

# LA APLICABILIDAD DE LAS DIRECTIVAS NO TRANSPUESTAS: LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA SOCIAL DEL TJCE

POR JUAN GORELLI HERNÁNDEZ\*

**SUMARIO:** I. Introducción: 1. *La Directiva como instrumento normativo.*- 2. *El supuesto de hecho: el incumplimiento de la transposición.*- II. El efecto directo de las Directivas: 1. *Aplicabilidad directa y efecto directo.*- 2. *Fundamento jurídico del efecto directo de las Directivas.*- 3. *Requisitos para la consecución del efecto directo.*- 4. *Inconvenientes de la doctrina de la eficacia directa.*- III. *La eficacia interpretativa.*- IV. *Responsabilidad económica del Estado por incumplimiento de la obligación de transposición.*- V. *Conclusión.*

## I. INTRODUCCIÓN

Nuestra intención es analizar uno de los aspectos institucionales del Derecho comunitario, en concreto en materia de fuentes: la directiva. Vamos a ver como la directiva es un mecanismo normativo en el que se deja un margen de actuación a los Estados miembros, sin imponer la misma solución normativa para cada uno de ellos. Sin embargo, este mecanismo a través del cual cada Estado participa en el desarrollo de la regulación comunitaria depende, para que sea realmente efectivo, de que cada país incorpore la directiva a través del mecanismo de la transposición. Si el Estado no colabora desarrollando la directiva a través de normas internas, ésta pierde su eficacia, de manera que los sujetos particulares no pueden acceder a los derechos allí establecidos. Para solventar esta situación el TJCE ha dispuesto algunos mecanismos dirigidos a extender los efectos de la directiva a los ciudadanos, pese al incumplimiento estatal de las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, se habla así del efecto directo de las directivas, o de otros mecanismos tendentes a lograr un resultado similar. Es aquí donde nosotros tomamos la cuestión, pues como vamos a comprobar, el segmento social de la regulación comunitaria ha provocado buena parte de las resoluciones más relevantes dictadas por el TJCE en materia de remedios contra la no transposición de directivas. Bien podemos afirmar que la conflictividad del Derecho "social" comunitario se ha convertido en impulsor de las diferentes líneas jurisprudenciales que persiguen alcanzar la extensión de efectos de las directivas pese al incumplimiento estatal de la obligación de transposición. Es justamente esta realidad la que justifica nuestro análisis, advirtiendo que nuestra intención es centrarnos sobre el conjunto jurisprudencial que se refiere a las directivas de carácter social.

\* Profesor Titular de Derecho del Trabajo (Universidad de Sevilla).

## 1. La Directiva como instrumento normativo

Siguiendo la literalidad del artículo 189 del Tratado CEE (1) se puede afirmar que la Directiva comunitaria es un instrumento normativo que carece de carácter general, al obligar exclusivamente a los estados destinatarios; si bien éstos tienen la obligación de alcanzar un "resultado", dejando a la elección del estado la "forma y los medios" para que el contenido de la misma tenga efectividad en el ordenamiento interno de cada país; o lo que es igual, que es necesario que el estado proceda a transponer la Directiva a la regulación nacional. En conclusión, es un mecanismo que carece de aplicabilidad directa y de efecto directo. Se contraponen así la Directiva al Reglamento, que tiene "alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro" (2).

La Directiva tiene esta configuración tan característica porque se ha evitado imponer una aplicación absolutamente uniforme del Derecho Comunitario (a través de Reglamentos que se configuran como la principal expresión de las facultades legislativas de la comunidad), facilitando un mecanismo que no sustituye el poder legislativo de los estados, sino que al contrario necesita de él para establecer una legislación armonizada entre los diferentes países miembros. Aparecen así los dos elementos que explican la configuración de la Directiva: el objetivo de armonización de las diferentes legislaciones nacionales; es decir, la consecución de un mismo resultado fijado por la UE, pero a través de diferentes mecanismos normativos utilizados por los Estados (3). De otro lado, esta figura supone el respeto a las competencias legislativas de los Estados (4).

A tenor de lo señalado hasta ahora podemos decir que las principales características de la Directiva serían las siguientes:

a) El único sujeto obligado es el Estado, no los particulares. Este es un elemento que se deduce de la literalidad del art. 189 TCEE, siendo resaltado por la totalidad de la doctrina que ha reflexionado sobre el carácter y la naturaleza de las Directivas (5). Esto no debe confundirse con una falta de generalidad de

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

(2) Artículo 189 TCEE.

(3) PÉREZ ALENCART, A., estima que la armonización consiste en la "aproximación de los ordenamientos nacionales que, conservando sus propias especificidades, confluyen hacia una normativa común a todas ellas". *El Derecho comunitario europeo de la Seguridad y Salud en el trabajo*, Tecnos, Madrid 1993, página 78.

(4) En este sentido MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid 1996, página 368.

(5) Así, ABELLÁN HONRUBIA, V. y VILÁ COSTA, B.: *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, Ariel, Barcelona 1994, página 95. De igual modo SORIANO, J.E.: *Reglamentos y directivas en la jurisprudencia comunitaria*, Tecnos, Madrid 1988, páginas 96 y ss. COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T.: *Derecho Social Comunitario*, Tirant lo

las Directivas, pues éstas pueden afectar a todos los Estados miembros, siendo entonces la generalidad un efecto innegable (6).

b) Desde la perspectiva de la aplicabilidad de las Directivas ha de repararse en las consecuencias que supone entender que el Estado es el sujeto obligado. En primer lugar, que es necesario la transposición de la Directiva al ordenamiento nacional para que tenga aplicación sobre los sujetos particulares. Esto significa que la Directiva carece de la aplicabilidad directa que tienen los Reglamentos, pues requiere de la actividad complementaria de cada Estado. Pero además hay una segunda consecuencia de gran importancia para el trabajo que pretendemos desarrollar: en caso de incumplimiento el Estado es el único responsable (7).

c) Anteriormente hemos visto a quién obliga la directiva, ahora bien, también es importante señalar a qué obligan. Ha de responderse ante todo que lo que se impone es un obligación de resultado en cuanto al objetivo: a través de la transposición cada Estado miembro incorpora a su ordenamiento interno el contenido de la Directiva. El Estado tiene, por tanto, la obligación de adoptar las normas internas necesarias para el cumplimiento del objetivo previsto en la Directiva; no pudiendo subordinar los intereses protegidos por la Directiva a otros diferentes. Sólo de esta manera la Directiva queda "completa" (8). Para que este acto o actos de transposición sean plenamente correctos deberá realizarse en los términos señalados por la Directiva y en la totalidad de su contenido. En realidad la necesidad de transposición es reflejo de esa intención del ordenamiento comunitario de facilitar la participación a todos y cada uno de los Estados miembros en el proceso legislativo (9); es decir, la intención de utilizar un mecanismo de armonización entre los ordenamientos de cada país en vez de imponer una única regulación uniforme para todos, de manera que todos los trabajadores de la Unión (hablamos desde una perspectiva estrictamente laboral) tengan un similar nivel de protección y todos los empresarios deban soportar mecanismos de protección similares pese a que los instrumentos utili-

Blanch, Valencia 1991, página 36. Igualmente MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Derecho Social Europeo*, Tecnos, Madrid 1994, página 39.

(6) Así lo manifiesta IGLESIAS CABERO, M.: *Fundamentos de Derecho Comunitario Europeo*, Colex, Madrid 1995, página 149.

(7) En este sentido se manifiesta SORIANO, J.E.: "El estado miembro destinatario, en su cualidad de sujeto comunitario, es, pues, el único beneficiario de la Directiva, y caso de que cualquier elemento o aparato del mismo falle en el cumplimiento de las Directivas, irremisiblemente quedará colocado dicho Estado en situación de responsabilidad, sea el Estado-Gobierno, el Estado-Juez, el Estado-Legislador o cualquier fragmento de Estado, quien incumpla". *Op. cit.*, págs. 96 y 97.

(8) Expresión utilizada por BORRAJO DACRUZ, E.: "Libertad de opción y responsabilidad del Estado-Legislador frente a las Directivas comunitarias europeas: La experiencia del FOGASA", *AL* nº 36 de 1994, página 571.

(9) De esta opinión SORIANO, J.E.: *Op. cit.*, página 108.

zados por los diferentes estados sean distintos (10); éste es el sentido básico y el objetivo de esta figura normativa, que busca armonizar la regulación de los diferentes países miembros. Además, hay una vinculación al plazo establecido para realizar la transposición de la Directiva, tras cuyo agotamiento surge el incumplimiento del Estado. Es evidente que la exigencia de un plazo evita la posibilidad de invocar la libertad de cada Estado para elegir el momento de la transposición (11). En este sentido no es posible incumplir dicho plazo alegando la complejidad de las modificaciones legislativas internas (12).

d) Se deja a las autoridades nacionales la libertad para elegir la forma y utilizar los medios para alcanzar el resultado; hay por tanto un ámbito de libertad de decisión para los diferentes miembros (13). Esta libertad recae sobre la forma y los medios para alcanzar el resultado; es decir, se deja al Estado la elección del instrumento normativo. Tal como la doctrina ha destacado esta libertad está seriamente limitada: de un lado por estar condicionada al resultado u objeto previsto por la propia Directiva, el cual podrá ser más o menos concreto en función de lo en ella establecido (14). Debe producirse una adecuación de la forma y medios elegidos a la consecución del objetivo perseguido por la Directiva (15); se impide así los posibles excesos de discrecionalidad que pudieran cometer las autoridades nacionales. En cuanto al instrumento de trans-

