

DOCUMENTACION

Desde la puesta en marcha de la Comunidad Económica Europea el problema de los efectos jurídicos de las Directivas en los ordenamientos de los Estados miembros ha suscitado un interminable debate doctrinal. El punto más controvertido es la posibilidad de que las Directivas puedan producir efectos entre ciudadanos, en el caso de que el Estado miembro haya incumplido su obligación de transponerlas dentro del plazo señalado en la norma misma del Derecho comunitario.

El artículo que se publica en el presente número del Boletín estudia la evolución de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, así como los pronunciamientos de algunos órganos especialmente relevantes, como el Consejo de Estado francés y el Consejo de Estado español.

Pero en esta evolución la nueva redacción del artículo 191 del Tratado de Roma, modificado por el Tratado de Maastricht, marca, a juicio del autor, una nueva etapa en la dinámica de un progresivo reconocimiento de los efectos directos de las Directivas en todos los ámbitos jurídicos de la Comunidad. La exigencia de la publicación de las Directivas de alcance general en el Diario Oficial de la Comunidad en los mismos términos que los Reglamentos, así como de la firma del Presidente del Parlamento Europeo, expresión del sistema de codecisión en la elaboración de la norma, resuelven algunas de las objeciones más importantes planteadas hasta ahora sobre su aplicabilidad directa en los ordenamientos de los Estados miembros.

Si la fuerza de la Directiva no está tanto en su transposición sino en el Tratado Constitutivo, la solución es que debe aplicarse de modo inmediato y no sólo frente a los Estados sino erga omnes, es decir, las Directivas tendrían un efecto directo horizontal, el mismo que tendrían si el Estado hubiera transpuesto la Directiva a su tiempo.

EL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL EN LAS DIRECTIVAS Y EL TRATADO DE MAASTRICHT

MANUEL CANTO GARCÍA

Vocal asesor del Gabinete
del Ministro de Justicia e Interior

SUMARIO

0. Cuestiones Generales
1. Reglamento y directiva. El efecto horizontal.
2. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE).
3. El Consejo de Estado en Francia y España ante el efecto Directo.
4. El nuevo artículo 191 del TUE.
5. Hacia un nuevo sentido de las Directivas.

0. Introducción

El presente artículo viene a recoger la evolución producida en la interpretación de las directivas frente a los reglamentos, como expresión normativa de los Consejos de la CE y su incidencia sobre la legislación interna de cada país, examinando especialmente el problema producido por la falta de aplicación de una directiva por un Estado, su capacidad de crear obligaciones jurídicas para o contra el Estado de referencia, y lo que es más interesante, la posibilidad de que pueda producir efectos entre ciudadanos, y meramente frente al Estado.

La opinión defendida en el artículo es que en el Tratado de la Unión Europea se ha producido un deslizamiento hacia un mayor contenido de las directivas, que podría llevar a un reforzamiento de su obligatoriedad en los casos de incumplimiento de una directiva por un Estado. Para ello se examina la doctrina de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y la modificación del artículo 191 del Tratado de la Comunidad Europea (o Tratado de Roma), en el nuevo texto del Tratado de la Unión Europea.

1. Reglamento y directiva

El artículo 189 del Tratado de Roma establece la existencia y contenido del reglamento y de la directiva. El reglamento tiene un alcance general y es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La redacción del Tratado de Roma mencionaba que «el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas ...». La nueva redacción del Tratado de la Unión Europea en su artículo G.60, especifica que «para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas».

Con esta nueva redacción no se produce solamente una modificación en el proceso de creación normativa de la Unión Europea, o de la Comunidad Europea, según el ámbito al que se refiera, sino que se compensa una de las debilidades estructurales de la Comunidad Europea, la falta de representación directa de la soberanía popular, que viene a determinar el contenido de lo que se conoce habitualmente como poder legislativo. Aunque ese vacío estaba cubierto, o mejor dicho amparado en los procesos decisorios de un Consejo de Ministros en el que intervienen los órganos ejecutivos del Gobierno nacional respectivo, la suscripción de un tratado internacional en el que se concedían determinados efectos a la toma de decisiones de los órganos comunitarios, constituía la verdadera ratio del carácter imperativo de los actos emanados de las decisiones comunitarias.

Sin embargo, y frente a los sistemas nacionales de representación pública, el vacío venía determinado por la ausencia de una relación entre el ciudadano y el carácter coactivo de una norma creada por un órgano que no había sido elegido para ello. De ahí que se produjera el doble efecto de la inaplicabilidad directa sobre la legislación nacional, siendo la directiva el medio técnico-jurídico de obligar al Estado a recoger en su derecho interno el contenido de la directiva, pero ya con el procedimiento de creación legislativa de su propio ordenamiento, siendo la directiva el procedimiento más utilizado, y el que viene a afectar fundamentalmente a la modificación de los derechos internos o nacionales.

