

LA EFICACIA DIRECTA DE LAS DIRECTIVAS: EVOLUCION RECIENTE

Por LUCIA MILLAN MORO

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA JURISPRUDENCIA QUE NIEGA EL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL A LAS DIRECTIVAS. 1. *Efectos discriminatorios para los particulares*. 2. *Directivas que contienen aplicación de derechos fundamentales o de principios básicos de Derecho Comunitario*. 3. *Las dificultades para la precisión de la noción de autoridad pública*.—III. MEDIDAS PARA NEUTRALIZAR O LIMITAR LOS EFECTOS NEGATIVOS DE ESTA JURISPRUDENCIA. 1. *La obligación de interpretar el Derecho nacional conforme a las directivas comunitarias*. 2. *La responsabilidad del Estado miembro por incumplimiento de las directivas*.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La eficacia directa de las directivas comunitarias suscita dos de los aspectos del Derecho Comunitario que más literatura jurídica han originado y que han dado lugar a las construcciones jurídicas más originales: por una parte las directivas, acto jurídico típico de la Comunidad Europea (denominadas recomendaciones en el tratado CECA) y acto original por su concepción misma, y por otra, el denominado efecto directo de algunas disposiciones del Derecho Comunitario.

Concretamente, el reconocimiento de la posibilidad para las directivas de producir efecto directo fue una de las interpretaciones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas más novedosas y más controvertidas de los años setenta, que encontró, en general, resistencia en los Estados miembros, y en particular en algunos tribunales recalcitrantes, franceses, italianos y alemanes.

Pero cuando se trataba ya de una cuestión aceptada y de una jurisprudencia consolidada, que avanzaba lenta pero sólidamente, vuelve a cobrar actualidad a finales de la década de los ochenta y principios de los noventa. Esta vez no por un paso más en el desarrollo de esa jurisprudencia comunitaria, sino por un comentado parón en la misma, presentado ya en 1979 e el asunto Ratti (1), anunciado en 1984 en los asuntos Von Colson y Kamann y Harz (2), y finalmente llevado a cabo en 1986, cuando en el asunto Marshall (3) el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas niega a las directivas comunitarias la posibilidad de producir efectos directos horizontales.

La importancia de esta jurisprudencia no es sólo por el contenido doctrinal que implica y sus consecuencias, sino también porque la directiva se ha convertido en la fuente más importante del Derecho derivado. La mayoría de las disposiciones comunitarias adoptadas para la realización del mercado interior son directivas, por lo que cada vez serán más frecuentes los problemas para su aplicación, y además cada vez se regulan más relaciones de Derecho privado, lo que quiere decir que cada vez será mayor el número de particulares afectados por las directivas, y que deberán aplicarlas en sus relaciones con otros particulares. Como señala Manin (4), la interpretación del contenido de las directivas comunitarias constituye hoy el núcleo esencial de las cuestiones planteadas ante el Tribunal de Justicia comunitario por los jueces nacionales, y cada vez en ámbitos más variados.

(1) Sentencia de 5 de abril de 1979, as. 148/78, Ratti, Recueil, 1979, pág. 1629.

(2) Sentencia de 10 de abril de 1984, as. 14/83, Von Colson y Kamann, Rec., 1984, pág. 189; y sentencia de 10 de abril de 1984, as. 79/83, Harz, Rec., 1984, pág. 1921.

(3) Sentencia de 26 de febrero de 1986, as. 152/84, Rec., 1986, Marshall, pág. 723.

(4) PH. MANIN: «L'invocabilité des directives: Quelques interrogations», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1990, pág. 676.

El problema se agudiza si tenemos en cuenta, como observa Curtin (5), que en los últimos tres años, más de la mitad de las sentencias de incumplimiento del Derecho Comunitario por los Estados miembros se refieren a las directivas. Y que precisamente el efecto directo es importante en caso de incumplimiento de las directivas, bien por su no transposición por los Estados miembros dentro del plazo fijado, o por no haberlo hecho correctamente.

En estas circunstancias el no reconocimiento del efecto directo horizontal a las directivas por el Tribunal de Justicia no ha dado lugar más que a ambigüedades, anomalías y discriminaciones como la doctrina no ha dejado de señalar (6). Efectos que han dado lugar a los intentos del Tribunal de Justicia comunitario para paliar y corregir el negativo impacto de su jurisprudencia anterior, como es el reconocimiento de la obligación, para el juez nacional, de interpretar el Derecho nacional conforme a las directivas comunitarias (7) y la cuestión, aún pendiente en el momento de redactar estas líneas, de reconocer la responsabilidad del Estado que incumple frente a sus propios nacionales (8).

El Tribunal de Justicia comunitario ante el problema de reconocer o no efecto directo a las directivas comunitarias podía haber optado por negárselo en cualquier caso, con la mayor indefensión que supone para el

(5) D. CURTIN: «Directives: "The effectiveness of Judicial protection of Individual Rights"», *Common Market Law Review*, 1990, págs. 710-712.

(6) D. CURTIN: «Directives...», cit., págs. 713-723; A. MANGAS MARTÍN: «Problemas y perspectivas del ordenamiento jurídico comunitario», *La crisis del Estado y Europa*, Oñati, 1988, pág. 62; PH. MANIN: «L'invocabilité...», cit., págs. 682-686, R. PELLICER ZAMORA: «Invocabilidad horizontal de las disposiciones de las normas comunitarias», *Gaceta jurídica de la CEE*, 1987, D-6, pág. 183; S. PRECHAL: «Remedies after Marshall», *Common Market Law Review*, 1990, pág. 456; sin embargo, a favor de la posición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, vid R. BARATTA: «Normes contenute in direttive comunitarie inattuete e loro opponibilità ai singoli», *Rivista di Diritto Internazionale*, 1989, pág. 275.

(7) Ya en las sentencias de 10 de abril de 1984, citadas en nota (2), se establecía esta solución para evitar dar a dos problemas similares de posible discriminación por sexo en las relaciones laborales, una con un empresario público y otra con un empresario privado, distinta solución, y en el caso concreto se le negaba la posibilidad de producir efecto directo a los artículos de la directiva controvertida. El Tribunal de Justicia desarrollará esta jurisprudencia en su sentencia de 13 de noviembre de 1990, as. C-106/89, Marleasing, S.A./La Comercial Internacional de Alimentación, S.A., aún no publicada.

(8) Asuntos pendientes ante el Tribunal de Justicia, C-9/90 y C-9/90, Franco-vich/República Italiana y Bonifaci/República Italiana.

particular, o habérselo reconocido completo, vertical y horizontal, si de lo que se trataba era de protegerlo y defender sus derechos en caso de incumplimiento del Estado miembro, y no sólo contra el Estado miembro infraccionario.

Podía también, en el caso de limitar los efectos de la directiva al efecto directo vertical, haberlo circunscrito a las actividades del Estado realizadas «iure imperii», como observaba el Gobierno británico en sus observaciones en el asunto Marshall (9). Con esto se hubieran evitado al menos discriminaciones entre las actividades «iure gestionis» del Estado y las actividades de los empresarios particulares, aunque subsistían dos problemas: los criterios de distinción entre esos dos tipos de actividades del Estado, e indudablemente una protección menor para los particulares frente al Estado.

Ante este planteamiento, en su sentencia de 26 de febrero de 1986 (10), el Tribunal, aun negando la posibilidad de que un particular pueda invocar contra otro ante un tribunal nacional las disposiciones de una directiva incumplida (referida en este caso concreto a un derecho fundamental como es la no discriminación por sexo), considera que no es el caso del asunto Marshall, ya que estima que las instituciones sanitarias del caso constituyen autoridad pública. Es decir, que los particulares, en ese caso, podrían invocar las disposiciones de la directiva frente al Estado en su calidad de empresario.

Al sentar esta jurisprudencia, el Tribunal, como señaló en sus observaciones el Reino Unido, establece una discriminación según que la relación laboral del trabajador tenga lugar con una autoridad pública o con un empresario privado, en cuyo caso, si el Estado incumple la directiva, el trabajador saldría desfavorecido, pues no podría alegarla en justicia.

El razonamiento del abogado general Slynn que el Tribunal recoge en su considerando 51 (11) de que la discriminación acabaría en el momento en que el Estado miembro incorporase correctamente la directiva a su derecho interno, y que también mantiene Baratta (12), no

(9) Vid. conclusiones del abogado general Sir Gordon Slynn, Rec., 1986, pág. 727, y sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall, as. 152/84, cit., cdo. 43, pág. 748.

(10) *Ibidem*, cdo. 48, pág. 749.

(11) Conclusiones de Sir Gordon Slynn en el asunto Marshall, Rec., 1986, pág. 735, y sentencia de 26 de febrero de 1986, as. 152/84, cit., pág. 749.

(12) R. BARATTA: «Norme...», cit., pág. 268.

justifica la posición adoptada por el Tribunal. Ya que, precisamente en el caso de las directivas, y según los requisitos establecidos en su propia jurisprudencia, el efecto directo de las directivas sólo puede producirse a partir de un incumplimiento del Estado miembro, tanto el vertical como el posible efecto horizontal, para proteger a los particulares del incumplimiento del Estado. Si el Estado miembro incorporase correctamente la directiva a su derecho interno, ni se originarían este tipo de discriminaciones, ni habría lugar al efecto directo de las directivas, ni se plantearía tampoco un litigio al respecto.

Es decir, que si el Estado miembro incorpora debidamente la directiva a su derecho interno, el particular al que se le otorgan derechos en la misma no necesita la protección del efecto directo ni frente a su Estado miembro ni frente a otro particular. La discriminación se origina por la jurisprudencia restrictiva del Tribunal de Justicia comunitario, y si les reconociera a las directivas la posibilidad de producir efecto directo horizontal desaparecería.

