

CRONICA SOBRE LA APLICACION JUDICIAL DEL DERECHO COMUNITARIO EN ESPAÑA

(1 de julio de 1989-31 de diciembre de 1990)

Por DIEGO J. LIÑAN NOGUERAS (*)
J. ALEJANDRO VALLE GALVEZ (**)

INTRODUCCIÓN (***)

Tras la Crónica que esta misma Revista publicó en 1989 sobre el período comprendido entre el 1 de enero de 1986 y el 30 de junio de 1989 (1), el volumen de material disponible sobre la incidencia práctica del derecho comunitario en los ámbitos judiciales españoles justifica plenamente el comentar en una segunda crónica la aplicación judicial del derecho comunitario durante el período 1 de julio de 1989-31 de

(*) Catedrático de derecho internacional público. Universidad de Granada.

(**) Profesor Titular de derecho internacinal público. Universidad de Granada.

(***) Los autores desean agradecer al Consejo General del Poder Judicial las facilidades prestadas para la elaboración de esta Crónica.

(1) DIEGO LIÑAN NOGUERAS y JAVIER ROLDÁN BARBERO: «La aplicación judicial del derecho comunitario en España (1986-1989)», *RIE*, vol. 16, núm. 3, págs. 885-914.

diciembre de 1990. En este orden de ideas, se mantendrá en la medida de lo posible la clasificación, orden de materias y líneas directrices utilizadas en la anterior Crónica.

I. CUESTIONES PREJUDICIALES

En este período se han planteado y resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) tres cuestiones prejudiciales, encontrándose otras tres pendientes de sentencia. Ha habido, sin embargo, otros procesos en los que se ha rechazado el planteamiento de la cuestión.

A) *Planteamiento de cuestiones prejudiciales*

1. La interposición de una cuestión prejudicial por el juzgado número 1 de primera instancia de Oviedo mediante Auto de *13 de marzo de 1989* ha motivado una sentencia del TJCE en la que ha tenido ocasión el Tribunal de ampliar su jurisprudencia sobre la primacía del derecho comunitario en relación con el deber de interpretación conforme con el derecho comunitario, así como —muy posiblemente— con el efecto directo horizontal de las directivas (2).

La cuestión se suscitó en torno a la nulidad por falta de causa del negocio fundacional de una Sociedad, solicitud basada en el derecho nacional que resultaba contradictorio con una directiva comunitaria, no desarrollada en derecho interno español (3). Ante este interesante

(2) Ya se había hecho referencia en la anterior Crónica del planteamiento de esta cuestión, dejando su comentario precisamente para estas líneas.

(3) En efecto, la empresa Marleasing solicitó la nulidad del contrato de sociedad y de la escritura de constitución de la sociedad «La Comercial Internacional de Alimentación», basándose en los artículos 1261 y 1275 del Código Civil (particularmente en lo relativo a la ineficacia de los contratos sin causa como motivo de nulidad). Sin embargo, la primera Directiva del Consejo sobre Sociedades (68/151 de 9-3-68), en su artículo II contempla una serie de casos taxativos de nulidad de sociedades, casos entre los que no se encuentra la «falta de causa». El problema, ante la no transposición española de la directiva, se centraba entonces en dilucidar si esta Directiva tiene efecto directo horizontal, de forma que pueda originar derechos y obligaciones directamente entre particulares ante la inexistencia de una legislación estatal de desarrollo.

dilema, el juzgado de primera instancia número 1 de Oviedo acordó plantear una cuestión prejudicial al TJCE, cuestión que se centraba en preguntar si era directamente aplicable un artículo de la directiva en cuestión no desarrollada, cuyo contenido era contrario a lo dispuesto en el Código Civil español (4).

Contra este Auto se planteó recurso de reposición, denegado por el mismo juzgado mediante Auto de 22 de marzo de 1989 (5).

(4) La sentencia en sus fundamentos de derecho da cuenta de numerosísima jurisprudencia sobre el particular (en concreto, hace referencia a las sentencias de 6-10-70, asunto 9/70; de 17-12-70, asunto 33/70; de 4-12-74, asunto 41/74; de 1-2-77, asunto 51/76; de 23-11-77, asunto 38/77; de 23-11-78, asunto 21/78; de 19-1-82, asunto 8/81; de 26-2-86, asunto 152/84), si bien señala Ruiz Jarabo que «*El auto presenta algunas imprecisiones en la formulación misma de la cuestión prejudicial, en su inclusión en la parte dispositiva de la resolución únicamente por remisión a lo determinado en los fundamentos de derecho y por su referencia equivocada a la disposición de derecho comunitario cuya interpretación se solicita, pues se trata de una directiva del Consejo y no de la Comisión*», en «*Aplicación del Derecho Comunitario Europeo por los Organos Jurisdiccionales españoles*», en *Gaceta Jurídica de la CEE*, 1990, D-13, págs. 11-49, en concreto pág. 40. La cuestión planteada, que no sería finalmente reformulada, era del siguiente tenor: «*¿Es directamente aplicable el artículo 11 de la directiva de la Comisión 68/151, de 9 de marzo de 1968, no desarrollada en el derecho interno, para impedir la declaración de nulidad de una sociedad anónima fundada en causa distinta de las enumeradas en dicho artículo?*».

(5) La resolución incidental del juez desestima el recurso de *Marleasing* sobre el alzamiento de la suspensión motivada por el Auto, ya que, basándose en jurisprudencia del TJCE, estima correctamente que sólo el juez puede plantear la cuestión prejudicial, entendiendo que en el caso concreto la cuestión planteada se refiere a la cuestión principal del procedimiento, sin cuya resolución no puede entrarse en el examen del resto de las peticiones.

En cualquier caso, de acuerdo con jurisprudencia constante del TJCE, las resoluciones jurisdiccionales que planteen cuestiones prejudiciales quedan sujetas a los recursos pertinentes que contemple la normativa interna de cada Estado (particularmente desde el Auto del TJCE de 16-6-1970 en el asunto 31/68, SA Chanel, *Rec.*, 1970, págs. 403 y ss., cuyo comentario puede verse en BOULOUIS y CHEVALLIER, *Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Dalloz, Paris, 1978, 2.ª ed., tome 1, 139 y ss.), no teniendo efectos estos recursos en el procedimiento prejudicial comunitario hasta tanto la solicitud del órgano jurisdiccional interno no haya sido retirada o anulada (cfr. en este sentido las Sentencias de 21 de marzo de 1974, BRT c. SV Sabam, as. 127/1973, *Rec.*, págs. 313 y ss., y de 6 de octubre de 1983, 2 a 4/82, SA Delhaize Frères «Le Lion», *Rec.*, págs. 2973 y ss.).

La sentencia del TJCE, de 13 de noviembre de 1990 (6) puede suponer un paso adelante en la jurisprudencia del TJCE sobre el efecto directo de las directivas. En efecto, retoma la jurisprudencia anterior sobre el efecto directo de estos actos comunitarios, que aunque no puede crear obligaciones contra un particular y sí contra los órganos del Estado (7), y no puede ser invocada contra un particular (8), desde el caso Von Colson y Kamann (9), la Directiva tiene como efecto la obligación para el juez de alcanzar el resultado previsto, ya que en virtud del artículo 5 TCCE la obligación se impone a todas las autoridades del Estado, incluidas las judiciales, por lo que el juez deberá interpretar su legislación nacional conforme al texto y finalidad de la Directiva (10). Entre los sistemas de interpretación entonces, el juez nacional debe elegir el que le permita dar a la disposición de derecho nacional un significado compatible con la Directiva [con los límites de los principios generales del derecho comunitario, como no retroactividad y seguridad jurídica (11)]. En concreto, la sentencia dispone que

«(...) al aplicar el derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla, está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la misma, y de esta forma, atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado» (12).

(6) Asunto C-106/89, «Directiva 68/151/CEE — artículo 11 — Interpretación conforme del Derecho nacional», no publicada aún en la Recopilación.

(7) Cfr. la Sentencia de 19-1-1982, Ursula Becker, as. 8/81, *Rec.*, 1982, págs. 53 y ss.

(8) Cfr. la Sentencia de 26-2-1986, M. H. Marshall, as. 152/1984, *Rec.*, págs. 723 y ss.

(9) Sentencia de 10-4-1984, as. 14/83, *Rec.*, págs. 1891 y ss.

(10) Cfr. especialmente los razonamientos 15 y 26 de esta sentencia. En general, sobre la situación antes de la sentencia *Marleasing*, vid. Deirdre CURTIN: «The province of Government: Delimiting the Direct Effect of Directives in the Common Law Context», en *ELR*, June 1990, págs. 195-223.

(11) Por ello el Abogado General Van Gerven señala que, aunque no sea éste el supuesto en presencia, una directiva no podrá introducir en el derecho nacional una sanción civil como la nulidad de una sociedad.

(12) Octavo considerando, redactado según *corrigendum* posterior.

Lo importante es que la jurisprudencia había aplicado esta doctrina por relación a casos en los que se cuestionaba una norma nacional de transposición de la Directiva. En esta Sentencia Marleasing, por el contrario, se avanza un paso más, ya que se admite que en hipótesis como la presente de directivas no desarrolladas, pueda aplicarse este tipo de interpretación aún con una normativa contraria nacional en vigor (13); y ello, por la comentada obligación del artículo 5 TCEE y del Principio de primacía del derecho comunitario (14). Finalmente el TJCE resolvió que

«El juez nacional, que conoce de un litigio sobre una materia comprendida en el ámbito de aplicación de la 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, está obligado a interpretar su derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva con el fin de impedir que se declare la nulidad de una

(13) Ciertamente parecido encontramos en la sentencia de 13 de diciembre de 1989, asunto C-322/88, Salvatore GRIMALDI, *Rec.*, págs. 4407 y ss., aunque no referido a Directivas sino a Recomendaciones comunitarias, donde el TJCE admite ciertos efectos jurídicos de unas determinadas Recomendaciones, ya que los jueces internos deben tomar estos actos en consideración para interpretar tanto las disposiciones nacionales como las comunitarias, cfr. el razonamiento 18 y la misma sentencia.