Por su parte los reglamentos, al ser de aplicación directa en los Estados, son de una constitución técnica más compleja, teniendo su base en la propia eficacia de los Tratados, y en la exigencia igualitaria para todos los Estados; también por esa causa se utiliza con menos frecuencia o se recurre al procedimiento de remitir o reproducir su contenido en la legislación nacional, como un sistema de clarificación de normas o de desarrollo, que simplifica enormemente su aplicabilidad, especialmente por las dudas que puede suscitar frente a las normas existentes, en la que, aunque medie buena voluntad del Estado, las colisiones de normas confunden al ciudadano, siendo la remisión, derogación o interpretación la mejor mecánica.

La nueva redacción produce un cambio sustancial. No sólo empieza a construir el equilibrio entre el poder ejecutivo de la Comunidad Europea (el Consejo de Ministros), y el poder legislativo (el Parlamento Europeo) sino que viene a restablecer la relación entre el ciudadano votante y la fuerza imperativa de la norma. Desde el momento en que las elecciones al Parlamento Europeo son directas, y los representantes elegidos pueden determinar el proceso de creación normativa, se está produciendo un cambio cualitativo. Es cierto que no existe una relación correcta, como existe en las soberanías nacionales, o en los procesos electivos de las comunidades autónomas, pero es un proceso importante. Con ello se empieza a levantar la barrera entre la supranacionalidad y el estado federal o confederal como configuración final de la Unión Europea.

«La Comunidad es una confederación en el terreno político con muy importantes contenidos federales en el contenido económico, como en el ejercicio de las competencias que le son propias.» (1)

(1) Weiler, Joseph, «Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle».

«El reglamento tiene un carácter esencialmente normativo y es aplicable no a destinatarios limitados, designados o identificables, sino a categorías consideradas abstractamente y en conjunto.» (2)

La directiva, (sólo se utilizan los terminos del Tratado de Roma y no de la CECA para evitar confusiones y aclaraciones entre los distintos significados), en resumen se puede configurar como una obligación de resultado con elección de forma y medios para el Estado destinatario. Contra lo que pudiera parecer, el texto de la directiva en muchos casos tiende a ser prolijo y preciso, lo que cuestiona la facultad y libertad de los países miembros para trasponer su contenido, debiendo en muchos casos trasponer en totalidad el mismo. Esa precisión tiene su origen en la necesidad de armonizar las distintas legislaciones de los países miembros, lo que requiere un detalle que impida el fraude o la ineficacia de los efectos buscados por la directiva, que además en muchos casos es fruto de un comienzo que daña su estructura técnico jurídica.

Sin embargo, si se analiza de un modo técnico y no por la mera apariencia jurídica de la norma, se puede ver que los efectos de la directiva no son tan atenuados como parecen frente al reglamento. Según Guy Isaac, la diferencia no es tan amplia, y establece las siguientes notas diferenciales:

a) *La directiva no es de alcance general*, pero cuando ha sido incorporada al derecho nacional sí tiene ese alcance general. Concretamente cuando se dirige a todos los Estados miembros de la C.E. y es objeto de una aplicación simultánea, es más bien un procedimiento de legislación indirecta, un «acto de alcance general» (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sentencia de 22.2.1984 Kloppenburg 70/83).

b) *La directiva aleja en cuanto al resultado, dejando a las autoridades nacionales la competencia en cuanto a la forma y medios*. Sin embargo, como resulta extremadamente difícil llegar a la consecución de un resultado por medio distinto de los que la directiva propone, y en muchos casos delimita el ámbito y el contenido a trasponer, especialmente cuando hay varias legislaciones diferentes, la autonomía de los Estados es más aparente que real.

c) *La directiva no es directamente aplicable*. Este es uno de los extremos que la jurisprudencia del TJCE está cuestionando con mayor intensidad. Que la directiva tenga carácter obligatorio para los Estados no quiere decir que carezca de efectos jurídicos para terceros. Anticipando otros contenidos del artículo, se pueden producir efectos entre el ciudadano afectado y el Estado moroso en el cumplimiento de su obligación, o entre dos ciudadanos en algunos casos concretos, lo que se denomina efecto directo vertical u efecto directo horizontal.

Vistas así las notas de la directiva, podrían quedar desdibujados los perfiles definitorios frente a los reglamentos. Sólo así podría comprenderse el efecto directo que la directiva puede tener en algunos casos. Este efecto directo se puede entender vertical u horizontalmente. Sería vertical cuando la exigibilidad frente al Estado incumplidor establece una línea entre la directiva, el Estado y el ciudadano afectado. El procedimiento regular viene a propiciar un mecanismo resarcitorio del ciudadano frente a la irregularidad del Estado, estableciendo su derecho a ser compensado por el propio Estado infractor. El efecto directo horizontal se produce cuando se reconocen efectos jurídicos a la

(2) Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea., Sentencia de 14 de diciembre de 1962; 19/62 Federación Nacional de Carnicería.

relación jurídica entre dos ciudadanos que habría tenido un contenido distinto de haber sido traspuesta la directiva en cuestión. El efecto directo vertical ha sido utilizado en unos cuantos casos. Sin embargo el efecto directo horizontal se ha reconocido con cuentagotas. Ambos son consecuencia del efecto directo, como aplicación de las normas comunitarias a los espacios nacionales.

2. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

El incumplimiento por un Estado de la obligación definida en el artículo 189 TCCE de recepcionar en su derecho nacional una directiva, ha sido uno de los problemas más importantes que ha tenido que afrontar el TJCE en su historia. Para evitar el incumplimiento de la directiva, desde la sentencia S.A.C.E. 33/70 el TJCE ha venido a reconocer a los particulares el derecho a actuar directamente contra su propio Estado por la no transposición o transposición deficiente de los términos de la directiva. La doctrina ha venido a establecer una respuesta específica para que se produzca el derecho compensatorio frente al Estado propio, requisitos que en líneas generales son:

- a) Que los términos de la directiva sean precisos.
- b) Que no requieran un acto de derecho interno para su efectividad.
- c) Que haya transcurrido el tiempo previsto para la transposición de la directiva, y no haya sido realizada en ese plazo.

En este supuesto se confirma lo que se llama el efecto directo vertical que es la doctrina constante de la jurisprudencia.

Otra situación se crea cuando se producen efectos en relaciones de derecho privado, entre ciudadanos comunitarios, cuando el contenido de la directiva afecta de un modo directo la relación entre dos particulares, de lo que se deriva la posible invocación de una directiva por un particular para obtener la satisfacción de un derecho que la directiva reconoce, y que carece de plasmación en el ordenamiento interno por la desidia, dificultad o pasividad del Estado receptor en trasponer el contenido de la directiva. Caso de admitirse es lo que se llama un efecto directo horizontal.

Lo cierto es que el principal oponente al efecto directo dentro de la resistencia general de todos los Estados miembros de la C.E., ha sido la República Francesa, por medio del Consejo de Estado, asunto que posteriormente se desarrollará.

En el comienzo del reconocimiento del efecto directo subyace el reconocimiento inicial de la primacía del derecho comunitario. El concepto de primacía del derecho comunitario es el que ha venido a legitimar toda la corriente posterior, siendo el efecto directo una consecuencia de la primacía del derecho comunitario. Siguiendo la estructura de Frank Ernmest (Director de la Academia de derecho europeo en Instituto unitario europeo de Florencia), se pueden distinguir tres etapas:

- a) El reconocimiento condicional del efecto directo de la directiva.
 - b) El giro doctrinal de la jurisprudencia en las sentencias Von Colson y Harz.
 - c) La jurisprudencia en la sentencia Marshall.
 - d) Tendencias posteriores.
- a) *El reconocimiento condicional del efecto directo de la directiva.*

Si bien las sentencias Van Gend & Loos, 26/62 de 1963 y Lutticke 57/65 de 1966, venían a reconocer un efecto directo *de facto*, como acción del individuo en

garantía y ejercicio de sus derechos, y como elemento de integración frente a la corriente anterior que limitaba a las instituciones comunitarias o a los Estados afectados la denuncia de las vulneraciones de las directivas comunitarias, será en la Sentencia Franz Grad 9/70 de 1970 cuando se determine el «efecto útil» de la directiva:

«..... que particularmente en los casos en que las autoridades comunitarias hayan adoptado la decisión de obligar a un Estado o a todos los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto de tal acto estaría debilitado si los justiciables de ese Estado no pudieran hacer valer su derecho ante las jurisdicciones nacionales en sede de justicia en tanto que elemento de derecho comunitario; que si los efectos de una decisión no pueden ser idénticos a los de un reglamento, esta diferencia no empece que el resultado final consista en el derecho de los justiciables a hacer valer la misma ante la jurisdicción nacional con el mismo efecto que un reglamento directamente aplicable».

La Sentencia S.A.C.E. 33/70 de 1970 vendrá a confirmar el efecto directo, línea que continúa la Sentencia Van Duyn 41/74 de 1974. A su vez la Sentencia Inka 38/77 de 1977 establece otro criterio importante:

« ... Que el artículo 189 del Tratado de la Comunidad Europea no permite que un Estado miembro pueda decidir no conceder ningún efecto a una directiva o darle un efecto parcial ... Un Estado miembro que falte a su obligación de dar pleno efecto a una directiva viola el Tratado, de manera que legítima (por vía de sus instancias ejecutivas o administrativas) que ese acto pueda ser impugnado por una persona privada en un proceso ante sus propios tribunales, y equivaldría a permitirle imponer su derecho sobre la propia carencia...».

En consecuencia el efecto directo viene a tener un doble efecto: el efecto útil y la inoponibilidad de un Estado frente a un particular por el incumplimiento de las obligaciones que la directiva recogía y debía haber incorporado a su ordenamiento interno.