Suele considerarse que la evolución de esta jurisprudencia continúa con otras sentencias, aunque la evolución no es rectilínea ni se trata de los mismos supuestos. Así se suele citar la de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò, que en su cdo. 19 cita a Marshall (13). Sin embargo este caso es diferente a Marshall y se trata de un caso que podríamos llamar de «efecto directo vertical a la inversa». Un Estado que ha incumplido una directiva no le puede exigir a sus nacionales el cumplimiento de las obligaciones que les impone la directiva. Aquí la relación es del Estado miembro frente al particular, y no hay por tanto una relación horizontal.

Un planteamiento similar encontramos en la sentencia de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen B.V. (14), en la que una autoridad intentaba prevalerse de una directiva comunitaria no aplicada contra un particular. Estos dos asuntos completan la jurisprudencia del Tribunal sobre el efecto directo vertical, pero añaden matizaciones respecto al horizontal. En Kolpinghuis Nijmegen B.V. el Tribunal no sólo reitera su jurisprudencia de Pretore di Salò, sino que señala la obligación del juez nacional de interpretar el Derecho nacional conforme a la directiva.

(13) Sentencia de 11 de junio de 1987, as. 14/86, Pretore di Salò, Rec., 1987, pág. 2545, cdos. 19 y 20 y parte dispositiva, págs. 2570-2571.

(14) Sentencia de 8 de octubre de 1987, as. 80/86, Kolpinghuis Nijmegen B.V., Rec., 1987, pág. 3669, cdos. 12, 13, 14 y parte dispositiva, págs. 3986 a 3988.

comunitaria, con los límites que establecen los principios de seguridad jurídica y no retroactividad.

Es decir, el Tribunal comunitario cuando no puede aplicar el posible efecto directo de la directiva, señala al juez nacional su obligación de interpretar el Derecho nacional conforme a la misma. El Tribunal volverá sobre esta jurisprudencia en posteriores sentencias, al seguirle negando a las directivas el efecto directo horizontal.

Pero en la evolución de su jurisprudencia se encuentran aún más contradicciones. Por una parte, la restricción inexplicable, dado el carácter progresista de su jurisprudencia anterior, de la posibilidad de que las directivas impongan obligaciones a los particulares, por no ser éstos sus destinatarios (aunque tampoco lo son directamente de los Tratados comunitarios en todos los Estados miembros, y en ese caso sí ha reconocido el Tribunal esta posibilidad). Por otra, la ampliación cada vez mayor de las obligaciones que para el Estado miembro imponen las directivas comunitarias, y la noción cada vez más amplia, y más ambigua, de los que se entiende por Estado en este contexto.

Y así en su sentencia de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo* (15), va a señalar que las obligaciones que se derivan de una directiva comunitaria obligan a todas las autoridades de los Estados miembros, que tienen la obligación de no aplicar el Derecho nacional contrario a las directivas cuando se reúnan las condiciones para que disposiciones de la directiva puedan ser invocadas por los particulares ante las jurisdicciones nacionales.

Esta afirmación del Tribunal comunitario es coherente con la anterior jurisprudencia comunitaria, iniciada con los asuntos *Lück*, *Lorenz* y *Simmenthal* (16), en la que se establecía que el juez nacional, por su propia autoridad debía descartar la aplicación del Derecho nacional contrario al Derecho Comunitario, cuando las disposiciones comunitarias fueran susceptibles de ser aplicadas directamente por el juez al caso

(15) Sentencia de 22 de junio de 1989, as. 103/88, *Fratelli Costanzo*, Rec., 1989, pág. 1839, cdos. 30, 31 y parte dispositiva, págs. 1870 a 1872. El Tribunal ya había señalado con anterioridad esta obligación en sentencia de 15 de mayo de 1986, as. 222/84, *Johnston*, Rec., 1986, pág. 1663, cdo. 53, pág. 1690.

(16) Sentencia de 4 de abril de 1968, as. 34/67, *Lück*, Rec., 1968, pág. 370; sentencia de 11 de diciembre de 1973, as. 120/73, *Lorenz*, Rec., 1973, pág. 1483; sentencia de 9 de marzo de 1978, as. 106/77, *Simmenthal*, Rec., 1978, pág. 629.

concreto, es decir cuando éstas fueran susceptibles de producir efecto directo.

La obligación que entonces se señalaba al juez nacional, en la sentencia *Fratelli Costanzo* se extiende al resto de las instituciones del Estado, sean éstas centrales o descentralizadas. En el plano teórico la argumentación es correcta, el obligado es el Estado como sujeto de Derecho Internacional, y como tal comprende a todas sus instituciones de Derecho interno, cualquiera que sea su estructura, federal, autonómica, centralizada.

En el plano de la realidad, de la vida cotidiana de las instituciones, la afirmación del Tribunal comunitario puede plantear innumerables dificultades a la hora de llevarla a la práctica. Si el Estado ha incumplido, lo ha hecho generalmente. o bien el poder legislativo o bien el poder ejecutivo, o ambos. Bien el poder central o las formas descentralizadas de gobierno que pueden existir. El Tribunal comunitario señala la obligación para un Ayuntamiento, por ejemplo, como era el caso en *Fratelli Costanzo*, de descartar las normas emitidas por un órgano que en muchos casos puede ser su superior jerárquico.

Esto supone que las Administraciones nacionales deben conocer bien la normativa comunitaria, cosa que no siempre ocurre, y no sólo esto, sino también los requisitos para que disposiciones comunitarias puedan producir efecto directo, que son las que ellas deberán aplicar, cosa aún menos probable todavía. El juez nacional, habituado a aplicar el Derecho nacional, duda muchas veces y pregunta al Tribunal de Justicia comunitario sobre si esos requisitos se reúnen en muchas disposiciones de Derecho Comunitario. Las Administraciones nacionales no tienen esa posibilidad, no pueden preguntar al Tribunal comunitario y salvo que se trate de una cuestión previamente establecida por el Tribunal de Luxemburgo, se quedan sin poder resolver sus dudas.

La situación que puede originar la aplicación en la práctica de la sentencia *Fratelli Costanzo* es de confusión, ambigüedad y falta de seguridad jurídica para los particulares. Por citar el caso de España, la misma disposición de Derecho Comunitario puede ser considerada de distinta manera en dos autonomías, y salvo que el asunto termine en los tribunales de justicia, será difícil y en todo caso lento, unificar criterios.

Pues bien, el Tribunal afirma sin problemas esta obligación, coherente con su jurisprudencia anterior, y niega, con bastante incoherencia, el efecto directo horizontal a las directivas.

Frente a la pretendida inseguridad jurídica que el reconocimiento de ese efecto directo generaría para los particulares, su negación ha dado lugar a muchas más dificultades en su aplicación que hubiera originado su afirmación. Así, se planteó respecto a una recomendación CECA en el asunto Busseni (17) en el que se intentaba que la recomendación CECA no incorporada al Derecho italiano no produjera efectos más que respecto al Estado italiano. La CECA se encontraba junto a otros acreedores y al Estado italiano en la quiebra de la empresa Busseni, y la recomendación establecía un privilegio para los créditos a título de las exacciones carbo siderúrgicas. Este privilegio debía valer frente al Estado que no había incorporado la directiva, pero no frente a los otros acreedores. La solución es posible pero no fácil.

A pesar de todo, el Tribunal mantiene su jurisprudencia mientras busca soluciones alternativas para los problemas que su propia jurisprudencia anterior ha generado, como se puede apreciar en la sentencia de 13 de noviembre de 1990, en el asunto Marleasing, S. A. (18).

Las críticas a esta jurisprudencia comunitaria no se hicieron esperar, comenzando por el actual juez del Tribunal de Justicia y el entonces abogado general del mismo, Mancini, en sus conclusiones en el asunto Pretore di Salò, presentadas el 17 de marzo de 1987, en las que literalmente expresa su perplejidad ante la jurisprudencia del caso Marshall.

En sus conclusiones precisamente señala uno de los límites importantes que debería tener el efecto directo horizontal de las directivas, al señalar que la directiva no puede por sí sola imponer obligaciones a los particulares frente a la Administración pública. Límite lógico porque se trata para la Administración de una aplicación del principio «venire contra factum proprium» que se aplica igualmente en el efecto directo vertical. La Administración que incumple ni puede oponer su propio incumplimiento al particular, ni le puede exigir los derechos de la Administración derivados del acto incumplido, que se traducen en obligaciones para el particular.

(17) Sentencia de 22 de febrero de 1990, as. C-221/88, CECA/Busseni, aún no publicada en la Recopilación en versión española. El texto completo en castellano se publicó en esta *Revista* 1990-2, págs. 602 y ss.

(18) Sentencia de 13 de noviembre de 1990. as. C-106/89, Marleasing, S.A./La Comercial Internacional de Alimentación, S.A., aún no publicada en la Recopilación en versión española.

Pero la doctrina también ha señalado las consecuencias de la jurisprudencia Marshall observando que en este caso el Tribunal, en contra de su práctica habitual, ha recurrido a un análisis formalista y a una interpretación literal y estrecha (19), dejando de atender, como había hecho hasta ese momento, a la naturaleza, la economía y los términos de la disposición para ver si podía producir efecto directo.

Esto ha tenido como consecuencia que la noción de «efecto directo» no sea homogénea y objetiva (20) y además, para las directivas pero afectando a todo el Derecho Comunitario, la negación de su primacía frente al Derecho nacional (21) aunque se intenta remediar con la obligación que se establece para el juez nacional de interpretar el Derecho nacional según el Derecho Comunitario.

Y además, también supone el abandono por parte del Tribunal de Justicia comunitario del principio del «efecto útil», que se encuentra en la base misma de la construcción de la noción de «efecto directo» en Derecho Comunitario, y que lleva también a una aplicación menos uniforme del Derecho Comunitario.

II. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA JURISPRUDENCIA QUE NIEGA EL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL A LAS DIRECTIVAS

Los problemas apuntados en el apartado anterior van a ser ahora desarrollados. El primero, por su importancia, ya que afecta al principio de no discriminación contenido en los Tratados fundacionales (art. 7 CEE referido a la no discriminación por nacionalidad, art. 119 CEE a la no discriminación por sexo) son los efectos discriminatorios de esta jurisprudencia.

(19) D. CURTIN: «The Province of Government: Delimiting the Direct Effect of Directives in the Common Law Context», *European Law Review*, 1990, pág. 196; R. PELLICER ZAMORA: «Invocabilidad...», cit., pág. 183.

(20) D. CURTIN: «Directives...», cit., pág. 723.

(21) *Ibidem*; PH. MANIN: «L'invocabilité...», cit., pág. 690.

1. *Efectos discriminatorios para los particulares*

La negación del efecto directo horizontal a las directivas comunitarias tiene como primer efecto producir una discriminación entre los particulares, pues a situaciones idénticas con el único factor de diferenciación de que la relación del particular sea con un empresario privado o con el Estado actuando «iure gestionis», se les da, aplicando esta jurisprudencia, soluciones diferentes.

Ahora bien, el principio de no discriminación se puede considerar que es un principio de orden público comunitario. El Tratado lo afirma expresa y claramente en relación con la nacionalidad y con el sexo de los nacionales comunitarios, pero la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario lo ha extendido también a ámbitos que en principio era difícil pensar que entraran en las competencias comunitarias, como por ejemplo, es el derecho a la libertad religiosa, o expresado de otra manera, la no discriminación por razón de la religión (22).

Incluso cuando la superposición de los ámbitos personales de aplicación de dos ordenamientos jurídicos, como son el nacional y el comunitario, originaba las denominadas «discriminaciones inversas», el Tribunal comunitario con su jurisprudencia, en la medida en que los Tratados lo permitían, intentaba suprimir las discriminaciones que el solo juego del Derecho Comunitario le permitía (23).

Por eso resulta tanto más incoherente que sea esta vez su propia jurisprudencia la que origina la discriminación. Baratta (24) critica que se considere que es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario la que origina la discriminación y no el incumplimiento del Estado miembro. Pero precisamente en el caso de las directivas, el incumplimiento del Estado miembro es requisito indispensable para que el particular pueda alegar la directiva y pueda ésta producir efecto directo. La discriminación se origina por la jurisprudencia comunitaria, que ante ese incumplimiento estatal permite que el particular la alegue frente a su Estado miembro (efecto directo vertical), cualquiera que sea el organismo del mismo que la incumple y cualquiera que sea su actividad, «iure

(22) Sentencia de 27 de octubre de 1976, as. 130/75, *Preis, Rec.*, 1976, pág. 1589.

(23) L. MILLÁN MORO: «Algunas limitaciones a la libre circulación de personas en el Tratado CEE», *Gaceta Juridica de la CEE*, 1988, D-9, pág. 168.

(24) R. BARATTA: «Norme...», cit., pág. 268.

imperii» o «iure gestionis», mientras que le impide que la alegue frente a otro particular (efecto directo horizontal).

Pero la discriminación puede llegar a ser aún más evidente. Si una empresa nacionalizada se reprivatiza, o viceversa, el mismo trabajador podrá alegar o no la directiva contra la misma empresa, según se trate de su etapa nacionalizada o de empresa privada (25). O dos trabajadores de la misma empresa podrán alegar la directiva o no según el momento en que tengan problemas con la empresa, y según la etapa en que ésta se encuentre.

Si además consideramos que existe una tendencia a la reprivatización y que esas discriminaciones pueden ocurrir en todos los campos en que las directivas regulan la conducta de los particulares, campos que aumentan progresivamente (responsabilidad por productos defectuosos, ámbitos laborales, derecho de sociedades, etc.) el panorama no se presenta muy esperanzador. La discriminación existente ha sido reconocida por la Comisión en sus observaciones en el asunto Von Colson y Kamann (26), pero no justificada.

En 1984 se plantearon dos casos semejantes ante el Tribunal de Justicia, Von Colson y Kamann y Harz (27), relacionados con la aplicación de la directiva 76/207 del Consejo de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo (28). En los dos casos se trataba de mujeres que aspiraban a ser contratadas y eran rechazadas por su condición femenina. En consecuencia reclamaban una indemnización por el perjuicio sufrido, ya que la directiva obligaba a los Estados miembros a establecer sanciones para los que infringieran el principio de no discriminación por sexo.

(25) Esto fue lo que ocurrió en la sentencia de 12 de julio de 1990, as. C-188/89, Foster/British Gas, aún no publicada en la Recopilación en versión española, en que se pudo alegar la directiva porque en aquella época era una empresa nacionalizada, posteriormente se privatizó.

(26) Sentencia de 10 de abril de 1984, as. 14/83, Von Colson y Kamann, Rec., 1984, pág. 1900.

(27) Sentencia de 10 de abril de 1984, as. 14/83, Von Colson y Kamann, cit., cdos. 26 y 27, pág. 1921.

(28) JOCE, núm. L 39, de 14 de febrero de 1976, pág. 40.

La diferencia estribaba en que en el asunto Von Colson y Kamann el empresario era el Land de Nordrhein-Westfalen y en el asunto Harz se trataba de una empresa privada, Deutsche Tradax GmbH. El Tribunal no tuvo en este caso que establecer una jurisprudencia discriminatoria porque apreció que el artículo 6 de la citada directiva, que establecía la obligación para los Estados miembros de introducir en su ordenamiento jurídico un sistema adecuado de medidas para que todos los que se consideraran afectados por una discriminación pudieran defender judicialmente sus derechos, no era lo suficientemente preciso para que pudiera producir efecto directo.

Y para intentar proteger los derechos de los demandantes, establecía en ambas sentencias la obligación del juez nacional de interpretar el Derecho nacional, especialmente el adoptado en cumplimiento de la directiva, a la luz del texto y la finalidad de la directiva para conseguir el resultado querido por el artículo 189, par. 3 (29). Cuidándose de señalar, a continuación, que la indemnización prevista en el Derecho alemán no era adecuada ni suficiente para el caso en cuestión.

En esta ocasión el Tribunal, ante disposiciones incumplidas de una directiva comunitaria, que no podían producir efecto directo, opta por obligar al juez nacional a interpretar el Derecho nacional conforme a la directiva comunitaria.

Pero queda la duda de si se hubiera planteado sólo el primer caso, Von Colson y Kamann, en que la relación del particular era con el Estado, es decir, vertical, si se hubiera podido reconocer la obligación del Estado de establecer sanciones adecuadas para la violación del principio de no discriminación por razón de sexo.

2. *Directivas que contienen aplicación de Derechos fundamentales o de principios básicos de Derecho Comunitario*

La discriminación que se origina para los particulares es tanto más grave cuando la directiva no invocable horizontalmente contiene el desarrollo de principios fundamentales, como los casos anteriormente

(29) Sentencia de 10 de abril de 1984, as. 14/83, Von Colson y Kamann, cit., cdos. 26 y 27, pág. 1909; sentencia de 10 de abril de 1984, as. 79/83, Harz, cit., cdos. 26 y 27, pág. 1942.

examinados, en los que se infringía el principio de igualdad de trato entre trabajadores masculinos y femeninos.

Las críticas de la doctrina han sido particularmente duras en este punto, y así para Mangas Martín (30) la negación de la eficacia directa en las relaciones entre particulares cuando se invocan derechos fundamentales quiebra el fundamento mismo de la eficacia directa del Derecho Comunitario, basado en una comunidad de pueblos.

Si el fundamento del efecto directo es la protección de los derechos de los particulares, y si toda la compleja y sofisticada construcción de la jurisprudencia comunitaria relativa al efecto directo y la primacía tienen como objetivo la aplicación uniforme y efectiva del Derecho Comunitario en los Estados miembros y la salvaguarda de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario otorga a los nacionales comunitarios, la negación del efecto directo horizontal a las directivas, especialmente cuando contienen derechos fundamentales quiebra la base misma de la construcción comunitaria.

Esta situación ha inquietado tanto a la doctrina que ha reaccionado buscando soluciones alternativas, como Prechal (31) que sugiere una interesante pero complicada alternativa, otorgando efecto directo horizontal en la Comunidad a los derechos fundamentales contenidos en instrumentos internacionales que vinculan a la Comunidad. Con ello el problema que se plantea es el del posible efecto directo de disposiciones de Derecho Internacional, tanto de tratados que vinculen a la Comunidad Europea, como de Tratados que vinculen a todos sus Estados miembros. O incluso, el posible efecto directo horizontal en el Derecho Comunitario de normas consuetudinarias internacionales de alcance general que se refieran a la protección de los derechos fundamentales. Esta sería una solución innovadora pero complicada a la hora de llevarla a la práctica.

Lo que se comprueba, con estos intentos doctrinales, es que la solución más sencilla y coherente desde el punto de vista del Derecho Comunitario es el reconocimiento del efecto directo horizontal a las directivas, no sólo en el caso de que protejan derechos fundamentales, como propone Mangas Martín (32), sino como norma general.

(30) A. MANGAS MARTÍN: «Problemas...», cit., pág. 62.

(31) S. PRECHAL: «Remedies...», cit., págs. 462 a 465.

(32) A. MANGAS MARTÍN: «Problemas...», cit., pág. 62.

El Tribunal considera que es su obligación asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario (33). Dificilmente puede asegurarlos con su jurisprudencia Marshall.