(14) El juez O'Higgins en el Informe para la vista señala que en este sentido el punto de vista de la Comisión era que *«en la medida en que el juez nacional pueda optar entre varias alternativas de interpretación de su derecho nacional (...) no se puede impedir a dicha autoridad jurisdiccional el que escoja la interpretación conforme a la Directiva comunitaria. No se trata por tanto de sustituir el derecho nacional por una directiva que aún no ha sido ejecutada en derecho español y que no puede ser invocada frente a un particular. Tampoco se trata de obligar al juez nacional a escoger una interpretación "contra legem" aplicando directamente la Directiva comunitaria, puesto que no existe norma nacional expresamente aplicable (...) simplemente se trata de que, cuando no se dan las condiciones que permiten a la Directiva producir plenos efectos en derecho interno, el mecanismo de la interpretación de conformidad con el derecho comunitario de las disposiciones del Derecho nacional permite salvaguardar los principios del derecho comunitario (...). No se puede vedar la posibilidad al juez nacional de referirse a la solución otorgada por el legislador comunitario al interpretar su derecho interno cuando existe una laguna en este Derecho».*

Sociedad anónima por una causa distinta de las enumeradas en su artículo 11.»

Para ello se lleva a cabo una interpretación restrictiva del artículo 11, 2, b) de la Directiva, relativo a la nulidad de sociedades con «objeto social» ilegal (15).

Ha sido generalmente imputado a esta sentencia el haber trazado una distinción teórica entre efecto directo horizontal e interpretación conforme al derecho comunitario que, a pesar de la diferencia formal construida por el Tribunal, en la práctica conduce al mismo resultado; e incluso eventualmente a obligar al juez nacional a llevar a cabo una interpretación de su derecho nacional *contra legem*. Por ello se ha dicho que la Sentencia Marleasing supone reconocer «a 'passive' horizontal direct effect» (16), o bien un efecto «indirecto» de las directivas (17), y que en cualquier caso «la ausencia de efecto directo horizontal en las directivas podría convertirse así en un planteamiento formalista» (18), quedando claro que la sentencia busca una más efectiva aplicación de las directivas,

(15) Sin embargo, para STUYCK y WYTINCK, «This limitation of the possibility for a third party to obtain a declaration as to the nullity of a company does not prevent third parties from bringing other claims against the unlawful constitution of a company», en el comentario de esta sentencia en la *CMLRev*, vol. 28, núm. 1, 1991, págs. 205-223, en particular pág. 223.

(16) J. STUYCK y P. WYTINCK, *Ibidem*, pág. 212.

(17) Ver David ORDÓÑEZ SOLIS: «El efecto (directo e indirecto) de las directivas y la nulidad de las sociedades mercantiles», en *La Ley-Comunidades Europeas*, 11-3-91, págs. 1-5.

(18) Ya que «puede obtenerse por esta vía una convergencia en la práctica entre el principio de la interpretación conforme al derecho comunitario y el del efecto directo horizontal», R. BELDA DE MERGELINA: «La Sentencia Marleasing: ¿Interpretación del Derecho nacional conforme a las directivas comunitarias o efecto directo horizontal de las directivas?», en *Gaceta Jurídica de la CEE*, enero 1991, B-60, págs. 3-7. Igualmente, G. BEBR opina que «Loosely formulated: a possible right of a private party to invoke exceptionally a provision of a directive against another party is, at present, "replaced" by an obligation of a national court to interpret and apply national law in conformity with a directive (...) In its final, actual result it comes, in fact, very close to horizontal effect», en el Comentario que efectúa de la sentencia de 22 de febrero de 1990, asunto C-221/88, en la *CMLRev*, vol. 28, núm. 2, 1991, en concreto pág. 426.

aunque formalmente respetando su naturaleza y la jurisprudencia anterior sobre el efecto directo (19).

Por nuestra parte subrayamos la inseguridad jurídica que para empresas y personas físicas puede suponer el deber de interpretación conforme con directivas mal desarrolladas o no traspuestas (20), lo que ha llevado a afirmar que la sentencia disparará la utilización del artículo 177 TCEE (21).

2. Un interesante Auto de 7 de noviembre de 1989 de la Sección 2.ª (S. Contencioso-Administrativo) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha seguido en cuanto a la noción de órgano de última instancia del artículo 177.3 TCEE la doctrina dominante del litigio concreto, por tratarse de un Tribunal en el que no cabe recurso contra su decisión en el proceso principal por razón de la cuantía (22). El Auto, articula paso a paso el razonamiento jurídico con apoyo de abundante y reciente jurisprudencia comunitaria, para plantear ante el Tribunal si una ley del Parlamento Catalán que prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas de más de 23 grados en su territorio constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación en el sentido del artículo 30 TCEE (23), y si puede existir justificación a ello en razón

(19) «Such an approach is a convenient gimmick which makes it possible to respect the difference between a regulation and a directive; to preserve the nature of a directive as being binding on Member states only», Gerhard BEBR, en *loc. cit.*, pág. 427.

(20) Cfr. J. STUYCK y P. WYTINCK: «Taking into account the uncertain fate of national rules which have to be interpreted in conformity with EEC Directives, undertakings and individuals are in a very uncomfortable position», *loc. cit.*, pág. 212.

(21) Vid. D. CANGA FANO: «Evoluciones recientes de la jurisprudencia sobre el efecto directo horizontal de las directivas: la sentencia "Marleasing"», en *Gaceta Jurídica de la CEE*, D-14, núm. 96, págs. 389-404, en particular págs. 402-404. Este autor igualmente acusa al Tribunal de llevar a cabo la realización de una jurisprudencia voluntarista, al desviarse de lo inicialmente preguntado, *cf.* pág. 404.

(22) Para una exposición de la controversia sobre el significado de la frase del artículo 177 TCEE «órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno», y a su reflejo en la «teoría abstracta u orgánica» y en la «teoría concreta o del litigio concreto», esta última con cierto apoyo en la sentencia Costa/ENEL de 15-6-64, vid. Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER, *loc. cit.*, en particular págs. 29-31.

(23) El artículo 30 TCEE dispone que: «Sin perjuicio de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.»

a la protección de la salud de las personas, planteando por último si una prohibición como la expuesta puede constituir un medio de discriminación arbitraria o una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros de la CE [art. 36 TCEE (24)]. El Auto incluso apunta la razón de ser de una eventual calificación de la disposición como una medida de efecto equivalente. *«Ha de tenerse presente que la empresa mencionada lo ha sido por anuncio de bebidas alcohólicas de producción importada mientras la normativa publicitaria afirma no afecta al grueso de bebidas de producción nacional (vinos y cavas) en razón a su baja graduación alcohólica»* (25).

Un claro error de transcripción lleva a que el Auto plantee si constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la *«exportación»*.

(24) El artículo 36 TCEE dispone:

«Las disposiciones de los artículos 30 a 34, ambos inclusive, no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.»

(25) El caso en cuestión se produce tras la multa que impone a la Sociedad Aragonesa de Publicidad Exterior la Dirección General de Salud Pública de la Generalitat catalana, por haber llevado a cabo esta empresa una campaña publicitaria anunciando bebidas de más de 23 grados, lo que constituía violación de la ley autonómica de 1985, desarrollada por Decreto de 1986. Tras el planteamiento de un recurso contencioso-administrativo por esta Sociedad, solicita que se plantee cuestión prejudicial ante el TJCE por supuesta violación del artículo 30 TCEE. El tribunal, al entender que resultaría obligado el planteamiento de la cuestión al no haber recurso interno ante órgano superior, desarrolla un razonamiento sobre la competencia exclusiva del juez para apreciar la procedencia del planteamiento, analizando la alegación de Aragonesa. Entonces, tras analizar el concepto de medida de efecto equivalente a la luz de la jurisprudencia (en relación a medidas de efecto equivalente concretas, así cita las sentencias de 19-12-61, as. 7/61; de 13-3-79, as. 119/78; de 10-7-80, as. 152/78; y de 31-5-89, as. 43/88) y del derecho derivado (particularmente la directiva 70/50/CEE específica sobre medidas de efecto equivalente), entiende necesario precisar el contenido del concepto en el supuesto en cuestión, acordando plantear cuestión prejudicial.

Para Ruiz-Jarabo (26), se trata de un Auto muy bien fundado y construido, *«la resolución es casi modélica formalmente»*, opinión con la que coincidimos (27).

Sobre esta cuestión el TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse mediante sentencia de 25 de julio de 1991 (28). La sentencia, que precisa en principio que *«el artículo 30 del Tratado puede aplicarse a medidas adoptadas por cualquiera de las autoridades de los Estados miembros, con independencia de que se trate de autoridades del poder central, de autoridades de un Estado federado o de otras autoridades territoriales»*, retoma jurisprudencia anterior para precisar el alcance del artículo 30 TCEE (29), entendiendo que dicha medida en efecto puede constituir un obstáculo a las importaciones, por lo que en principio puede ser una medida de efecto equivalente de las comprendidas en este artículo (30).

(26) D. RUIZ-JARABO, *loc. cit.*, en concreto págs. 42-43.

(27) Si bien este autor entendía que las preguntas debían ser reformuladas, por hacer referencia directa a una ley nacional, y resultar, en suma, algo reiterativas.

(28) Asuntos acumulados C-1/90 y C-176/90, sentencia no publicada aún en la Recopilación.

