

**SOBRE LA POSIBILIDAD DE DESARROLLO
DEL DERECHO COMUNITARIO A TRAVÉS
DE LA TÉCNICA DEL DECRETO-LEY**
(A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia
de las Comunidades Europeas, Comisión v. España,
de 23 de mayo de 1990 —31/89—)

En un artículo publicado en el número 121 de esta REVISTA (*La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español*, págs. 213 y ss.) analizaba cómo en el Derecho español el principio de reserva de ley implica que cuando una materia objeto de regulación por una norma comunitaria, destinada a ser desarrollada a nivel interno, está sometida a tal reserva, debe ser, en principio, precisamente una norma con fuerza de ley la ejecutora del Derecho comunitario.

También analizaba cómo era preciso, dada la lentitud del proceso legislativo ordinario, articular medios con los que proceder a una más rápida ejecución con el fin de respetar los plazos fijados por las normas comunitarias (lo que no era posible, con carácter general, en el caso de materias reservadas a Ley Orgánica), apuntando la posibilidad de acudir a las Leyes de Comisión, los Decretos Legislativos y los Decretos-leyes.

Pues bien, por lo que se refiere a estos últimos, y salvando las materias sobre las cuales queda excluida la utilización del Decreto-ley en virtud del artículo 86.1 de la Constitución (esto es, «las instituciones básicas del Estado, los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, el régimen de las Comunidades Autónomas y el Derecho electoral general»), señalaba que el presupuesto que habilitaba al Gobierno para utilizar tal técnica normativa, a saber, la «extraordinaria y urgente necesidad», podía darse cuando, próximo el plazo fijado por la norma comunitaria para su ejecución interna, no se hubiese procedido todavía a ella (pág. 221).

Sin embargo, no parece compartir dicha idea el Gobierno español, y así, en su Sentencia de 23 de mayo de 1990 (31/89), el Tribunal de Justicia declaró que España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CEE «al no conceder la franquicia total del IVA a la importación definitiva por un particular de vehículos automóviles de uso privado, remolques, motocicletas, embarcaciones de recreo y aviones de turismo, procedentes de otro Estado miembro, en contra de lo dispuesto en la Directiva 83/183 del Consejo, de 28 de marzo, relativa a las franquicias fiscales de los particulares procedentes de un Estado miembro».

El Gobierno español, que no negó el incumplimiento que se le impu-

taba, se limitó a explicar que «la materia corresponde al ámbito sometido al principio de reserva de ley y que el procedimiento para la modificación necesaria de la legislación vigente se iniciaría pronto mediante la presentación de un proyecto de ley que se encontraba en su fase final de elaboración», añadiendo, y éste es el *quid* de la cuestión, que en el caso no concurrían «las razones de extraordinaria y urgente necesidad que le permitirían legislar mediante Decreto-ley».

El Tribunal de Justicia, como era de esperar, rechazó tal alegación limitándose a recordar que «es jurisprudencia de este Tribunal de Justicia que un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar la inobservancia de las obligaciones y de los plazos fijados por las Directivas comunitarias».

Analicemos el argumento esgrimido por el Gobierno español.

Lo primero que señaló, como hemos visto, es que la materia sobre la que incidía la Directiva (Impuesto sobre el Valor Añadido) estaba sometida en nuestro ordenamiento a reserva de ley, siendo preciso, en consecuencia, una norma dotada de fuerza de ley para proceder al desarrollo de la norma comunitaria.

Nada que objetar al respecto. En efecto, según el artículo 133.1 de la Constitución, «la potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, *mediante ley*». Así, pues, necesidad de norma con fuerza de ley, que en principio podría ser bien una ley formal, bien una norma gubernamental con fuerza de ley, en su versión de Decreto-ley o de Decreto-legislativo.

Sobre la posibilidad de utilizar, en lo que aquí interesa, el Decreto-ley, sería necesaria, como señalamos al inicio del presente apartado, la concurrencia de dos requisitos:

- que no se trate de materia excluida de regulación mediante Decreto-ley;
- que exista el presupuesto habilitante, a saber, la extraordinaria y urgente necesidad.

Por lo que se refiere al primer requisito, podría suscitarse la duda de si la materia, en el asunto planteado ante el Tribunal de Justicia, podía o no ser regulada por Decreto-ley.

En efecto, como vimos en su momento, la Constitución española establece en su artículo 86.1 la imposibilidad de regular por Decreto-ley los derechos, deberes y libertades reconocidos en el Título I. Y, a este respecto, el artículo 31 de la Constitución (incluido en el Título I) regula la contribución de los ciudadanos al sostenimiento de los gastos públicos.

