia comunitaria, justicia constitucional y tribunales ordinarios frente al Derecho comunitario*, «REDC», 1985, págs. 174 y ss. Un resumen de las distintas posiciones puede verse en J. VINTRO, *El control de la constitucionalidad del Dret Comunitari en materia de drets fonamentals*, «RJC», núm. 3, 1986, págs. 183-210. Sobre la suspensión cautelar de la Ley Nacional contraria al Derecho comunitario ver GARCÍA DE ENTERRÍA, *La suspensión inmediata de una Ley nacional por el TJCE (Auto de 28 de junio de 1990, Comisión c/Alemania, «RIE», vol. 3, núm. 17, 1990, págs. 875 y ss.*

(139) Las situaciones que pueden provocarse son de lo más rocambolescas. Al respecto ver el asunto Ratti antes examinado. Recientemente, como hemos dicho, la Comisión ha introducido un Recurso por incumplimiento contra el reino de España, en fecha 27 de enero de 1989, alegando la infracción de las condiciones para realizar vertidos de hexaclorociclohexano (HCH), así como no adoptar las medidas o acciones necesarias para la prevención, corrección y eliminación de la contaminación causada por dichos

las que construir una sólida teoría que evite a los ciudadanos la sensación de desconfianza y recelo en la justicia, el imperio de la ley y el derecho.

2. Problemas derivados de la distribución territorial del poder

Dada la enorme complejidad del tema, únicamente queremos afirmar el necesario respeto, dentro de lo jurídicamente posible, de la distribución de competencias Estado, CCAA y entes locales en la transposición y puesta en práctica de las directivas (140).

vertidos, según se especifica en los artículos 5, 7, 9, 10 y 15 de la Directiva 78/319/CEE del Consejo, de 20 de marzo de 1978, relativa a los residuos tóxicos y peligrosos. Dicha norma fue introducida en nuestro ordenamiento por la ley 20/86, de 14 de mayo, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos (BOE 120, 20 de mayo de 1986). Si ésas son alegaciones exactas, la ley debería quedar inaplicable, actitud que no soluciona nuestros problemas. En estos supuestos, el efecto directo de las directivas, ¿podría ser alegado por un particular perjudicado? ¿Y por la Administración competente? ¿Cuál es la normativa realmente en vigor?

(140) Al respecto la doctrina se encuentra dividida. En favor de lo afirmado en el texto, P. PÉREZ TREMPES, *Comunidades Autónomas...*, op. cit., pág. 117; MUÑOZ MACHADO, *El Estado...*, op. cit., pág. 104; Avelino BLASCO ESTEVE, *Las competencias de ejecución de la generalitat de Cataluña*, «IEA», 1989. En contra, SANTAOLALLA GADEA, *La aplicación...*, op. cit., págs. 464 y ss.; J. E. SORIANO GARCÍA, «La participación de las Comunidades Autónomas en el ejercicio del poder exterior y la ejecución autonómica de la legislación comunitaria», en *Libro-homenaje a Villar Palasí*, 1989, pág. 1307. Lo cierto es que en muchas ocasiones resulta imposible aplicar la solución antes apuntada (por ejemplo, en el tema de las ayudas otorgadas a los Estados en materia agrícola). A pesar de todo, en la práctica, cada Comunidad Autónoma con competencia exclusiva ha transpuesto la directiva en cuestión. En este sentido, los comentarios de A. NAVARRO MUNUERA, *Análisis comparado de las leyes del Estado, del País Vasco y de Cataluña de delegación en los respectivos gobiernos para la aplicación del derecho comunitario europeo*, «RVAP», 19, págs. 141 y ss.; I. FOLCHI, «Ley 2/86, de 19 de febrero, de Bases sobre la Recepción del Ordenamiento de las Comunidades europeas en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, y Ley 4/1986, de 10 de marzo, de Bases de delegación en el Gobierno para la adecuación de las leyes de Cataluña al Derecho de las Comunidades Europeas», en *Autonomías*, «Revista Catalana de Derecho Público», núm. 5, octubre 1986, págs. 598-599; MARTÍN BASSOLS, *Delegación Legislativa y Derecho Comunitario: en el control de los Decretos Legislativos por la Comisión Mixta para las Comunidades Europeas de las Cortes Generales*, en «NOTICIAS CEE», 1989, págs. 11-153. Idéntica solución ha dado el TC en sentencia 252/88, de 20 de diciembre. Conflictos positivos de competencia 598/1986, 1403/1986 y 857/1988 (acumulados). Interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña, respectivamente, contra el escrito de 26 de febrero de 1986 del Director General de la Salud Pública del Ministerio de Sanidad y Consumo al Director General de Sanidad y Salud Pública del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat contra los Reales Decretos 1754/1986, 1755/1986 y 1728/1987. Por último, y a la luz del derecho comparado, la ley italiana de 9 de marzo de 1989, «sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e sulla procedure di esecuzione degli obblighi comunitari», en su artículo 9 ha consagrado, para las provincias autónomas y las regiones con estatuto especial, esa solución, siempre y cuando las directivas afecten a materias de competencia exclusiva. Por contra, las regiones con estatuto ordinario y las provincias autónomas en materia de competencias concurrentes, deben esperar a la aprobación de la denominada ley comunitaria anual, disposición dictada por el