(29) *«Constituye una medida de efecto equivalente cualquier medida que pueda obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario»*, formulación clásica en la jurisprudencia del concepto de Medida de efecto equivalente desde la Sentencia de 11-7-74, Dassonville, as. 8/74, *Rec.*, págs. 837 y ss., en concreto el razonamiento 5, pág. 852, términos que se repiten posteriormente en otras sentencias. Igualmente, el Tribunal recuerda en relación a la publicidad su jurisprudencia en el sentido de que *«una normativa que limite o prohíba determinadas formas de publicidad y ciertos medios de promoción de ventas, aunque no condicione directamente las importaciones, puede, no obstante, restringir el volumen de éstas al afectar a las posibilidades de comercialización de los productos importados»*, citando su sentencia de 7 de marzo de 1990, GB-Inno-BM, C-362/88, *Rec.*, pág. 667, pág. 7, asunto en el que se consideró contrario a los artículos 30 y 36 TCEE una norma luxemburguesa que prohibía cierta publicidad comercial que indicaba la duración y precio anterior de una oferta, idea ya considerada anteriormente en su sentencia de 15-12-82, as. 286/81, *Rec.*, pág. 4575 y que arrancaba de la sentencia de 10-7-80, Comisión c. República francesa, asunto 152/78, *Rec.*, págs. 2299 y ss., considerando 17, pág. 2316, que luego comentamos.

(30) El Tribunal desestima en sus razonamientos 12 y 13 la pretensión de la Comisión de justificar la normativa catalana por una exigencia imperativa del artículo 30 TCEE (institución jurisprudencial de la *'rule of reason'*, sobre el particular, S. MARTINEZ LAGE: *«La libre circulación de mercancías: las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas»*, en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, 1986,

El Tribunal entonces analiza si la medida cumple los requisitos del artículo 36 como excepción, esto es, si constituye una medida adoptada por razones de salud pública (31); en este sentido, entiende que al ser los Estados en el estado actual del derecho comunitario los que deben determinar el nivel de protección de la salud pública, sólo se encuentran limitados por el TCEE y el principio de proporcionalidad (32). El Tribunal entiende que se trata de una restricción limitada (a bebidas superiores a 23°), no siendo una prohibición general (por estar sólo referida a lugares concretos). Examinando si además se cumple el requisito de que la medida del artículo 36 no constituya un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros (33), rechaza las pretensiones de Aragonesa y Publivia (34), por entender que la medida se dirige por igual a los productos catalanes, del resto del Estado español e importados, por lo

tomo II, págs. 55-98, en concreto págs. 85-90), sin que fuera necesario referirse al artículo 36.

(31) En el asunto 152/78 quedaba claro que una legislación restrictiva de la publicidad de bebidas alcohólicas podía justificarse en aras de la salvaguardia de la salud pública, considerando 17, pág. 2316.

(32) Peter OLIVER entiende que «el criterio de la proporcionalidad se aplica con carácter general al artículo 36 y en particular a todas las excepciones al principio de la libre circulación de mercancías», lo que implica en el ámbito de la protección de la salud y vida de las personas que las reglas o prácticas administrativas nacionales no pueden beneficiarse de la excepción del artículo 36 si la salud y vida de las personas puede ser protegida con igual efectividad mediante medidas menos restrictivas del comercio intracomunitario, en *Libre Circulación de Mercancías en la CEE*, Banco Exterior de España, Madrid, 1990, pág. 222, donde comenta las consecuencias de la sentencia de 20-5-76, De Peijper (as. 104/75, *Rec.*, 1976, págs. 613 y ss.), en págs. 222-224, y 204-205.

(33) La sentencia se remite a la de 14-12-79, Henn y Darby, as. 34/79, *Rec.*, págs. 3795 y ss., especialmente a su apartado 21, pág. 3815.

La discriminación arbitraria era precisamente la razón por la que en el asunto 152/78, Comisión contra Francia, anteriormente referido, el Tribunal no acogió las alegaciones de la República francesa sobre la salud pública (art. 36) como causa justificativa de la desventaja en la que quedaban los productos importados a resultas de una determinada regulación de la publicidad de bebidas alcohólicas, desventaja contraria al artículo 30 TCEE: «*Une législation restrictive de la publicité des boissons alcoolisées n'est conforme aux exigences de l'article 36 que si elle s'applique de manière identique à toutes les boissons concernées, quelle que soit leur origine*», pág. 18, *Rec.*, 1980, págs. 2316-2317.

(34) De que se comparase la situación de los productos importados con la de los productos catalanes, y no con la de los productos procedentes de España en su totalidad.

que *«el hecho de que esta parte del territorio nacional produzca una mayor cantidad de bebidas de graduación inferior a 23° que de bebidas de graduación más elevada no basta, por sí sola, para considerar que dicha normativa tenga por objeto establecer una discriminación arbitraria o una restricción encubierta del comercio intracomunitario»*.

El Tribunal concluye así que los artículos 30 y 36 del TCEE no se oponen a la normativa catalana, ya que *«aun cuando constituya una medida de efecto equivalente en el sentido del artículo 30 del Tratado CEE, puede estar justificada, conforme al artículo 36 del mismo Tratado, por razones de protección de la salud pública, y que, habida cuenta de sus características y de las circunstancias indicadas en los autos, no resulta ser un medio, ni siquiera indirecto, de proteger determinadas producciones locales»*.

3. Otra cuestión sobre la que recaído sentencia del TJCE el 25 de julio de 1991 (35), es la planteada mediante Auto de 11 de junio de 1990 por Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo) sobre interpretación de los artículos 4.1, 4.4 y 4.5 de la Sexta Directiva IVA (36), en el litigio que enfrentaba al Ayuntamiento de Sevilla con los Recaudadores de las Zonas Primera y Segunda. El asunto se había suscitado al incrementar los Recaudadores el importe de su premio de cobranza con el del IVA, incremento que fue recurrido ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial y luego ante el Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad Autónoma por el Ayuntamiento de Sevilla. La cuestión se centraba en saber si, a la luz de la Sexta Directiva IVA, estos Recaudadores (37) realizaban un trabajo en

(35) Asunto C-202/90, Sujeto pasivo del Impuesto sobre el Valor Añadido-Organismo de Derecho Público, aún no publicada en la Recopilación.

(36) Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17-5-77, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios-Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: Base imponible uniforme.

(37) Como señala el juez Rodríguez Iglesias en el Informe para la Vista, estos Recaudadores de Zona, conjuntamente con los otros integrantes del personal recaudador, desaparecieron con el RD 1451/87, de 27 de noviembre, y la OM de 23 de noviembre de 1987, en lo concerniente a los créditos y derechos que conforman el haber del Estado; no obstante, subsisten para la gestión del cobro de los ingresos tributarios locales (Disposición transitoria 1.ª del RD 1451/87), ya que las Corporaciones Locales pueden asumir la recaudación de ciertos tributos. Sin embargo, la normativa vigente sobre esta figura (RD 781/86, de 18 de abril, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Régimen Local; Ley

régimen de independencia del Ayuntamiento (38), y, en su caso, si se trataba de actividades desarrolladas en el ejercicio de la función pública (39).

En cuanto a la primera cuestión, el TJCE analiza el alcance del término «independiente» del artículo 4.4 de la Sexta Directiva (que excluye del impuesto las relaciones jurídicas que creen subordinación en lo concerniente a las condiciones laborales, retributivas y de responsabilidad del empresario) entendiendo que en el presente caso no existen vínculos de subordinación de estos Recaudadores, ni laborales (40) [no resultando

39/88, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales) es genérica e incompleta, por lo que, acudiendo al derogado Estatuto Orgánico de la Función Recaudatoria y del Personal Recaudador (Decreto 3286/69, de 19 de diciembre) puede determinarse como régimen jurídico de estos Recaudadores de Zona las siguientes notas: a) son nombrados por la Corporación Local, prestando la fianza que ésta determine; b) realizan su cometido bajo la dependencia de la Tesorería de la Corporación Local; c) ostentan en el ejercicio de sus funciones los derechos y prerrogativas inherentes a la condición de Autoridad; d) perciben una remuneración por premio de cobranza voluntario (porcentaje de los ingresos), y una participación en el recargo de apremio; e) nombran a su personal auxiliar.

(38) El artículo 4.1 y 4 de la Sexta Directiva señala que:

«Serán considerados como sujetos pasivos quienes realicen con carácter independiente, y cualquiera que sea el lugar de realización, alguna de las actividades económicas mencionadas en el apartado 2, cualesquiera que sean los fines o resultados de esa actividad.»

«El término "con carácter independiente" que se utiliza en el apartado 1, excluye del gravamen a los asalariados y a otras personas en la medida en que estén vinculadas a su empresario por un contrato de trabajo o por cualquier otra relación jurídica que cree lazos de subordinación en lo que concierne a las condiciones laborales y retributivas y a la responsabilidad del empresario.»

En relación a los sujetos pasivos de este Impuesto, vid. R. FALCÓN y TELLA: *Introducción al Derecho Financiero y Tributario de las Comunidades Europeas*, Civitas, 1988, particularmente págs. 154-156.

(39) El artículo 4.5 de la Sexta Directiva dispone que:

«Los Estados, las Regiones, las provincias, los municipios y los demás organismos de Derecho público no tendrán la condición de sujetos pasivos en cuanto a las actividades u operaciones que desarrollen en el ejercicio de sus funciones públicas, ni siquiera en el caso de que con motivo de tales actividades u operaciones perciban derechos, rentas, cotizaciones o retribuciones.»

(40) Ya que los recaudadores organizan autónomamente los recursos humanos y materiales necesarios para sus actividades, pág. 11 de la sentencia.

determinante la dependencia funcional ni el control disciplinario (41)], ni retributivos (42), resultando en cambio decisivo el que la responsabilidad sea imputable a estos mismos Recaudadores (43), por lo que se concluye que estas actividades se realizan realmente con carácter independiente.