Pero además es difícil de entender su posición cuando, precisamente en relación con este mismo principio de igualdad de trato entre trabajadores masculinos y femeninos, pero referido a igualdad de retribuciones entre los mismos, interpretó el artículo 119 CEE, que claramente establece una obligación para los Estados miembros, como susceptible de producir efecto directo entre los particulares (34). La diferenciación, en este caso, entre disposiciones del Tratado CEE y directivas del artículo 189, par. 3 CEE parece injustificada, pues en ambos casos el destinatario claro de la obligación es el Estado miembro.

Así lo reconocía expresamente la Comisión en sus observaciones en el asunto Harz (35), y puesto que se trataba del mismo derecho fundamental, para negar el efecto directo horizontal de las directivas recurría a argumentos formalistas, como son la inexistencia de una obligación imperativa de publicación de las directivas y la base jurídica concreta de la directiva en cuestión, que era el artículo 235 CEE y no el artículo 119 CEE.

Puesto que la misma Comisión reconocía que la directiva 76/207 (36) trataba sobre el mismo principio fundamental de la igualdad de trato contenido en el artículo 119 CEE, la razón del no reconocimiento de la eficacia directa horizontal no debe ser la base jurídica de la directiva sino la falta de obligatoriedad en su publicación.

Este argumento no resiste al análisis. Como Manin (37) señala, la publicación de los actos de Derecho Comunitario depende en gran parte de la práctica comunitaria. El Tratado impone la publicación de los reglamentos y la notificación de decisiones y directivas, pero no prohíbe la publicación de estos últimos casos.

De hecho, desde prácticamente los inicios de las Comunidades Europeas, las directivas se publican en la serie «L» del DOCE. Puesto que su publicación es necesaria para la protección de los derechos de los

(33) Sentencia de 11 de julio de 1985, as. ac. 60 y 61/84, Cinéthèque/Fédération Nationale des Cinémas Français, Rec., 1985, pág. 2605, cdo. 26, pág. 2627.

(34) Sentencia de 8 de abril de 1976, as. 43/75, Defrenne II, Rec., 1976, pág. 455.

(35) Sentencia de 10 de abril de 1984, as. 79/83, Harz, Rec., 1984, pág. 1934.

(36) JOCE, núm. L 39, de 14 de febrero de 1976, pág. 40.

(37) PH. MANIN: «L'invocabilité...», cit., pág. 689.

particulares frente a los Estados miembros, y puesto que se trata de una práctica ininterrumpida, se puede hablar en este caso de la existencia de una costumbre comunitaria de publicar las directivas en el DOCE, ya que la Comunidad parece tener la convicción de la obligatoriedad de esa práctica para garantizar la seguridad jurídica y la protección de los derechos de los particulares.

Por último, y menos grave que en el caso de los derechos fundamentales, pero también se plantea el problema de las directivas que contienen principios básicos del Derecho Comunitario (38). En este caso, y en aplicación de los principios contenidos en la jurisprudencia Van Gend & Loos (39) sobre la globalidad y especificidad del Derecho Comunitario, también se debería reconocer efecto directo horizontal a las directivas. Con lo que en realidad se plantea que la solución más coherente y sencilla sería reconocer la posibilidad de producir efecto directo horizontal a las directivas como norma general.

3. *Las dificultades para la precisión de la noción de autoridad pública*

Además de las discriminaciones que la limitación del efecto directo de las directivas únicamente al «vertical» supone, esta doctrina implica aún más dificultades.

El Tribunal es consciente desde su primera sentencia en 1986, de la limitación en la protección a los particulares que su jurisprudencia encerraba, y trató de paliarla ampliando todo lo posible el concepto de Estado. De esta manera se impedía que el Estado, actuando en cualquiera de sus manifestaciones y actividades, «iure imperii» o «iure gestionis», se beneficiara de su propio incumplimiento, y por otra parte, se ampliaba la protección de los particulares frente a todo tipo de actividad estatal.

Pero junto a esas ventajas surgen dos claros inconvenientes: mientras más amplia sea la noción de Estado mayores son las posibilidades de discriminación para los particulares, porque el Estado en su calidad de empresario es mucho más parecido a la posición de un particular. Y por

(38) Para estos principios vid. J. V. LOUIS: *L'ordre juridique communautaire*, Perspectives Européennes, Bruselas, 1989, 5.ª edición, págs. 89 y 95 y ss.

(39) Sentencia de 5 de febrero de 1963, as. 26/62, Van Gend & Loos, Rec., 1963, pág. 9, especialmente pág. 23.

otra parte, mayores dificultades presenta la concreción de esa noción de Estado, con un importante riesgo de pérdida de la uniformidad en la aplicación del Derecho Comunitario.

En su primera sentencia de 1986, Marshall, reiteradamente citada, se contenían ya importantes afirmaciones al respecto. El abogado general Slynn señalaba (40) que en materia de Derecho Comunitario cuando se plantea la cuestión de un particular que invoca las disposiciones de una directiva frente a un Estado, el término Estado ha de ser entendido en sentido amplio, comprendiendo todos los órganos del mismo. Y el propio Tribunal en su sentencia va a señalar (41) que incumbe al juez nacional la aplicación de las consideraciones que hace el Tribunal a las circunstancias concretas del caso que se la ha planteado.

Con anterioridad, en sus observaciones en el asunto Von Colson y Kamann (42) ya la Comisión había señalado que el Derecho Comunitario conocía el principio de unidad del orden público.

Pero la jurisprudencia del Tribunal planteaba más problemas que solucionaba. Las estructuras internas de los Estados miembros son diferentes, la regulación de la actividad estatal también, si el Tribunal no daba unos criterios para determinar qué se consideraba órgano del Estado las diferencias efectivas de aplicación del efecto directo vertical de unos Estados miembros a otros podían ser importantes.

Una solución para evitar este problema podía ser la elaboración de una noción de «Estado» en Derecho Comunitario. Pero además de entrar en competencias estatales, dadas las diferencias existentes entre los actuales Estados miembros, el Tribunal encontraría innumerables dificultades (43).

Sin llegar a una definición de la noción de «Estado» a estos efectos, el abogado general Van Gerven en sus Conclusiones en el as. Foster/ British Gas (44) señalaba al Tribunal la necesidad de definir los elementos de base de la noción de «Estado», para evitar la falta de uniformidad entre

(40) Conclusiones, sentencia de 26 de febrero de 1986, as. 152/84, Marshall, cit., pág. 735.

(41) Sentencia de 26 de febrero de 1986, as. 152/84, Marshall, cit., cdo. 50, pág. 749.

(42) Sentencia de 10 de abril de 1984, as. 14/83, Von Colson y Kamann, Rec., 1984, pág. 1900.

(43) PH. MANIN: «L'invocabilité...», cit., págs. 683 y 684.

(44) Conclusiones presentadas el 8 de mayo de 1990. Sentencia de 12 de julio de 1990, as. C-188/89, aún no publicadas en la Recopilación en versión española.

los Estados miembros respecto al efecto directo de las disposiciones de las directivas.

El Tribunal comunitario ha respondido en parte estableciendo algunos criterios para determinar cuándo nos encontramos ante la noción de Estado. Estos criterios, como la doctrina (45) no ha dejado de señalar abren más interrogantes que solucionan los ya planteados.

Los criterios se refieren, en primer lugar a las funciones que realiza la persona o entidad, que si realiza una función pública debe ser considerada parte del Estado. Se puede encontrar aplicado este criterio en la sentencia de 15 de mayo de 1986 (46), referido a las funciones de policía.

Este criterio plantea el problema de qué tipo de actividades engloba y si los servicios públicos de un Estado se consideran todas actividades del Estado (por ejemplo, las Universidades, en España hay por ahora mayoría de Universidades públicas, pero en otros Estados miembros es importante el peso de las privadas. Esto plantearía discriminaciones en la aplicación del efecto directo vertical entre los ciudadanos de los distintos Estados miembros y ruptura de la uniformidad). Y tampoco serviría para su determinación la excepción de «servicio público» del artículo 48, par. 4 CEE, porque en el contexto de la libre circulación de personas el planteamiento es el inverso, interesa limitar lo más posible la excepción (47) mientras que aquí interesa ampliarla al máximo.

En segundo lugar se puede señalar el control del Estado sobre la persona o entidad cuando regula su actividad.

Y en tercero se puede establecer el criterio del control económico o financiero del Estado sobre la persona o entidad.

Pero en ambos casos queda pendiente la cuestión de hasta dónde debe llegar ese control para que se considere al que actúa como «órgano del Estado».

Toda esta delimitación de la noción de Estado, ambigua e insatisfactoria, que deja amplios márgenes de discrecionalidad al juez nacional, con grandes riesgos de producir discriminaciones y de pérdida de la uniformidad en la aplicación del Derecho Comunitario, se podía haber

(45) S. PRECHAL: «Remedies...», cit., pág. 461. Para un examen en profundidad de estos criterios en el contexto del «Common Law» vid. D. CURTIN: «The Province...», cit., págs. 195 y ss.

(46) Sentencia de 15 de mayo de 1986, as. 222/84, Johnston, Rec., 1986, pág. 1663, cdos. 56 y 57, pág. 1691.

(47) L. MILLÁN MORO: «Algunas limitaciones...», cit., pág. 185.

evitado, y aún se está a tiempo, reconociendo la posibilidad de que las directivas produzcan efecto directo horizontal.

III. MEDIDAS PARA NEUTRALIZAR O LIMITAR LOS EFECTOS NEGATIVOS DE ESTA JURISPRUDENCIA

Ante las críticas casi unánimes que su jurisprudencia Marshall ha levantado, el Tribunal parece que comienza a reaccionar. Hasta ahora no ha tenido, sin embargo, la reacción más sencilla que sería la del cambio de su jurisprudencia, como ya ha hecho en más de una ocasión y recientemente respecto a la legitimación para actuar en justicia ante el propio Tribunal del Parlamento Europeo (48).