Las sentencias del TJ Ratti 148/78 de 1979 y Becker 8/81 de 1982, establecen precisiones importantes. La primera es el límite temporal del efecto directo de la directiva, requiriendo que el plazo para realizar la trasposición se haya cumplido sin que haya sido transpuesta. La segunda sentencia (Becker) establece otras precisiones importantes para el efecto directo:

a) Que su contenido debe ser incondicional y preciso.
b) Que, en defecto de norma, puede ser invocada la directiva ante cualquier norma nacional no conforme con la directiva.

b) *El giro doctrinal de la jurisprudencia en las sentencias Von Colson y Harz.*

Las Sentencias Von Colson 14/83 de 1984, y H 79/83 de 1984, tuvieron una solución idéntica en ambos casos. Sin embargo los supuestos eran muy diferentes; en ambos se planteaba un problema de discriminación laboral, pero en un caso el empleador era el Estado, en tanto que en el otro caso el empleador era privado. Si en el primer caso se mantenía el vínculo, el nexo de responsabilidad del Estado incumplidor de la trasposición de la directiva, y por tanto, idealmente era causante del daño y procedía la reclamación indemnizatoria única ante la Administración, en el segundo caso lo que se plantea es un supuesto diferente, porque el empleador era una persona jurídica privada. Esta diferencia era tan evidente para la Comisión

de la Comunidad Europea que denegaría efecto a esa relación entre demandante y persona jurídica privada a los efectos de las directivas. Sin embargo el TJCE entendió otra cosa:

«Conviene precisar que la obligación de los Estados miembros de trasponer una directiva, es la de conseguir el resultado previsto por ella, y que su deber, en virtud del artículo 5 del Tratado de tomar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, se extiende a todas las autoridades de los Estados miembros, que comprenden en el marco de sus competencias, a las autoridades jurisdiccionales...»

La consecuencia importante de esta Sentencia es la obligación no sólo para el legislador, sino para los jueces de aplicar el contenido de las directivas, dando de facto, un efecto horizontal directo a las directivas.

c) *La jurisprudencia en la Sentencia Marshall.*

Ante las críticas sufridas por las sentencias Von Colson y Harz, en la siguiente demanda ante el TJCE relacionada con el efecto directo, la que sería la Sentencia Marshall 152/84 de 1986, se produce un nuevo cambio de orientación, en el que, a pesar de plantearse un problema similar a los anteriores, de discriminación, y en el supuesto más sencillo, el de ser empleador público, la Sentencia establece que «... una directiva no puede ella misma crear obligaciones al empleador de un particular ... que los justiciables pueden hacer valer su derecho fundado en una directiva frente al Estado, ... ». Acerca del argumento del Gobierno Británico de que se produciría un resultado desigual entre los empleadores públicos y privados, el TJCE, viene a salir por la tangente, alegando que esa disparidad es una consecuencia de la no transposición o transposición incorrecta de la directiva al derecho nacional respectivo.

Como explicita Ruiz-Jarabo ⁽³⁾ en el comentario a la Sentencia Marshall:

«... El Tribunal de Justicia, tras recordar su jurisprudencia Becker y dejar claro que el Estado miembro que no haya adoptado, en los plazos previstos, las medidas de ejecución exigidas por una directiva, no puede oponer a los particulares el propio incumplimiento de las obligaciones que aquellos le impone, sienta su novedosa doctrina: según el artículo 189 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, el carácter obligatorio de una directiva, sobre el que se basa la posibilidad de invocarla ante el órgano jurisdiccional nacional, sólo existe respecto de todo Estado miembro destinatario. De ello se deriva, añade la sentencia, que una directiva no puede, por sí sola crear obligaciones a cargo de un particular, ni es susceptible, por consiguiente, de ser invocada en su calidad de tal, contra dicha persona.»

Por tanto se produce una clara diferenciación entre el efecto directo de la directiva sobre la actividad pública y la actividad privada.

Diferencia que no es relevante exclusivamente por la distinción entre el carácter público y privado del efecto, sino por la negativa precisa al efecto directo horizontal que, en modo indirecto estaba siendo reconocido por la jurisprudencia anterior. La consecuencia de la división radical llevaría a la aparición de múltiples problemas en la definición del ámbito público y privado. En la Sentencia Johnston, 222/84 de 1986, el TJCE no tuvo más remedio que establecer unos criterios mínimos que pudieran

(3) Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, «El Juez Nacional como Juez Comunitario».

servir de pauta e interpretación a los jueces nacionales cuando se plantee el problema de la aplicación de las directivas no traspuestas; así cuando la policía Marguerite Johnston planteó la demanda contra el Royal Ulster Constabulary por desigualdad de trato entre hombres y mujeres, el TJCE tuvo que delimitar el contenido de la actividad vinculada al Estado, entendiendo como tal la realización de una función pública, el control o dirección efectivo del Estado sobre la institución o persona que dirija al demandante y el control presupuestario del Estado. Es especialmente relevante que la Sentencia sí entendía que debía tener protección jurisdiccional la demandante (aunque se tratase del caso opuesto a los que hemos visto: el carácter de orden público y seguridad pública que tenía la discriminación). Otra cosa es que la demandante no hubiera visto reconocida su pretensión, aunque fundada no en la inaplicabilidad de la Directiva no traspuesta, sino en las excepciones que comportaba la situación de Irlanda del Norte y los frecuentes atentados producidos, por entender que podía establecerse un régimen diferenciado.

Finalmente, la delimitación de la esfera pública tuvo que volver a ser examinada en la Sentencia Foster 188/89 de 1990, que ampliaba la concepción de Estado a las empresas autónomas, a los efectos de aplicación del principio del efecto directo vertical.