Sobre la segunda cuestión, relativa a saber si la actividad de estos particulares se encuentra exenta del IVA por desempeñar prerrogativas de autoridad pública, el Tribunal entiende que al confiar el Ayuntamiento la recaudación a un tercero independiente, no se cumplen los requisitos señalados jurisprudencialmente para tal exclusión (44), ya que la actividad de autoridad pública no se ejerce en este supuesto directamente.

En consecuencia, se responde al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía indicándole que las actividades de los Recaudadores se realizan con carácter independiente, resultando sujetos pasivos del impuesto al no serles aplicable la exención del artículo 4.5 de la Sexta Directiva. Como vemos, el TJCE aplica al caso específico de los Recaudadores de Zona su jurisprudencia sobre los sujetos vinculados de una u otra forma a la autoridad pública en relación con el artículo 4 de

(41) La misma sentencia refiere como ejemplo la sentencia de 26-3-87, Comisión c. Países Bajos, as. 235/85, *Rec.*, págs. 1471 y ss., donde no se consideró determinante como vínculo de subordinación (en el sentido del artículo 4.4 de la Sexta Directiva) el control disciplinario a que se encuentran sujetos los notarios y los 'gerechtsdeurwaarders' (agentes de notificaciones y ejecuciones-«huissiers de justice») holandeses, cfr. pág. 14, pág. 1488.

(42) Ya que los Recaudadores soportan el riesgo económico de su actividad: sus beneficios se encuentran en función del importe recaudado y de los gastos derivados de la organización, pág. 13.

(43) En cuanto derivada principalmente de las relaciones contractuales en el ejercicio de su actividad, así como de la responsabilidad por perjuicios a terceros cuando no actúan como delegados del poder público (existen en efecto, determinadas responsabilidades que son imputables al Ayuntamiento en la medida en que los Recaudadores realicen actos como delegados del poder público).

(44) Y que son el ejercicio de actividades por parte de un organismo público y la realización de estas actividades en su condición de autoridad pública, señaladas en el razonamiento 12, págs. 3274-3275 de la sentencia de 17-10-89, Comune di Carpaneto Piacentino, as. 231/87 y 129/88, *Rec.*, págs. 3233 y ss. Igualmente se recuerda, amén de la Sentencia anteriormente referida, la sentencia de 11-7-85, Comisión contra Alemania, as. 107/84, *Rec.*, págs. 2655 y ss. (donde no se consideró adecuada a derecho la exoneración efectuada por la RFA de la imposición a determinadas empresas de transporte al servicio de la Deutsche Bundespost).

la Sexta Directiva IVA, aclarando así su situación jurídica ante la fiscalidad comunitaria.

4. El Juzgado de lo Penal número 4 de Alicante ha planteado dos cuestiones prejudiciales, mediante Autos de *11 y de 12 de septiembre de 1990* (45), solicitando interpretación de la Directiva sobre derecho de establecimiento y prestación de servicios en el sector inmobiliario. En efecto, el Juzgado de lo Penal número 4 de Alicante ha planteado cuestión prejudicial sobre dos temas:

a) La acomodación de la normativa española sobre las funciones de los agentes de la propiedad inmobiliaria (46) a la Directiva 67/43 de 12 de enero de 1967 (47), Directiva que como acervo comunitario fue

(45) De idéntico contenido.

(46) Decreto de 4 de diciembre de 1969, artículo 1, y RD 1464/88.

(47) En particular sus artículos 2, 3 y 5. La Directiva desarrolla los artículos 54.2 y 3, y 63.2 y 3 TCEE, en relación a la supresión de restricciones al derecho de establecimiento y prestación de servicios de las personas dedicadas a estas actividades. Para ello, la Directiva contempla la supresión de restricciones a todas las operaciones inmobiliarias de personas o sociedades que obtengan sus ingresos con carácter profesional de la compraventa, arrendamiento o gestión de edificios construidos o no construidos, y sobre todo de locales dedicados a usos industriales, comerciales, profesionales o de vivienda, y de los derechos relativos a tales categorías de bienes o de actos propios de experto o intermediario en la transacciones sobre estos bienes o derechos, con excepción de las actividades propias de peritos topógrafos (art. 2 de la Directiva).

La Directiva se enmarca en el conjunto de directivas que fueron adoptadas en desarrollo de la Previsión de Programas Generales por el TCEE, durante los años 1961-1974; en realidad, el sector servicios recibió poca atención: en efecto, aparte de la mencionada directiva 67/43 sobre negocios inmobiliarios y determinados servicios a empresas, fueron sólo adoptadas las directivas 68/367 y 68/368, relativas a restaurantes, hoteles y similares, cfr. I. BORRAJO INIESTA: «Las Libertades de Establecimiento y de Servicios en el Tratado de Roma», en el *Tratado de Derecho Comunitario cit.*, tomo II, págs. 149 y ss., en particular pág. 195.

En concreto, la Directiva 67/43/CEE del Consejo en cuestión fue adoptada el 12 de enero de 1967, *Directive concernant la réalisation de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services pour les activités non salariés relevant 1. du secteur des «affaires immobilières (sauf 6401)» (groupe ex. 640 CITI), y. 2. du secteur de certains «services fournies aux entreprises non classées ailleurs» (groupe 839 CITI)*, DOCE, núm. 10 de 19 de enero de 1967, pág. 140 (la referencia CITI es necesaria en la medida en que el Programa general de 18 de diciembre de 1961 para la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios recurrió a la Clasificación Internacinal Tipo por Industria, de todas las ramas de actividad económica —CITI—, elaborada por la Oficina Estadística de

aceptada por España en virtud del artículo 3.3 del Acta de Adhesión, «*determinando si a partir de su entrada en vigor es posible atribuir por un Estado miembro en tal campo inmobiliario la exclusividad del ejercicio de tales actividades a un concreto grupo profesional*».

Es claro que habrá de reformularse la pregunta, toda vez que se solicita «*la eficacia o ineficacia*» de la normativa española a la luz de la Directiva comunitaria, ya que el Tribunal de Luxemburgo no puede pronunciarse sobre la compatibilidad de una norma nacional con una comunitaria, pretendiendo por lo demás a todas luces la cuestión saber si un Estado tiene margen de libertad para reglamentar una determinada actividad en exclusiva para un grupo profesional, actividad que no necesita de un título académico para ser ejercida.

b) En segundo lugar, y muy en general, se pregunta si «*la directiva puede ser objeto de restricción o exclusión por parte de algún Estado miembro de una u otra suerte*». Pero el solicitar respuesta sobre los genéricos límites eventuales a una Directiva no es estrictamente una cuestión de interpretación del derecho comunitario según el artículo 177 TCEE: el TJCE en efecto no puede responder sino en relación a una situación específica, para dar una respuesta práctica que permita la solución de un litigio concreto (48). Y es que, en este caso, se solicita la aplicación a la específica actividad profesional de los negocios inmobiliarios de los límites al derecho de establecimiento y libre prestación de servicios,

Naciones Unidas, *Etudes Statistiques*, S. M., núm. 4, Nueva York, 1958). En relación a la parte referente a determinados servicios a empresas no clasificados, fue posteriormente adoptada una Directiva el 16 de junio de 1975, 75/368/CEE, *JOCE*, L 167, de 30 de junio de 1975, sobre ciertas actividades (ex-clase 01 a clase 85 en clasificación CITI) que requieren formación profesional, así como determinadas medidas transitorias. En general, sobre el particular, ver el comentario y Anexos de Marie-France SCHMIDT sobre «*Etablissement et Services*» en el *Dictionnaire du Marché Commun* de Gide-Loyrette-Nouel.

(48) En efecto, el planteamiento de cuestiones demasiado genéricas —y por tanto inadaptadas al procedimiento prejudicial— es uno de los frecuentes errores en que incurren las jurisdicciones nacionales, vid. R.-M. CHEVALLIER-D. MAIDANI: *Guide Pratique Article 177 CEE*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, pág. 17.

tema que ha sido muy ampliamente desarrollado por la jurisprudencia del TJCE (49).

Se hace entonces necesaria, a nuestro entender, la reformulación de la cuestión prejudicial del Juzgado de lo Penal número 4 de Alicante.

5. Excepcionalmente interesante, tanto por su sólida construcción como por los sugerentes temas que ofrece, es el Auto de *1 de diciembre de 1990* del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo) que plantea una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de Luxemburgo (50) sobre interpretación del TCEE y de la Directiva 73/148 sobre derecho de establecimiento y libre prestación de servicios, y trae a colación importantes problemáticas propias del derecho internacional público y privado. La cuestión gira en torno al derecho de establecimiento de un nacional argentino que posee igualmente la nacionalidad italiana, al que le fue denegada por la Delegación del Gobierno en Cantabria la Tarjeta de Residente Comunitario.

El tema plantea importantes cuestiones de extranjería: en efecto, puede afirmarse que los ciudadanos de países latinoamericanos no gozan de un régimen especial de extranjería en derecho español, pero que, sin embargo, determinados ciudadanos argentinos han logrado que se les aplique el régimen establecido para los ciudadanos de la CEE en nuestra normativa, utilizando diversos resquicios legales para conseguir una finalidad contraria al espíritu de la ley. Esta vía, calificada de fraudulenta por Alvarez Rodríguez, ha sido protagonizada frecuentemente por odontólogos argentinos (51). Indiscutible en cualquier caso la nacionalidad

(49) Sobre la base de los artículos 55.1 (actividades relacionadas con el ejercicio de poder público), 55.2 y 56 TCEE (restricciones a la entrada y residencia por razones de orden público, salud y seguridad públicas), y en función de la institución jurisprudencial del «interés general» (restricciones en las condiciones de acceso y ejercicio de actividades asalariadas por esta razón). Vid. V. ABELLÁN HONRUBIA: «El derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios en la CEE», en *Estudios de Derecho Comunitario Europeo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989, págs. 327-363.