De las opciones abiertas ante ella, la Alta Jurisdicción comunitaria ya ha elegido abiertamente una, en una nueva línea de interpretación jurisprudencial, y tiene otra pendiente de decisión en un asunto aún no sentenciado en el momento de redactar estas líneas. Las examinaremos sucesivamente.

1. *La obligación de interpretar el Derecho nacional conforme a las directivas comunitarias*

El Tribunal iba a afirmar, por primera vez, esta obligación en 1984 en los dos asuntos paralelos ya citados, Von Colson y Kamann y Harz, en los que se planteaba la posibilidad de producir efecto directo las disposiciones de una directiva comunitaria.

Como se hubiera tratado de dos casos casi iguales, pero uno de efecto directo vertical y el otro de efecto directo horizontal, la discriminación resultante hubiera sido evidente.

(48) Sentencia de 27 de septiembre de 1988, as. 302/87, Comitología, Rec., 1988, pág. 5615, y comentario de J. M. FERNÁNDEZ MARTÍN: «Legitimación activa del Parlamento Europeo a la luz del artículo 173 CEE», *Revista de Instituciones Europeas*, 1989, pág. 489; sentencia de 22 de mayo de 1990, as. C-70/88, Chernobyl, aún no publicada en la versión española, y comentario de J. M. FERNÁNDEZ MARTÍN: «La legitimación activa restringida del Parlamento Europeo en el recurso de anulación», *Revista de Instituciones Europeas*, 1990, pág. 911. El texto completo en castellano de la sentencia *Chernobyl* está publicado en esta *Revista* 1990-3, págs. 937 y ss.

Para salvar este problema, para contestar a los jueces nacionales y para evitar que se mantuviera la desigualdad de trato en razón del sexo de las demandantes, el Tribunal comunitario estableció la obligación del juez nacional de interpretar el Derecho nacional a la luz del texto y la finalidad de la directiva, para obtener el resultado contemplado por el artículo 189, par. 3 CEE (49), en toda la medida que le concede el posible margen de apreciación del Derecho nacional.

Esta jurisprudencia aplicada al caso concreto iba a conseguir unos efectos muy similares a los del efecto directo vertical y horizontal, e iba a ser posteriormente confirmada en 1986 en la sentencia Johnston (50). La sentencia de 1986 no sólo confirmaría la obligación de interpretación del Derecho nacional conforme a la directiva, sino que además extendía esta obligación a todas las autoridades de los Estados miembros y no sólo a las judiciales.

En una sentencia posterior, de 1989, en el asunto Costanzo (51), el Tribunal confirmaría que la directiva obliga a todos los órganos de la Administración, pero hace precisiones que no existían en Johnston. Así, en Costanzo, la obligación para la Administración es no aplicar el Derecho nacional y sí las directivas comunitarias en caso de contradicción entre los mismos, cuando reúnan los requisitos para producir efecto directo. La posición en la sentencia Costanzo es clara y supone llevar hasta sus últimas consecuencias el efecto directo vertical, impidiendo que la Administración se beneficie de su propio incumplimiento.

Pero en la sentencia Johnston la referencia expresa de la obligación de interpretar el Derecho nacional conforme al Derecho Comunitario, es a los casos antes citados, Von Colson y Kamann y Harz. Y esto supondría, puesto que en esos casos no hay posibilidad, en opinión del Tribunal, de que esas disposiciones de la directiva controvertida produjeran efecto directo, que en el caso del Derecho nacional no conforme a las disposiciones de directivas comunitarias no susceptibles de producir efecto directo, todas las autoridades nacionales tendrían la obligación de

(49) Sentencia de 10 de abril de 1984, as. 14/83, Von Colson y Kaman, cit., cdo. 26, 27 y parte dispositiva págs. 1909 a 1911; sentencia de 10 de abril de 1984, as. 79/83, Harz, cit., cdo. 26, 27 y parte dispositiva, págs. 1942 a 1944.

(50) Sentencia de 15 de mayo de 1986, as. 222/84, Johnston, Rec., 1986, pág. 1663, cdo. 53, pág. 1690.

(51) Sentencia de 22 de junio de 1989, as. 103/88, Fratelli Costanzo, Rec., 1989, pág. 1839, cdo. 31, pág. 1871.

interpretar el Derecho nacional conforme a las citadas directivas. Mientras que en caso de colisión clara (sentencia Costanzo) y de contenido preciso de las directivas, la obligación sería la de no aplicar el Derecho nacional y sí el Comunitario.

Pero, además, si el juez nacional tiene la obligación de interpretar el Derecho nacional conforme al Derecho Comunitario, quiere decir también que las autoridades nacionales han debido aplicarlo previamente de manera conforme con el mismo.

Ahora bien, la interpretación del Derecho nacional conforme al Comunitario conlleva unos ciertos riesgos de inseguridad jurídica para los administrados. Este riesgo se puso ya de manifiesto en las sentencias Pretore di Salò, y sobre todo en *Kolpinghuis Nijmegen B.V.* (52) en las que la directiva sí había sido ya incorporada al Derecho interno, pero no en la época que ocurrieron los hechos. Ante esta situación, para evitar que los efectos de la interpretación del Derecho nacional conforme a la directiva fueran semejantes a los de una aplicación retroactiva de la legislación nacional de transposición de la directiva, el Tribunal señaló que una directiva por sí misma, y con independencia de una ley interna de un Estado miembro adoptada para su aplicación, no podía determinar o agravar la responsabilidad penal de los que infringen sus disposiciones.

El Tribunal va a reiterar esta jurisprudencia en su sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing, S.A.* (53). En este asunto el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Oviedo solicita una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 11 de la primera directiva 68/151/CEE del Consejo de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado CEE para proteger los intereses de socios y terceros (54).

El juez nacional preguntaba sobre la posible eficacia directa del artículo 11 que establecía las causas de nulidad de las sociedades, en un contexto de relaciones claramente horizontales.

(52) Sentencia de 11 de junio de 1987, as. 14/86, Pretore di Salò, Rec., 1987, pág. 2545, cdos. 19 y 20 y parte dispositiva, págs. 2570 y 2571; sentencia de 8 de octubre de 1987, as. 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen B.V.*, Rec., 1987, pág. 3969, cdo. 14 y parte dispositiva, págs. 3987 y 3988.

(53) Sentencia de 13 de noviembre de 1990, as. C-106/89, *Marleasing, S.A.*, aún no publicada en la versión española de la Recopilación.

(54) *DOCE*, núm. L 65, de 14 de marzo de 1968 pág. 8.

El Tribunal comunitario no contestó a la posible eficacia directa del artículo 11, sino que señaló la obligación de interpretar el Derecho nacional español conforme al artículo 11 de la citada directiva, que lleva a considerar el Derecho nacional sobre sociedades anónimas de manera que no pueda declararse la nulidad de una sociedad anónima española por motivos distintos de los que se enumeran taxativamente (lo que hace pensar que se trata, efectivamente, de una disposición que reúne los requisitos para producir efecto directo, si no deja margen discrecional de apreciación al Estado) en el artículo 11 de la directiva de referencia.

La solución adoptada en este caso es posible porque la directiva restringe y no amplía (55) las causas de nulidad, pues en el segundo supuesto hubiera sido de aplicación, probablemente, la jurisprudencia *Kolpinghuis*. Pero en la práctica, los efectos son muy parecidos, o prácticamente los mismos que si se le hubiera reconocido el efecto directo horizontal al artículo 11 de la directiva.

Ahora bien, esta jurisprudencia también plantea interrogantes y problemas. El primer interrogante es, si los efectos son similares al reconocimiento del efecto horizontal de las directivas, ¿por qué no éste y sí el método de la interpretación, que en el mejor de los casos es más ambiguo e inseguro para los particulares? Ya que la interpretación del Derecho nacional conforme a las directivas comunitarias puede llegar a soluciones muy diferentes entre sí, como las citadas sentencias *Kolpinghuis* y *Marleasing*.

Si la razón es que las directivas no imponen obligaciones a los particulares, de hecho, con el método de la interpretación del Derecho nacional según las directivas comunitarias, también se les imponen obligaciones, y además puede generar, para éstos, una inseguridad jurídica mucho mayor que la del efecto directo horizontal. Ya que se les aplica su Derecho nacional, pero interpretado de tal manera, que les puede imponer obligaciones que no figuran claramente en él, sino en la directiva, que en teoría no se les puede imponer, y todo esto según el buen criterio y la interpretación del juez nacional.

Estas interpretaciones del Derecho nacional según las directivas comunitarias pueden generar una gran diversidad de aplicación, no sólo entre los Estados miembros entre sí, sino también entre distintos

(55) PH. MANIN: «L'invocabilité...», cit., pág. 686.

tribunales nacionales, que pueden llegar a interpretaciones contradictorias de la misma disposición de Derecho nacional.

La única manera de intentar contrarrestarlo tampoco es fácil: para unificar criterios el Tribunal comunitario tendría que entrar a fondo en cuestiones de Derecho nacional, cosa que no entra en sus competencias por la vía del artículo 177 CEE. Cosa que va a tener que hacer, o al menos indicar con mucha claridad cuál debe ser el resultado final en el Derecho nacional (56).

Además la interpretación del Derecho nacional conforme a la directiva tiene las limitaciones ya señaladas respecto a la retroactividad y seguridad jurídica. Si en el as. *Marleasing* la directiva 68/151 (57) en vez de establecer un número de causas de nulidad menor que la legislación española, lo hubiera establecido mayor, probablemente no hubieran podido aplicarse sus disposiciones bajo la cobertura de la interpretación conforme al Derecho nacional.

La solución de establecer la obligación para el juez nacional de interpretar el Derecho nacional conforme al Derecho Comunitario plantea también otros inconvenientes.