- (10) Así lo afirma el TJCE que estima que "Al armonizar las normas aplicables a los despidos colectivos, el legislador comunitario ha querido, a la vez, garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Comunidad". St de 8 de junio de 1994, asunto 383/92, Comisión contra Reino Unido. En idénticos términos, pero en materia de transmisión de empresas la St de 8 de junio de 1994, asunto 382/92, Comisión contra Reino Unido.
- (11) ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid 1994, página 225.
- (12) LIROLA DELGADO, M.I.: "La transposición y aplicación de las Directivas comunitarias por los Estados miembros: tendencias actuales y evolución de la jurisprudencia del TJCE", *Gaceta Jurídica de la CEE*, mayo de 1994, página 20.
- (13) Esta peculiaridad ha hecho que la doctrina laboral compare a las directivas con las leyes marco, naturalmente, con las debidas cautelas; en este sentido ORTIZ LALLANA, M.C.: "Derecho Social comunitario: principios fuentes y conexión con el derecho interno (I)", *AL* n° 40 de 1992. Igualmente MONTOYA MELGAR M, A., GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Op. cit.*, página 38.
- (14) En este sentido se manifiesta GONZÁLEZ ORTEGA, S., quien pone el ejemplo de la Directiva Marco en materia de salud laboral y las directivas específicas. "La aplicación en España de las Directivas comunitarias en materia de Salud Laboral", en VV.AA., *III Jornadas sobre la Comunidad Europea*, Consejería de Trabajo y Universidad de Sevilla, Sevilla 1995 página 211.
- (15) Así lo manifiestan MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Op. cit.*, página 369.

posición, el mecanismo normativo puede ser diferente en cada Estado, llegando a admitirse por la jurisprudencia del TJCE la ejecución de la directiva a través de un contexto normativo general preexistente a la directiva (16), si bien rechaza la transposición a través de simples prácticas administrativas, siempre modificables por voluntad de la Administración (17). En materia laboral la reciente Directiva 96/34, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, muestra una clara preferencia por una transposición convencional o a través de la negociación colectiva (18), de hecho se establece que o bien el Estado dispondrá las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas; o bien, asegurar que los interlocutores sociales establezcan los acuerdos necesarios para ello (19). Esta posibilidad de aplicación negocial es contraria a la tradicional opinión del TJCE, que ha venido entendiendo que la negociación colectiva no era un mecanismo suficiente para lograr una efectiva transposición de las directivas (20); sin embargo, se admite en este caso, probablemente porque esta Directiva no es sino un fenómeno de legislación negociada.

Una vez vistos estos elementos configuradores, cabe afirmar que, en principio, el grado de vinculabilidad para trabajadores y empresarios de este tipo de norma depende directamente de la transposición, de que ésta se produzca y

- (16) Así la St de 11 de agosto de 1995, asunto 433/93, Comisión contra la República Federal de Alemania: "(...) la adaptación del Derecho interno a una Directiva no exige necesariamente una reproducción formal y textual de sus preceptos en una disposición legal expresa y específica y, en función de su contenido, puede ser suficiente un contexto jurídico general, siempre que este último garantice efectivamente la plena aplicación de la Directiva de manera suficientemente clara y precisa para que, si la directiva tiene como fin crear derechos en favor de los particulares, los beneficiarios estén en condiciones de conocer todos sus derechos y de ejercerlos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales".
- (17) Así las St de 12 de octubre de 1995, asunto 242/94, Comisión contra Reino de España; o la de 29 de junio de 1995, asuntos acumulados 109/94, 207/94 y 225/94, Comisión contra la República Helénica.
- (18) La génesis de esta Directiva, narrada en los considerandos de la propia Directiva reside en el acuerdo entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES), e implica el primer supuesto de actuación del art. 4.2 del Acuerdo de Política Social del TUE, que establece que "La aplicación de los acuerdos celebrados a nivel comunitario se realizará, ya sea según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, ya sea, en los ámbitos sujetos al art. 2 y a petición conjunta de las partes firmantes, sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión".
- (19) Parece que la Directiva hace alusión a los acuerdos interprofesionales recogidos en el art. 83 del Estatuto de los Trabajadores. De esta opinión se muestra CASAS BAAMONDE, M.E.: "Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental", *RL* n° 24 de 1996, página 11.
- (20) En este sentido las Sentencias de 8 de junio de 1982, asunto 91/82, Comisión contra República Italiana; 30 de enero de 1985, asunto 143/83, Comisión contra Reino de Dinamarca; 10 de julio de 1986, asunto 235(84, Comisión contra República Italiana.

respete el objetivo y los criterios esenciales fijados por la Directiva. El problema estriba cuando la transposición no cumple las expectativas que de la misma deberían derivarse, lo que ha hecho plantear al TJCE diversas líneas de actuación para aplicar directamente a los sujetos particulares las Directivas; tal como destaca Jiménez-Blanco "que sólo le obligue a él (al Estado miembro) no implica necesariamente que los particulares no puedan hacer valer el contenido de la directiva: de otra forma, la exigencia de aquélla quedaría reducida y las posibilidades de fiscalización de su cumplimiento mermadas" (21).

## 2. El supuesto de hecho: el incumplimiento de la transposición

Tal como hemos señalado anteriormente la Directiva se caracteriza por una falta de aplicabilidad y de eficacia directa, lo cual la diferencia respecto del Reglamento, pero además introduce un importante elemento de complejidad en este instrumento normativo pues requiere de la transposición. Esto implica dejar en manos de los Estados la puesta en marcha del objetivo fijado por la Unión y la efectividad misma de la normativa europea.

En principio nada ha de temerse, sin embargo, con frecuencia surge un problema de fondo importante y es que el Estado no cumpla con la obligación impuesta por la Directiva. Este incumplimiento se puede concretar en las siguientes situaciones:

— La no transposición de la Directiva una vez superado el plazo previsto por la misma.

— Que la transposición se realice de manera incompleta; es decir, que se proceda a emitir una regulación nacional que no recoge parte del contenido de la Directiva.

— Que la transposición se realice de manera incorrecta, de manera que la regulación nacional de transposición sea contraria a la Directiva.

En todos estos supuestos se produce una deformación de los efectos perseguidos por la regulación europea, deformación producida por la no transposición o la anómala transposición realizada por los órganos competentes nacionales.

Cualquier crítica que se realice de esta situación pasa por denunciar que la misma procede de un incumplimiento de un país miembro, lo cual implica que el análisis que se realiza de la cuestión parte de la necesidad de "sancionar" al incumplidor. Esto va a condicionar bastante la respuesta que se articula para intentar solventar la debilidad natural de las Directivas tal como comprobaremos más adelante. En principio se detecta que la posibilidad de acudir al art. 169 del TCEE es insuficiente, pues con este expediente tan sólo se consigue la declaración de incumplimiento del Estado, sin que se imponga ningún mecanismo para lograr la efectiva aplicación del contenido normativo de la Direc-

(21) "El efecto directo de las Directivas de la Comunidad Europea", *Revista de Administración Pública* n° 109, página 128.

tiva; es necesario, por tanto buscar mecanismos alternativos que permitan dotar de efectividad a las Directivas pese al incumplimiento estatal y lograr así que los efectos de las mismas alcancen a los sujetos particulares, a los empresarios y trabajadores. En esta dirección aparece la posibilidad de imponer sanciones a un Estado miembro por la no ejecución de una sentencia de declaración de incumplimiento, recogida en el artículo 171 del TCEE modificado por el TUE (22); sin embargo, dichas sanciones económicas no benefician a los sujetos particulares, más aún, al plantearse el cobro sobre las fondos económicos que procedentes de la UE debe cobrar el Estado incumplidor, incluso los sujetos particulares pueden resultar perjudicados indirectamente por la sanción económica, al no disponer el Estado de dichas cantidades económicas que le son descontadas.

Se plantea así la posibilidad de dotar a las Directivas de la eficacia directa que también poseen los Reglamentos, siempre que se produzca un incumplimiento estatal. De esta manera, la Directiva que es un instrumento que, según una primera lectura del TCEE, requiere de su correcta transposición para que produzca efectos entre los particulares, pasa a tener eficacia entre ellos cuando el Estado incumple total o parcialmente su obligación, llegando a imponerse frente a la regulación interna. Sin embargo, tal como vamos a comprobar esta respuesta ha facilitado tan sólo soluciones de carácter parcial, provocando a su vez problemas de importancia que limitan este mecanismo (el principal la desnaturalización de esta figura normativa), lo que ha motivado a su vez la aparición de mecanismos alternativos que persiguen dotar a los particulares el nivel de protección otorgado por la Directiva.

## II. EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS

### 1. Aplicabilidad directa y efecto directo

Una vez que se plantea el problema de la no transposición de la Directiva, el TJCE utilizó como primera vía de reacción contra el incumplimiento la posibilidad de predicar el "efecto directo" de las Directivas. Desde la perspectiva actual puede afirmarse que se ha producido un cierto parón en esta doctrina jurisprudencial, basado en los inconvenientes y limitaciones derivadas de la misma, lo que ha impulsado nuevas líneas que intentan superar dichas restricciones. Pero antes de pasar al estudio de los fundamentos en los que se basa esta posición hemos de diferenciar entre dos conceptos, aplicabilidad directa y

(22) Se trata de multas coercitivas por cada día de incumplimiento. La Comunicación sobre la aplicación del art. 171 del TCEE (DOCE de 21 de agosto de 1996) establece que el importe de la sanción se determinará en base a la gravedad de la infracción, la duración de la misma y la necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción, fijándose el "Método de cálculo de la multa coercitiva" en el DOCE de 28 de febrero de 1997.

efecto directo que en ocasiones la doctrina, e incluso la jurisprudencia del TJCE ha utilizado como sinónimos, cuando en realidad se refieren a realidades diferentes aunque íntimamente relacionadas. Al tratarse de conceptos diferentes se puede plantear además si es factible la existencia de aplicabilidad directa sin efecto directo o viceversa, cuestión que está íntimamente relacionada con la posibilidad de que los efectos de las Directivas no transpuestas alcancen a los sujetos particulares

La expresión aplicabilidad directa está expresamente recogida en el art. 189 del TCEE, en concreto se nos dice que el reglamento será "directamente aplicable en cada Estado". La doctrina entiende que esta terminología se refiere al efecto que tienen determinadas normas comunitarias para formar parte del ordenamiento jurídico interno de cada estado sin necesidad de un acto nacional de incorporación o recepción de dicha norma (23).