Todas estas cuestiones producen de hecho una notoria diferencia que puede tener una consecuencia futura no prevista: que la desigualdad existente, fundada en la obligación inicial e incumplimiento posterior de aplicación de una directiva pueda tener una nueva lectura tras la incorporación a los Tratados Constitutivos de la C.E., del Tratado de la Unión Europea, que en su artículo F viene a establecer una vinculación de las instituciones comunitarias en la aplicación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, texto que viene siendo aplicado crecientemente por el TJCE, pero que tenía un ámbito nacional en su aplicación⁽⁴⁾, en tanto que desde su incorporación al TUE podría ser invocado como condición de igualdad ante las leyes nacionales en virtud del artículo 14 del citado convenio. Lo cierto es que se produce una grave distorsión, que al menos en las directivas referidas a política social, podrían ser objeto de remisión al mencionado Convenio Europeo de Derechos Humanos. Más discutible es que su *vis* atractiva pueda extenderse a los ámbitos del derecho de la competencia. Una zona gris se extendería sobre la libre prestación de servicios y derecho de establecimiento.

d) *Tendencias posteriores. Las Sentencias Francovich y Marleasing.*

Desde la Sentencia Marshall, la más reciente jurisprudencia en cuanto a su capacidad innovadora se ha articulado sobre las sentencias Francovich y Marleasing entre 1990 y 1991. Desde entonces no se ha producido, en las 16 Sentencias del TJCE relacionados con el efecto directo entre 1992 y marzo de 1994, una modificación general; más bien lo que existe es una cierta continuidad de la eficacia directa vertical, una continuidad de la línea Marshall, por decirlo así.

La Sentencia Marleasing 106/89 de 13 de noviembre de 1990, es especialmente significativa por dos motivos: el primero, porque se produce de un modo nítido el efecto directo horizontal; el segundo, porque es una sentencia relacionada con un recurso prejudicial de un juzgado español.

(4) Sin entrar en consideraciones sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.

Concretamente el juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Oviedo planteó una cuestión prejudicial en relación con la aplicación de la Directiva 68/151 al régimen del derecho nacional sobre sociedades, a los efectos de la declaración de unidad. El TJCE entendió que el juez debía aplicar la Directiva 68/151, y con ello hacer un efecto directo sobre el sistema español, primándolo sobre el sistema del ordenamiento jurídico español. La importancia de esta sentencia radica en el carácter estrictamente horizontal de las partes en el proceso que determinó el recurso prejudicial: dos particulares, uno de los cuales invocó la no transposición de la Directiva citada por el Estado español y su aplicabilidad por haber transcurrido el plazo para ello.

Es probable que el efecto horizontal haya sido estimado considerando el carácter restrictivo de la Directiva frente a la fórmula existente en el derecho español, que era más amplia. Lo que ocurre es que se produce de hecho un efecto horizontal, pero no por vía de la directiva, sino por el contenido obligatorio para los jueces nacionales de considerar el derecho comunitario, los Tratados, y en especial las directivas. Es aquí donde el recurso prejudicial gana una intensidad y riqueza de la que carece el sistema general de recursos comunitarios, ya que, en lugar de agotarse el procedimiento contra un Estado por incumplimiento, un juez nacional, vía recurso prejudicial, puede conseguir un efecto que el Estado podría impedir o retrasar por un tiempo considerable.

La Sentencia Francovich venía a plantear el problema de la protección de los trabajadores ante la insolvencia del empleador. El interés de la demandante estaba en reconocer el efecto directo vertical, la responsabilidad del Estado italiano por no haber creado un fondo de garantía salarial; el interés en comentar la Sentencia está en conocer el criterio del TJCE especialmente después de la apertura que supuso la sentencia Marleasing.

La Sentencia no ha considerado el incumplimiento del Estado italiano en términos de incumplimiento de la directiva, sino en términos generales de incumplimiento del derecho comunitario, por tanto se produce una remisión ideal y genérica a la Sentencia Van Gend&Loos, 26/62, y una exclusión del problema causado por el incumplimiento concreto de la Directiva no transpuesta 80/967. Para el TJCE el derecho al resarcimiento del daño está unido a «la naturaleza de la violación del derecho comunitario, que es el origen del daño causado». Tras esa declaración general se remite a las tres condiciones clásicas del resarcimiento del daño:

- a) El resultado previsto en la directiva debe implicar la atribución de derechos en favor de las personas afectadas.
- b) El contenido de esos derechos debe poder ser determinado en el texto de la directiva.
- c) debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

«La existencia de estas condiciones», como resulta de la hilación de los apartados 39, 40 y 41 de la Sentencia, «es condición suficiente para hacer surgir a las personas un derecho a obtener una indemnización, que tiene su fundamento en el derecho comunitario.»