Esta solución puede ser efectiva y «útil» si el Derecho nacional tiene una laguna, es ambiguo o la legislación de aplicación de la directiva es poco precisa, en otras palabras, si deja un margen para la interpretación. Pero si la violación del Derecho Comunitario es clara y concreta, y el Derecho nacional preciso, difícilmente se podrá interpretar por el juez nacional en sentido contrario, pues esta solución crearía quizás problemas

(56) Así, en las sentencias de 10 de abril de 1984, as. 14/83, *Von Colson y Kamann*, cit., cdos. 28, pág. 1909; as. 79/83, *Harz*, cit., cdos. 28, págs. 1942 y 1943, el Tribunal comunitario indica claramente que la indemnización a otorgar a las demandantes no contratadas por ser de sexo femenino, no puede ser puramente simbólica (como establecía la legislación alemana) sino que debe ser más sustanciosa, aunque la cuantía concreta se deja a elección del juez nacional. Y en la sentencia, más reciente, de 13 de noviembre de 1990, as. C-106/89, *Marleasing*, aún no publicada en la versión española de la Recopilación, cdos. 9 a 12, el Tribunal señala que sólo se pueden permitir las causas de nulidad taxativamente enumeradas en la directiva 68/151, que éstas se deben interpretar de modo restrictivo y que «el objeto de la sociedad» sólo se puede referir al objeto de la sociedad, según la descripción contenida en la escritura de constitución o en los estatutos.

(57) *DOCE*, núm. L 65, de 14 de marzo de 1968, pág. 8.

de seguridad jurídica mayores que lo que intenta solucionar (58). Y si la disposición infringida de Derecho Comunitario reúne las condiciones para producir efecto directo horizontal no parece muy coherente mantener la infracción y no permitir que la alegue un particular.

Con esta obligación, además, de interpretación del Derecho nacional a la luz del Comunitario, se pierde en gran medida el monopolio que mantenía el Tribunal comunitario en la determinación de las disposiciones de Derecho Comunitario que podían producir efecto directo, y que daba seguridad y uniformidad al «acervo jurídico comunitario».

Hubiera estado más en consonancia con los principios tradicionales de la jurisprudencia comunitaria de atender al fondo y la naturaleza de las disposiciones de las directivas, y del «efecto útil» de las disposiciones de Derecho Comunitario, reconocer el efecto directo horizontal a las directivas, cuando se reunieran los requisitos que la propia jurisprudencia comunitaria establece, y afirmar esta obligación de interpretación para todas las demás disposiciones del Derecho Comunitario

Así, por una parte se consolidaría la primacía del Derecho Comunitario sobre el nacional y se permitiría que cuando el Derecho Comunitario, o más bien, las directivas, les concedieran derechos a los particulares en disposiciones que no pueden producir efecto directo, éstos pudieran pedir, ante sus tribunales nacionales, la interpretación del Derecho nacional conforme a la directiva.

Pero es que, además, este método de la interpretación podría también utilizarse cuando aún no haya transcurrido el plazo para la transposición de la directiva, ya que en la sentencia *Kolpinghuis* (59) el Tribunal afirma que a la obligación del juez nacional de interpretar el Derecho nacional según el Comunitario, no le afecta el que haya transcurrido o no el plazo de transposición de la directiva. Es decir, que las obligaciones que la directiva impone (incluso a particulares) pueden hacerse valer en justicia, a través del Derecho nacional, antes de que transcurra el plazo para su aplicación. Mientras que para que se pueda producir el efecto directo

(58) Esta situación ha hecho a Curtin observar que se produce la siguiente paradoja: una transposición incorrecta pero ambigua de la directiva permite, hasta cierto punto, que pueda ser corregida por el juez nacional, que sin embargo no podrá hacer nada en el caso de una infracción clara e inequívoca, pero precisa. D. CURTIN: «The Province...», cit., pág. 222.

(59) Sentencia de 8 de octubre de 1987, as. 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen B. V.*, Rec., 1987, cdos. 15 y 16, pág. 3987.

vertical el Tribunal había señalado en la sentencia de 5 de abril de 1979, Ratti (60), que la directiva únicamente podía ser alegada frente al Estado miembro destinatario, una vez transcurrido el plazo para su aplicación, y en el caso de que el Estado miembro la hubiera incumplido (por su no transposición, o por una incorporación incorrecta de la misma al Derecho nacional).

Establecer la aplicación de la directiva por el juez nacional, a través de la interpretación del Derecho nacional, incluso antes de que transcurra el plazo para su aplicación, acerca a las directivas a los reglamentos comunitarios. Ya que son alegables ante los tribunales nacionales, mediante la petición de interpretación del Derecho nacional conforme a la directiva, desde el mismo momento de su publicación en el DOCE (de hecho lo serían desde su notificación a los Estados miembros, pero ni los jueces nacionales ni los particulares tendrían fácil acceso a dicha notificación y tendrían que esperar a su publicación en el DOCE).

De esta manera, dos de los argumentos utilizados para justificar la negación del efecto directo horizontal a las directivas, que el Tratado no establezca su publicación obligatoria en el DOCE, y que se difuminarían sus diferencias con el reglamento, se pueden utilizar de la misma manera contra el nuevo método establecido por el Tribunal comunitario.

Este último argumento, de que con el efecto directo horizontal a las directivas se difuminaría totalmente la diferencia entre los reglamentos y las directivas, establecida en los artículos 189 y 191 CEE, que utiliza el abogado general Slynn en sus Conclusiones en el asunto Marshall (61) tampoco se mantiene. Se difuminarían las diferencias en cuanto a la posibilidad de producir determinados efectos ambas disposiciones.

Pero esta posibilidad ya la había afirmado el propio Tribunal en su sentencia Ratti (62), al observar que si en virtud de las disposiciones del artículo 189 los reglamentos son directamente aplicables, y en consecuencia, por naturaleza, susceptibles de producir efectos directos, de ello no se deduce que otras categorías de actos contemplados por este artículo, no puedan nunca producir efectos análogos. Y también al añadir que sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 reconoce a la

(60) Sentencia de 5 de abril de 1979, as. 148/78, Ratti, Rec., 1979, pág. 1629, cdo. 43, pág. 1645.

(61) Sentencia de 26 de febrero de 1986, as. 152/84, Marshall, Rec., 1986, cit., pág. 734.

(62) Sentencia de 5 de abril de 1979, as. 148/78, Ratti, Rec., 1979, pág. 1629, cdos. 19, 20 y 21, págs. 1641 y 1642.

directiva excluir en principio que la obligación que impone pueda ser invocada por las personas afectadas, y particularmente frente al Estado miembro que incumple.

Sin embargo se mantendrían las diferencias originadas por la aplicabilidad directa del reglamento y no de la directiva. Es decir, si los efectos que pudieran producir ambos actos sí serían idénticos, no lo son, en cambio, los requisitos que se exigen en cada caso para que puedan producirse esos efectos.

El reglamento, directamente aplicable por definición, puede producir efectos directos desde el momento de su entrada en vigor, a los veinte días de su publicación o en la fecha que él mismo fije. Siempre, claro está, que sus disposiciones sean lo suficientemente claras y precisas para poder ser aplicadas por el juez, y que no deje margen de apreciación a los Estados miembros.

La directiva, en cambio, no directamente aplicable también por definición, únicamente puede producir esos efectos si ha sido incorrectamente aplicada (si no ha sido incorporada al Derecho nacional o lo ha sido de manera incorrecta o incompleta) y una vez transcurrido el plazo para su aplicación. Siempre, también, que sus disposiciones sean claras, precisas y no dejen margen de apreciación a los Estados miembros, lo que en teoría debe ser menos frecuente en la directiva que en el reglamento.

Ya que como el propio Tribunal señala en su sentencia Johnston (63) cuando se aplica correctamente una directiva sus efectos alcanzan a los particulares por medio de las medidas de aplicación adoptadas por el Estado miembro al que haya ido dirigida. Y en ese caso el particular debe hacer valer su derecho alegando la disposición nacional de aplicación de la directiva.

Por consiguiente, mientras que para el reglamento la producción de efectos directos es una consecuencia lógica de su naturaleza de acto directamente aplicable, es decir una situación normal, para la directiva se trata de una situación excepcional, de una patología, que sólo entra en juego en caso de incumplimiento de la misma para proteger los derechos de los particulares.

(63) Sentencia de 15 de junio de 1986, as. 222/84, Johnston, Rec., 1986, pág. 1663, cdo. 51, pág. 1690.

Mientras que sí serían idénticas en el caso de cualquier disposición de Derecho Comunitario (bien sean los Tratados fundacionales, reglamentos, directivas, decisiones, etc.) los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la naturaleza de la disposición, que sea clara, precisa, incondicional y que no deje margen discrecional al Estado miembro. Porque estos requisitos son los que definen una disposición que puede ser aplicada por el juez nacional al caso concreto, sin necesitar intervenciones del legislativo o ejecutivo nacional para su concreción o desarrollo.

Una sentencia reciente del Tribunal, de 11 de julio de 1991 (64), plantea un nuevo aspecto referido al efecto directo de las directivas, y el Tribunal mantiene una postura coherente con su reciente jurisprudencia.

El juez nacional plantea la cuestión de si puede apreciar, de oficio, sin que las partes lo hayan suscitado, la conformidad de una legislación nacional con una directiva, cuyo plazo de transposición ya ha expirado.

El Tribunal va a responder afirmativamente, haciendo una serie de precisiones al respecto. Así, en primer lugar señala que cuando un juez nacional plantea una cuestión prejudicial ha lugar a aplicar el Derecho Comunitario, dejando si es necesario sin aplicación el Derecho nacional, o a interpretar el Derecho nacional de manera conforme al Derecho Comunitario.

Tal cuestión se puede referir, según el Tribunal comunitario, a una directiva no incorporada al Derecho nacional por las autoridades nacionales en los plazos establecidos, obligatoria para los Estados miembros y cuyas disposiciones precisas e incondicionales puedan, según jurisprudencia del Tribunal, ser aplicadas directamente por una jurisdicción nacional.