Por contra, el efecto directo es una terminología introducida por el TJCE a raíz de la *St. Van Gend en Loos* (24), con la que se pretende aludir a que las normas comunitarias despliegan por sí mismas plenitud de efectos en todos los Estados miembros, de manera que la regulación comunitaria pueda establecer derechos y obligaciones para los particulares, pudiendo ser éstos los que puedan invocarlos directamente ante los tribunales nacionales, que deben amparar y salvaguardar dichos derechos individuales (25).

A tenor de lo expuesto cabe señalar que la aplicabilidad directa tiene un matiz centrado sobre elementos de carácter técnico-jurídico, la "autosuficiencia" de la norma comunitaria; por contra, el efecto directo se centra sobre un elemento tuitivo, la posibilidad de que los sujetos individuales puedan hacer valer los derechos contenidos en dicha regulación (26). En realidad ambos conceptos se interrelacionan, y con carácter general puede afirmarse que el efecto directo es consecuencia de la aplicabilidad directa. En este sentido, el reglamento, que forma parte del ordenamiento interno de cada país, es susceptible de generar efectos directos; o dicho de otra manera, la pertenencia de la

(23) En este sentido se expresan SORIANO, J.E.: *Op. cit.*, página 117; en el mismo sentido ORTÍZ LALLANA, M.C.: "Derecho Social Comunitario: principios, fuentes y conexión con el Derecho Interno (I) y (II)", *AL* n° 40 y 41, página 727; MARTÍNEZ MURILLO, J.J.: "Directivas: su aplicabilidad directa y su efecto directo vertical y ... ¿horizontal?", *Gaceta Jurídica de la CEE* n° 99, noviembre de 1991, página 21.

(24) *St.* de 5 de febrero de 1963, caso 26/62. Esta Sentencia no se refiere a las directivas, sino a la posibilidad de que el art. 12 del Tratado constitutivo (que prohíbe el establecimiento entre los Estados miembros de derechos de aduana a la exportación o importación, o el incremento de los ya existentes) podía establecer derechos y obligaciones para los sujetos particulares.

(25) En este sentido se han manifestado MARTÍNEZ MURILLO, J.J.: "Directivas: su aplicabilidad directa y su efecto directo vertical y ... ¿horizontal?", *Gaceta Jurídica de la CEE* n° 99, noviembre de 1991, página 20; MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Op. cit.*, página 388.

(26) ABELLÁN HONRUBIA, V. y VILA COSTA, B.: *Op. cit.*, página 114.

norma al ordenamiento interno es condición para que los particulares puedan invocarla ante los tribunales nacionales (27). Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria se ha planteado romper este binomio, impulsando la extensión del efecto directo pese a que la regulación carezca de aplicabilidad directa. El ámbito normativo donde se ha producido esta evolución jurisprudencial es el de las Directivas, y el objetivo perseguido no es otro que el de evitar la principal debilidad de estas normas: el incumplimiento por algún Estado de su obligación de transposición, con lo que se imposibilita que éstas produzcan efectos.

A tenor de la literalidad del art. 189 del Tratado Constitutivo, es evidente que las Directivas carecen de aplicabilidad directa, pues expresamente se nos dice que el Estado sólo está obligado al resultado que debe conseguirse, de manera que debe ser él quien configure la regulación nacional que acoge los objetivos fijados por la Directiva. De otro lado, también parece obvio que a tenor de esta regulación no es posible interpretar que la Directiva tenga efecto directo; no sólo porque no se haga mención a esta cuestión en el art. 189, que sí establece expresamente este efecto para el Reglamento, sino también por el hecho de que al carecer de aplicabilidad directa y necesitar de la transposición, no puede tener efecto directo (28). En realidad, bien puede decirse que la obligación del estado en materia de Directivas consiste en dotar a la misma de aplicabilidad directa al realizar la transposición, logrando así que genere derechos y obligaciones a los sujetos particulares; es decir, su efecto directo. Pues bien, tal como vamos a ver a continuación, la opción por la que inicialmente se inclina el TJCE es la de forzar la interpretación del art. 189 TCEE, llegando a entender que las Directivas, que no son directamente aplicables, sin embargo, pueden llegar a tener efecto directo (29).

## 2. Fundamento jurídico del efecto directo de las Directivas

Como punto de partida de la doctrina del efecto directo ha de señalarse el incumplimiento del Estado de las obligaciones de transposición. En una actuación correcta la norma a aplicar es la norma interna, el problema se plantea cuando, transcurrido el plazo de ejecución el Estado miembro no ha procedido a ejecutar o transponer la Directiva, o lo ha hecho de manera incorrecta. En este caso, aplicando los elementos caracterizadores que hemos visto anteriormente, esta normativa europea no puede ser aplicada. Sin embargo, la doctrina del TJCE ha intentado solventar esta situación por la vía de potenciar la aplicación del contenido de las Directivas pese a la falta de recepción por el derecho interno, o su recepción incorrecta, de manera que la norma europea pueda

(27) MARTÍNEZ MURILLO, J.J.: *Op. cit.*, página 21

(28) Así se manifestó SORIANO, J.E.: *Op. cit.*, página 121.

(29) Paralelamente puede plantearse también la posibilidad de un Reglamento, que al estar dirigido a los Estados miembros y no a los ciudadanos, no tenga efecto directo; así, ORTÍZ LALLANA, M.C.: *Op. cit.*, página 727.

fundamentar la reclamación de un sujeto particular ante los tribunales nacionales; en definitiva, se trata de dotar de eficacia a la Directiva, pese a que el TCEE no se la otorgue, y proteger así los derechos de los particulares. En realidad esta posición del TJCE no es sino consecuencia de la debilidad propia de la Directiva como instrumento normativo, pues su eficacia queda en manos de los países miembros.

El TJCE ha utilizado como fundamento jurídico el principio de primacía o supremacía del derecho comunitario respecto del ordenamiento interno, de manera que el Derecho comunitario se impone al nacional, dejando inaplicadas aquellas normas internas que sean contrarias a aquél (30), lo cual no es sino consecuencia de la cesión de soberanía de los Estados miembros a las instituciones de la comunidad (31).

Así, en materia de Directivas, surge como principal consecuencia de la primacía del derecho comunitario la intención de asegurar el "efecto útil" de las Directivas, de manera que aunque la regulación comunitaria esté destinada a los estados miembros, puede tener efectos directos y generar derechos a los ciudadanos que deben ser protegidos por los tribunales nacionales (32). El origen de esta interpretación del TJCE está en la *St. Van Gend en Loos*, antes mencionada, en la que se afirma, si bien en relación a las decisiones, que si ciertamente se deduce del art. 189 del TCEE que "los Reglamentos son directamente aplicables y, en consecuencia, dada su naturaleza susceptibles de producir efectos directos, no resulta de ello que otras categorías de actos contemplados por este artículo no puedan jamás producir efectos análogos (...) Que particularmente, en el caso en que las autoridades comunitarias hubieran, por decisión, obligado a un Estado miembro o a todos los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de tal acto se encontraría debilitado si los administrados de este Estado no pudieran alegarla en vía judicial y los órganos jurisdiccionales nacionales estuvieran impedidos para tomarla en consideración como elemento de derecho comunitario".

- (30) En este sentido se pronuncia la *St Costa/ENEL*, de 15 de julio de 1964, asunto 6/64: "(...) esta integración en el derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuente comunitaria, y más en general los términos y el espíritu del Tratado, tiene como corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, frente a un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que no les es oponible".
- (31) "Si esto es así mal puede entenderse que las normas emanadas de las instituciones de la Comunidad en el ejercicio de esos derechos soberanos que les han sido cedidos, necesiten de una norma nacional que les introduzca en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. De necesitar tal norma de recepción, no se estarían ejerciendo realmente derechos soberanos". MARTÍNEZ MURILLO, J.J.: *Op. cit.*, página 22.
- (32) En este sentido la *St Van Gend en Loos*, al referirse a la prohibición del art. 12 del TCEE, que está dirigida a los países miembros. Con posterioridad, la *St Becker*, de 19 de enero de 1982, asunto 8/81 afirma que "(...) el efecto útil de tal acto se encontraría debilitado si los justiciables estuvieran imposibilitados de prevalecer en justicia y las jurisdicciones nacionales impedidas de tomar en consideración en tanto que elementos de derecho comunitario".

A partir de este punto de partida inicial, se aplicará el mismo razonamiento a las Directivas no transpuestas, comenzando el desarrollo de este planteamiento una Sentencia atinente a una cuestión de carácter social: la *St. Van Duyn*, de 4 de diciembre de 1974 (33). La Sra. Van Duyn reclamó en base al art. 48 del TCEE, que se refiere al derecho de libertad de circulación de los trabajadores comunitarios, y el art. 3 de la Directiva 64/221, que establece que las limitaciones a la libertad de circulación deben estar fundadas en el comportamiento del ciudadano interesado. Esta última norma no había sido desarrollada por la regulación nacional inglesa. Antes esta situación el TJCE reitera que "(...) sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 del Tratado reconoce a la Directiva, el excluir en principio que la obligación que impone pueda ser invocada por las personas afectadas (...) el efecto útil de tal acto comunitario se vería debilitado si los justiciables no pudieran alegar en justicia, y las jurisdicciones nacionales impedidas de tomar en consideración, tales normas en cuanto parte del Derecho Comunitario". Reconoce, por tanto, esta Sentencia que los efectos de las Directivas pueden alcanzar a los particulares, que está capacitados para solicitar el amparo del derecho concedido por las mismas ante la jurisdicción nacional (34).