Existe una cualificación importante sobre sentencias anteriores, ya que no se trata del incumplimiento de una directiva, cuya presencia sólo se considera a los efectos de determinar el derecho a la indemnización, sino por el incumplimiento de los artículos

119 y 235 del TCEE. El primero establece las líneas generales que la directiva desarrollaba y el 235 el proceso decisorio de creación normativa. Se produce un contenido evolutivo del efecto directo, que viene a difuminar el complejo problema de la aplicación de la directiva, al remitir la causa del derecho a los tratados constitutivos, de efecto directo incuestionable, y no a las directivas, que no serían más que las emanaciones o precisiones de los Tratados. El efecto directo horizontal que es motivo continuo de discusión e interpretación doctrinal sería sustituido por el efecto directo horizontal de las normas de los Tratados, en tanto que las directivas tendrían el contenido técnico de precisar su aplicación.

3. El Consejo de Estado en Francia y España ante el efecto directo.

3.1 Francia ha sido el Estado que probablemente haya llevado el combate más encarnizado contra el efecto directo de las directivas. El Consejo de Estado ha sido la plataforma que ha centralizado esa oposición.

Para el Consejo de Estado la jurisprudencia del la TJCE ha dado a la directiva un contenido que no está previsto en los tratados constitutivos. Se remite a los trabajos parlamentarios previos a la ratificación del TCEE, en el que se enfrentaba la tesis del reglamento que tendrá los efectos de la aplicación de un tratado internacional, derivado de la ratificación del artículo 189 TCEE, en tanto que la directiva no tiene más aplicación que la que le dé el Estado receptor.

Para ello parte de la nula asimilación entre el reglamento y la directiva en la jurisprudencia del TJCE; entiende por tanto que los particulares sólo tienen los derechos que les confiera la legislación nacional y que la directiva, en interpretación literal del artículo 189 no es una causa de obligación internacional en tanto que delimita un resultado, al contrario que el reglamento.

Como consecuencia de lo anterior la función del juez nacional se limita a la interpretación de las normas legales y al ser las autoridades nacionales las únicas competentes para decidir la forma de ejecución de las directivas, el juez sólo ejercerá un control de compatibilidad, o sea un control restringido.

No obstante, el Consejo de Estado entiende que las normas que se opongan a una directiva con fecha posterior a la fijada para su transposición y que no haya sido transpuesta, no debieran ser aplicadas por la Administración, en tanto que sean incompatibles con el objetivo de la directiva, y que la responsabilidad del Estado sólo se configura si aplica la ley en contra de la directiva. Esta tesis presenta múltiples problemas, desde la dificultad rayana en la imposibilidad para los órganos administrativos de suspender la aplicación de leyes en vigor, al vacío legal que se crearía si una ley es inaplicable de facto sin una norma expresa que recoja su contenido.

En cuanto a la interpretación de las normas francesas que permitan un grado de discrecionalidad, entiende el Consejo de Estado que una vez transcurrido el plazo de transposición debe aplicarse la interpretación más acorde con la directiva. Por tanto no le concede un efecto directo, sino que obtiene una eficacia similar a través de la norma francesa que permita esa interpretación.

El Consejo de Estado sólo articula las posibles soluciones a los conflictos observados que no coincidan con su línea doctrinal. Una de ella sería que el juez nacional reconozca

contenido a las sentencias del TJCE y que la materia pase a tener consideración de cosa juzgada, con lo que sería de aplicación directa. La otra sería que, por medio del recurso prejudicial, pero no del artículo 189 TCEE, el TCJE establezca los términos firmes del contenido.

3.2 El Consejo de Estado en España ⁽⁵⁾ tuvo su primer conflicto en relación con las directivas con la aplicabilidad de normas que no habían sido traducidas al ordenamiento jurídico nacional, problema unido a la deficiente técnica de transposición que fue excesivamente literal pero con poco análisis jurídico de las fórmulas utilizadas.

En cuanto a las directivas, las principales críticas que se derivan de los dictámenes del Consejo de Estado están relacionadas con la transcripción literal en muchos casos del contenido de la directiva, que no se ajusta al ordenamiento interno, y a la falta de publicidad, que hace a juicio del Consejo de Estado, extremadamente difícil una argumentación que permita defender la aplicabilidad directa de la directiva, cuando ha terminado el plazo de transposición y ésta no se ha realizado. Para eso se apoya en la sentencia 179/1989 del Tribunal Constitucional que se refiere al principio de publicidad, en coherencia con la primitiva Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Código Civil y primitiva ley de Procedimiento Administrativo y artículo 9.3 de la Constitución. Otras cuestiones pueden darse respecto a las relaciones entre Estado, Comunidades Autónomas y transposición de directivas, pero esas cuestiones competenciales, aunque interesantes, no son motivo de estos comentarios sobre el efecto directo de las directivas.

4. El nuevo artículo 191 TUE.

El artículo 191 del TCEE se encardina dentro del Capítulo II, del Título Primero de la Quinta parte del TCEE, Instituciones de la Comunidad. El Capítulo II (artículos 189 a 192) es el que establece las medidas normativas de la C.E. (art. 189), los contenidos de esa norma (art. 190), la publicación (art. 191) y el carácter ejecutivo de los actos que sean exigibles a particulares (art. 192).

El artículo 191 establecía que:

«Los reglamentos se publicarán en el «Diario oficial de la Comunidad». Entrarán en vigor en la fecha que ellos mismos fijen, o a falta de ella, a los veinte días de su publicación. Las directivas y decisiones se notificarán a sus destinatarios y surtirán efecto a partir de la notificación.»