Por tanto, continúa el Tribunal, el derecho reconocido al justiciable, en determinadas condiciones, de invocar ante el juez nacional una directiva cuyo plazo de transposición ha terminado, no excluye la facultad, para el juez nacional, de tomar en consideración esta directiva, incluso si el justiciable no la ha invocado.

La respuesta que da el Tribunal al juez nacional es que el Derecho Comunitario no impide a una jurisdicción apreciar de oficio la conformidad de una reglamentación nacional con las disposiciones

(64) Sentencia de 11 de julio de 1991, asuntos acumulados C-87/90, C-88/90, Verholen, aún no publicada en la versión española de la Recopilación, cdos. 13 a 16 y parte dispositiva.

precisas e incondicionales de una directiva, cuyo plazo de transposición ya ha expirado, cuando el justiciable no ha invocado ante la jurisdicción, los derechos derivados de esta directiva.

Con esta jurisprudencia se matiza un aspecto de la noción de efecto directo. El acento deja de estar en la invocabilidad directa de las disposiciones de Derecho Comunitario por los particulares, si el juez nacional, de oficio, puede proceder a aplicarlas aun cuando no hayan sido alegadas. Se consigue así una mayor protección de los particulares, pero si se mantiene la jurisprudencia Marshall, únicamente en el caso del efecto directo vertical.

La sentencia Verholen, además, distingue dos supuestos claros, el juez nacional se puede ver ante dos supuestos distintos, aplicación del Derecho Comunitario directamente al caso en él planteado, o interpretación del Derecho nacional según el Derecho Comunitario.

El caso planteado en el asunto Verholen es el de un posible efecto directo vertical, y ante este caso, el Tribunal comunitario señala que procede la aplicación del Derecho Comunitario susceptible de producir efecto directo, solución más lógica, como hemos apuntado, que la interpretación del Derecho nacional, que se debería limitar a los casos en que no son susceptibles de aplicación directa las disposiciones de Derecho Comunitario, cuando no son suficientemente precisas e incondicionales.

Pero la afirmación más interesante es la de que el juez nacional puede aplicar de oficio esas disposiciones de la directiva a los particulares, aunque éstos, por la razón que sea, no la hayan invocado (probablemente por ignorancia, como señala el juez nacional).

Ya que, con esta sentencia, la noción del efecto directo adquiere una dimensión más amplia, y se centra no tanto en su invocabilidad por el particular, sino en la naturaleza misma de la disposición de Derecho Comunitario: disposiciones jurídicamente perfectas, que no necesitan complemento ni desarrollo alguno, que conceden determinados derechos a los particulares, que pueden ser aplicadas sin dificultad por el juez nacional al caso concreto, y que deben ser aplicadas a los particulares, antes que el Derecho nacional, cuando se reúnan no sólo los requisitos intrínsecos que les reconoce la jurisprudencia comunitaria, sino también los de la disposición de Derecho Comunitario que puede producirlos (diferencia entre reglamentos y directivas, por ejemplo).

Con la sentencia Verhopen, que continúa la evolución jurisprudencial relativa a la noción de «efecto directo», con carácter progresivo, se hace aún más incomprensible la negativa a reconocer el efecto directo horizontal a las directivas.

2. *La responsabilidad del Estado miembro por incumplimiento de las directivas*

El Estado miembro que incumple una directiva comunitaria no sólo puede originar un daño a los particulares que tienen relación directa con él, sino también a los particulares en su relación con otros particulares. Según la jurisprudencia del Tribunal, sólo los primeros pueden actuar en justicia o ver reconocidos de oficio sus derechos por el juez nacional.

Ante esta discriminación, la doctrina buscó diferentes soluciones, y ya en 1987, Schermers (65) proponía para evitar la discriminación, como la solución más elegante, declarar al Estado miembro responsable frente al particular perjudicado, si el daño se había originado por una infracción del Derecho Comunitario, y más recientemente, también Prechal (66) proponía esta medida, como una solución frente a la jurisprudencia Marshall.

El aspecto menos positivo de esta solución es que la efectividad de esta medida depende de la existencia o no, en los distintos Estados miembros, de diferentes vías de recurso nacionales para exigir responsabilidad al Estado por el incumplimiento del Derecho Comunitario.

Y aunque la jurisprudencia comunitaria establezca que el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho Comunitario no debe ser impedido en la práctica por normas procesales, y que las vías de recurso no pueden ser menos favorables, para el mismo tipo de derecho, si se trata de un derecho conferido por el ordenamiento jurídico comunitario que por el Derecho nacional (67), si no existe ninguna vía procesal para pedir

(65) H. G. SCHERMERS: *Judicial protection in the European Communities* (Ed., M. Waelbroeck), Leiden, 1987, pág. 137.

(66) S. PRECHAL: «Remedies...», cit., pág. 466.

(67) Sentencia de 16 de diciembre de 1976, as. 45/76, Comet, Rec., 1976, pág. 2043; sentencia de 16 de diciembre de 1976, as. 33/76, Rewe, Rec., 1976, pág. 1989; sentencia de 9 de noviembre de 1983, as. 199/82, San Giorgio, Rec., 1983, pág. 3595.

responsabilidad a alguno de los poderes del Estado, es poco probable que las jurisdicciones nacionales decidan «crear» una nueva (68).

Se trataba de una cuestión teórica hasta que han llegado dos cuestiones prejudiciales al Tribunal planteando la responsabilidad del Estado miembro (la República Italiana en el caso concreto) por no transposición de directivas, los asuntos Francovich y Bonifaci (69), pendientes aún ante el Tribunal en el momento de redactar estas líneas.

En ellos se plantea el incumplimiento por parte de Italia de la directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, concerniente a la armonización de legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (70) que prevé que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que instituciones de garantía (creadas o designadas por ellos) puedan pagar a los trabajadores asalariados los créditos impagados resultantes de contratos de trabajo o relaciones laborales.

Italia no sólo no ha cumplido la directiva comunitaria, sino que además ya había sido demandada por la Comisión por este motivo ante el Tribunal comunitario, que en sentencia de 2 de febrero de 1989 (71) declaró su incumplimiento.

Los demandantes, en los dos casos, han dejado de percibir sumas que les debían sus empresas respectivas, y al no existir las entidades que debían resarcirlas, han demandado a Italia por los daños sufridos.

En sus Conclusiones, el abogado general Mischo (72) llega a la conclusión de que las disposiciones de la directiva controvertida, 80/987 ya citada, no son lo suficientemente precisas e incondicionales para poder producir efecto directo, ya que dejan en su aplicación un amplio margen de apreciación al Estado miembro.

No considera con fundamento el argumento de la Comisión, que pretende asimilar las instituciones de garantía, cuya creación se prevé en la directiva, con el propio Estado, para hacer jugar así un posible efecto directo vertical que proteja al particular. Las tesis de la Comisión en este

(68) S. PRECHAL: «Remedies...», cit., pág. 466.

(69) Asuntos C-6/90, Francovich, y C-9/90, Bonifaci.

(70) JOCE, núm. L 283, de 20 de octubre de 1980, pág. 23.

(71) Sentencia de 2 de febrero de 1989, as. 22/89, Comisión/Italia, Rec., 1989, pág. 143.

(72) Conclusiones de J. Mischo en los asuntos C-6/90, Francovich, y C-9/90, Bonifaci, presentadas el 28 de mayo de 1991, aún no publicadas.

caso concreto parecen un tanto forzadas, pero porque si no se considera éste como un caso de efecto directo vertical, cosa que tampoco es clara en el contexto, el particular, con la jurisprudencia comunitaria existente hasta el momento, quedaría inerte ante el incumplimiento del Estado miembro.

Por consiguiente, a falta de efecto directo que justifique la aplicación directa del Derecho Comunitario por el juez nacional al particular (y en el caso de las directivas cuando los problemas surjan en relaciones entre particulares), la cuestión que aquí se plantea es si en caso de incumplimiento de obligaciones de Derecho Comunitario (en el caso citado, arts. 5 y 189 CEE que imponen la obligación de incorporar las directivas al Derecho nacional en el plazo por ellas fijado) y cuando el incumplimiento se refiera a disposiciones que contienen derechos para los particulares (aunque estas disposiciones no sean lo suficientemente precisas e incondicionales para que éstos los puedan invocar directamente), el Estado miembro está obligado por el Derecho Comunitario a reparar los daños causados a los particulares por su comportamiento ilegal.

En sus conclusiones, opinión que compartimos, Mischo estima que el Estado miembro que incumple disposiciones de Derecho Comunitario debe ser responsable en los mismos casos en que lo sería la Comunidad por violación del Derecho Comunitario por una de sus instituciones.

La aplicación práctica de esta posible jurisprudencia generaría muchos problemas, pero la consideramos un paso fundamental en el proceso de integración europea.

En primer lugar, el juez nacional se encontraría con el problema de determinar el incumplimiento de su propio Estado. En todos aquellos casos en que existiera, como en éste, una sentencia del Tribunal comunitario, basada en los artículos 169 y 171 CEE, declarando el incumplimiento, esa dificultad quedaría resuelta. El problema se plantearía cuando dicha sentencia no existiera, pero sí hubiera incumplimiento.

En el caso de una directiva, si no hubiese sido incorporada al Derecho nacional, o lo hubiera sido de modo incorrecto, y las disposiciones afectadas protegieran intereses de los particulares, también habría que considerar al Estado miembro responsable. Ya que no se puede condicionar la responsabilidad del mismo a una previa sentencia del Tribunal en virtud de los artículos 169 a 171, dado el escaso uso que han hecho los Estados miembros del artículo 170 CEE y del margen de apreciación de que goza la Comisión antes de iniciar el procedimiento del

artículo 169. Sin embargo, si la sentencia existiera, la responsabilidad del Estado quedaría establecida.