Desde el anterior punto de vista se concluye que si la Directiva no ha sido transpuesta en el plazo otorgado a los estados, se constituye como un acto con la intensidad normativa suficiente para imponerse frente a la ausencia de transposición. Incluso se admiten estos efectos cuando exista legislación nacional

- (33) Asunto 41/74. Esta *St. versa* sobre libertad de circulación, pues la Administración Inglesa rechazó la entrada en este país a la Sra Van Duyn, neerlandesa, que había recibido una oferta de trabajo de la Iglesia de la Cienciología, pues este país consideraba las actividades de la empresa como contrarias al orden público.
- (34) También fundamental en la configuración de esta doctrina fue la *St Ratti*, de 5 de abril de 1979, Asunto 148/78. Este caso versaba sobre la decisión de una empresa química italiana que decide ajustarse a las reglas sobre envases reguladas en las Directivas 73/173 y 77/228, no transpuestas por el Estado italiano. Dado que la regulación de las Directivas era diferente a la nacional, la empresa fue sancionada por la Administración italiana. El asunto llegó hasta el TJCE, que aplicó idénticos razonamientos a los ya mencionados en la *St Van Duyn*: el carácter obligatorio de las Directivas, según lo reconoce el art. 189 TCEE, y la necesidad de defender el efecto útil de las Directivas no transpuestas: "(...) que si, en virtud de las disposiciones del art. 189, los reglamentos son directamente aplicables y, por consiguiente, susceptibles por su naturaleza de producir efectos directos, no se deriva de ello que otras categorías de actos no puedan, en ningún caso, producir efectos análogos. Que sería incompatible con el efecto obligatorio que el art. 189 reconoce a la directiva excluir, en principio, que la obligación que impone pueda ser invocada por personas afectadas. Que particularmente, en los casos en que las autoridades comunitarias hubieran obligado por vía de directiva a los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de tal acto se encontraría debilitado si los administrados se vieran impedidos de alegarla en vía judicial y los órganos jurisdiccionales impedidos de tomarla en consideración en cuanto elemento de derecho comunitario".

contraria a la Directiva, protegiendo así el derecho o la pretensión jurídica del ciudadano frente al Estado, así se deduce de la St. Marshall de 2 de agosto de 1993, asunto 271/91, que en materia de extinción discriminatoria (por razón de sexo) del contrato, afirmó que "(...) una persona perjudicada por un despido discriminatorio puede alegar lo dispuesto en el art. 6 de la Directiva (se refiere a la 76/207 sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres) frente a una autoridad nacional que actúe en calidad de empleador para excluir una disposición nacional que imponga límites al importe de la indemnización que puede obtenerse en concepto de reparación" (35).

### 3. Requisitos para la consecución del efecto directo

Hasta ahora hemos hecho referencia a la posibilidad de predicar efectos directos de las Directivas, pero es necesario señalar que los mismos no se pueden predicar con carácter general de cualquier Directiva y bajo cualquier circunstancia, sino que es necesario que se cumplan determinados requisitos. Estos requisitos han sido también establecidos por la propia jurisprudencia del TJCE, y fueron básicamente establecidas a través de jurisprudencia sobre asuntos sociales, especialmente la St. Marshall, de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84. Estos requisitos son los siguientes (36):

- (35) La Sentencia versa sobre la cuestión prejudicial planteada ante la demanda de la Sra. Marshall, cuyo contrato de trabajo con un organismo público fue extinguido al alcanzar la edad de jubilación, la cual es diferente entre los hombres y mujeres. La Sra. Marshall reclamó una indemnización ante lo que consideraba una extinción discriminatoria. Dicha indemnización fue concedida, pero limitada en su cuantía por la regulación interna inglesa, ante lo cual se plantea una reclamación de la demandante, a raíz de la cual se interpone la cuestión prejudicial.
- (36) También en el ámbito estrictamente laboral podemos ver la St. Foster, de 12 de julio de 1990, asunto 188/89: "Así, en todos los casos donde las disposiciones de una directiva aparezcan como en esta, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, estas disposiciones pueden ser invocadas en defecto de las medidas de aplicación tomadas en el plazo, o en contra de toda disposición no conforme a la directiva. En la misma dirección la St. Franco-vich y Bonifaci, de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados 6/90 y 9/90: "Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia que el Estado miembro que no haya adoptado, en el plazo señalado, las medidas de ejecución impuestas por una Directiva no puede invocar frente a los particulares el incumplimiento, en que él mismo ha incurrido, de las obligaciones que implica la directiva. Por tanto, en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva resultan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones pueden ser invocadas, a falta de medidas de ejecución adoptadas en el plazo señalado, en contra de cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva, o también si son de tal naturaleza que definan derechos que los particulares pueden invocar frente al Estado". En otros ámbitos jurídicos puede citarse a la St. Fratelli Costanzo, de 22 de junio de 1989, asunto 103/88, sobre regulación

— Que el plazo de transposición haya expirado sin que se haya producido transposición de la misma. Con anterioridad hemos visto como la obligación del Estado miembro es la de ejecutar la Directiva comunitaria antes de que expire el plazo de transposición; es por ello lógico que el primero de los requisitos que han de cumplirse a la hora de plantear la eficacia directa es su agotamiento. En definitiva no es más que una consecuencia lógica "por la propia naturaleza de las cosas" (37), dado que hasta que dicho plazo no finalice el Estado tiene margen de actuación para proceder a ejecutar la directiva y evitar que se acuda a la eficacia directa. De otro lado debe tenerse en cuenta que el TJCE ha señalado que cuando la Directiva contenga un plazo de ejecución, pero además, fije un plazo de aplicación de la normativa nacional posterior, el efecto directo se producirá una vez superada la segunda y posterior fecha (38).

Debe resaltarse que esto supone negar la posibilidad de un efecto directo "anticipado", se cierra así la posibilidad de que un particular pueda invocar una directiva durante el plazo que cuenta cada estado para incorporar el contenido normativo de la directiva a su ordenamiento interno. En realidad la cuestión no es tan simple pues a diferencia de lo que ocurre con los reglamentos, los plazos temporales para la entrada en vigor de las directivas suele ser bastante largo, precisamente para permitir que los estados miembros puedan ejecutar el contenido normativo de la directiva. Es precisamente por esta razón que debe rechazarse este efecto directo anticipado, que incluso podría llegar a suponer un impedimento o prohibición al estado para que durante dicho plazo use sus

de contratos públicos de obras: "(...) cuando las disposiciones de una Directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean lo suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado, bien cuando haya procedido a una adaptación incorrecta".

- (37) JIMÉNEZ-BLANCO, A.: "El efecto directo ...", *Op. cit.*, página 130. Este autor destaca cómo hay cierto sector doctrinal que mantiene la opinión de que sería factible la eficacia directa incluso antes de la finalización del plazo de transposición, si bien sólo en el caso hipotético de que un Estado miembro, mediante su actuación haga absolutamente imposible la ejecución de la Directiva antes del transcurso del plazo. *Op. cit.*, páginas 130 y 131.
- (38) Así lo afirmó la St. Vaneetveld/Le Foyer, de 3 de marzo de 1994, asunto 316/93, en la que se planteaba si podía reclamarse los efectos directos de la directiva 84/5, relativa a la aproximación de la legislación de los Estados miembros sobre seguro de responsabilidad civil de vehículos de automóvil. La citada directiva establece en su art. 5 que el plazo de transposición era el de 31 de diciembre de 1987, si bien las disposiciones nacionales modificadas de conformidad a la directiva, serían aplicables a más tardar el 31 de diciembre de 1988. En este caso, el TJCE afirma "(...) debe interpretarse en el sentido de que, antes del 31 de diciembre de 1988, fecha prevista en el apartado 2º del art. 5º, las disposiciones de esta Directiva no podían conferir a los particulares derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deban salvaguardar".



facultades legislativas para regular en contra del objetivo perseguido por la directiva (39).

— Que la Directiva no haya sido ejecutada correctamente. Es posible que se haya producido una cierta actividad ejecutiva por parte del Estado miembro, pero sería factible reclamar el efecto directo en aquellos casos en los que esta actuación desemboque en una transposición simplemente parcial (lógicamente de aquella parte de la Directiva no transpuesta), o la ejecución de la misma no sea conforme con lo establecido por la Directiva.

— Que la regulación de la Directiva sea clara y precisa; es decir que establezca una obligación concreta desprovista de ambigüedad. La jurisprudencia del TJCE ha sido contundente en cuanto a la apreciación de esta exigencia, interpretando que es suficientemente precisa “cuando impone una obligación en términos inequívocos” (40). Sin embargo, la doctrina ha destacado como esta condición es relativa, ya que es un elemento cuya apreciación se reserva el propio TJCE (41).

— Por último, se exige que el mandato de la Directiva sea incondicional. Esto significa que la Directiva ha de contener una obligación o derecho, que no deje lugar a opción discrecional alguna para el Estado; en definitiva, “que no exista libertad de apreciación en la que introducir su voluntad política el sujeto receptor” (42). Parece claro que cuando el contenido de la Directiva requiere de una concreción posterior por parte de cada país miembro, no es posible predicar la eficacia directa.

