

# CONDICIONES Y TIPOS DE INVOCABILIDAD DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA

Por Rafael C. PELLICER ZAMORA (\*)

## SUMARIO

INTRODUCCION.—I. CONDICIONES PARA QUE UN PARTICULAR PUEDA INVOCAR LAS DISPOSICIONES DE UNA DIRECTIVA EN UN LITIGIO INTERNO. 1. Enunciado de las condiciones. 2. Incorporación de las directivas en el Derecho interno. 3. Contenido de la obligación de ejecución.—II. CASOS EN QUE UNA DISPOSICION DE UNA DIRECTIVA PUEDE SER INVOCADA POR UN PARTICULAR EN UN LITIGIO INTERNO. 1. Invocabilidad de una disposición de una directiva sin que ello implique su aplicación en el litigio nacional. 2. Invocabilidad para solicitar la aplicación de las disposiciones de una directiva al litigio nacional.

## INTRODUCCION

El objetivo fundamental del trabajo es delimitar el contenido de la invocabilidad de las disposiciones de una directiva. Son muchos los interrogantes que surgieron cuando el TJCE otorgó la posibilidad a un particular de invocar una disposición contenida en una directiva. ¿Quién podrá invocar? ¿con qué motivos? ¿bajo qué condiciones? Responder a estos tres interrogantes básicos supondría solucionar el problema del contenido del efecto directo de las disposiciones de una directiva.

El efecto directo es una construcción del TJCE y en el caso de las directivas no estamos ante una excepción. No obstante, en el presente trabajo se presentan directamente las conclusiones sacadas del análisis, previamente efectuado, de las sentencias del TJCE.

Un problema previo que se presentan cuando se aborda el efecto directo es el terminológico. Brevemente, el problema puede ser esquematizado sobre la base de las siguientes consideraciones:

(\*) Licenciado en Derecho. Colegio de Europa.

(\*\*) El presente trabajo está formado por una selección de capítulos incluidos en la tesina de licenciatura del autor, presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el 25-10-1984, con el título de «El efecto directo de las directivas comunitarias». Los límites del estudio han hecho imposible la inclusión, entre otros, de los estudios doctrinales sobre el efecto directo horizontal de las directivas. Tanto la mencionada tesina como su síntesis han sido realizadas con la dirección inestimable del profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias.

1.º El término «aplicabilidad directa» debe distinguirse de la noción precisa de «efecto directo» (1). Por lo que respecta a las directivas, el propio TJCE ha zanjado la cuestión en el As. 102/79 Comisión c/ Bélgica (2). Afirmando que, si bien las directivas en cuestión poseían efecto directo, ello no eximía a los Estados miembros de la obligación inexorable de introducir las en Derecho interno. El efecto directo pone en relación al particular con la disposición invocada. La aplicabilidad directa supone una técnica de inserción del Derecho Comunitario en los ordenamientos jurídicos nacionales consistente, precisamente en la prohibición de todo acto interno de introducción. Por ello la directiva no es «directamente aplicable».

No obstante no cabe la menor duda de que, en el caso de las directivas, la conexión entre ambos términos es imprescindible. Debe tenerse presente que, como veremos, si la directiva ha sido correctamente desarrollada en Derecho interno, sus disposiciones no podrán ser aplicadas en el litigio nacional pendiente. Es decir, la inexistencia de aplicabilidad directa en el caso de las directivas obliga a efectuar un análisis de la ejecución efectuada a nivel nacional, antes de conceder efecto directo a sus disposiciones. Por lo que la distinción entre ambos términos no debe dejar de lado sus conexiones.

2.º Con el término «invocabilidad» de las directivas se intenta utilizar un vocablo más preciso, más técnico y que no se preste a equívocos. La «invocabilidad» no hace sino sustituir al efecto directo, englobando todos los tipos hasta ahora aceptados. De esta manera se da un cierto carácter procesal al efecto directo, dejándose de tratar el problema desde la perspectiva de las técnicas de inserción del Derecho Comunitario en el Derecho interno. Este punto de vista daba pie a confundir la aplicabilidad directa con el efecto directo. Por ello es aconsejable la utilización del término «invocabilidad» cuando hablemos de las directivas comunitarias.

## I. CONDICIONES PARA QUE UN PARTICULAR PUEDA INVOCAR LAS DISPOSICIONES DE UNA DIRECTIVA EN UN LITIGIO INTERNO

### 1. Enunciado de las condiciones.

El TJCE no otorga efecto directo a toda disposición comunitaria. Desde la primera sentencia relativa a este tema se establecieron una serie de condiciones para que una disposición, contenida en una norma comunitaria, fuese susceptible de ser invocada por los particulares. No obstante, el desarrollo de la jurisprudencia del TJCE es voluntarista, en términos generales.

(1) L. J. BRINKHORST: *CMLR*, 1971, pp. 388 y ss.; J. A. WINTER, en «Direct applicability and direct effect: two distinct and different concepts in Community Law», *CMLR*, 1972, pp. 425 y ss.; C. W. A. TIMMERMANS, en «Directives: their effect within the national legal systems», *CMLR*, 1979, p. 534; R. KOVAR, en «Trente ans du droit communautaire», *Perspectives Européennes*, pp. 145-146 y N. del A. 175; A. R. LEITAO, en «L'effet direct des directives: une mythification?», *RTDE*, 1981, p. 429; F. CAPELLI, en *Le direttive comunitaire*, ed. Dott. A. Gluffrè, Milano, 1983, pp. 261 y ss., esp. 264; L. MILLAN MORO, en «Aplicabilidad directa y 'efecto directo' en Derecho Comunitario, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *RIE*, 1984, pp. 464 a 469.

(2) Sent. 6-5-80. As. 102/79, Comisión c/ Bélgica, Rec. 1980, pp. 1473 y ss. Cnd. 12.

Es en la Sentencia REYNERS (3) donde el TJCE abandona una de las condiciones más restrictivas. Desde esa Sentencia, una disposición que exija un desarrollo de naturaleza comunitaria, nacional o ambos a la vez, puede poseer efecto directo. Con una única puntualización referida a que debe existir una «estructura de acogida», en Derecho interno, que permita el cumplimiento de la obligación exigida por el Tratado.

Desde esta Sentencia el TJCE se preocupará menos de las condiciones que se fundan en determinadas características formales de la norma, para fijarse, con más detenimiento, en la existencia de un «margen de discrecionalidad» otorgado al Estado miembro o, más exactamente, en la naturaleza de ese margen de libertad. Este desarrollo jurisprudencial va a permitir al TJCE, en perfecta coherencia, analizar la posibilidad de otorgar efecto directo a disposiciones contenidas en una directiva.

Por este motivo las condiciones que el TJCE exige en el caso de las directivas, coinciden con las condiciones para otorgar efecto directo al Derecho originario e incluso a los reglamentos. El TJCE ha afirmado, en numerosas ocasiones que tales condiciones no dependen de la denominación del acto, en el que esté contenida la disposición invocada. Por tanto, si las condiciones para otorgar efecto directo se cumplen, cualquier disposición de una norma comunitaria puede poseer tal efecto (4).

Las condiciones específicas que se exigen para que un particular pueda invocar las disposiciones de una directiva son: la expiración del plazo de ejecución (1.º), la inejecución o ejecución incorrecta (2.º), la inexistencia de un «sustantivo margen de discrecionalidad» otorgado al Estado miembro para la ejecución (3.º), y, por último, que la disposición sea clara e incondicional (4.º).

### 1.º Que el plazo de ejecución haya expirado.

Más adelante estudiaré ciertas características de la directiva comunitaria. Por el momento debemos saber que se trata de una norma que no posee aplicabilidad directa, es decir, que necesita ser desarrollada en Derecho interno, para ser plenamente eficaz. Toda directiva, cualquiera que sea su contenido, fija un plazo de ejecución o desarrollo. El Estado miembro puede efectuar tal desarrollo en cualquier momento, siempre que se mantenga dentro de dicho plazo.