(50) Asunto C-369/90.

(51) «*La fórmula utilizada para lograr la exclusión del régimen general es complicada, ya que a grandes rasgos la forma de actuar es la siguiente: entrar en España acogido al Convenio italo-argentino de doble nacionalidad de 18 de mayo de 1973, solicitando la homologación de los títulos mediante el Convenio Cultural con España al mismo tiempo que se trasladan a Italia para obtener la nacionalidad italiana. Una vez reconocido el título*

italiana del señor Micheletti, el Auto plantea si el derecho comunitario (arts. 3c, 7, 52, 53 y 56 del TCEE, Directiva 73/148 y demás derecho derivado concordante) no impide «*aplicar una legislación interna que no reconozca los 'derechos comunitarios' inherentes a la condición de nacional de otro Estado miembro de la CEE sólo por el hecho de que tal persona ostente simultáneamente la nacionalidad de un país tercero y haya sido éste el lugar de su residencia habitual, de su última residencia o de su residencia efectiva*».

Y es que, en efecto si bien la definición y determinación de la nacionalidad es una materia de derecho interno que debe ser aceptada por los restantes Estados miembros (52), esta competencia personal se encuentra sujeta a las reglas del derecho internacional público (53), necesitándose tener en cuenta que, como señala Bleckmann:

«But although the Community cannot extend its personal jurisdiction to persons, companies or ships which do not possess the nationality of the Member States thus forms a limitation on the personal jurisdiction of the Community, the other Member States and the Community itself are not bound to accept the nationality of all persons, companies, ships, etc. so defined by a State. This definition may indeed infringe public international law or the genuine link rule. The Community is thus not obliged to recognize the nationality of these persons» (54).

*entran en nuestro país como súbditos comunitarios. Todas estas hábiles maquinaciones para poder realizar una actividad lucrativa en España deben ser rechazadas por la intención fraudulenta con la que se realizan», A. ALVAREZ RODRÍGUEZ: «Régimen Jurídico de algunos iberoamericanos en el Ordenamiento español», en *La Ley-Comunidades Europeas*, 30-11-90, núm. 60, págs. 4 y ss., en concreto pág. 9.*

(52) «...los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no han alterado el principio de base según el cual la reglamentación de la nacionalidad corresponde a la competencia exclusiva del Estado. No ha existido en este ámbito cesión alguna de competencias de los Estados miembros a las Comunidades y no existe, por consiguiente, ningún acto del acervo comunitario que fije condiciones de armonización de las legislaciones en materia de nacionalidad», J. C. FERNÁNDEZ ROZAS: «Derecho Internacional Privado y Derecho Comunitario», en *RIE*, vol. 17, núm. 3, 1990, págs. 785-824, en concreto, pág. 788.

(53) K. P. E. LASOK, en D. VAUGHAN (Ed.): *Law of the European Communities*, vol. 2, pág. 471.

(54) Albert BLECKMANN: «The personal jurisdiction of the European Community», en *CMLRev*, 17, 1980, págs. 467-485, en concreto pág. 477; el subrayado es nuestro.

En realidad, el Auto en su formulación plantea todas las cuestiones jurídicas necesarias para la comprensión del tema: así, la normativa española de derecho internacional privado sobre la ley personal (art. 9, apdos. 9 y 10 del Código Civil. RD. 1099/86 sobre entrada, permanencia y trabajo de ciudadanos de Estados miembros de las Comunidades Europeas), el vínculo de la efectividad como criterio admitido en derecho internacional público para limitar en las relaciones internacionales la oponibilidad de una nacionalidad concedida por un Estado [Asunto Nottebohm (55)]; la jurisprudencia comunitaria sobre los efectos de la nacionalidad en la libre circulación de personas (preguntándose el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria si los criterios ofrecidos por las Sentencias Auer —en un caso de obtención de nacionalidad por naturalización (56)— son igualmente aplicables a una hipótesis diferente, como es la doble nacionalidad).

(55) CIJ, *Recueil*, 1955, págs. 4-65.

(56) Sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de febrero de 1979 (As. 136/78), *Rec.*, 1979-2, págs. 437 y ss., y sentencia de 22 de septiembre de 1983 (As. 271/82), *Rec.*, 1983-8, págs. 2727 y ss. Se trata de un nacional austriaco que obtuvo el título de veterinaria en Italia, trasladándose posteriormente a Francia para ejercer su profesión y naturalizándose en este país, donde se encontró con la denegación de la habilitación estatal para desempeñar aquí la profesión de veterinario. Mientras la sentencia *Auer I* no reconoció efecto directo al artículo 52 TCEE, encontrándose la situación del señor Auer regulada por las condiciones previstas en la legislación francesa, la sentencia *Auer II* reconoció efecto directo a las directivas de 18 de diciembre de 1978 sobre reconocimiento de los Diplomas de veterinario, facilitación del derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios, y coordinación de medidas legislativas y administrativas de los Estados miembros, pese a que Francia no había adoptado una normativa de desarrollo sobre el particular. Por lo que a nosotros nos interesa, la primera sentencia *Auer* de 7 de febrero de 1979 señala que:

«Attendu qu'aucune disposition du traité ne permet, dans le champ d'application de celui-ci, de traiter différemment des ressortissants d'un Etat membre, suivant l'époque à laquelle ou la façon dont ils ont acquis la nationalité de cet Etat, dès lors qu'au moment où ils invoquent le bénéfice des dispositions du droit communautaire, ils possèdent la nationalité d'un des Etats membres et que se trouvent, par ailleurs, réunies les autres conditions d'application de la règle qu'ils invoquent;

que dès lors, pour l'appréciation des droits d'un ressortissant d'un Etat membre, tant au cours de la période antérieure que postérieure à celle prévue par les directives ci-dessus citées, la date à laquelle il a acquis la qualité de ressortissant d'un Etat membre est indifférente du moment qu'il la possède à l'époque où il invoque les dispositions du droit communautaire dont le bénéfice est lié à la qualité de ressortissant d'un Etat membre» (fundamentos 28 y 29).

Así, si bien es claro que si un Estado (España) no reconoce eficacia jurídica a la condición de nacional atribuida por otro Estado miembro (Italia) a una persona (que a su vez tiene una nacionalidad tercera), se vulnera obviamente el derecho comunitario sobre libertad de establecimiento. Sin embargo, como vemos, son las normas de derecho internacional público las que ciñen los criterios estatales de competencia personal (y, consiguientemente, de atribución de nacionalidad), por lo que, de ser vulneradas estas normas de derecho internacional general, los resultados de los criterios estatales de atribución podrían legítimamente ser rechazados por otro Estado (57).

B) *Desestimación del planteamiento de cuestiones prejudiciales*

En tres ocasiones durante este período los órganos jurisdiccionales españoles han desestimado el planteamiento de cuestiones prejudiciales. En este sentido, es especialmente interesante la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de *29 de marzo de 1990* (58). En esta Resolución se despejan las dudas sobre la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales al TJCE desde la vía económico-administrativa; en efecto, tras analizar la naturaleza de estos Tribunales para corroborar si se encuentran comprendidos dentro del concepto de «órganos jurisdiccionales nacionales» del artículo 177 TCEE, el TEAC reconoce que aunque *prima facie* estos órganos no son estrictamente órganos jurisdiccionales, un cuidadoso examen de la jurisprudencia del TJCE sobre este particular le lleva a afirmar que estos Tribunales cumplen los

(57) El Auto subraya cómo en el caso en cuestión el señor Micheletti utilizó ante las autoridades españolas en momentos distintos dos nacionalidades para la consecución de un mismo objetivo: solicitó la homologación de su título académico de odontólogo —que le fue concedida— esgrimiendo su nacionalidad argentina ante el Ministerio de Educación y Ciencia, y posteriormente alegó la nacionalidad italiana para conseguir la residencia y el derecho de establecimiento.

Una visión de la problemática actual de este tema, en Andrew EVANS: «Nationality Law and European Integration», en *ELR*, vol. 16, núm. 3, June 1991, págs. 190-215, quien subraya la necesidad de desvincular la nacionalidad del disfrute de los derechos inherentes a la ciudadanía europea, de los que pueden beneficiarse nacionales no comunitarios.

(58) Cuyo texto puede verse en *Noticias CEE*, octubre, 1990, núm. 69, págs. 143-147.

criterios comunitarios que delimitan un órgano como «jurisdiccional» (59), por lo que, concluye,

«es parecer de este Tribunal que los Tribunales Económico-Administrativos constituyen, a los efectos previstos en el tan repetido artículo 177 del Tratado de Roma, “órganos jurisdiccionales” y, en consecuencia, competentes para plantear el mencionado recurso prejudicial» (60).

De igual forma, el TEAC se entiende comprendido en el 177.2 ya que *«resulta ser potestativo para este Tribunal, por cuanto sus Resoluciones son susceptibles de impugnación en vía contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional, el plantear o no ante el citado Tribunal de Justicia el recurso prejudicial postulado por el recurrente»*. No obstante, en el caso en cuestión que más adelante hemos de comentar en cuanto al fondo, se rechaza el planteamiento prejudicial por no albergar dudas en el enjuiciador sobre la normativa aplicable.