(39) En este sentido SORIANO, J.E.: *Op. cit.*, páginas 114 y 115. La negativa al efecto directo anticipado aparece en la *St. Ratti*, de 5 de abril de 1979, que trataba sobre la sanción impuesta por el Estado italiano, en base a su regulación interna, a un ciudadano particular que adaptó su actuación empresarial a las directivas 73/173 y 77/228 en materia de etiquetado (que eran contrarias a la regulación interna italiana), si bien la apertura del procedimiento sancionador se produjo una vez que había caducado el plazo para la transposición de las directivas. Esta sentencia afirmaban “Que mientras este plazo no se haya cumplido, los Estados miembros no están obligados en la materia”. En el mismo sentido la más reciente *St. Vaneeveld/Le Foyer* antes citada: “Debe recordarse, en primer lugar, que los particulares sólo pueden invocar una Directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales cuando haya vencido el plazo fijado para adaptar a ésta el Derecho nacional”.

(40) *St. Comitato di coordinamento per la difesa della cava*, de 23 de febrero de 1994, asunto 236/92.

(41) JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Op. cit.*, pág. 132; también SORIANO, J.E.: *Op. cit.*, página 133.

(42) SORIANO, J.E.: *Op. cit.*, página 133. En similares términos LOUIS, J.V.: *El ordenamiento jurídico comunitario*, Luxemburgo 1989, página 123. La anteriormente citada *St. Comitato di coordinamento per la difesa della cava*, señala que una disposición comunitaria es incondicional cuando “no está sujeta a ninguna condición ni subordinada, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de ningún acto de las Instituciones de la Comunidad o de los Estados miembros”.

Uniendo los elementos de precisión, claridad e incondicionalidad puede afirmarse que la Directiva producirá efectos directos siempre que su regulación sea autosuficiente por lo detallado de la misma al establecer derechos para los sujetos particulares (43), naturalmente, una vez superado el plazo de transposición sin actividad positiva por parte del Estado. Esta posición jurisprudencial ha promovido la elaboración de Directivas menos genéricas y mucho más precisas, que se asemejan bastante a los Reglamentos, al no dejar apenas margen de apreciación a los estados miembros; justo lo contrario de lo que pretende el art. 189 del TCEE (44).

Cabe señalar para terminar, que tal como ha destacado la propia jurisprudencia del TJCE, también es factible reclamar la eficacia directa, no de la Directiva en general, sino tan sólo de algunas de sus disposiciones en las que se cumplan las condiciones anteriormente señaladas. Esto significa que pese a que en general una Directiva no sea clara, precisa o incondicional, y que por tanto, una vez superado el plazo de transposición no se pueda reclamar la eficacia directa, sí será posible reclamarla de aquellas disposiciones individuales de la Directiva que sí establezcan derechos para los ciudadanos con suficiente claridad, precisión y que sean incondicionales. En el mismo sentido puede afirmarse que también podrá tener efecto directo la Directiva parcialmente ejecutada por el país miembro, en aquel conjunto de normas que no hayan sido transpuestas (45); se trataría así de un efecto directo parcial.

#### 4. Inconvenientes de la doctrina de la eficacia directa

La doctrina de la eficacia directa presenta como principal problema su carácter limitado. En primer lugar, quedan fuera de la eficacia directa aquellas normas que no cumplan con los requisitos anteriormente señalados. Además, si se cumplen estos requisitos, ¿ante quién puede oponerse tales derechos? Debemos tener en cuenta que la jurisprudencia del TJCE tan sólo ha reconocido la eficacia directa vertical, limitando la posibilidad de reclamar el efecto directo por un particular cuando esta reclamación se ejerce para facilitar la actuación de un derecho frente al poder público, al Estado, pero no contra otro sujeto particular.

(43) Tal como señalan MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: “Lo que importa es que el beneficiario y el derecho protegible deben estar bien definidos en la propia norma comunitaria sin necesidad de normas de ejecución nacionales o comunitarias”; *Op. cit.*, página 392.

(44) ALONSO GARCÍA, R.: *Op. cit.*, página 260.

(45) De esta opinión FERNÁNDEZ LIESA, C.R. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Estudio de la sentencia «Francovich & Bonifaci»”, *Cuadernos Jurídicos*, nº 2 de 1992, página 27.



El origen de esta doctrina la tenemos en una trascendental St. del TJCE de carácter social, la St. Marshall, de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84 (46). Esta resolución señaló que sólo la actuación de los poderes normativos nacionales pueden imponer obligaciones o cargas a los sujetos individuales, por lo que un sujeto particular no puede invocar el contenido de una Directiva no transpuesta frente a otro particular; tan sólo puede oponerse frente al Estado destinatario de la misma y que la ha incumplido. Dicha St. afirma que "(...) de acuerdo con el artículo 189 del Tratado, la naturaliza obligatoria de la directiva, que constituye la base de la posibilidad de invocarla ante un tribunal nacional, existe sólo con relación a cada estado miembro al que se dirige. De donde se sigue que una directiva no puede imponer por sí misma obligaciones a un individuo, y una disposición de una directiva no puede invocarse en cuanto a tal frente a dicha persona". Esto significa que este efecto directo tan sólo se predica en sentido vertical (frente al Estado), pero no horizontal (frente a otros sujetos particulares); en definitiva, que los particulares sólo pueden beneficiarse del efecto directo y de los derechos establecidos en una directiva no transpuesta, cuando se ejerzan frente al Estado o algún organismo de carácter estatal, pero no pueden hacer valer ese mismo derecho frente a otro sujeto individual (47).

Esta respuesta tiene su justificación en el dato ya conocido de que el único sujeto obligado por la Directiva es el Estado miembro, por lo que de su incumplimiento no pueden derivarse perjuicios para terceros sujetos no obligados (48). Desde otro punto de vista estamos ante una respuesta condicionada por el hecho de que el análisis de esta cuestión se ha centrado siempre en actuar contra un sujeto (el Estado) incumplidor, siendo la eficacia directa un mecanismo de

(46) La St. versa sobre la extinción del contrato de trabajo de la Sra. Marshall por cumplir la edad de jubilación, que para las mujeres era de 60 años según la regulación inglesa. Por contra, para los hombres esa edad es a los 65. La Sra. Marshall reclamó por despido discriminatorio contra su empresario (un sujeto privado) por razón de sexo en base a esa diferencia, esgrimiendo que la regulación inglesa era contraria a la directiva 76/207, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo referente al acceso al empleo, formación y promoción profesional y condiciones de trabajo.

(47) Complementariamente a esta posición debe reseñarse que si las directivas no pueden por sí solas crear obligaciones a cargo de un particular sin la intermediación del Estado (que debe transponer la directiva); esto implica que el Estado no puede hacer valer frente a el particular una directiva todavía no ejecutada, no puede haber, por tanto, un efecto vertical "inverso". En este sentido las St. Kolpinghuis, de 8 de octubre de 1987, asunto 80/86.

(48) En contra de esta afirmación se argumenta que "debe diferenciarse entre la obligación de adoptar medidas de ejecución que desarrollen las disposiciones de la directiva, y las obligaciones que tales medidas de ejecución o tales disposiciones de la directiva puedan contener, las cuales no sólo pueden estar perfectamente dirigidas a particulares, sino que en la mayoría de los casos lo estarán. Si tenemos en cuenta que es precisamente de las disposiciones de la directiva de las que se predica el efecto directo, fácil es concluir que el mismo debiera de ser tanto vertical como horizontal". MARTÍNEZ MURILLO, J.J.: *Op. cit.*, página 23.

sanción, que como tal no puede alcanzar a quien nada tiene que ver en el incumplimiento (49). Incluso en alguna ocasión se llega a insinuar que la ampliación de los efectos directos supone establecer una equivalencia entre Directiva y Reglamento (50). Sin embargo, pese a que pueda afirmarse que la conclusión entra dentro de la estricta lógica jurídica, también debe señalarse que esta respuesta deja en evidencia los defectos de la construcción jurisprudencial de la eficacia directa, al quedar tremendamente limitada.

No sólo es que se produzca una enorme reducción en su ámbito de aplicación, lo que de por sí implica una importante limitación a su eficacia; es que, además, esta doctrina supone una evidente discriminación entre los sujetos particulares a los que va dirigida la directiva, pues dependiendo de con quien se relacionen la misma producirá efectos directos o no: si el particular se relaciona con el Estado se pondrá en marcha la eficacia directa, aplicándose el derecho que para el particular es concedido por la directiva; si por contra la relación se establece entre sujetos particulares la eficacia directa no es posible, de manera que no se aplicará el contenido de la directiva, sino la regulación nacional, que puede ser totalmente contraria a la directiva. Ante situaciones que pueden ser idénticas (con la única diferencia del sujeto, particular o el Estado, con el que se entable la relación jurídica), la respuesta jurídica será diferente, concediéndose el derecho sólo para aquellos sujetos relacionados con el Estado. Es relevante que, si bien el ordenamiento comunitario considera al principio de no discriminación como un principio de orden público, su propia jurisprudencia origina tal discriminación (51).

(49) Así, afirma ALONSO GARCÍA, que "La eficacia aplicativa de las directivas, basada en un primer momento en el principio del «efecto útil» (...), fue adquiriendo poco a poco caracteres de técnica «sancionadora», al vincularse progresivamente al incumplimiento mismo por los Estados miembros de ejecutarlas correctamente". *Op. cit.*, página 267. En el mismo sentido MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A.: "(...) el Tribunal viene a fundamentar el efecto directo vertical de las directivas no tanto en la eficacia material de su contenido cuanto en el hecho de que el Estado hubiera incumplido su obligación de desarrollarla adecuadamente. De este modo, con el reconocimiento de la invocabilidad de las directivas frente al Estado, se viene a sancionar a éste por haber incumplido su obligación de trasponer adecuadamente y en tiempo la directiva que se invoca"; "Crónica del TJCE", *Gaceta Jurídica de la CEE*, septiembre de 1994, páginas 22 y 23. En el mismo sentido alguna resolución del TJCE, así la St Faccini Dori, de 14 de julio de 1994, asunto 91/92, que afirma que "Si la Directiva sólo pudiera ser invocada respecto al Estado, ello equivaldría a una sanción por la no adopción de medidas legales de adaptación del Derecho interno, como si se tratase de una relación de naturaleza puramente privada".