El Tratado de la Unión Europea ha modificado el artículo 191, que deberá tener la siguiente redacción:

«1. Los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptadas con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189.B serán firmados por el Presidente del Parlamento Europeo y por el Presidente del Consejo y se publicarán en el Diario Oficial de la Comunidad. Entrará en vigor en la fecha que ellos mismos fijen, o a falta de ella, a los veinte días de su publicación.»

(5) Ver de Ernesto García-Trevijano Garnica «sobre la incorporación del Derecho comunitario en el Derecho interno».

2. Los reglamentos del Consejo y de la Comisión, así como las directivas de estas instituciones que tengan como destinatarios a todos los Estados miembros se publicarán en el Diario oficial de la Comunidad. Entrarán en vigor en la fecha que ellos mismos fijen o a falta de ello, a los veinte días de su publicación.

3. Las demás directivas, así como las decisiones, se notificarán a sus destinatarios y surtirán efecto a partir de tal notificación».

Frente a la primera redacción, la segunda tiene dos modificaciones importantes. La primera se refiere al nuevo apartado 1, que requiere la firma del Presidente del Parlamento Europeo para los reglamentos, directivas y decisiones adoptadas conforme al 189B, procedimiento de codecisión, con lo que se sitúa el proceso normativo en el reencuentro entre el electorado y sus representantes para el ejercicio del poder legislativo. La segunda está en el apartado 2, y establece como novedad la publicación de la directiva de alcance general en los mismos términos que los reglamentos.

Estos dos puntos son importantes por dos razones distintas. La primera, porque el vacío de representatividad de las instituciones queda paliado, y la configuración iniciática de un estado federal se vislumbra desde que el Parlamento puede aprobar o denegar normas con efecto sobre un territorio. Por primera vez, el procedimiento de codecisión permite la retirada del acto propuesto, cuando antes lo único que el Parlamento podía hacer para definir su opinión consistía en el reenvío, que exigía una mayoría de voto más cualificada. Ahora el poder pasa del poder ejecutivo al legislativo por medio del veto.

El segundo extremo recoge las críticas de los Estados frente a las directivas. Si los reglamentos no tenían ningún problema en su aplicabilidad, y la publicidad es uno de los requisitos para su exigibilidad, que no para su validez, como se desprende de la Sentencia Bielefeld 185/73 de 1974 del TJCE, la directiva había sufrido todo tipo de comentarios desfavorables, por su exclusiva comunicación a los Estados afectados, cuando se estaba produciendo jurisprudencia que le daba un efecto general frente a todos los ciudadanos.

García-Trevijano ya expuso en su examen de la doctrina del Consejo de Estado el problema de la publicidad de las directivas para su aplicación en el derecho nacional, en conexión con el principio de la seguridad jurídica de la Constitución Española. A su juicio no es viable la sustitución de la publicidad de las normas en diarios oficiales por otras técnicas alternativas, ni cabe tampoco una publicación parcial de la norma, sino que debe ser la misma completa, de acuerdo al artículo 2.1 del Código Civil.

Lo cierto es que el reglamento, en la anterior redacción, se publicaba en la parte L Sub I del Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) serie Legislación, como un acto que requiere la publicación para su aplicabilidad, en tanto que la directiva sólo debería comunicarlo a los Estados a quienes se dirige sin perjuicio de que se publicase en el «DOCE», pero como un acto voluntario. En consecuencia, ...«los Estados miembros seguían siendo los destinatarios directos de las directivas (y no los ciudadanos, sin perjuicio del referido efecto útil) ... (6) El dictamen del Consejo de Estado 535/92 establecía que la circunstancia de que el destinatario formal de la directiva sea el

(6) García Trevijano obra citada

Estado, comporta su necesaria transposición en el derecho interno de cada Estado miembro, puesto que en otro caso, carecerá de eficacia frente a los ciudadanos.

En consecuencia, no se trata de una cuestión de conocimiento material de los textos, sino del destinatario material de la norma, que en una directiva era el Estado, y que le era comunicado en consecuencia, con lo que suponía para el reconocimiento de un efecto directo horizontal. Sin embargo en la nueva redacción del T.U.E., y para los supuestos de directivas dirigidas a todos los Estados, se obvia este problema, siendo una norma con publicidad general «erga omnes». Si los reglamentos son de aplicabilidad directa, y su publicación en el DOCE es suficiente, las directivas publicadas en el DOCE en virtud del artículo 191, pueden tener un efecto directo si transcurre su plazo para la transposición, y no tendría ya la carencia de publicidad de la que adolecían para conseguir su efecto frente a todos.

5. Hacia una nueva interpretación de la directiva.

Si se recapitula el desarrollo del anterior apartado, se pueden contemplar unas líneas maestras que pueden ayudar a diseñar un marco de la posible interpretación por el TJCE de las directivas no transpuestas.