Luego en principio podría pensarse que no cabría el desarrollo de la Directiva por Decreto-ley al incidir sobre una materia, la fiscal o tributaria, contemplada en el Título I como deber de los ciudadanos excluido

de regulación por Decreto-ley en virtud del artículo 86.1 de la Constitución.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, ya en su Sentencia 6/83, de 4 de febrero, al analizar la posibilidad de actuación mediante Decreto-ley en el campo tributario, señaló que «el artículo 86, que marca los límites del Decreto-ley... no cierra el paso a cualquier regulación tributaria... la reserva de ley —parlamentaria— hay que entenderla referida a los principios con arreglo a los cuales se ha de regir la materia tributación: la creación *ex novo* de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo».

Así, pues, el Tribunal Constitucional interpreta el término «afectar» empleado en el artículo 86.1 en el sentido de que lo que se veda al Decreto-ley es entrar en la regulación del «núcleo esencial» de los derechos, deberes y libertades comprendidos en el Título I de la Constitución, pudiendo, en cambio, entrar en la regulación de otros aspectos accidentales o singulares de los mismos (vid. P. SANTOLAYA MACHETTI, *El régimen constitucional de los Decretos-leyes*, Madrid, 1988, págs. 162-165 y 171-177).

De hecho, son numerosos en nuestro ordenamiento jurídico los Decretos-leyes que han entrado a regular materias financieras, presupuestarias y tributarias. Por citar ejemplos recientes correspondientes al año 1989; tales son los Decretos-leyes 1/89, de 22 de marzo, de impuesto sobre la renta de las personas físicas y sobre sociedades; 4/89, de 12 de mayo, de impuesto sobre sociedades; 5/89, de 7 de julio, de ordenación de la economía; y 7/89, de 29 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria.

De hecho también, el propio Gobierno español partió, en el asunto que estamos analizando, de la posibilidad de proceder, *ratione materiae*, al desarrollo de la Directiva 83/183 CEE mediante Decreto-ley, puesto que se limitó a señalar que en el supuesto en cuestión era solamente la no concurrencia del presupuesto habilitante, a saber, la extraordinaria y urgente necesidad, lo que le impedía dictar una norma con tal carácter.

Nos preguntamos: ¿no hay acaso extraordinaria y urgente necesidad de proceder al desarrollo de las Directivas mediante Decreto-leyes cuando, finalizado el plazo fijado por aquéllas, se corre el riesgo de sufrir un pronunciamiento del Tribunal de Justicia declarando el incumplimiento por no haber procedido a su efectiva ejecución interna?

En mi opinión, y reiterando la posición sostenida en el número 121 de esta REVISTA, existe desde luego la «extraordinaria y urgente necesidad» no ya cuando se inicia formalmente el proceso contencioso ante el Tribunal de Justicia [pues éste ha declarado en numerosas ocasiones que una vez interpuesto el recurso *ex art.* 169 por la Comisión, y salvo desistimiento de esta institución —como, por ejemplo, el desistimiento parcial con relación a la normativa de la región flamenca en el asunto *Comisión v. Bélgica*, resuelto por Sentencia de 5 de julio de 1990 (42/89)—, el proceso continúa, aunque se subsane el defecto durante

su tramitación, puesto que procede la declaración de incumplimiento durante el tiempo que medió, una vez finalizado el plazo de ejecución, entre la ausencia de desarrollo o el desarrollo incorrecto, y su subsanación —doctrina ésta que arranca de la *S. Comisión v. Italia*, de 7 de febrero de 1973 (39/72), recientemente reiterada en la *S. Comisión v. Grecia*, de 18 de enero de 1990 (287/87)—, sino a partir del mismo momento en que la Comisión emite su dictamen motivado incitando al Estado español a corregir la situación.

Tal afirmación resulta del todo evidente cuando, además, el Gobierno español está de acuerdo con la Comisión en cuanto al fondo del planteamiento, es decir: si de lo que se trata es de adecuar o adaptar la normativa interna a la comunitaria, y no se está conforme con los argumentos presentados por la Comisión en cuanto a la incorrección de la adecuación o adaptación efectuada, parece lógico que la postura del Gobierno se mantenga, llegado el caso, hasta sus últimas consecuencias, esto es, hasta que la cuestión sea resuelta por el Tribunal de Justicia; ahora bien, si se trata sencillamente de que la normativa comunitaria no se ha desarrollado, o habiendo sido desarrollada, el desarrollo ha sido incorrecto, concordando en este segundo supuesto en cuanto al fondo tanto la Comisión como el Gobierno español, no alcanzamos a entender por qué no cabe recurrir a la figura del Decreto-ley para una corrección inmediata de la situación.