(50) Así la anteriormente citada St Faccini Dori: "Ampliar dicha jurisprudencia al ámbito de las relaciones entre los particulares equivaldría a reconocer a la Comunidad la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando sólo tiene dicha competencia en aquellos supuestos en que se le atribuye la facultad de adoptar Reglamentos".

(51) Así lo ha destacado MILLÁN MORO, L.: "La eficacia directa de las directivas: evolución reciente", *Revista de Instituciones Europeas*, nº 3 de 1991, página 853

Esta situación se agrava si tenemos en cuenta el proceso de privatización que sufren las empresas de titularidad pública, siendo perfectamente posible que el derecho concedido por una directiva no transpuesta, tenga efecto directo en el momento que la empresa sea de titularidad pública, perdiéndose el mismo cuando la empresa pasa a manos privadas (52), lo que implica un alto grado de inseguridad jurídica.

Pero los inconvenientes de la eficacia vertical alcanzan su cenit cuando se trata de directivas que contienen derechos fundamentales o principios básicos del ordenamiento comunitario, como puede ser la igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos, pues en este caso toda la estructura argumental de la eficacia directa, basada en la necesidad de proteger los derechos de los particulares y la necesidad de mantener la primacía de la norma comunitaria sobre la nacional, deja de funcionar justo en la situación en que es más necesaria la protección de los particulares (53), lo cual ha hecho plantearse a algunos autores la necesidad de reconocimiento de eficacia directa horizontal como norma general, en las Directivas no transpuestas en su plazo. (54) A la luz de

- (52) Las anomalías de esta situación se destacan al comparar los casos Von Colson y Kamann, de 10 de abril de 1984, asunto 14/83 y Harz, de 10 de abril de 1984, asunto 79/83. Ambos casos versaban sobre la directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, formación y promoción profesional y condiciones de trabajo; de manera que en los dos se produjo un rechazo a la contratación por la condición femenina, si bien con la diferencia de que en el primero las dos asistentes sociales reclaman contra la administración penitenciaria regional, el Land de Nordrhein-Westfalen, mientras que en el segundo una ingeniera reclama contra la empresa que era un sujeto privado. En el primer caso se planteó la compatibilidad de la directiva con la regulación alemana que se limitaba a imponer una indemnización por los perjuicios causados a las candidatas discriminadas, limitándose a reembolsar los gastos de traslados al lugar de reclutamiento. Al final en ambos casos se declaró que no había lugar a la eficacia directa al faltar precisión en el art. 6 de la directiva; si bien la doctrina se ha preguntado si esta hubiera sido la respuesta si sólo se hubiera planteado el primer caso, así, MILLÁN MORO, L.: *Op. cit.*, página 856.
- (53) Podemos ver las críticas a esta situación en MANGAS MARTÍN, A.: "Así, un buen número de sentencias referidas a la aplicación de las directivas comunitarias en el ámbito laboral sobre igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos, no suficientemente traspuestos en los derechos nacionales de los Estados miembros, han dado lugar a soluciones "discriminatorias", ya que el Tribunal ha aceptado la invocación de los derechos protegidos por la directiva cuando se exigían por trabajadores al servicios de las Administraciones Públicas (funcionarios, trabajadores contratados) y ha negado la invocabilidad de la directiva para amparar la igualdad de trato en las relaciones laborales en el sector privado". "Problemas y perspectivas del ordenamiento jurídico comunitario", en VV.AA., *Congreso sobre la crisis del Estado y Europa*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1988, página 62. En el mismo sentido MILLÁN MORO, L.: "La eficacia directa de las directivas: evolución reciente", *Revista de Instituciones Europeas*, nº 3 de 1991, página 847.
- (54) Así, MANGAS MARTÍN, A.: *Op. cit.*, página 62.

los asuntos Faccini Dori (55) o el más reciente Spano y otros (56), es evidente que ésta no ha sido la dirección adoptada por el TJCE, que defiende la restricción de la eficacia directa al ámbito vertical. Sin embargo, las dificultades que pueden originar la falta de eficacia horizontal también han sido destacadas por el TJCE que ha intentado solventarlas básicamente a través de una ampliación del concepto de Estado, para así forzar un incremento de los particulares afectados por la eficacia simplemente vertical.

Esta línea arranca desde la propia St. Marshall, de 26 de febrero de 1986, que amplía la noción de Estado a su actuación como empresario, señalando que "no tiene importancia el carácter con que actúe el Estado, como empresario o como autoridad pública". Con posterioridad, la St. Foster, de 12 de julio de 1990, asunto 188/89 (57), estableció que "(...) la Corte en todo caso admite que las disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de una directiva podrán ser invocadas en contra de los organismos y entidades que están sometidas a la autoridad y control del estado o que dispusieran de poderes exorbitantes en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares". Esto implica que la eficacia directa afectará, según esta noción amplia de Estado, no sólo a todas las administraciones públicas, ya sean estatales, autonómicas, provinciales o locales, sino que tal como destaca González Ortega (58), se incluye dentro de este concepto ampliado de Estado a todos los organismos públicos que desempeñen una función o servicio público, o cuando se realiza una actividad privada por el Estado, a través o no de una empresa pública y cuando se trate de una empresa controlada, tanto en la gestión como en la financiación o en su régimen económico, por el Estado. El objetivo perseguido no es otro que impedir "que el Estado, actuando en cualquiera de sus

- (55) Esta St, ya anteriormente citada, plantea la posibilidad de efectos directos de la Directiva 85/577, sobre protección de consumidores en caso de contratos negociados fuera de establecimientos comerciales, inclinándose por rechazar la posibilidad al tratarse de un litigio entre dos sujetos estrictamente particulares. Es interesante estudiar en esta Sentencia las conclusiones del Abogado General Sr. Carl Otto Lenz, en la que se exponen sistemáticamente los principales argumentos a favor de la eficacia horizontal de las directivas no transpuestas (igualdad en las condiciones de competencia entre países que han transpuesto y los que no, las consecuencias discriminatorias para ciudadanos de diferentes estados, unos que han transpuesto y otros que no) y los argumentos favorables a negar la eficacia horizontal (la diferente naturaleza de la directiva respecto del reglamento, que supone una carga impuesta a los terceros que no están obligados por la directiva, o el principio de seguridad jurídica).
- (56) St. de 7 de diciembre de 1995, asunto 472/93. En este caso se trataba de los efectos directos de la directiva 77/187, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, centros de actividad o de partes de centros de actividad.
- (57) Esta St. también versa sobre un despido discriminatorio por razón de sexo, reclamando varias trabajadoras en base a la directiva 76/207 contra la Corporación Británica de Gas, empresa de carácter estatal.
- (58) *Op. cit.*, página 223.

manifestaciones y actividades, «iure imperii» o «iure gestionis», se beneficiara de su propio incumplimiento, y por otra parte, se ampliaba la protección de los particulares frente a todo tipo de actividad estatal" (59).

En todo caso, pese a la buena intención perseguida por el TJCE es evidente que se genera una nueva situación contradictoria, pues la extensión de la noción de Estado, a los efectos de eficacia directa vertical, a su actuación como empresario implica una posición tremendamente asimilada a la de sujeto particular; y ello cuando la eficacia directa entre sujetos particulares (horizontal), está vedada por el propio TJCE, todo lo cual acrecienta esa situación de discriminación. Además, al no existir una noción jurídica comunitaria de "Estado", y al tener cada país miembro diferentes estructuras internas estatales, es obvio que se genera una diferente aplicación del efecto directo vertical en cada país, con el consiguiente riesgo de perder la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario (60). De otro lado, tal posición del TJCE contrasta con otras interpretaciones reduccionista de la noción de Estado en materia diferente a la eficacia directa, lo que supone un elevado grado de incertidumbre provocada por una interpretación "camaleónica" (61) de dicho concepto.

Parte de la doctrina ha acusado a esta doctrina jurisprudencial de provocar una evidente desnaturalización de la directiva, pues a tenor de la regulación establecida en el art. 189 del TCEE la eficacia directa no es un elemento natural de las Directivas, sino que surge ante la falta de respeto de los países miembros a la hora de cumplir sus obligaciones en esta materia. Para este sector doctrinal una interpretación extensiva de los efectos directos suponen una manipulación evidente de la literalidad del art. 189, que con claridad distingue entre dos figuras normativas diferentes, los reglamentos y las directivas; que, sin embargo, y gracias a la doctrina del efecto directo resultan asimiladas, con lo que se rompe esta distinción, ante lo que se pide una gran prudencia (62). Ciertamente la posición del TJCE aparece ante una situación de incumplimiento estatal de las directivas, lo que en sí mismo supone una deformación de los efectos jurídicos perseguidos por la directiva y previstos en el TCEE. La respuesta del TJCE ha sido la de intentar convertir a la directiva en un acto normativo similar al reglamento, aunque sólo en el nivel de las relaciones jurídicas verticales. Como circunstancia añadida debe resaltarse que esta doctrina ha supuesto una reelaboración del objetivo de las directivas, que cada vez y con mayor frecuencia se conciben más precisas y detalladas, describiendo exhaustivamente la obligación a imponer a los estados miembros (63), lo que supone una evidente reducción del margen de maniobra con el que cuentan los Estados.

(59) MILLÁN MORO, L.: *Op. cit.*, página 859.

(60) De esta opinión se muestra MILLÁN MORO, L.: *Op. cit.*, página 861.

(61) Expresión utilizada por MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Op. cit.*, página 402.

(62) En la postura de exigir mayor prudencia podemos citar a SORIANO, J.E.: *Op. cit.*, páginas 134 a 136.

(63) Así MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Op. cit.*, páginas 369 y 370.