Cuando el plazo establecido ha transcurrido y el Estado miembro no ha ejecutado la directiva, estamos ante un incumplimiento de sus obligaciones comunitarias. En otras palabras, el plazo al que me refiero, cumple una doble función. Por un lado, abre un período dentro del cual el Estado miembro debe desarrollar la directiva y, por otro lado, fija la fecha límite a partir de la cual, si la directiva no ha sido desarrollada en Derecho interno, el Estado miembro puede ser acusado por incumplimiento ante el TJCE.

(3) Sent. 21-8-74, As. 2/74, REYNERS, Rec. 1974, pp. 64 y ss.

(4) Sent. 4-12-74, As. 41/74, VAN DUYN, Rec. 1974, pp. 1337 y ss. Cnd. 12, prr. 5.º.

Formalmente el plazo puede referirse, en primer término, a la fecha límite para la adopción y publicación del acto de ejecución y también a la fecha en que tales actos deben entrar en vigor. Las fechas a que me refiero pueden variar de un Estado miembro a otro.

En definitiva, hasta que el plazo no ha transcurrido totalmente, el Estado miembro no puede ser inculcado, ante el TJCE. Por el mismo motivo, hasta la fecha fijada, un particular no podrá invocar las disposiciones de la directiva, puesto que el Estado miembro tiene todavía un margen disponible para llevar a cabo su ejecución.

Queda claramente expuesto en la Sentencia GRAD (5), en el Considerando 13, «...que, en efecto, el objetivo que buscan es asegurar que a partir de una fecha determinada el sistema del impuesto sobre el valor añadido sea aplicado en el conjunto del mercado común, que mientras que no llegue ese término los Estados miembros quedan libres en la materia».

Igualmente, en la Sentencia RATTI (6), en el Considerando 43, sobre la Directiva 77/228, «...no es más que al término del período fijado y en caso de incumplimiento del Estado miembro, cuando la directiva, y concretamente su artículo 9 podrá tener los efectos descritos...», y en Considerando siguiente, añade: «...en tanto que ese término no se cumpla, los Estados miembros quedan libres en la materia». En esta misma Sentencia RATTI, en el Considerando 45, se llega a afirmar que «...si un Estado miembro ha introducido las disposiciones de una directiva en su orden jurídico interno antes del período fijado, por aquélla, esta circunstancia no puede producir efectos frente a otros Estados miembros».

Por consiguiente, se trata de una condición absoluta para que las directivas produzcan efectos jurídicos, no sólo frente al Estado destinatario, sino igualmente frente a los particulares que deseen invocarla.

## 2.º Que la disposición no haya sido bien ejecutada.

En primer lugar, debe decirse que el hecho de que una directiva haya sido ejecutada no constituye ningún obstáculo para que puedan invocarse sus disposiciones. Normalmente, si la directiva no ha sido ejecutada en el plazo dispuesto, ello constituye una causa fundamental para que sus disposiciones sustituyan al Derecho Interno, el cual no ha desarrollado la directiva. Pero, que no haya un acto interno de desarrollo no es una condición del efecto directo de las directivas.

En segundo lugar, antes nos encontrábamos con una condición absoluta, ahora podríamos hablar de una condición relativa. En último término, que la directiva haya sido correctamente ejecutada no es obstáculo para que un particular pueda invocar sus disposiciones. Efectivamente, se puede decir que para que el efecto directo sea denegado, a causa de haber precedido una correcta ejecución, deben cumplirse una serie de premisas: que el particular no invoque la disposición en

(5) Sent. 6-10-70. As. 9/70, GRAD, Rec. 1970, pp. 825 y ss. Sent. 17-12-70. As. 33/70. SACE, Rec. 1970, pp. 1213 y ss.

(6) Sent. 5-4-79. As. 148/78, RATTI, Rec. 1979, pp. 1629 y ss.

cuestión, con la sola intención de provocar una interpretación de la disposición comunitaria o de efectuar un «control de legalidad» de dicha norma interna, sin intención de que fuese sustituida por la disposición de la directiva (7). Porque, en ambos casos, no importa que la directiva haya sido bien desarrollada por los órganos internos.

Por la existencia de este requisito es por lo que se puede decir que la primera condición que hacía referencia a la expiración del plazo de ejecución determina la posibilidad de invocación y la posibilidad de aplicación de tal norma por el Tribunal interno. Mientras que esta segunda condición se refiere, únicamente, a la posibilidad de que la disposición fuese aplicada en el litigio interno, porque aunque no se cumpla la condición el particular puede invocar la disposición.

**3.º Que la disposición no deje un sustantivo «margen de discrecionalidad» a los Estados miembros, para el cumplimiento de la obligación de ejecución de la directiva.**

Tampoco en este caso estamos ante una condición absoluta del efecto directo de las disposiciones de una directiva. Quiero decir, con esto, que el TJCE lo que hará será analizar la directiva para deducir el grado de discrecionalidad otorgada al Estado miembro. Que no exista tal discrecionalidad ya no es una condición, puesto que incluso cuanto tal margen de discrecionalidad exista el TJCE analizará si el Estado miembro ha respetado los límites impuestos por la propia directiva, si es que tales límites existen. Es presumible que, cualquiera que sea la intensidad de las disposiciones de la directiva, el límite de discrecionalidad exista. Este límite puede ser controlado y es por este motivo por el que el TJCE estudiará, en primer lugar, la naturaleza de la libertad que se otorga y, en segundo lugar, el respeto que se ha hecho del margen otorgado. Por ello, en este momento, también nos encontramos ante una condición relativa, que dependerá del análisis efectuado por el TJCE. La solución concreta, para cada caso planteado, será una solución subjetiva, debida a la interpretación que el TJCE haga de los términos de la directiva.

El TJCE no analizará solamente si el Estado miembro ha ejecutado y si esa ejecución es correcta, respecto al fin perseguido por la directiva sino que, igualmente analizará, el contenido y los límites de la libertad de elección. Es decir, si en el estudio de la condición anterior estudiábamos la ejecución desde el punto de vista del Estado miembro, ahora lo hacemos desde el punto de vista de la discrecionalidad que, realmente, contiene la directiva. Anteriormente, el TJCE exigía una correcta ejecución, ahora exige que, además, tal ejecución haya quedado

---

(7) Añadiendo a estos motivos lo que se denomina «control de competencia», podríamos concluir que, para la posibilidad de una invocación formal, no es obstáculo que la directiva haya sido bien ejecutada. No obstante, tal condición sí que es válida para lo que denomino «efecto directo material», es decir, para que la disposición invocada sea aplicada por el juez nacional en el litigio interno, v. *Infra*, II.

— Sent. 15-7-1982. As 270/81, FELICITAS, Rec. 1982, pp. 2771 y ss. Cnd. 24 y conclusiones del Abogado General G. SLYNN, en p. 2792.

dentro de los límites de discrecionalidad otorgados. Lo que se analizará es el grado de discrecionalidad que otorga la directiva al Estado miembro para desarrollar sus términos en Derecho interno, porque, mientras mayor sea la discrecionalidad más difícil será demostrar que el Estado miembro se ha excedido a la hora de interpretar sus posibilidades de actuación. Por el contrario, mientras menor sea el margen otorgado, más posibilidades habrá de que el Estado miembro haya rebasado los límites establecidos.

#### 4.º Que la disposición sea clara e incondicional.

Desde el primer momento el TJCE ha venido afirmando que para poseer efecto directo la disposición comunitaria tendría que ser clara, precisa e incondicional. Tales características se extendieron, igualmente, al efecto directo de las disposiciones de una directiva.