Esta Resolución acaba con la indeterminación que existía en nuestro ordenamiento jurídico sobre si tales Tribunales encajaban en la definición

(59) Se sirve a este respecto de los criterios jurisprudenciales clásicos delimitadores de la noción comunitaria de «órgano jurisdiccional» que estableció la Sentencia de 30 de junio de 1966, recaída en el asunto 61/1965 «Vaasen Göbbels», *Rec.*, págs. 377 y ss., particularmente págs. 394-395: creación por ley del órgano, carácter permanente, procedimiento contradictorio, competencia obligatoria, y aplicación de normas de derecho. No obstante, el TJCE posteriormente ha demostrado criterios flexibles para delimitar las jurisdicciones nacionales legitimadas a efectos del artículo 177, así por ejemplo la sentencia de 27-11-73, *Nederlandse Spoorwegen*, as. 36/73, *Rec.*, págs. 1299 y ss.; ello demuestra, para PASTOR LÓPEZ, que *«el Tribunal parece más preocupado por la exclusión de los arbitrajes privados que por una profundización seria en el concepto de órgano jurisdiccional»*, «El incidente prejudicial del Derecho Comunitario Europeo», en Consejo General del Poder Judicial, *Estudios de Derecho Comunitario Europeo*, 1989, págs. 115-159, en particular pág. 130. Por todo ello, para VANDERSANDEN-BARAV: *«Il conviendrait de reconnaître la qualité de juridiction à tout organe chargé de résoudre des litiges, de trancher des contestations sur la base du droit»*, en *Contentieux Communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1977, pág. 277.

(60) Considerando 13.º. Esta es la razón por la que se comentan en esta Crónica la actividad de los Tribunales Económico-Administrativos, a pesar de no encontrarse integrados en el poder judicial.

comunitaria de «órgano jurisdiccional» (61); de esta forma, además, se aleja el TEAC de las consecuencias que en este ámbito conllevaba la desafortunada Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Madrid de 15 de junio de 1989 (62). Como luego veremos, esta Resolución se inscribe en el decidido esfuerzo del TEAC por corregir la tendencia de los Tribunales Económico-Administrativos Provinciales de desentenderse de cuestiones relativas al derecho comunitario.

En segundo lugar hemos de referirnos al Auto de 27 de enero de 1990 de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, que deniega un recurso de súplica —que solicita el planteamiento de cuestión prejudicial— contra la Providencia de 6 de septiembre de 1989 en el mismo caso, anteriormente desestimatoria. En el asunto, básicamente centrado en saber si una empresa local de abastecimiento de aguas quedaba englobada en el artículo 37 del TCEE como monopolio nacional de carácter comercial, es resuelto por el Tribunal Supremo por haberse pronunciado ya el TJCE, en el sentido de excluir de estos monopolios los monopolios de prestaciones de servicios, asimilando entonces aquí a la empresa «Distribución y venta de Agua, S. A.», como una empresa de prestación del servicio de abastecimiento de aguas, no cubierta por el artículo 37 TCEE.

El Auto realiza una argumentación correcta en relación a la teoría del «acto claro» (63), si bien hay un fundamento erróneo en la referencia a

(61) La doctrina, en efecto, dudaba sobre la calificación comunitaria de estos órganos, vid. por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: Estudio analítico de los recursos», cap. XVI del *Tratado... cit.*, págs. 655-729, en concreto pág. 708. Igualmente, cfr. los puntos de vista más decantados de RUIZ-JARABO, *loc. cit.*, págs. 23-24, y M. PASTOR LÓPEZ, *loc. cit.*, en concreto pág. 130.

(62) Ver para una crítica sin paliativos a la Resolución el trabajo de RUIZ-JARABO COLOMER, pág. 24: «*La resolución no puede ser más desacertada, pues desconoce la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la noción de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177 del Tratado y toma una decisión simplista acorde con el desatinado criterio sobre el fondo que adopta prácticamente sin fundamentación alguna.*»

(63) Argumenta que se plantearía cuestión prejudicial por no estar claro que los monopolios locales no estén comprendidos en la frase «monopolio nacional de carácter comercial» del artículo 37 TCEE, pero sin embargo la cuestión ha sido ya «aclarada» por el TJCE. La diferencia que se efectúa entre 'acto claro' y 'acto aclarado' es correcta, y encuentra su base en la Sentencia de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*. Como dice GARCÍA DE

que «*La Comisión acabó aceptando la tesis francesa del "acte clair"*» (64), lo que no menoscaba empero la comprensión demostrada de la jurisprudencia CILFIT, así como también de la jurisprudencia sobre la no inclusión de los monopolios de servicios en el artículo 37 TCEE, con cita en los razonamientos jurídicos de la jurisprudencia recaída en el asunto *Amélioration de l'élevage* (65).

En efecto, este tema está definitivamente zanjado, por lo que únicamente podría plantear dudas la interpretación que pudiera hacerse del artículo 48.1 del Acta de Adhesión, que, a diferencia de otras Actas de Adhesión, sí prevé la eventual aplicación a España del artículo 90.2 TCEE relativo precisamente a las empresas encargadas de gestión de servicios de interés económico general. Esta cuestión sin embargo no suscita mayores problemas, toda vez ha seguido una interpretación restrictiva por la Comisión, entendiendo este artículo «*en un sentido literal y rígido que le priva de alcance práctico*», ya que en realidad este artículo del TCEE «*debe ser interpretado como la expresión de un principio de conciliación entre dos intereses contradictorios: el interés de los Estados miembros en la utilización de su sector público como instrumento de política económica y fiscal y el interés comunitario en la defensa de la unidad del mercado y en el respeto de las normas sobre la competencia*» (66).

ENTERRÍA, en este último caso «*no es que el acto sea claro, según la doctrina del 'acte clair', es que ya esté perfectamente aclarado o interpretado por el propio Tribunal de Justicia, de modo que ha desaparecido ya toda posible duda interpretativa*», *loc. cit.*, pág. 720.

(64) La referencia está claramente efectuada a la respuesta de la Comisión a la interpelación parlamentaria 608/78 del señor Krieg, cuyo texto (OJEC. C 28, de 31 de enero de 1979 pág. 9) refleja SCHERMERS, *Judicial Protection in the European Communities*, Deventer, Kluwer, 3.ª ed., 1983, pág. 376 y que traduce GARCÍA DE ENTERRÍA en *loc. cit.*, pág. 717. Esta referencia es incorrecta, ya que lo verdaderamente importante es la aceptación matizada de la teoría del acto claro efectuada por el TJCE mediante la sentencia CILFIT.

Por otra parte, hay también una referencia errónea al Tratado de Adhesión de España y Portugal a la CECA.

(65) Sentencia de 28-6-83, *Amélioration de l'élevage*, as. 271/81, con cita del fundamento 13. También se cita la Sentencia de 30-4-74, *Sacchi*, as. 155/73.

(66) G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS: «Los Monopolios de Estado», cap. XXVI del *Tratado de Derecho Comunitario Europeo cit.*, tomo II, págs. 480-499, en concreto pág. 496.

El Auto deja claro la no necesidad de plantear la cuestión prejudicial.

Por último, la misma Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencia de *10 de octubre de 1989* rechazó asimismo la solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial en un asunto en el que se determinó la ilegalidad del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Barcelona por el que se aprobó la constitución de una Sociedad Privada Municipal, tras comprobar la normativa comunitaria sobre libre competencia en el marco de la economía de mercado.

II. LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

El TEAC ha demostrado su interés en aplicar los principios jurídicos básicos del derecho comunitario, criticando en sus Resoluciones la frecuente actitud de los Tribunales Económico-Administrativos Provinciales de declararse incompetentes para conocer cuestiones de aplicación del derecho comunitario, como es el caso de la Resolución del TEAC de *7 de febrero de 1990* (67) y otras (68), o de hacer aplicación manifiestamente incorrecta del derecho comunitario (69). La primera señala en términos un tanto ácidos la incongruencia del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Valencia, que falló en contra de que los derechos obvencionales de Aduanas fueran exacciones de efecto equivalente, según había ya determinado la jurisprudencia del TJCE y una Resolución del propio TEAC (70).

(67) La Resolución puede verse en *Noticias CEE*, núm. 70, noviembre 1990, págs. 139-141.

(68) Como por ejemplo en la resolución de 5 de abril de 1990, que comentamos posteriormente en relación a la interpretación de disposiciones sobre el IVA. En estos casos, los Tribunales Económico-Administrativos en cuestión se declararon incompetentes para aplicar la normativa comunitaria sobre este impuesto («*el Tribunal dictó fallo en primera instancia declarándose incompetente para conocer sobre la preferente aplicación de un Tratado Internacional suscrito por España sobre la propia legislación interna*»).

(69) Ver por ejemplo el Considerando 2.º de la Resolución del TEAC de 10 de octubre de 1990, comentada *infra*, que critica las imprecisiones terminológicas del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Vizcaya en relación a las exacciones reguladoras agrarias.

(70) «*El fallo del Tribunal de Valencia adolece de incongruencia, por lo que no puede estimarse ajustado a Derecho, ya que, tras declarar la incompetencia del Tribunal para entrar a conocer de las cuestiones planteadas, a continuación desestima en parte la*

Por otro lado, la Resolución del TEAC de 5 de abril de 1990 (71), analiza el concepto de «*exacción de efecto equivalente*» a la luz de la jurisprudencia comunitaria (72), para con arreglo a estos criterios, determinar que una Tasa Sanitaria por reconocimiento o análisis de productos alimenticios en régimen de importación (73) constituye una exacción de efecto equivalente a partir del 1 de marzo de 1986 (fecha que fijaba el artículo 35 del Acta de Adhesión como umbral para su supresión por España), por lo que anuló la liquidación efectuada con posterioridad a esta fecha por la Dirección Provincial del Ministerio de Sanidad y Consumo de Valencia al aplicar la Tasa.