Se debilita así el papel de armonización propio de las directivas y se adquiere una posición de uniformidad normativa más típica del reglamento (64); en definitiva, la propia directiva prevé la posibilidad de sustituir las facultades legislativas de los estados miembros. Comparemos estos elementos con los que al principio del trabajo consideramos propios y característicos de la directiva comunitaria, y no se podrá llegar sino a la conclusión de la desnaturalización del papel normativo de la directiva.

En definitiva debe resaltarse cómo los inconvenientes que se han señalado actúan desde dos puntos de vista diferentes, tanto a nivel de considerarla como una doctrina que ha cometido excesos, como desde el punto de vista contrario, demandando una profundización y ampliación de la misma para proveer una mejor cobertura de los derechos de los sujetos particulares. Así, la doctrina y el TJCE se mueven en esta materia entre dos posiciones entre sí enfrentadas; de un lado, se entiende que la aceptación de los efectos directos de las Directivas no transpuestas supone una evidente opción desnaturalizadora de la figura de la Directiva, que se asimila peligrosamente al Reglamento, cuando ambas figuras están perfectamente delimitadas por el art. 189 TCEE. Por contra, frente a esta postura que resalta el exceso interpretativo respecto de la naturaleza de la Directiva, encontramos que se reconoce que la doctrina del efecto directo es un medio inadecuado de asegurar la aplicación de las Directivas no transpuestas, al limitarlo tan sólo a su ámbito vertical, sin poder hacerlas valer frente a los particulares (65); dicho de otra manera, que la discriminación originada por esta doctrina desaparecería si se reconociera a las directivas la posibilidad de producir efecto directo horizontal (66).

### III. LA EFICACIA INTERPRETATIVA

A tenor de lo señalado hasta ahora, y analizando la cuestión desde la perspectiva de la protección de los intereses de los particulares, parece evidente que la principal limitación de la doctrina de la eficacia directa es la ausencia de los

(64) De esta opinión es SORIANO, J.E.: "Eso supondría eliminar, sencillamente, la distinción entre Reglamentos y Directivas, operación ésta claramente manipuladora del Tratado y que no es lícita, ni a tenor de los términos de éste, ni de acuerdo con una interpretación histórica. Los Estados miembros son, y han de ser partícipes activos de la vida comunitaria, y justamente encuentran su lugar concreto en el desarrollo de las Directivas". *Op. cit.*, página 135.

(65) En este sentido LIROLA DELGADO, M.I.: "Así, el principal problema del principio de efecto directo sigue siendo su inadecuación como medio de asegurar la aplicación de las directivas, en tanto que el Tribunal no reconozca el efecto directo horizontal de las mismas, ya que aun en los casos en que sus disposiciones sean suficientemente claras y precisas, no resultará invocable frente a los particulares". *Op. cit.*, página 27.

(66) MILLÁN MORO, L.: *Op. cit.*, página 849; de igual modo MANGAS MARTÍN, A.: "Problemas y perspectivas ...", *Op. cit.*, página 37.

efectos horizontales; la imposibilidad de acudir a la regulación de la directiva para que se apliquen los derechos y obligaciones en las relaciones jurídicas entre particulares (las más frecuentes), pudiendo sólo alegarse cuando se trata de una relación entre un sujeto particular y un sujeto público (67). Con anterioridad hemos señalado cómo ha intentado solventar esta cuestión el TJCE a través de la ampliación del concepto de Estado, pero también hemos señalado que esta actuación presenta importantes inconvenientes. Es por esto que el propio TJCE ha intentado abordar esta cuestión desde otros puntos de vista diferentes, facilitando una extensión de la eficacia de las directivas no transpuestas.

El principal intento desarrollado por parte de la jurisprudencia del TJCE para eludir los problemas derivados de la falta de eficacia horizontal ha sido el de intentar dotar al contenido normativo de las directivas no transpuestas de un cierto nivel de eficacia cuando se trata de relaciones entre sujetos privados: se utiliza la directiva como parámetro de interpretación del derecho interno, lo que podemos llamar eficacia interpretativa de las directivas.

Este efecto interpretativo consiste en interpretar la regulación nacional de conformidad al contenido de las directivas no transpuestas, lo cual puede llegar a suponer la aparición de obligaciones que penden sobre los sujetos particulares, que no habrían surgido sin la previa existencia de la directiva (68). De acuerdo con esta eficacia interpretativa de las directivas, el juez nacional al que se le somete un asunto relacionado con una materia regulada por una directiva comunitaria, tiene la obligación de interpretar la regulación interna de conformidad con el objetivo perseguido por la directiva (69). En todo caso, hay una sustancial diferencia con el efecto directo: mientras que éste se invoca por un particular para que las disposiciones de una directiva tenga aplicación a su favor y se le conceda un derecho en ella reconocido; por contra, aquí asistimos a la invocación para que sirva de mecanismo de interpretación al juez a la hora

(67) Ha de señalarse que si bien la eficacia directa es sólo posible en las relaciones entre un sujeto particular y uno público, dicha eficacia sólo se proyecta para proteger al sujeto privado frente al público, pero no al contrario. Ello es consecuencia del ya antes mencionado carácter sancionador con el que surge la doctrina del efecto directo, con la que se pretende imponer una sanción al estado incumplidor. Desde esta perspectiva es evidente que no sería admisible la eficacia directa cuando es el propio estado quien la alega el que incumple su obligación de transposición. En este sentido la ya citada St. Ratti, de 5 de abril de 1979, asunto 148/78, que expresamente nos dice que "Tal fundamento sancionador de la eficacia de las directivas implicaría que, en las relaciones jurídicas verticales, esto es, entre el ciudadano y el poder público, aquél siempre podría invocar contra éste la directiva, en los términos analizados, pese a la ausencia de ejecución o la ejecución incorrecta; y a la inversa, que el poder público no podría invocar una directiva contra un ciudadano, al ser él el responsable del incumplimiento que plantearía su directa aplicación".

(68) En este sentido ALONSO GARCÍA, R.: *Op. cit.*, página 272

(69) Así lo manifiesta LIROLA DELGADO, M.I.: *Op. cit.*, página 22.

de aplicar el derecho nacional; se habla así de un cierto "efecto indirecto" de las directivas (70).

El origen de esta doctrina jurisprudencial reside también en el ámbito estrictamente laboral, más concretamente surge al dictarse las sentencias sobre los ya mencionados asuntos Von Colson y Kamann y Harz (71). Como sabemos en ambos casos se reclamaba en base a la directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, formación y promoción profesional y condiciones de trabajo; de manera que en los dos se produjo un rechazo a la contratación por la condición femenina, si bien con la diferencia de que en el primero el empresario era un sujeto público, mientras que en el segundo la empresa era un sujeto privado. Como sabemos en ambos casos, resueltos por sendas sentencia el mismo día, se planteaba la posibilidad de producción de efectos directos, si bien en el primer caso había una relación vertical, lo que justificaba la eficacia directa, mientras que en el segundo la relación era horizontal al estar implicados sólo sujetos particulares. En realidad, en ambos casos se rechazó el efecto directo al entender el TJCE que no se cumplían los requisitos mínimos para la eficacia directa. Probablemente ese rechazo se justifica porque se quería evitar que se diesen dos respuestas diferentes en función del empresario para el que la trabajadora realiza su prestación laboral, lo que hubiera provocado una evidente situación de discriminación, el TJCE estableció la obligación del juez nacional de interpretar la regulación comunitaria a la luz y según la finalidad de las directivas: En concreto ambas sentencias afirmaba que "(...) los tribunales nacionales deben interpretar su derecho nacional a la luz del texto y del propósito de la directiva en orden a alcanzar el resultado al que se refiere el artículo 189".

En la evolución de esta línea jurisprudencial tiene gran importancia la posterior Sentencia Marleasing, de 13 de noviembre de 1990 (asunto 106/89), en la que el Juez nacional plantea al TJCE la eficacia de una directiva no transpuesta en un ámbito de relaciones jurídicas claramente horizontales: entre sociedades o entre estas y sus socios (72). El punto de partida del TJCE consiste

(70) Así, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Esta obligación de interpretación de la norma nacional conforme a la Directiva de que se trate constituye un supuesto de un cierto "efecto indirecto" de la norma comunitaria, en la medida en que ésta, careciendo de efecto directo, no obstante se incorpora a la aplicación de la norma nacional, integrando el contenido de los derechos recogidos en esta última" *Op. cit.*, página 224.

(71) Ambas Sentencias son de 10 de abril de 1984.

(72) Este caso tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Oviedo, sobre la interpretación del art. 11 de la Directiva 68/151, sobre coordinación de las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo 2º del art. 58 del Tratado CEE para proteger los intereses de socios y terceros. Más concretamente se trataba de que la sociedad Marleasing solicitó (en base a la regulación nacional) al Juzgado la declaración de nulidad del contrato de sociedad de la empresa La Comercial, que esgrimía la regulación del art. 11 de la directiva 68/151.

en el rechazó a la posibilidad de eficacia directa de la regulación contenida en la directiva, pues sin necesidad de entrar a valorar si la regulación controvertida cumple o no con los requisitos de claridad, incondicionalidad, etc, es evidente que se trata de un ámbito de relaciones jurídicas horizontales (73). Sin embargo, pese al rechazo del efecto directo de la regulación contenida en la directiva, admitió que el Juez español tenía la obligación de interpretar la regulación española sobre sociedades anónimas de conformidad a lo dispuesto por la citada directiva: "la jurisdicción nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz del texto y de la finalidad de la directiva para, al efectuar dicha interpretación, atender a los resultados a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado". El punto de partida de este razonamiento se encuentra, tal como expresamente señala esta St. en el asunto Von Colson y Kamann, así como en el reconocimiento de que la obligación que asume el Estado frente a una directiva es la de adoptar las medidas generales o particulares para asegurar la ejecución de las obligaciones impuestas a todas las autoridades del Estado, incluyendo naturalmente a las judiciales (74).