Por citar únicamente la última jurisprudencia del TJCE, la Sentencia BECKER (8), en el Considerando 25, dice: «Así, en todos los casos en los que las disposiciones de una directiva aparezcan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, esas disposiciones pueden ser invocadas...» y en el Considerando 27 se aplica esta regla general al caso concreto: «Considerada en ella misma, y en razón de que ella determina la prestación exonerada y el beneficiario de la exoneración, esa disposición es suficientemente precisa para ser invocada por un justiciable y aplicada por el juez. De todas formas, queda por examinar si el derecho a la exoneración que concede puede ser considerado como incondicional, teniendo en cuenta el sistema general de la directiva...», para concluir en el Considerando 40: «Parece, pues, que la disposición invocada por la administración defensora y el Gobierno alemán, para demostrar el carácter condicional de la exoneración, es inoportuna...»

Por lo que se refiere a las disposiciones de una directiva, debemos constatar que el TJCE nunca ha situado a estas condiciones en primera línea de su argumentación. El Asunto BECKER es el que más extensamente trata el carácter de incondicionalidad, no obstante, se debe más a la importancia del argumento de la RFA que a un interés propio por tales argumentos. Normalmente, la instancia deduce claridad y precisión sin grandes desarrollos argumentales y, en el caso de las directivas, nunca ha considerado oportuno incorporar sus deducciones, sobre este tema, en la resolución final.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta la similitud de este tipo de condiciones, fundadas en la precisión de los términos de una disposición, con la que hace referencia al grado de discrecionalidad otorgado al Estado miembro destinatario,

---

(8) Sent. 19-1-82. As. 8/81, BECKER, Rec. 1982, pp. 53 y ss. En los mismos términos se expresa el TJCE en las sentencias GRENDL (10-6-82. As. 255/81, Rec. 1982, pp. 2301 y ss.), AUER II (22-9-83. As. 271/82), KLOPPENBURG (22-2-84. As. 70/83, Esp. Cnd. 12).

En la Sent. 25-1-83. As. 126/82, D. J. SMIT TRANSPORT, Rec. 1983, pp. 73 y ss., el TJCE reenvía a su jurisprudencia anterior, siendo conclusivo el Cnd. 12: «...pertenece a la jurisdicción nacional controlar la conformidad de la legislación nacional en la materia con las disposiciones..., cuando una de las partes se valga, ante esa jurisdicción, de dichas disposiciones».

para su ejecución. Es evidente que mientras más amplio sea dicho margen, más posibilidad hay de que se consideren sus términos imprecisos.

No puede alegarse que el contenido de una directiva está condicionado hasta que el Estado miembro haga uso de su poder de ejecución. La condición existe, pero no sobre el efecto directo de las disposiciones de la directiva, sino sobre su incorporación en Derecho interno. Porque, aunque el Estado posea un amplio grado de discrecionalidad, nunca podrá alegar que la directiva no ha sido ejecutada, para así evitar su invocación.

En repetidas ocasiones el TJCE ha confirmado esta jurisprudencia, según la cual un Estado miembro no puede oponer su incumplimiento para evitar el efecto directo de la directiva. En otras palabras, si bien las disposiciones de una directiva pueden conocerse mejor una vez ejecutadas, esta circunstancia no puede impedir que, si la directiva no ha sido desarrollada en el plazo dispuesto, el particular pueda invocarla, con la condición de que demostrase que está dentro de la categoría de beneficiarios que la directiva establezca.

Podemos concluir que la existencia de una cierta «vaguedad» o imprecisión no elimina la invocabilidad, con la condición de que el beneficiario de tal invocación quede determinado. Todo ello dando por supuesto que o bien la directiva ha sido ya ejecutada, o bien el plazo para efectuar la ejecución ha expirado. La invocabilidad puede, en estos casos ser parcialmente reconocida, o serlo exclusivamente para el caso concreto que se examine (9).

Sobre estos problemas es interesante recordar la posición de L. J. CONSTANTINESCO, al efectuar un análisis del efecto directo del artículo 95.2 CEE, concedido por el TJCE en el Asunto FINK-FRUCHT (10). Para el autor las condiciones del efecto directo son cuatro: 1.º Claridad. 2.º Incondicionalidad. 3.º Inexistencia de margen de apreciación. 4.º Que la disposición no exija intervención del Estado miembro o de las autoridades comunitarias. Prescindiendo de las dos últimas, analizadas con anterioridad, se impone que la claridad e incondicionalidad se manifiesten en cuanto al resultado a alcanzar, en cuanto a los medios de que disponga el Estado miembro, en cuanto a los datos efectivos que concretizan la obligación en cuestión y en cuanto a la fecha relativa al plazo de ejecución. Para el autor, tales condiciones, de claridad e incondicionalidad, no se cumplen en la disposición examinada, ni en cuanto al grado de discrecionalidad otorgado para la ejecución, es decir, en cuanto a los medios que deben ser utilizados, ni en cuanto a los datos económicos que configuran la obligación. Es interesante tal apreciación, pues son

(9) Por ejemplo, en la Sent. 3-12-1974, As. 33/74, VAN BINSBERGEN, Rec. 1974, pp. 1299 y ss., en el Cnd. 27: «...los artículos 59, prr. 1.º y 60 prr. 3.º, tienen efecto directo y pueden, por tanto, ser invocados ante las jurisdicciones nacionales, por lo menos en cuanto que obligan a la eliminación de toda discriminación... por razón de la nacionalidad...».

— Sobre el mismo artículo 59.1 CEE, en la Sent. 12-12-74, As. 36/74, WALRAVE, Rec. 1974, pp. 1405 y ss. Cnd. 34: «...engendra, en todo caso en la medida en que obliga a la eliminación de toda discriminación fundada en la nacionalidad..., derechos que las jurisdicciones nacionales están obligadas a proteger».

(10) L. J. CONSTANTINESCO: «L'applicabilité directe dans le droit de la CEE», *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, París, 1970, pp. 125 y ss.

precisamente estas características de la disposición los puntos que el TJCE debe decidir para otorgar efecto directo a las directivas comunitarias.

Con todo lo expuesto es posible precisar la definición del efecto directo de las disposiciones de una directiva como aquel derecho de los particulares a invocar en justicia, ante los tribunales nacionales, una disposición contenida en una directiva comunitaria, cuyos términos sean precisos e incondicionales, una vez expirado el plazo de ejecución otorgado a los Estados miembros.

## 2. Incorporación de las directivas en el Derecho interno.

### 1.º Naturaleza de la incorporación.

De la naturaleza de la directiva comunitaria se desprende una obligación de ejecución, en un plazo determinado. Pero la directiva no es una norma directamente aplicable, necesita un acto interno de desarrollo que introduzca la norma comunitaria en el ordenamiento jurídico interno. Es esta la característica que la diferencia del reglamento. El reglamento pasa a formar parte del ordenamiento jurídico interno desde su publicación en el DOCE, prohibiéndose expresamente cualquier acto interno de introducción. Se trata del extremo opuesto a la directiva. El carácter no directamente aplicable de las directivas no debe confundirse, en ningún momento, con la posible existencia de efectos jurídicos para los particulares, desde el momento en que el plazo para su ejecución ha terminado.

Por otra parte, esta característica es compartida por todos los actos comunitarios con fuerza obligatoria. TIMMERMANS (11) resume estos comentarios diciendo que una directiva no necesita ser «incorporada» pero que sí necesita ser «ejecutada» (o «cumplida»). Que una directiva no ejecutada puede tener efecto. lo demuestran claramente las sentencias del TJCE que otorgan efecto directo sin que medie una ejecución previa.

Los términos utilizados para denominar el procedimiento de desarrollo de las directivas comunitarias en Derecho interno, son confusos. Tan sólo en la Sentencia RATTI el propio TJCE utilizó los términos transposición, ejecución y transformación. Últimamente, la doctrina parece decantarse por el término transposición (12).