De igual modo, la Resolución del TEAC de 10 de octubre de 1990 (74) resuelve varios recursos de alzada relativos a la aplicación de exacciones reguladoras agrícolas a productos —animales vivos— provenientes de Canarias, entendiendo que no es de aplicación el Protocolo número 2, apartado 5, del Acta de Adhesión de España a la CEE, ya que la aplicación del régimen general relativo a los intercambios exteriores que es de aplicación a Canarias no tiene otras excepciones que la exención de los derechos de aduanas, por lo que al no ser asimilables ambos gravámenes, las exacciones reguladoras agrícolas son plenamente aplicables a tales productos. En este sentido, el TEAC aplica el Reglamento CEE número 1697/79 del Consejo de 24 de julio de 1979,

reclamación» (Considerando 2.º); «*del análisis de la sentencia recogida* (del TJCE de 11 de julio de 1989, comentada en la anterior Crónica) *se comprueba existe concordancia con la Resolución adoptada por este Tribunal Central de 6 de julio de 1989, en cuanto a la improcedencia de la liquidación (...) por Derechos Obvencionales de Aduanas a la importación (...), cuestión sobre la que se pronuncia tanto este Tribunal Central como la sentencia del Tribunal de Justicia, respecto a que habría de haber conocido el Tribunal Provincial de la cuestión que se plantea, en lugar de declararse incompetente*» (Considerando 6.º).

(71) Puede verse en *Noticias CEE*, núm. 70, noviembre 1990, págs. 143-145.

(72) Especialmente las sentencias de 31 de mayo de 1979, *Denkavit Loire*, as. 132/78, *Rec.*, págs. 1923 y ss., apdo. 7 (se excluye de la calificación de exacción de efecto equivalente la carga «*si constituye la remuneración de un servicio efectivamente prestado al importador y cuya cuantía sea proporcionada al servicio*»), y de 11 de octubre de 1973, *Rewe*, as. 39/73, *Rec.*, págs. 1039 y ss. (añadiendo el criterio de que la tasa debe de prestar un beneficio exclusivo al importador).

(73) Tasa 16.01 por Servicios Sanitarios convalidada por el Decreto 474/1960, de 10 de marzo.

(74) Cfr. *Noticias CEE*, junio 1991, núm. 77, págs. 103-106.

para deducir la procedencia de la recaudación *a posteriori* de derechos de importación (derechos de aduana, exacciones reguladoras agrícolas y otros gravámenes a la importación). En este sentido, igualmente, la Resolución del TEAC de *27 de septiembre de 1990*, analizando un recurso que solicitaba la devolución de ingresos por derechos arancelarios pagados en la Aduana de Irún entre el 23 de enero y 22 de septiembre de 1986, por importación de productos provenientes de la República Federal Alemana, concluyó que *«la distinción entre “errores de hecho” y “errores de derecho”, de tradicional raigambre en nuestro Ordenamiento Jurídico-Tributario no subsiste (...) dentro de la normativa comunitaria y que los errores cometidos, cualquiera que sea su razón, y que hayan motivado la exigencia de derechos de importación en cuantía superior a la legalmente establecida pueden ser corregidos mediante la solicitud de devolución y el cumplimiento de los trámites y requisitos que establecen el (...) Reglamento (CEE) 1430/79 y los reglamentos posteriores que lo desarrollan y complementan»* (75).

III. EFICACIA DIRECTA Y PRIMACÍA

La cuestión de saber si era ajustada a derecho la Disposición Transitoria de una OM del Ministerio de Economía y Hacienda sobre la tasa de corresponsabilidad en el sector de la leche y productos lácteos (76), ha dado ocasión al Tribunal Supremo en sentencia de *24 de abril de 1990* a desarrollar una interesante y extensa reflexión sobre los caracteres generales del derecho comunitario europeo en relación al derecho español (77). En resumen, la cuestión se centraba en averiguar si

(75) En cuanto al fondo, el TEAC acordó estimar en parte el recurso y que se procediese a la devolución de determinadas cantidades a partir del 1 de marzo de 1986, fecha en que se suprimieron los derechos de aduana con los países comunitarios, según el artículo 31 del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas.

(76) La tasa de corresponsabilidad grava a los productores de leche por las cantidades que entregan a una empresa; los compradores retienen el importe de la tasa al efectuar el pago, transfiriéndolo mensualmente al Organismo determinado por el Estado, quien además debe señalar el modelo de declaración, los períodos de liquidaciones y las medidas complementarias de control y sanciones.

(77) La sentencia puede verse en *Noticias CEE*, núm. 69, págs. 149-152.

la obligación tributaria del régimen de corresponsabilidad en este sector era exigible en España bien desde el momento de la aprobación de los Reglamentos comunitarios sobre el particular (78), esto es, si desde la adhesión de España a las Comunidades existía la obligación de retener el importe de la tasa —exigible a toda empresa compradora de leche—, o bien desde la adopción de la normativa española completa de desarrollo (79). La cuestión era importante en la medida en que la OM impugnada de 7 de diciembre de 1987 mantenía la primera de estas opciones (80), mientras que la Confederación interprofesional Lechera española, demandante, era de la opinión de que en el período comprendido entre el RD 2750/1986 (en vigor desde el 18-1-87) y la aprobación de la OM de desarrollo (en vigor desde el 1-1-88) no existía obligación exigible a los particulares afectados por el régimen de corresponsabilidad.

Este tema da pie al Tribunal Supremo para extenderse desde los antecedentes históricos de la controversia (problemática comunitaria global de la leche y productos lácteos) hasta la conclusión final sobre el momento del nacimiento de la obligación tributaria en derecho español, pasando por los caracteres generales de las normas comunitarias y del

(78) Reglamento 1079/77/CEE del Consejo y Reglamento 1822/77/CEE de la Comisión, respectivamente, de 17 de mayo y de 5 de agosto de 1977.

(79) A pesar de que los Reglamentos comunitarios quedaron integrados en nuestro ordenamiento interno desde el Tratado de Adhesión, fue necesario un sistema de acomodación mediante este Real Decreto que reguló la liquidación, recaudación y control de la nueva tasa. Para ello, se adoptó el RD 2750/1986, de 5 de diciembre, la OM de Economía y Hacienda de 7 de diciembre de 1987 —impugnada— (que aprobó el modelo 451 de autoliquidación y detalló el modo de cumplimentarlo, estableciendo la disposición transitoria las declaraciones e ingresos pendientes en el período comprendido entre la entrada en vigor del RD y de la OM), así como la OM de Agricultura, Pesca y Alimentación de 11 de junio de 1988.

(80) La cuestionada Disposición Transitoria que estableció el modelo 451 de la tasa de corresponsabilidad en el sector de la leche y productos lácteos señalaba que:

«Las declaraciones e ingresos correspondientes entre la entrada en vigor del Real Decreto 2750/1986, de 5 de diciembre, y la presente Orden, se realizarán de la siguiente forma: la de 18 de enero a 31 de marzo de 1987, conjuntamente con la primera declaración-liquidación que se efectúe, de conformidad con el punto tercero de la presente Orden. Las de 1 de abril a 30 de junio de 1987, conjuntamente con la segunda declaración-liquidación. Las de 1 de julio a 31 de octubre de 1987, conjuntamente con la tercera declaración-liquidación.»

ordenamiento jurídico comunitario, efecto directo y primacía (81), analizando el efecto directo de los Reglamentos y Directivas, según desarrollo jurisprudencial, y las condiciones de aplicación del derecho comunitario con respecto a los órganos judiciales y legislativos. Finalmente el Tribunal Supremo considera que la OM no establecía efecto retroactivo alguno (82), por lo que, con algún pequeño error sobre la entrada en vigor de los Reglamentos comunitarios (83), se considera que éstos, aun cuando para tener efecto directo no han de precisar de normas complementarias, en este caso, las obligaciones sobre las tasa de corresponsabilidad se configuraron perfectamente en el Reglamento comunitario, por lo que la *«exigibilidad material de las tasas devengadas sólo dependía de la modalidad recaudatoria adoptada por la Orden mediante la aprobación del modelo 451, que no afectaba al nacimiento de la obligación tributaria aunque aplazara el momento de su cumplimiento»*, por lo que al nacer la obligación no de la OM, sino del Reglamento comunitario a través del Tratado de Adhesión, la *«disposición transitoria no restringe el derecho de aquéllos cuando aplaza las declaraciones e ingresos de unas tasas devengadas, retenidas o que hubieran debido retenerse, para hacerlas coincidir con las declaraciones-liquidaciones que se efectúen con arreglo a la Orden posterior»*.

Una segunda Resolución a este respecto es la del TEAC de 29 de marzo de 1990, ya comentada, que no reconoció efecto directo a la Sexta Directiva CEE sobre el IVA, y acogiendo la tesis del Tribunal Provincial

(81) Llegando a matizar cuestiones como las referidas a que *«la sutileza de la distinción entre los conceptos de efecto y aplicabilidad directa permite en la práctica utilizarlos como sinónimos»*.

(82) Ya que *«conviene distinguir entre el nacimiento de la obligación tributaria, cuyos elementos esenciales configura tanto el Reglamento comunitario como el RD 2750/1986, y el momento en que termina de instrumentar el procedimiento recaudatorio, intervalo en el que la obligación tributaria ya nacida sólo está pendiente de cumplimiento y sujeta a moratoria»* (...) *«la disposición transitoria no implica retroactividad sino simple aplazamiento en la liquidación e ingreso de la tasa de corresponsabilidad, no susceptible de infringir los principios que la confederación recurrente considera conculcados, criterio imprescindible utilizando cuando se aplica el efecto indirecto para ser consecuente con la primacía del derecho comunitario, que al quedar asumido por un Estado miembro y necesitar una adaptación al Ordenamiento interno, exige un plazo, cuya duración no excluye la aplicación de la norma comunitaria, desde el momento anterior de la adhesión»*.