En efecto, partiendo siempre de la base de que la materia en cuestión no estuviese excluida del campo de actuación del Decreto-ley (pues de lo contrario, y desde la perspectiva del ordenamiento interno, sería inconstitucional recurrir a tal instrumento normativo, inconstitucionalidad que en todo caso, conviene recordarlo, nunca podría utilizarse como «causa eximente» ante el Tribunal de Justicia), resulta claro que el presupuesto habilitante, esto es, *la extraordinaria y urgente necesidad*, vendría de la mano del *riesgo manifiesto de incurrir en una declaración de incumplimiento por el Tribunal de Justicia*.

Lo que sucede es que el Gobierno español, y no sería difícil extender la afirmación a los demás Estados miembros, no parece tomarse demasiado en serio las sentencias del Tribunal de Justicia declarando el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado: basta ojear el Sexto Informe Anual de la Comisión al Parlamento Europeo sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario («Diario Oficial» de 30 de diciembre de 1989, núm. C 330, págs. 41-52) para ver el elevado número de sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia declarando el incumplimiento de los Estados miembros y aún pendientes de ejecución.

Incluso sin ser aún una práctica corriente, hace años que ha dejado de resultar extraño encontrar sentencias del Tribunal de Justicia declarando el incumplimiento, sobre la base del artículo 171 del Tratado, de sus propias sentencias anteriores (así, por citar un ejemplo reciente, *Comisión v. Bélgica*, de 3 de octubre de 1989 —383/85—).

Ante tal situación, derivada de la eficacia puramente declarativa de

las sentencias del Tribunal de Luxemburgo, situación que, recordémoslo, ya fue denunciada en 1975 por el propio Tribunal comunitario en sus *Sugerencias sobre la Unión Europea* [en las que proponía que «las ventajas solicitadas» por un Estado miembro afectado por una declaración de incumplimiento se vincularan a la efectiva corrección de dicho incumplimiento (*Bulletin des Communautés Européennes. Supplément 9/75*, pág. 17)], parece que, mientras no se proceda a una modificación del Tratado, únicamente los jueces y tribunales internos, «accionados» en su labor por los particulares afectados, serían capaces de poner fin a la que podríamos llamar, en el mejor de los casos, «pereza» de los poderes normadores internos, a través de las técnicas de la efectiva aplicación de la normativa comunitaria frente a la nacional con ella incompatible, y, sobre todo, de la condena al legislador o al ejecutivo por los daños y perjuicios que el incumplimiento haya podido generar en los derechos e intereses de los particulares [posibilidad ésta que es precisamnete uno de los motivos determinantes de la continuación del procedimiento ante el Tribunal de Justicia, aunque se haya subsanado la incorrección. En efecto, como declaró el Tribunal en los asuntos antes mencionados *Comisión v. Italia* (39/72) y *Comisión v. Grecia* (287/87), «aun cuando el incumplimiento desapareciera con posterioridad al plazo determinado —por el dictamen motivado de la Comisión— en virtud del párrafo 2 del artículo 169, la prosecución de la acción conserva un interés de cara a determinar la base de responsabilidad en que, como consecuencia de su incumplimiento, un Estado miembro hubiera podido incurrir frente a otros Estados miembros, a la Comunidad o a particulares»; responsabilidad ésta recordada especialmente con relación a los particulares en la S. *Comisión v. Italia*, de 20 de febrero de 1986 (309/84), y unos meses más tarde, en la S. *Comisión v. Italia*, de 5 de junio de 1986 (103/84)], si bien esta última vía presenta el inconveniente de la diversidad de soluciones que al respecto establecen los ordenamientos de los Estados miembros (sobre la posibilidad de que el propio sistema de responsabilidad comunitario se convierta en Derecho común aplicable para exigir responsabilidad a las Administraciones de los Estados miembros por causa de las vulneraciones del Derecho comunitario, y su configuración como estándar mínimo aplicable únicamente frente a reglas más restrictivas de los sistemas jurídicos nacionales, vid. S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil de la Administración por incumplimiento del Derecho comunitario europeo*, «Gaceta Jurídica de la CEE», Boletín, 1989, núm. 64, págs. 3-6; también al respecto, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español*, «REDA», 1989, núm. 64, páginas 603-605. Por lo que se refiere al ordenamiento español, el principio de responsabilidad de la Administración está consagrado en el artículo 106.2 de la Constitución, que hizo suya la formulación recogida desde 1957 en nuestra Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado —que a su vez generalizó la responsabilidad prevista en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954—, cuyo artículo 40.1 establece que «los particulares tendrán derecho a ser indem-

nizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» —vid. al respecto, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La responsabilidad de la Administración por daños causados por infracción del Derecho comunitario*, «Gaceta Jurídica de la CEE», Boletín, 1989, núm. 60, págs. 2 y ss.—).

Ricardo ALONSO GARCÍA