R. KOVAR delimita lo que debería entenderse por transposición de una directiva. En primer lugar, no debería confundirse con el concepto alemán de «recepción» u «orden de ejecución», según los cuales, el Derecho Internacional no tiene validez interna hasta que la autoridad competente, en el ámbito nacional, no de su autorización. Subordinar la eficacia de las directivas a la existencia de un acto

(11) C. W. A. TIMMERMANS: *Op. cit.*, n. 1, p. 534.

(12) E. GRABITZ, en «Trente ans de droit communautaire», *Perspectives Européennes*, 1981, pp. 89-90.

— M. AYPAL: «La transposition des directives dans les droits nationaux», *RMC*, 1977, pp. 411 a 422.

— P. PESCATORE, aunque utiliza generalmente el término amplio «ejecutar», también ha utilizado «transponer». V., por ejemplo, *L'effet des directives communautaires: une tentative de démythification*, Rec. Dalloz-Sirey, 1980.



## CONDICIONES Y TIPOS DE INVOCABILIDAD DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA

Interno sería eliminar la posibilidad de su efecto directo, en caso de incumplimiento por parte del Estado miembro. Sería incompatible con la Sentencia RATTI, donde el TJCE afirma la eficacia inmediata de la directiva, una vez cumplido el plazo de ejecución. Esta decisión es incompatible con la posibilidad de que, en ese momento, tuviese que existir una «orden de ejecución» del ejecutivo o del legislativo nacionales (13). Este mismo autor descarta la posibilidad de que se tratase de una «transformación», entendiéndose por ello la recepción de la naturaleza jurídica del acto interno de ejecución por la directiva comunitaria. La directiva debe entrar en el ordenamiento jurídico interno en cuanto tal. Una transformación de las directivas sería totalmente incompatible con el efecto directo de alguna de sus disposiciones, porque la invocación en los tribunales internos, sea cual sea el motivo, debe hacerse de la directiva en cuanto tal (14).

Concluyendo, podemos afirmar que todo el Derecho Comunitario, incluyendo las directivas, se incorpora al ordenamiento jurídico interno, desde que sus disposiciones cumplen las condiciones para producir efecto directo. No se podría producir tal efecto sin que la norma comunitaria estuviese ya incorporada, es decir, sin que el juez interno y el particular pudieran hacer uso de ella.

Este aspecto de las relaciones entre el ordenamiento jurídico comunitario y los sujetos de Derecho en los ordenamientos nacionales, no debe confundirse con la necesidad de que las directivas comunitarias sean desarrolladas en Derecho interno, es decir, un nivel de relaciones entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros. Pero tal desarrollo no debe suponer la obstaculización de un posible efecto directo de sus disposiciones, es decir, no debe suponer la transformación de su naturaleza jurídica (15).

### 2.º Naturaleza del acto interno de incorporación.

Hasta el Asunto 102/79 (16) no quedaba muy claro cuáles eran, exactamente, las exigencias que, desde el punto de vista comunitario, se imponían a los Estados miembros para el desarrollo de las directivas. Puesto que, en realidad, lo que la jurisprudencia RATTI había establecido era, tan sólo, el carácter compulsivo del plazo de ejecución. Desde el Asunto 102/79 la libertad, que en un principio disfrutaban los Estados miembros, para ejecutar las directivas queda enmarcada en una serie de principios. Como hemos visto, en general el Estado miembro poseía libertad para elegir los medios y las formas de ejecución, desde ahora no sólo se

(13) Sent. RATTI cit., *supra*, n. 6, Cnd. 22.

(14) J. V. LOUIS: «Le règlement, source directe d'unification des législations», en *Les Instruments du rapprochement des législations dans la CEE*. Ed. de la Univ. Libre de Bruselas, Instituto de Estudios Europeos, 1976, pp. 250 a 253.

(15) V. comentarios de R. KOVAR, en *op. cit.*, n. 1, pp. 138 a 144. Este autor cita la Sent. 31-1-78. As. 94/77, ZERBONE, Rec. 1978, p. 99, donde, refiriéndose al efecto directo de los reglamentos, pero «también de otros actos comunitarios», el TJCE afirmó que: «...los Estados miembros no adoptarán ni permitirán a los órganos nacionales con poder normativo, adoptar un acto por el cual la naturaleza comunitaria de un acto jurídico y los efectos que produce sean disimulados a los justiciables».

(16) As. 102/79, Comisión c/ Bélgica cit., *supra* n. 2.

obliga a ejecutar la directiva, sino que se establecen unos principios para tal ejecución... Se trata de una verdadera limitación al principio de «autonomía institucional» de los Estados miembros.

No hace falta recordar con detalle los hechos del Asunto 102/79, baste con recordar que el Gobierno belga consideraba innecesaria la ejecución de las directivas por existir una serie de «prácticas administrativas» nacionales, que suponían una situación de hecho compatible con las exigencias de dichas directivas... Argumentó que, debido a los términos del artículo 189.3, los Estados miembros podrían ejecutar las directivas utilizando un medio a su libre elección, considerando que las directivas eran lo suficientemente claras y precisas como para no necesitar otro tipo de acto nacional que las desarrollara, bastando las prácticas administrativas nacionales.

El TJCE afirmó dos principios fundamentales por lo que respecta a la ejecución de las directivas:

1.º La invocabilidad de las disposiciones de una directiva sobreviene por el incumplimiento de sus obligaciones comunitarias por parte del Estado miembro y «Esa garantía mínima... no puede servir de justificación a un Estado miembro para dispensarse de tomar, en tiempo útil, las medidas de aplicación adecuadas al objeto de cada directiva». Con lo que viene a decir que existe una obligación irrenunciable de ejecución de las directivas.

2.º Yendo aún más lejos, el TJCE delimitó, por primera vez, la forma de ejecución de las directivas, diciendo que las disposiciones internas que desarrollen una directiva comunitaria tienen que tener «...el mismo valor jurídico que las que se aplican en los Estados miembros...», en la materia de que se trate en la directiva. Descartando la posibilidad de que una práctica administrativa pueda alcanzar tal valor: 1.º Por tener una naturaleza imprecisa. 2.º Por poder ser modificada a voluntad de la administración; y 3.º Por no tener una publicidad adecuada. Afirmando, seguidamente, que «Así lo que importa, en esta perspectiva, es que el Estado miembro dé a las directivas en cuestión una ejecución que corresponda plenamente a las exigencias de claridad y certeza de las situaciones jurídicas queridas por las directivas, en el interés de los productores establecidos en los otros Estados miembros».

En conclusión, ni la existencia de invocabilidad otorga al Estado miembro el derecho de no desarrollar las directivas, ni la obligación de desarrollarlas impide que sus disposiciones puedan ser invocadas, aunque no se haya producido tal ejecución.

Es una jurisprudencia confirmada la que establece que la ejecución del Derecho Comunitario en Derecho interno debe ser eficaz, en el sentido de no dejar ninguna incertidumbre en cuanto a su obligatoriedad. El Asunto 102/79 tiene sus antecedentes en la Sentencia «CODE MARITIME» (17). Resumiendo, se trataba de un recurso de la Comisión contra Francia, por estimarse que ciertas estipulaciones del «Código Marítimo» francés no respetaban el principio fundamental de libre

---

(17) Sent. 4-4-1974. As. 167/73, Comisión c/ República Francesa, «CODE MARITIME», Rec. 1974, pp. 359 y ss.

circulación de trabajadores, establecido por el artículo 48 CEE y en el artículo 4 del Reglamento del Consejo 1612/68.