(83) *«...los plazos de liquidación del Reglamento comunitario, que entró en vigor en la fecha del acta de adhesión (12 de junio de 1985)...»*

de Barcelona contra el que se interpuso recurso de alzada, analiza *in extenso* los caracteres generales de las directivas comunitarias y la posibilidad de que éstas tengan efecto directo en determinados casos, según señala la jurisprudencia, aunque concluyendo que en el supuesto presente «*resulta que la Sexta Directiva otorga a las autoridades nacionales amplios poderes de apreciación a la hora de determinar en qué casos los servicios deben estar gravados por el IVA o deben estar exentos*», por lo que no se reconoce su efecto directo.

Es de lamentar que esta Resolución comenta el error posteriormente de «*aclarar que esta vía no es la adecuada para enjuiciar la posible o no desviación de nuestra Ley o Reglamento del IVA respecto de la Sexta Directiva Comunitaria, o su posible inconstitucionalidad, ya que ello es misión del Tribunal Constitucional y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, únicos competentes para conocer respectivamente de la inconstitucionalidad de las disposiciones de rango legal y de la ilegalidad de las normas reglamentarias*». En efecto, corresponde al mismo órgano jurisdiccional nacional comprobar la adecuación de la normativa interna a la comunitaria para llevar a cabo su aplicación, proceso que por lo demás es el que el mismo TEAC lleva a cabo en esta Resolución.

Igualmente, en la Resolución del TEAC de 5 de abril de 1990 (84), se recuerda que el Tratado de Adhesión de España a las Comunidades, como cualquier Tratado, una vez publicado, forma parte de nuestro ordenamiento interno «*y sus disposiciones sólo podrán modificarse, suspenderse o derogarse en la forma prevista en los propios Tratados, por lo que resulta de todo punto evidente que el precepto (...) tiene fuerza y es aplicable en España desde el 1 de marzo de 1986, derogando específicamente cuantas disposiciones nacionales, cualquiera que fuere su rango, existieran con anterioridad a la publicación del Tratado (...) y que se opusieran a la referida suspensión*».

Por último, hemos de hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 1989 (85). La sentencia no llega a utilizar la norma comunitaria, el artículo 7 TCEE, para interpretar la norma constitucional española, el artículo 14 de la Constitución, ya que aunque

(84) Puede verse en *Noticias CEE*, núm. 70, noviembre 1990, págs. 143-145.

(85) Sentencia 132/1989; un Comentario de la misma puede verse en la *REDI*, vol. XLII, núm. 2, 1990, págs. 588-593, por J. I. CATALINA AYORA.

se admite que el precepto comunitario puede servir de pauta de interpretación del artículo 14 de la Constitución por la vía del artículo 10.2 de nuestro texto, se rechaza la posibilidad de discriminación en el caso concreto con una argumentación donde se recurre a la jurisprudencia del TJCE para interpretar el principio de no discriminación del artículo 7 TCEE (86). Esta contradictoria construcción jurídica del Tribunal Constitucional ha sido criticada (87), y particularmente el rechazo de que el artículo 7 pueda ser utilizado como parámetro de constitucionalidad: «*El Tribunal Constitucional ha perdido una ocasión (...) de haber fijado una línea progresista que (...) estaría a tono con la velocidad de la integración europea*» (88).

IV. RESOLUCIONES RELATIVAS AL RD 1099/86 SOBRE ENTRADA, PERMANENCIA Y TRABAJO EN ESPAÑA DE CIUDADANOS DE ESTADOS MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Exceptuando el Auto de *1 de diciembre de 1990*, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo), ya comentado, que planteaba cuestión prejudicial, la única referencia existente es la que encontramos en la Resolución del TEAC de *7 de febrero de 1990* sobre importación de vehículos y que posteriormente comentamos, en el sentido de afirmar que «*la situación de residencia se acreditará mediante la obtención de la Tarjeta de Residencia de Ciudadano de un Estado miembro de la CEE*», a efectos de determinar jurídicamente en derecho español si era residente o no un ciudadano anteriormente residente en Francia, para contemplar la eventual exoneración de los derechos de franquicia e IVA a la importación.

(86) En concreto se hace referencia a la doctrina de la sentencia del TJCE de 20-10-1980, Bousac, as. 22/1980.

(87) Para CATALINA, la sentencia constituye «*una auténtica arquitectura laberíntica digna del mejor "mecano" jurídico*», en *ibidem*, pág. 591.

(88) CATALINA, *loc. cit.*, pág. 591.

V. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

Las materias que han ocupado a los órganos españoles en relación con la aplicación en España del IVA han sido las relativas a las asociaciones de carácter social, materias sanitarias e importación de vehículos.

En cuanto a las asociaciones, la cuestión planteada ha sido la posibilidad o no de declarar exento del impuesto a una asociación: Resolución del TEAC *29 de marzo de 1990*, ya comentada en cuanto al planteamiento de cuestiones prejudiciales y efecto directo, que entendió que no era aplicable el tipo impositivo cero a una asociación por no cumplir los requisitos de la legislación española ni tener efecto directo la Sexta Directiva de la CEE (Directiva 77/388 del Consejo de 17 de mayo de 1977). En el supuesto, en efecto, la posibilidad de que el Estado exencionara a determinados organismos del IVA (previsto en el art. 13.2, a) de la Directiva), fue contemplada por la Ley y Reglamento del IVA (89) en unas determinadas condiciones que no satisfacía la sociedad reclamante.

Sobre materias sanitarias, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de *20 de enero de 1990* (90) se centra en determinar si a los efectos de la exención fiscal prevista en la legislación (91), las prestaciones de servicios propias de un psicólogo (92), pueden o no calificarse de ejercicio de una profesión sanitaria definida como tal por la normativa española sobre IVA, y en particular en lo relativo a las prestaciones de servicios relacionadas con la protección de la salud previstas en un tratamiento más favorable por la Sexta Directiva del Consejo de 17 de mayo de 1977 —en su art. 13—. Tras una exhaustiva labor hermenéutica, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco las entiende efectivamente comprendidas.

(89) Ley 30/1985, de 2 de agosto, del Impuesto sobre el Valor Añadido; Decreto 2028/85, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del IVA.

(90) Ver la sentencia en *Noticias CEE*, núms. 67-68, agosto-septiembre de 1990, págs. 181-184.

(91) En el artículo 8.1.3 de la ley 30/1985 del IVA y 13.1.3 de su Reglamento.

(92) Consistentes en el estudio, diagnóstico y tratamiento psicoterapéutico de las personas físicas realizadas por la recurrente en el desarrollo de la actividad profesional de psicología clínica.

Finalmente, y en relación a la importación de vehículos usados, la Resolución del TEAC de 7 de febrero de 1990 (93) sobre exención del IVA en la importación de un vehículo francés a España, estimó que al darse en el reclamante los requisitos necesarios para el disfrute de la franquicia arancelaria sobre importación de bienes usados y la exención fiscal (94), no debía ser gravada esta importación.

VI. EJECUCIÓN DE DECISIONES COMUNITARIAS

Bajo este apartado hacemos referencia al Auto 18 de julio de 1989 del Juzgado de Primera Instancia de Almendralejo, mediante el cual, y en aplicación del artículo 92 del TCECA (95), se acordó la ejecución forzosa de la Decisión de la Alta Autoridad CECA que obligaba a una empresa el abono de determinadas exacciones. Dicha Decisión, que tiene el valor de título ejecutivo, se lleva a cabo mediante la ejecución forzosa prevista en los artículos 922 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez autenticada la decisión por el Ministro de Justicia (96).

(93) Ver la sentencia en *Noticias CEE*, núms. 67-68, agosto-septiembre de 1990, págs. 185-187.

(94) Reglamento CEE 918/83, del Consejo de 28 de marzo, relativo al establecimiento de un régimen comunitario de franquicias aduaneras, Reglamento IVA sobre cambio de residencia, interpretación de este concepto a la luz de la normativa comunitaria (Recomendación 63/119/CEE de la Comisión de 6 de febrero de 1963 relativa a la determinación de la noción de «residencia normal»; Directiva del Consejo de 28 de marzo de 1983, 83/183/CEE) y española (RD 1099/86, de 26 de mayo, sobre entrada, permanencia y trabajo de ciudadanos de los Estados miembros de las CCEE).

(95) Que dispone:

«Las decisiones de la Alta Autoridad que impongan obligaciones pecuniarias serán títulos ejecutivos.

La ejecución forzosa en el territorio de los Estados miembros se llevará a cabo a través de los cauces legales existentes en cada uno de dichos Estados y después de haber consignado, sin otro control que el de la comprobación de la autenticidad de estas decisiones, la orden de ejecución utilizada en el Estado en cuyo territorio deba aplicarse la decisión. Se procederá al cumplimiento de esta formalidad a instancia de un ministro designado a tal fin por cada uno de los Gobiernos.

La ejecución forzosa sólo podrá ser suspendida en virtud de una decisión del Tribunal.»

(96) Según el artículo 1.º del RD 1359/96, de 28 de junio.

INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Constitucional

- Sentencia de 18-7-89.

Tribunal Supremo (Contencioso-Administrativo)

- Auto de 27-1-90.
- Sentencia de 24-4-90.
- Sentencia de 10-10-89.

Tribunales Superiores de Justicia

- Auto 7-11-89 (Cataluña).
- Sentencia 20-1-90 (País Vasco).
- Auto 11-6-90 (Andalucía).
- Auto 1-12-90 (Cantabria).

Juzgados de Primera Instancia e Instrucción

- Auto 13-3-89 (Oviedo).
- Auto 18-7-89 (Almendralejo).
- Auto 11-9-90 (Alicante).
- Auto 12-9-90 (Alicante).

Tribunal Económico-Administrativo

- Resolución 7-2-90.
- Resolución 7-2-90.
- Resolución 29-3-90.
- Resolución 5-4-90.
- Resolución 27-9-90.
- Resolución 10-10-90.