Así como recordar la obligación que pesa sobre la Administración investida de funciones ejecutivas de aplicar los mandatos de una directiva con efecto directo, aunque el ente u órgano competente para transponerla en derecho interno no haya tomado las medidas legislativas necesarias o éstas no reproduzcan fielmente su sentido (141).

VII. CONCLUSIONES

La doctrina del efecto directo de las directivas comunitarias elaborada por el TJCE significa un claro avance en el conjunto de derechos y garantías jurídicas que deben presidir cualquier ordenamiento.

El más alto tribunal europeo, asumiendo el papel de motor e impulsor de los objetivos previstos en el tratado de la CEE, ha desarrollado una jurisprudencia firme y esperanzadora que otorga auténticos derechos subjetivos a los ciudadanos, aspecto éste que por sí sólo nos convierte en los más fieles defensores de la misma. Así, y tal como hemos afirmado a lo largo del trabajo, cuando el texto de una directiva no ha sido transpuesto por el Estado en el plazo previsto o bien sus términos han resultado mal reproducidos, siempre que sea clara, precisa, incondicional y jurídicamente perfecta, debe ser aplicada por la Administración (en cualquiera de sus niveles) y por los jueces, descartando cualquier norma interna de cualquier rango que se le oponga.

El largo camino recorrido hasta formular esta doctrina, ha pasado por grandes obstáculos fruto de la sensata oposición de las altas jurisdicciones nacionales que, en éste y otros aspectos del

Estado que recoge las normas comunitarias que deben ser aplicadas en el orden jurídico italiano. Sobre el tema, ver Giuseppe TESAURO, *Partecipazioni delle regioni alla formazione delle decisioni comunitaire*, en «RDIPP», enero-marzo 1989, págs. 729 y ss.

(141) Así, la Directiva 89/369 CEE, de 8 de junio, relativa a la prevención de la contaminación atmosférica procedente de nuevas instalaciones de incineración de residuos municipales («DOCE», núm. L 163, de 14-6-1989, pág. 32), establece una serie de requisitos técnicos para conceder la correspondiente autorización a los empresarios que deseen efectuar dicha actividad. La citada directiva ha de ser transpuesta por las autoridades competentes antes del 1 de diciembre de 1980. Si, expirado ese plazo, no se han tomado las medidas oportunas, los municipios afectados deberán aplicar directamente los requisitos establecidos en la directiva y dictar los actos individuales pertinentes en base a ella. Ver, asimismo, Directiva 89/429 del Consejo, de 21 de junio de 1989 («DOCE», núm. L 203, de 15-7, pág. 50); Directiva 74/442/CEE («DOCE», núm. L 194, 25-7-1975) y Directiva 84/360/CEE («DOCE», núm. L 188,6, de 16-7-1984). No obstante, las dificultades que el supuesto de hecho plantean no son de fácil solución.

derecho comunitario (caracterizado, en múltiples ocasiones, por una insuficiencia de garantías sobre todo si lo comparamos con el arsenal de derechos que reconocen los ordenamientos jurídicos estatales), se han convertido en auténticos vasallos de la legalidad, sirviendo de límite y contrapeso a las no siempre fundadas teorías elaboradas por el TJCE. Gracias a ellas podemos afirmar que el llamado «gobierno de los jueces» que presidía el sistema europeo, se ha transformado en algo más racional y ponderado, en donde a la idea de la construcción de Europa, se ha incorporado un detalle que nunca debió ser olvidado: la concepción del derecho como garantía de libertad de todos los ciudadanos.