Francia argumentó que, aunque la disposición nacional estuviese vigente, en virtud de «directrices dadas verbalmente a los administradores de servicios marítimos» no existiría ninguna discriminación, por razón de la nacionalidad, de los trabajadores a emplear. El TJCE, en el Considerando 41, establecerá que la existencia del Código Marítimo produce una situación ambigua, que esconde a los particulares la posibilidad de invocar el Derecho Comunitario. Por tanto, aquellas «directrices verbales» no son consideradas como un medio suficiente para el cumplimiento de las obligaciones comunitarias. El texto del Código Marítimo debería ser modificado, en su parte incompatible con el Derecho Comunitario, por vía legislativa nacional (18).

Queda establecido que la obligación de ejecución de las directivas no se limita al hecho de que el Estado miembro desarrolle sus términos en Derecho interno, sino que, también, se obliga a los órganos nacionales competentes a efectuar un desarrollo que suponga dar plena eficacia a la norma comunitaria y que no suponga su inutilización.

### 3. Contenido de la obligación de ejecución.

El análisis del efecto directo de las directivas se basa en un estudio pormenorizado, caso por caso, del contenido de las directivas. Este análisis nos revelará si existen obligaciones susceptibles de dar lugar a un efecto directo. En tal análisis podemos descubrir obligaciones «de no hacer» o de «stand-still», las cuales no plantean ningún problema. Su contenido será siempre claro y preciso, completo e incondicional. el Estado miembro debe dejar las cosas tal y como están, no debe legislar o actuar. Tales obligaciones siempre poseen efecto directo. En realidad, el carácter compulsivo de estas obligaciones es intocable, la elección de la forma y los medios para no actuar o no hacer es impensable.

Pero podríamos preguntarnos si las obligaciones «de hacer» pueden tener efecto directo. En este caso los Estados pueden ejercitar su potestad de elegir la forma y los medios de ejecución.

El análisis de este tipo de obligaciones está desarrollado en la obra de D. de RIPAINSEL-LANDY y A. GERARD (19). Los autores distinguen tres tipos en cuanto al contenido de las directivas.

Por un lado, están las obligaciones de supresión, por motivo de las cuales los Estados miembros deben suprimir toda legislación nacional incompatible con la

---

(18) No obstante, el Código Marítimo no fue modificado. La Comisión se conformó con unas «Instrucciones» que afirmaban la aplicabilidad directa del principio de libre circulación de personas y que situaban al ciudadano comunitario en posición equiparable al ciudadano francés.

(19) D. de RIPAINSEL-LANDY y A. GERARD, en *Les Instruments du rapprochement des législations dans la CEE: La notion juridique de la directive utilisée comme instrument de rapprochement des législations*, Ed. Univ. Libre de Bruselas, Inst. Est. Eur., 1976, pp. 66 a 69. Es necesario mencionar las investigaciones de estos autores que adelantan considerablemente la situación en que se encontraban los estudios doctrinales sobre la materia.

directiva. El ejemplo característico es la directiva que obliga al Estado miembro a suprimir toda legislación interna contraria a los principios fundamentales de la libre circulación. Los Estados miembros sólo pueden cumplir tales obligaciones suprimiendo las disposiciones internas. Pero la distinción entre una obligación de supresión y una «obligación de creación» no es neta. Hay que saber diferenciar cuando un Estado miembro está obligado a suprimir una legislación interna que discrimina a los Estados miembros, por contener disposiciones que favorecen a sus productos o a sus nacionales, de aquellas obligaciones que imponen al Estado miembro una actuación positiva, de tal manera que una carga ya soportada por los importadores extranjeros sea compensada con una carga similar sobre los factores de producción internos.

Podría cuestionarse si este posible doble juego de los Estados miembros pudiera dar pie a pensar en la inexistencia de efecto directo, por existir libertad de elección de los medios a emplear, para salvaguardar el principio de no discriminación. Es decir, si la elección entre una actuación positiva o una negativa supondría una discrecionalidad suficiente que elimine el efecto directo. RIPAINSELANDY y GERARD concluyen por la negativa, citando la jurisprudencia LÜTTICKE y MOKEREI (20), sentencias en las que el TJCE ha considerado que la elección de medios, a la que hacemos referencia, no excluye el efecto directo, considerando que el Estado miembro destinatario debería suprimir la legislación nacional discriminatoria o en todo caso modificarla. En definitiva, no se pide a los Estados miembros ninguna actuación positiva.

El segundo tipo de obligaciones se denominan «obligaciones de rectificación» o de modificación de una legislación nacional preexistente. Tampoco en este caso hay posibilidad real de elección de medios, pues la única posibilidad es rectificar la legislación nacional hasta acoplarla con las disposiciones de la directiva. Se concluye, como en el caso anterior, que tales obligaciones pueden ser invocadas por los particulares en caso de incumplimiento por parte del Estado miembro destinatario, sin que ello pueda dar lugar a mal entendidos. Las conclusiones del TJCE en el caso LÜTTICKE, citado por los autores que estudiamos, sirven como ejemplo para el estudio de este tipo de obligaciones. El Estado miembro está obligado, según el artículo 95.1 CEE, a reducir los impuestos que pesen sobre los productos importados de otros Estados miembros, hasta conseguir un nivel de imposición similar al que grava el producto nacional.

Por último, las «obligaciones de creación» a las que ya he hecho referencia. Por ellas los Estados miembros deben actuar fijando positivamente la posibilidad de llegar al resultado querido por la directiva. Por ejemplo, la directiva relativa a la armonización de legislaciones del impuesto sobre el volumen de operaciones (21). Los Estados miembros dispondrían de múltiples mecanismos para reemplazar los antiguos sistemas de imposición por el nuevo y unificado I.V.A.

Lo que se está planteando, en el caso de las obligaciones de creación, es si el Estado miembro dispone o no de libertad de elección de medios para ejecutar la

(20) Sent. 16-7-66, As. 57/65. LÜTTICKE, Rec. 1966, pp. 293 y ss. Sent. 3-4-68, As. 28/67, MOKEREI, Rec. vol. XIV, pp. 230 y ss.

(21) Directiva de 14-4-1967, DOCE, n. 71, p. 1301.

directiva. Todo depende del texto de la directiva misma. Caso por caso habrá que analizar si existe tal libertad. En el supuesto de la Directiva sobre el I.V.A. podríamos afirmar que sí existe. Pero un campo igualmente importante del Derecho Comunitario, la supresión de obstáculos técnicos a los intercambios, está regido por directivas, y en este caso tal libertad, en la mayor parte de los casos, no existe (21 bis).

## **II. CASOS EN QUE UNA DISPOSICIÓN DE UNA DIRECTIVA PUEDE SER INVOCADA POR UN PARTICULAR EN UN LITIGIO INTERNO**

Lo que se denomina efecto directo «vertical» de las disposiciones de una directiva tiene, a su vez, dos vertientes claramente diferenciadas. Por varios motivos, el particular puede tener interés en invocar la disposición sin que tal invocación suponga que la directiva se aplique en el litigio interno, como fuente de resolución del caso concreto. Entonces, podríamos hablar de una invocabilidad puramente «formal» (1.º). Por el contrario, existe también la posibilidad de que la disposición invocada sea aplicada en el litigio interno, en sustitución del Derecho nacional inexistente o incompatible con el Derecho Comunitario (2.º). Es lo que se puede llamar una invocabilidad «material» o sustantiva de las disposiciones de una directiva.

**1.º) Invocabilidad de una disposición de una directiva sin que ello implique su aplicación en el litigio nacional.**

**a) Invocación para solicitar, del juez interno, una interpretación del Derecho nacional, en función de los términos de la directiva.**

La invocación de una disposición de una directiva puede ir dirigida, únicamente, a su utilización como fuente de interpretación. A la hora de interpretar una disposición que ejecuta a una directiva, durante un litigio interno, el juez puede verse en la necesidad de recurrir a la directiva. Ello es perfectamente lógico, pues más vale tener en cuenta la fuente al hacer la interpretación de una norma, ya que ésta no es otra cosa que el fruto de aquélla.