En segundo lugar, las vías procesales en cada Estado miembro para exigir responsabilidad al Estado pueden ser muy diferentes entre sí, hasta el punto de no existir en algunos casos, o de establecer la irresponsabilidad del poder legislativo.

En este aspecto, y dado el desarrollo actual del Derecho Comunitario, la acción por responsabilidad frente al Estado miembro ante el juez nacional deberá sustanciarse en lo que se refiere a reglas de procedimiento y evaluación del daño según las normas nacionales, con una doble limitación. Que esta normativa no puede ser menos favorable que la que se refiere a reclamaciones semejantes de naturaleza interna, y que no pueden ser interpretadas de forma que hagan prácticamente imposible la reclamación del perjuicio sufrido. Es decir, que las existentes deben ser interpretadas respetando esa doble limitación, y si no existen, habrá que crear una vía procesal oportuna.

La jurisprudencia del Tribunal comunitario en los asuntos *Factortame I* (73) y *Zucker fabrik Süderdithmarschen* y *Zücker fabrik Soest* (74), en los que el ordenamiento nacional no preveía las medidas de suspensión de normas nacionales que podían ser contrarias al Derecho Comunitario, o de actos administrativos adoptados en ejecución de un reglamento comunitario del que se cuestionaba su validez, y en los que el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas determinó las condiciones de suspensión uniformes, inspirándose en las que él mismo puede aplicar cuando se le pide la suspensión de la ejecución en base al artículo 185 CEE, hace pensar que podría seguir, en este caso, su propio ejemplo, inspirándose en el artículo 215 CEE.

Aunque la solución más efectiva escapa a las competencias del Tribunal, pues sería una armonización de las vías procesales nacionales, con base en el artículo 100 A (que tendría la ventaja del procedimiento de cooperación y la participación del Parlamento Europeo, y sobre todo, que podría ser decidida por mayoría) o en el artículo 100, si no se

(73) Sentencia de 19 de junio de 1990, as. C-213/89, *Factortame I*, Rec., 1990, pág. 2433. El texto completo en castellano de la sentencia *Factortame* está publicado en esta *Revista* 1990-3, págs. 944 y ss.

(74) Sentencia de 21 de febrero de 1991, as. C-143/88 y C-92/89, aún no publicada. El texto de los fundamentos más importantes de la sentencia *Zucker fabrik* está publicado en esta *Revista* 1991-2, págs. 641 y ss.

considera una medida prioritaria para la realización el mercado interior, y con la garantía de la unanimidad en su adopción (para su posterior aplicación), aunque con la limitación que supone poder adoptar sólo directivas en ese caso. O se podría también recurrir a un reglamento basado en el artículo 235 CEE.

En tercer lugar, esta acción por responsabilidad intentaría la compensación de un daño sufrido por el particular, pero no producirá los mismos efectos que el «efecto directo». Entre otras cosas, la aplicación por el efecto directo de disposiciones de Derecho Comunitario que contengan derechos para los particulares, les garantiza en muchos casos el ejercicio efectivo de ese derecho [aunque también puede servir de base como indemnización (75)], mientras que la acción por responsabilidad supone la evaluación por el juez nacional del daño sufrido y la concesión de una indemnización.

Por esa razón, en todos los casos en que sea posible reconocer el efecto directo vertical y horizontal a una disposición de Derecho Comunitario, debe hacerse, pues es la protección más eficaz de que pueden gozar los particulares, y esta vía de recurso debe quedar para las otras disposiciones de Derecho Comunitario que no pueden producir esos efectos.

En sus Conclusiones, y ante el importante avance que supondría esta jurisprudencia comunitaria, pero con las importantes repercusiones que podría tener para los Estados miembros por sus incumplimientos pasados del Derecho Comunitario, el abogado general Mischo propone la misma limitación que tuvo el asunto Defrenne II (76) en su día, y es que esta jurisprudencia sólo puede ser invocada a partir de la sentencia que la recogiera, o en los casos anteriores a la misma, que ya se hubiera iniciado una acción en justicia por los motivos citados.

(75) Por ejemplo, en la sentencia de 12 de julio de 1990, as. C-188/89, Foster/British Gas, aún no publicada en la versión española de la Recopilación.

(76) Sentencia de 8 de abril de 1976, as. 43/75, Defrenne II, Rec., 1976, pág. 455, cdos. 69 y 75 y parte dispositiva, págs. 481 a 483.

IV. CONCLUSIONES

El número cada vez mayor de directivas para la realización del mercado interior, y la tendencia creciente de las mismas a regular relaciones «horizontales» o entre particulares vuelve a plantear con plena actualidad la cuestión de la eficacia directa de las directivas comunitarias.

A esto se une que el mayor número de incumplimientos del Derecho Comunitario por parte de los Estados miembros se refieren precisamente a las directivas, por no transposición dentro de plazo o por incorporación incorrecta de las mismas en el Derecho nacional, lo que constituye, según la jurisprudencia comunitaria, uno de los requisitos indispensables para que estos actos puedan producir efecto directo.

Por otra parte, los problemas que genera la aplicación de la jurisprudencia Marshall, de originar discriminaciones, incluso respecto a derechos fundamentales, y las dificultades para precisar la noción de «autoridad pública» en este contexto, unidos a la falta de argumentos jurídicos (que no políticos, que son los que probablemente la originaron, por la resistencia de algunos Estados miembros a aceptar la posibilidad de que las directivas produjeran efecto directo), que justifiquen esta jurisprudencia, ya que el efecto directo es el mejor mecanismo de protección de los derechos de los particulares, haría deseable una futura modificación de la jurisprudencia comunitaria a este respecto, que permitiera el reconocimiento de que las directivas también pueden producir efecto directo horizontal.

En los casos en que las disposiciones de una directiva, aunque otorguen derechos a los particulares, no sean lo suficientemente precisas e incondicionales para producirlos, el juez nacional estará obligado a interpretar, en la medida de lo posible, el Derecho nacional conforme a las disposiciones de la directiva comunitaria.

Cuando aún así, el incumplimiento por el Estado miembro de la directiva comunitaria haya originado perjuicios a los particulares, éstos deben poder exigirle responsabilidad al Estado miembro, y solicitar, en consecuencia, una indemnización por el daño sufrido.

Pero ningún mecanismo de los analizados garantiza una protección tan eficaz para los derechos que el Derecho Comunitario confiere a los particulares como el efecto directo.

SUMMARY

The question of the direct effect of Directives is presently under scrutiny because of the ever increasing number of Directives adopted for the completion of the «internal market» and their rising trend of regulating «horizontal» relationships or rapports between private individuals.

In addition to this fact, the biggest number of infringements of EEC Law by Member States are precisely about States failing to implement them into national law, by adopting incomplete or incorrect of implementation or no mesures at all. It emerges from the case law of the Court of Justice that these failures by member States to implement Directives into national law are one of the requisites needed for a Directive to produce direct effect.

On the other hand, the case law of the Court of Justice that began with the judgement in the Marshall case has originated so many problems, such as the inequitable consequences for the enforcement by individuals of their Community rights and the difficulties for defining the concept of «public authorities» in this context, that, joined to the lack of legal arguments (though not political ones, which probably are at the base of this case law, because of the resistance of certain Member States to accept the direct effect of Directives) to justify this case law, would make desirable a change in the future case law of the Court of Justice, so as to accept that Directives may produce «horizontal direct effect», as the best mechanism to assure the enforcement by private individuals of their Community law rights.

When the provisions of a Directive, though they may confer rights to individuals, are not unconditional and precise enough to produce direct effect, the national judge must interpret national law in conformity with Community law (the provisions of the Directive) as far as possible.

When the failure by the Member State to implement the Directive has affected a private individual adversely, the latter ought to be able to bring a case against the State, to establish the State's liability and claim the damages suffered.

Bot none of the remedies examined assure a better protection of Community law rights to individuals than the mechanism of «horizontal direct effect».

RÉSUMÉ

Le nombre chaque fois plus grand de directives pour la réalisation du marché intérieur et la tendance croissante de celles-ci à régler les relations «horizontales» ou entre les particuliers pose une fois de plus, à l'heure actuelle, la question de l'applicabilité directe des directives communautaires.

A cela il faut ajouter le fait que le plus grand nombre des infractions au Droit communautaire de la part des Etats membres ont trait justement aux directives, bien par faute de transposition dans le délai prévu bien par une transposition incorrecte en droit national, ce qui constitue, selon la jurisprudence communautaire, une des conditions indispensables pour que ces actes puissent avoir effet direct.

D'autre part, les problèmes causés par l'application de la jurisprudence Marshall, laquelle pourrait être à l'origine de discriminations, même dans le cas des droits fondamentaux et les difficultés liées à la définition de la notion d'«autorité publique», en l'absence d'arguments juridiques (et non pas politiques, car ceux-ci figurent sans doute à l'origine du problème dû à la résistance de certains Etats membres pour accepter l'hypothèse de directives ayant un effet direct) rendrait souhaitable un virement de la jurisprudence communautaire, ce qui aurait pour conséquence la reconnaissance de l'effet direct des directives.

Cependant, dans les hypothèses où les dispositions d'une directive ne soient pas suffisamment claires, inconditionnelles et précises pour produire des droits en faveur des particuliers, le juge national sera tenu, dans la mesure du possible, à interpréter son droit national de conformité avec la directive communautaire.

Et si malgré tout, le manquement de l'Etat membre porte préjudice à des particuliers, ceux-ci pourront exiger la responsabilité de l'Etat et entamer une action en dommages-intérêts.

Ceci dit, aucun de ces mécanismes ne garantie une protection aussi efficace en faveur des particuliers que celle conférée par l'effet direct du droit communautaire.

NOTAS