De la jurisprudencia del TJCE se observa que las vacilaciones iniciales al profundizar sobre el contenido de la directiva y con el choque frontal con algunos Estados ha llevado a un regreso a los orígenes, una solución tan interesante como inteligente, que se podría parafrasear cinematográficamente de «regreso al futuro», porque en su construcción se enfoca el carácter obligatorio e indiscutible de los artículos de los Tratados del derecho primario, siendo la directiva, el derecho derivado, una consecuencia, o una clarificación o adaptación o definición de los instrumentos para cumplir el fin de los Tratados. Si la fuerza de la directiva no está tanto en su transposición (como periodo de gracia o reflexión para su mejor integración en el ordenamiento jurídico nacional) sino en el Tratado Constitutivo, la solución es clara, debe aplicarse de modo inmediato, y no sólo frente a los Estados, sino erga omnes, y podría ser aplicado entre los particulares. Tendría un efecto directo horizontal, el que debería haber tenido si el Estado hubiera transpuesto la directiva en su tiempo. Otra cosa es que la prudencia del TJCE lleve a una interpretación restrictiva hasta que la plena entrada en vigor del T.U.E, y la evolución consiguiente vaya depurando una línea que parece una consecuencia lógica.

Resumiendo, lo que se produce es una articulación de la obligatoriedad de los Estados frente a los Tratados, el eje del sistema, siendo las directivas su medio, medio que requiere ser examinado con precisión a los efectos de determinación de responsabilidades, en el más puro estilo de una cuestión contencioso—administrativa, a los efectos de determinar la responsabilidad objetiva del Estado.

Consecuencia del regreso a los Tratados es la mayor insistencia en la aplicación de los mismos, ya sea directamente por los jueces (lo que pueden hacer) o por vía de recurso prejudicial en los supuestos de directivas, pero no tanto por su aplicabilidad, sino por la determinación de las condiciones de responsabilidad. Los jueces y magistrados nacionales pasarían a ser el fiel de la balanza, el elemento final de incardinación del principio de legalidad con la colisión de normas que se producía en la directiva no transpuesta deficientemente, pero que en tanto que antes y en riguroso respeto

al principio de la legalidad, no podían aplicar una directiva y se remitían en algunos casos al TJCE, con la natural repugnancia que a un juez nacional le supone aceptar una jurisdicción supranacional a los efectos de determinar la existencia de un imperativo legal, ahora el juez tendría muy nítidamente determinada la legalidad del contenido de la directiva en virtud del artículo del Tratado, que es completamente aplicable, siendo el recurso prejudicial un sistema para definir con precisión las condiciones de responsabilidad sobre las zonas nebulosas creadas por la ausencia o inadecuada transposición. Vendría a producirse un cambio en la presunción general.

La nueva redacción del artículo 191 del TUE viene a reducir algunas de las objeciones más señeras; el vacío de representatividad quedaría llenado en los supuestos del artículo 189 B, y se cumpliría el principio recogido de un modo unánime en las constituciones escritas del sistema político de los países europeos, que la soberanía nacional reside en el pueblo, del que emanan los poderes del Estado. Consecuencia ineludible de esa soberanía es que las leyes son votadas por la representación de esa soberanía, lo que tiene su expresión en el nuevo artículo 191.1 mencionado.

Si a esta dimensión se une la publicación de las directivas como una condición necesaria para su eficacia, en igual condición que los reglamentos, la otra gran objeción, la fractura con el sistema de publicación, y de exigibilidad frente a todos los ciudadanos quedaría muy disminuida. La directiva no sería «conocida» sólo por el Estado, y éste vinculado por ella o su incumplimiento, sino que todos pueden conocerla, y todos pueden exigirla. Naturalmente ésta es una expresión máxima de su alcance y es evidente que una aplicación de este tipo es compleja y crearía múltiples conflictos, que en todo caso habrían sido creados por los Estados incumplidores, y no por los ciudadanos.

Finalmente, no puede descuidarse la ampliación de contenido del T.U.E. que, junto a la ya mencionada referencia en su artículo F a los derechos fundamentales, incorpora la protección a los consumidores en el artículo 129 A del TCE modificado, que atribuye un título propio, el XI, y no sólo en el primitivo ámbito del 100 A, como una armonización legal, sino como una protección específica. La protección del medio ambiente, que en el Acta única Europea adquirió carta de naturaleza con un sistema específico de toma de decisiones (artículos 130 R, S y T) pasa en el T.U.E. a ser un objetivo de crecimiento y una actividad específica de la Comunidad Europea, (artículos 2 y 3 del nuevo TCE). Con esta modificación estos dos grandes ámbitos podrían estar perfectamente incluidos en la interpretación amplia ya reseñada de atracción de los Tratados en relación con los efectos de aplicación directa de los contenidos de las directivas.

Si la futurología es de por sí una ciencia imprecisa, las cábalas sobre la interpretación hipotética que haga el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre el derecho comunitario son casi temerarias. Aún así, el papel predominante que tiene el T.J.C.E., frente al carácter menguante que está alcanzando la Comisión, y la necesaria creación de un conjunto armónico normativo en una comunidad de Estados en expansión, parece llevar a la necesidad de que la directiva se transponga en tiempo y con fidelidad, con ayuda de instrumentos técnicos coercitivos para cuyos efectos la interpretación utilizada puede ser muy eficaz.