En el Asunto MAZZALAI (22), aunque no se está decidiendo sobre el efecto directo de una directiva, sino sobre las utilidades del artículo 177 CEE, el TJCE afirmó que la utilización de dicho artículo no está limitada a los actos con aplicabilidad directa. Se refería, con ello, a la posibilidad de instar al TJCE a hacer una interpretación de las disposiciones de una directiva, por vía prejudicial. En el Considerando 10, dice: «...una interpretación de la directiva puede serle útil al juez nacional con el fin de asegurar a la ley tomada en aplicación de aquélla una interpretación y aplicación conformes a las exigencias del Derecho Comunitario» (23). De lo que se desprende que las directivas pueden ser tomadas en cuenta, cuanto menos para interpretar el Derecho interno frente a sus disposiciones.

(21 bis) Sent. 12-6-80, As. 88/79, GRUNERT, Rec. 1980, pp. 1827 y ss.

(22) Sent. 20-5-76, As. 111/75, MAZZALAI, Rec. 1976, pp. 657 y ss.

(23) De parecido contenido es la Sent. 12-11-1974, As. 32/74, HAAGA, Rec. 1974, pp. 1201 y ss.

Por ahora, me he limitado al caso en que la directiva haya sido ejecutada en Derecho interno. Pero la invocabilidad tiene su validez para interpretar cualquier ley o acto jurídico interno, sean o no los actos que ejecutan la directiva.

El Derecho Comunitario hace las veces de una fuente de interpretación, de gran utilidad para los jueces internos. Los términos de la directiva podrán ser utilizados por el juez, junto a cualquier otra fuente de interpretación del Derecho nacional (24).

En realidad, lo que se intenta conseguir es la obediencia de un principio clásico de la construcción comunitaria. La interpretación uniforme de aquellos actos que, aunque proceden del legislador nacional, tengan una incidencia sobre cualquier campo regulado por las directivas comunitarias o bien de actos cuyo carácter es también comunitario, por tratarse de normas nacionales que ejecutan una directiva. La interpretación, solicitada al TJCE, evitará que cada jurisdicción nacional efectúe una interpretación diferente.

**b) Invocación para efectuar un «control de legalidad del Derecho nacional» en función de los términos de la directiva.**

El «control de legalidad» de las disposiciones de una directiva es una de las posibilidades que otorga el artículo 177 CEE, al Tribunal comunitario, puesto que tal control, como en el caso anterior, puede hacerse de normas directamente aplicables o no. El «control de legalidad» de la directiva supone, a su vez, que también deberá ser controlada la legalidad del acto interno de ejecución o, incluso, de cualquier otra norma interna, cuyos términos se opongan a los de la directiva.

Así BLECKMANN (25) concibe la posibilidad de un tipo de efecto directo consistente en la capacidad de invocación para efectuar un «control de legalidad» de una norma interna, frente a un directiva que, no obstante otorgar un cierto margen de discrecionalidad, puede ser invocada por el particular, sin que ello suponga la aplicación consiguiente de sus términos, en sustitución de las normas internas declaradas incompatibles. Este tipo de invocabilidad permitiría declarar inaplicable una norma nacional, sin que la directiva sea aplicada al caso. Si esto sucede, existiría un vacío legal, al haberse declarado la norma nacional inaplicable y no poderse aplicar la directiva (26).

---

(24) Según C. W. A. TIMMERMANS (op. cit., n. 1), se trataría de una interpretación «concurrente», y para que tal interpretación se dé, sería necesario que la norma nacional fuese «vaga y flexible».

(25) Citada por TIMMERMANS (v. nota anterior en N. del A., n.º 18): «Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du Droit Européen», Bruselas, 1978, pp. 245 a 283.

(26) En su artículo precitado, TIMMERMANS se pregunta si esta posibilidad de «control de legalidad» de las normas nacionales pudiera darse «...en el caso en que la directiva no posea efecto directo». Tal interrogante hace ver que el autor no considera a este tipo de invocabilidad como un efecto directo más. Con independencia de cómo lo denominemos, este tipo de efecto interno de las directivas consiste en declarar inaplicable el Derecho nacional, por ser incompatible con la directiva. «...controlando la libertad de acción de las autoridades nacionales», en palabras del autor. TIMMERMANS quiere incluir los casos de 1-2-77, As. 51/76, VERBOND, Rec. 1977, pp. 113 y ss. y de 23-11-77, As. 38/77, ENKA, Rec. 1977, pp. 2203 y ss., en este tipo de efecto directo. El TJCE habría concedido la posibilidad de oponer los términos de la directiva a los de la legislación nacional, sin

Los dos tipos de invocabilidad estudiados pueden ser provocados por el particular o por el mismo juez nacional. La imposibilidad de aplicar la directiva al litigio nacional puede deberse a que sus disposiciones no cumplan las condiciones para ello... Concluyendo, una disposición de una directiva puede cumplir las condiciones para ser invocada por un particular y, no obstante, no cumplir las exigencias para poder ser aplicada al litigio nacional. De lo que se deduce que al hablar de una invocabilidad de este tipo se rebajan los niveles de exigencia, en cuanto a las condiciones de invocabilidad.

Las únicas condiciones, que restan, para poder invocar las disposiciones de una directiva, con los fines mencionados, son que el plazo de ejecución haya prescrito y que los términos de la disposición sean precisos, claros e incondicionales. Porque, cualquiera que sea la amplitud del margen de discrecionalidad otorgado al Estado miembro para la ejecución y, en caso de que haya habido ejecución, se ciña ésta o no al resultado perseguido por la directiva, los dos tipos de invocación estudiados subsistirán.

Aunque, en el caso de que se trate de un «control de legalidad», existiendo una ejecución correcta de la directiva, podríamos hablar de una invocabilidad «negativa», puesto que lo que pretendería el particular sería que no se aplicase el acto interno de ejecución, habiéndose ilegalizado previamente la directiva.

En cuanto al fin perseguido por los particulares al efectuar cualquiera de estos dos tipos de invocabilidad, puede tratarse de un interés general, compartido con una categoría más amplia de sujetos de Derecho, aunque puede darse la posibilidad, más frecuente, de que el particular sea destinatario de un derecho subjetivo, resultante de las obligaciones dirigidas al Estado miembro. En este segundo caso, el particular puede tener interés en que la disposición nacional sea interpretada o que se controle su legalidad», aunque seguidamente el juez no pueda satisfacer el derecho subjetivo del particular, porque la directiva no cumpla las condiciones exigidas para ser aplicada. Es cuando más claramente puede resultar una desprotección del ciudadano comunitario.

## **2.º) Invocabilidad para solicitar la aplicación de las disposiciones de una directiva al litigio nacional.**

Lo que he llamado efecto directo o invocabilidad «material» de una directiva, contiene un doble aspecto. De un lado, existe la invocación del particular y, de otro, la disposición invocada que pasará a formar parte del Derecho sustantivo aplicable en el litigio pendiente a nivel nacional.

WAELEBROEK, en sus primeros estudios (27), había diferenciado dos tipos de efectos internos. Por un lado, la posibilidad de invocar derechos subjetivos o el denominado efecto «horizontal», es decir, la invocación frente al incumplimiento

---

otorgar, al menos expresamente, un «efecto directo» a sus disposiciones. En otras palabras, sin que ello supusiese que existiera una «invocabilidad material» de las disposiciones de las directivas. Otro caso ilustrativo podría ser la Sent. 29-11-78. As. 21/78, DELKVIST, Rec. 1978, pp. 2327 y ss.

(27) V. el resumen sobre la ponencia de M. WAELEBROEK, efectuado por J. V. LOUIS, en CDE, 1966, pp. 91 y ss.

de otro particular. Por otro lado, lo que WAELBROEK denominó «efecto directo simple o negativo», consistente en la invocación dirigida a efectuar un contraste de una norma nacional con otra comunitaria.

En primer lugar debe decirse que este tipo de invocabilidad se dará únicamente cuando el legislador interno no ha ejecutado la directiva invocada o lo ha hecho incorrectamente. Puesto que si existe un acto interno que ejecute correctamente la directiva, el particular invocará tal acto de ejecución contra el acto nacional incompatible, sin necesidad de recurrir a las disposiciones de la directiva.

Intentaré sistematizar los posibles casos (28):

1.º Cuando la directiva no ha sido ejecutada por el Estado miembro destinatario. Si sus disposiciones contienen un derecho subjetivo invocable por los particulares, éstos pueden intentar que el juez nacional proteja tal derecho, mediante una aplicación de las disposiciones de la directiva al caso concreto.

2.º Cuando la directiva no ha sido ejecutada y además exista una ley nacional incompatible con los términos de aquélla. En tal caso, la invocación de las disposiciones de la directiva persigue: a) Que el juez nacional efectúe un «control de legalidad» del acto normativo nacional y lo declare inaplicable, por tener un contenido incompatible con la directiva. b) Consecuentemente, aplicar las disposiciones de la directiva, en sustitución de la norma nacional, declarada inaplicable. En este caso, el particular sería, primero, partícipe de un interés general en que se efectúe el «control de legalidad» y tendría, además, un interés particular en que sea protegido su derecho.

3.º Si la directiva ha sido ejecutada, pero lo ha sido incorrectamente. En tal caso, existiría un interés de todos los sujetos de Derecho para que se efectúe el control del acto nacional de ejecución. Este interés general puede ser el único motivo de la invocación, pero puede existir al mismo tiempo un interés particular de determinados sujetos, categoría de individuos definida por la propia directiva, para que las disposiciones de la directiva sustituyan a la norma nacional, declarada inaplicable, siendo así protegidos sus derechos (29).

Por tanto, se deduce, como en el caso de una invocabilidad sin intención de aplicar la disposición en el litigio nacional, que los motivos de la invocación pueden ser tanto la existencia de un derecho subjetivo individualmente exigible, como un simple interés legítimo a que se efectúe un control de la norma, con otra jerárquicamente superior. Puede existir un derecho subjetivo aisladamente invocado, o puede darse el caso de una fundamentación a la vez particular y general. También, aunque más extraño, podría ser el caso de una invocación basada exclusivamente en un interés legítimo a que se efectúe el «control de legalidad» (30).

---

(28) Esta clasificación de los tipos de efecto directo «material» de las directivas es complementaria de la clasificación efectuada por F. CAPELLI, desde el punto de vista del tipo de directiva de que se trata (V. F. CAPELLI: *Op. cit.*, n. 1, pp. 390 y ss.).

(29) Para el segundo caso expuesto, v. como ejemplo, la Sent. 22-5-80, REGINA. As. 131/79, Rec. 1980, pp. 1585 y ss.

(30) Según TIMMERMANS (*op. cit.*, n. 1), la distinción entre ambas posibilidades de invocabilidad, de un lado, la invocación de un derecho, y de otro, la invocación para efectuar un «control de lega-



Lo más interesante es que mediante tales invocaciones de una directiva, el particular puede conseguir que se declare inaplicable una norma nacional e incluso que se apliquen las disposiciones de una directiva al litigio en el que es parte a nivel nacional (31).

TIMMERMANS, autor que trata con exhaustividad los tipos de efecto directo de una directiva, habla de un efecto consistente en un «control de competencia», expresión que puede utilizarse por seguir con la tipología utilizada anteriormente.

Según se desprende de los estudios sobre el proceso de armonización de legislaciones, emprendido por la Comunidad, vemos que el instrumento más típico de los que se utilizan es la directiva. La armonización de un campo específico supone la transferencia de poderes legislativos del Estado miembro a la Comunidad. Aunque el Estado disponga la libertad de elección de los medios y las formas para alcanzar la armonización, el fin perseguido les está impuesto obligatoriamente. Esta exigencia limita la posibilidad de que el Estado miembro pueda legislar fuera del marco establecido en la directiva, es decir, hay una clara limitación de la potestad legislativa.

Como ha dicho J. BOULOUIS (32): «La directiva crea, incontestablemente, una obligación de resultado de tal manera que su competencia (de los Estados miembros) está desde ese momento ligada a la finalidad, lo que no es de ninguna forma conciliable con su 'soberanía' por lo menos como ésta aparece con los atributos que le confiere la doctrina clásica».

¿Qué sucede si las circunstancias socioeconómicas hacen necesaria una nueva legislación, en un campo ya armonizado por la vía de directivas? Tal nueva legislación debería también quedar dentro de los límites de discrecionalidad otorgados por la directiva. Aquí aparece la causa de un nuevo tipo de efecto directo. Si el Estado miembro ha sobrepasado dichos límites, es decir, si ha legislado sin atender a las disposiciones de la directiva, los particulares podrían invocar sus términos para que se declarase inaplicable esa legislación nacional, incompatible con el límite establecido por la directiva. Es la defensa de la potestad legislativa de las Instituciones comunitarias. Si los Estados miembros, en el seno del Consejo o en el momento de la redacción de los tratados comunitarios, otorgan una exclusividad legislativa, tales competencias deben respetarse. Por el mismo motivo, si

---

lidad», es útil. En Derecho procesal interno, el primer tipo de efecto directo sería aconsejable para aquellos individuos que se constituyan como partes en un procedimiento por daños y perjuicios. Mientras que el segundo tipo sería interesante en procedimientos administrativos, tendentes a controlar la legalidad del Derecho interno.

(31) Según TIMMERMANS, por analizar un caso concreto, en la Sent. VERBOND el TJCE no dice nada, al menos expresamente, sobre el efecto directo «strictu sensu», es decir, sobre la aplicabilidad de la directiva en el litigio. En mi opinión, ello sería incompatible con el Cnd. 30 de esta sentencia, en el que se afirmó que: «...Incumbe a la jurisdicción nacional, ante la que la regla de deducción inmediata enunciada en el artículo 11 de la directiva es invocada, de tenerla en cuenta desde el momento en que una medida nacional de aplicación se sitúa fuera de los límites del margen de apreciación dejado a los Estados miembros». Este «tener en cuenta» no puede interpretarse de otra manera que como la necesidad de aplicar los términos de la directiva al caso concreto, en sustitución de aquellas disposiciones internas declaradas incompatibles con la directiva.

(32) J. BOULOUIS: «Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques: les 'directives'», Rec. d'études en hommage à C. Elsemann, París, Cujas, 1975, p. 196.

se permite el «control de legalidad» de un acto interno, emanado del legislador interno, debe permitirse el «control de competencia» de los órganos nacionales que legislen en un campo determinado. Por tanto, este tipo de efecto directo puede considerarse como un subtipo del «control de legalidad» del acto interno, esta vez referido al órgano del que emana (33).

Algunos autores se opusieron a que una directiva pudiese contener derechos subjetivos invocables por un particular. D. de RIPAINSEL-LANDY y A. GERARD (34), decían: «La eventual aplicabilidad directa limitada de una obligación dirigida a un Estado miembro, bajo la forma de una directiva, excluye la atribución a los particulares de verdaderos derechos subjetivos». Esta «aplicabilidad limitada» de la que hablan los autores consistiría, simplemente, en la posibilidad de invocación para oponerse a la ilegalidad de ciertas medidas de Derecho interno, es decir, para efectuar un «control de legalidad». Negándose la posibilidad del otro motivo del efecto directo: «...la atribución a los particulares de verdaderos derechos subjetivos. Puesto que éstos implicarían, para ellos, la posibilidad de reivindicar judicialmente la ejecución de esta directiva contra cualquiera, fuese contra otros justiciables». Los autores están en lo cierto, puesto que podemos considerar a tales derechos subjetivos como absolutos, y en consecuencia, invocables «erga omnes».

No cabe duda de que tal concepción del efecto directo es limitada. Ello es explicable dada la fecha del trabajo mencionado, cuando aún no se contaba con la jurisprudencia correlativa al As. VAN DUYN, última sentencia de la que disponían, según la anotación de los autores.

Pero no todas las manifestaciones eran en el mismo sentido. A. BARAV (35) duda de que tal postura esté bien fundada. Para este autor, una vez que una directiva posee efecto directo deben concedérsele todas las posibilidades de un tal efecto. Una directiva es de efecto directo o no lo es, no está de acuerdo en que lo pueda ser a medias. El hecho de estar dirigidas a los Estados miembros no es un obstáculo para limitar sus efectos y toda puesta en duda de tal conclusión no es más que una discusión doctrinal que enturbia, aún más, la cuestión del efecto directo. La solución del autor es considerar que, si una directiva tiene efecto directo, el juez interno debe poder utilizarla para cualquier fin que se proponga, en un asunto interno, incluyendo, por tanto, la defensa de un derecho subjetivo.

Aunque efectivamente suponga complicar aún más las cosas, no puede dejar de decirse que las conclusiones de A. BARAV serían ciertas si nos limitamos a una invocabilidad «material». Pero extendiendo los niveles de aceptación de tal

(33) Aunque las consecuencias de uno u otro control son diferentes. Si el control de legalidad puede invalidar la aplicación del acto nacional y por ello crear un vacío legal, en el caso de que la directiva no sea aplicable al caso concreto por no poseer efecto directo «strictu sensu», en el caso del «control de competencia» no ocurriría lo mismo. En este segundo tipo de control, lo que quedaría invalidado es el acto nacional que intenta poner al día la ejecución de la directiva, que ya con anterioridad se había efectuado, por considerarse que tal puesta al día no ha respetado los límites de la directiva comunitaria. En este caso no existiría vacío legal, porque la disposición interna de ejecución se mantiene aplicable.

(34) RIPAINSEL-LANDY y GERARD: *Op. cit.*, n. 19, p. 71.

(35) A. BARAV, en «Le Conseil d'Etat formule une théorie contestable de l'invocabilité des directives communautaires devant les juridictions nationales», *Rev. Belge du Dr. I.*, 1980, Cap. II, p. 126.

## CONDICIONES Y TIPOS DE INVOCABILIDAD DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA

Invocabilidad, hemos hablado de una invocabilidad «formal», para la que no existiría otra condición que la prescripción del plazo de ejecución y la apreciación de la claridad, precisión e incondicionalidad de la disposición (36). Por tanto, que una disposición de una directiva posea efecto directo no quiere decir que posea todas las posibilidades de invocación. Ello es, precisamente, porque en el caso de solicitarse una invocabilidad que suponga la aplicación de la directiva en el litigio interno, las condiciones serían la prescripción del plazo de ejecución, la claridad, precisión e incondicionalidad de sus términos, y la inexistencia de un acto interno de ejecución, que hubiese introducido correctamente la directiva en Derecho interno. Puesto que si tal acto existiese, sería el acto interno de ejecución la fuente de Derecho sustantivo, aplicable al caso, bien para defender los derechos subjetivos del particular, bien para declarar inaplicable un acto interno, incompatible, bien para ambos a la vez.

En cuanto a la condición relativa al margen de discrecionalidad otorgado para la ejecución, haría un papel semejante al que desempeña en caso de una invocabilidad «formal». Como hemos visto en la jurisprudencia VERBOND, toda discrecionalidad, por amplia que sea, tiene sus límites y éstos deben ser controlados. Por tanto, la apreciación de una correcta ejecución será posible en todo momento. Sólo en el caso en que el TJCE decidiese que la ejecución había sido correcta, podríamos decir que desaparece la posible utilización de la directiva en el litigio nacional (37).

---

(36) V. *supra*, I, 1, 3.º.

(37) En sus últimos artículos la posición del juez P. PESCATORE no deja de ser ambigua (op. cit., n. 12): «...lo que se ha llamado impropriamente efecto directo de las directivas no es otra cosa que el derecho reconocido a los particulares de oponerse judicialmente a la aplicación de disposiciones nacionales contrarias a una directiva comunitaria («control de legalidad», ya sea debido a una invocabilidad «formal» o «material») o incluso el derecho de exigir del Estado que adecúe su actuación a las obligaciones que le imponen las directivas que emanen de la Comunidad». El final del párrafo es ambiguo: ¿Se quiere decir que la exigencia del particular puede llegar hasta la sustitución del Derecho nacional inexistente, por las disposiciones de la directiva? Si la respuesta es afirmativa, y suponiendo que se acepte la posibilidad de una invocación fundada en un «interés legítimo», tales opiniones coinciden con otorgar pleno efecto directo a las directivas, al menos en las relaciones «verticales». El fundamento se encuentra, para el autor, en el principio de «estoppel»: «Un Estado no puede reconocerse a la vez sujeto a ciertas obligaciones comunitarias y no sujeto en cuanto a observarlas cara a aquellos que estén bajo su autoridad».

## **THE CONDITIONS AND CATEGORIES OF INVOCABILITY OF COMMUNITY DIRECTIVES**

### **ABSTRACT**

This article attempts to systematize the cases in which a private individual can invoke provisions contained in a directive in a domestic court of law. It is presented as a conclusive interpretation of the Court of Justice of the European Communities' jurisprudence. It is contended that the meaning of the terms «direct effect» and «direct applicability» is different. The former refers to the relations between the directive and the individual, whereas the latter refers to a technique for the insertion of Community Law in domestic law. Nevertheless, the connections between the two come out clearly in studying Community directives. The problem can be overcome by using the term «invocability». So-called «vertical» invocability comprises two major groups: 1) «formal» invocability, whereby the judge or private individual confines himself to getting the provisions of the directive taken into consideration, with a view to interpreting or controlling domestic law. The conditions for this would be that the transfer period has elapsed, and that the provision is clear, precise and unconditional. 2) «Material» invocability, whereby it is sought to secure the application of the provisions invoked in the litigation concerned, in replacement of non-existent or incompatible national legislation. An additional condition would be the absence in domestic law of a regulation correctly implanting the directive concerned. The «discretionary nature» of its terms is regarded as a condition whose force has been qualified by the European Court of Justice, since its VERBOND jurisprudence.

## CONDITIONS ET TYPES D'INVOCABILITÉ D'UNE DIRECTIVE COMMUNAUTAIRE

### RÉSUMÉ

Cet article essaie de systématiser les cas où un particulier peut invoquer devant une Cour de Justice d'un pays membre les dispositions contenues dans une directive. Il se présente comme une interprétation conclusive de la jurisprudence du TJCE. On estime que le sens des termes «effet direct» et «applicabilité directe» est différent. Le premier se rapporte aux relations entre la directive et le particulier et le second se rapporte à une technique d'insertion du Droit communautaire dans le Droit des Etats. Cependant leur connexion se manifeste précisément quand on étudie la directive communautaire. Le problème peut être dépassé quand on utilise le terme «invocabilité». «L'invocabilité verticale» comprend deux grands groupes: 1) «L'invocabilité formelle» avec laquelle le juge ou le particulier prétendent exclusivement qu'on prenne en considération les dispositions de la directive afin d'interpréter ou de contrôler le Droit intérieur d'un membre de la communauté. Les conditions seraient que le délai de transposition soit passé et que la disposition soit claire, précise et sans conditions. 2) «L'invocabilité matérielle» par laquelle on prétend appliquer au litige des dispositions invoquées en les substituant au Droit national inexistant ou incompatible. On ajouterait aux conditions précédentes l'inexistence dans le Droit intérieur d'une norme qui aurait transposé correctement la directive en question. La «discrecionalité» de ses termes est considérée comme une condition relativisée par le TJCE, selon sa jurisprudence VERBOND.



**NOTAS**