Es relevante que esta eficacia interpretativa se admita no sólo cuando se trata de un supuesto de relación jurídica vertical, sino también cuando la relación tiene carácter horizontal y se trata de una directiva no transpuesta. Es aquí donde debemos manifestar la verdadera relevancia de la doctrina que analizamos, pues es de esta manera que se produce una ampliación de la protección de los particulares afectados por la directiva no transpuesta.

Entendemos que el principal campo de actuación de la eficacia interpretativa será aquellas situaciones en las que no se pueda defender la doctrina de la eficacia directa por tratarse de relaciones horizontales, o entre sujetos individuales. En estos casos, si se admite el juego de la eficacia interpretativa, por

(73) Sobre esta cuestión la St. afirma, recordando expresamente a la St. Marshall, de 26 de febrero de 1986, que "(...) conviene hacer mención a la constante jurisprudencia de la Corte según la cual una directiva no puede por sí sola crear obligaciones para un particular, y en consecuencia, la disposición de una directiva no puede ser invocada, por un particular, contra otro particular".

(74) En concreto la St. establecía que "la obligación de los Estados miembros, dimanante de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades jurisdiccionales". Debe señalarse que algún sector doctrinal se ha planteado que la respuesta otorgada por esta Sentencia se explica en base a que la cuestión discutida versaba sobre la interpretación del art. 11 de la directiva, que establece una regulación más restrictiva de las causas de nulidad de las sociedades anónimas que la propia normativa nacional. Probablemente en caso contrario se hubiera aplicado el razonamiento, ya conocido de la St. Kolpinghuis. En este sentido se ha manifestado MILLÁN MORO, L.: *Op. cit.*, página 865.

esta vía se puede llegar a alcanzar ciertamente la eficacia horizontal de las directivas a través de una vía indirecta, que en algunas ocasiones se ha llamado "efecto transfusión" (75). No obstante, este principio puede llegar a desarrollar también un importante papel en aquellos casos en los que el efecto directo sea imposible por no cumplirse los requisitos mínimos para que esta surja e independientemente de que se trate de una relación jurídica vertical u horizontal, en estos casos, tal como se planteaba ya en la St. Colson y Kamann, se podría llegar a producir unos efectos similares a los defendidos por la eficacia directa (76). Más dudas plantea la posibilidad de un efecto de estas características cuando aún no ha transcurrido el plazo de transposición de la directiva, aunque hay algún sector doctrinal favorable a esta interpretación (77). En definitiva, pese a la falta de efectos directos (independientemente de que sean relaciones jurídicas verticales u horizontales), eso no implica la irrelevancia de la directiva; alcanzando sus efectos a la interpretación de la regulación nacional.

Sin embargo, en la valoración del principio de eficacia interpretativa no todo debe ser juzgado como positivo, pues también contiene elementos negativos, que han sido ampliamente señalados por la doctrina. En este sentido, se ha criticado que este principio supone una evidente inseguridad jurídica, pues se van a imponer a los particulares obligaciones que derivan de la interpretación que realiza en cada caso el Juez del derecho nacional de conformidad a las directivas, pero que no aparecen claramente en la regulación interna. Esto implica un claro peligro de generar diversidad de interpretaciones, no ya entre los diferentes países miembros, sino dentro de un mismo estado entre los tribunales nacionales, pudiendo llegarse a interpretaciones contradictorias (78).

(75) Terminología utilizada por MANGAS MARÍN y LIÑÁN NOGUERAS: *Op. cit.*, página 412; o por ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: "La eficacia directa de las directivas en el ordenamiento interno: la interpretación de la legislación tributaria española en materia de cancelación de empréstitos a la luz de la directiva comunitaria 69/335", *Gaceta Jurídica de la CEE*, n° 107, octubre de 1995, página 23. En similar dirección se ha manifestado GONZÁLEZ ORTEGA: "(...) constituye un supuesto de un cierto «efecto indirecto» de la norma comunitaria, en la medida en que ésta, careciendo de efecto directo, no obstante se incorpora a la aplicación de la norma nacional, integrando el contenido de los derechos recogidos en esta última". *Op. cit.*, página 224.

(76) Esta posibilidad ha sido puesta de relieve por diversos autores, entre ellos podemos citar a ALONSO GARCÍA, R.: *Op. cit.*, página 272; también MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS: *Op. cit.*, página 412, o GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Op. cit.*, página 223..

(77) Favorable a esta interpretación se ha mostrado ALONSO GARCÍA, R., al interpretar la St. Kolpinghuis, de 8 de octubre de 1987, asunto 80/86: *Op. cit.*, página 257.

(78) En este sentido MILLÁN MORO, L.: *Op. cit.*, páginas 865 y 866. También LIROLA DELGADO, M.I.: *Op. cit.*, página 27.

De otro lado, debe señalarse una evidente limitación de la eficacia interpretativa: que tan sólo puede funcionar cuando la regulación nacional no sea claramente contraria a la directiva (79), en este caso es evidente que será muy difícil defender una interpretación "según" la directiva cuando ambas regulaciones son antitéticas; o dicho de otro modo, no parece viable la imposición de una obligación a un particular cuando la normativa nacional lo impide claramente.

En definitiva, parece correcto afirmar que si la intención del TJCE era la de conseguir un resultado similar a la eficacia directa en los supuestos de relaciones horizontales, hubiese sido mejor haber predicado sin complejos la eficacia horizontal de las directivas, pues la alternativa sugerida resuelve tantos problemas como origina otros nuevos.

#### IV. RESPONSABILIDAD ECONÓMICA DEL ESTADO POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE TRANSPOSICIÓN

Otro instrumento surgido de la jurisprudencia del TJCE y dirigido a otorgar un mayor nivel de protección a los particulares que no pueden reclamar la eficacia directa de la directiva no transpuesta (básicamente cuando se trata de una relación jurídica entre particulares u horizontal) y obtener el derecho en ella establecido, es el principio de responsabilidad pecuniaria del Estado; según el cual, los particulares pueden reclamar al Estado miembro la reparación de los daños sufridos por la no transposición o la transposición incorrecta de las directivas.

Más concretamente se quiere establecer el siguiente mecanismo de protección: una vez constatado el incumplimiento de un estado miembro de la obligación de transposición (bien por St. del TJCE de declaración de incumplimiento, cuestión prejudicial, o sentencia de un tribunal nacional cuando es facultativo acudir a la cuestión prejudicial en base a la doctrina del "acto claro"), el tribunal nacional tendrá la certeza de que se causa un daño injusto que el particular no tenía que soportar, ante lo cual el poder judicial nacional podrá condenar al Estado al resarcimiento de dichos daños, de conformidad a la regulación nacional (80). Es decir, a través de esta vía no se exige que la directiva pueda ser invocable ante los tribunales nacionales, o que la regulación nacional se interprete de conformidad a la directiva, sino que se exige responsabilidad económica al Estado en base a los daños sufridos por el hecho del incumplimiento de la obligación de transposición. Esta argumentación parte del reconocimiento de que el Estado miembro que incumple una directiva no sólo causa un daño a los particulares con los que está relacionado, sino también a los particulares que mantienen relaciones jurídicas con otros particulares. Estamos

(79) De esta opinión se muestra GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Op. cit.*, página 224.

(80) En este sentido se manifiesta GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "La responsabilidad de la administración española por daños causados por infracción del derecho comunitario", *Gaceta Jurídica de la CEE*, n° 60, febrero de 1989, página 3.

ante otro mecanismo a través del cual se pretende superar los negativos efectos de la falta del reconocimiento del efecto directo "horizontal" de las directivas (81). Más aún, algún sector doctrinal entiende que el principio de responsabilidad patrimonial del Estado funcionará cuando, además, tampoco sea posible acudir a la eficacia interpretativa para lograr una eficacia "indirecta y horizontal" (82).

De nuevo debemos resaltar la importancia de la jurisprudencia social en la elaboración de esta doctrina por el TJCE, de hecho otra vez el "leading case" es estrictamente laboral: la St. Francovich y Bonifaci, de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados 6/90 y 9/90. En estos casos se planteaba el incumplimiento del gobierno italiano por falta de transposición de la directiva 80/987, de 20 de octubre de 1980, sobre armonización de legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Es sabido que esta directiva establece la obligación de los estados de adoptar las medidas necesarias para que los organismos públicos puedan abonar a los trabajadores cantidades adeudadas por salarios cuando el impago se produzca por la insolvencia del empresario. Italia no estableció mecanismos de garantía alguno, al estimar que bastaba con los instrumentos ya existentes, organizados a través de la Cassa Integrazione Guadagni. Sin embargo, este organismo no actuaba para proteger a todos los trabajadores, limitándose a hacerlo tan sólo en las situaciones de crisis de grandes empresas industriales. Fue esta limitación lo que justificó las demandas y la ulterior respuesta del TJCE.

En la St. Francovich y Bonifaci el TJCE comienza por examinar si es factible el efecto directo de las disposiciones de la directiva que definen los derechos de los trabajadores. La St. estima que si bien la norma europea determina claramente los sujetos beneficiarios de las garantías, así como el conjunto de garantías establecidas por dicha regulación, pudiendo afirmarse que son normas incondicionales y suficientemente precisas; sin embargo, no mantiene esta opinión al analizar el sujeto obligado a prestar la garantía, por lo que rechaza el efecto directo de la citada directiva (83): A partir de aquí se centra en la posibilidad de imputar al estado una indemnización por ser responsable del incumplimiento de una obligación de Derecho comunitario, cuestión a la que responderá afirmativamente. En principio la St. establece como fundamento de esta responsabilidad en que el Tratado CEE crea un ordenamiento

(81) De esta opinión GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Op. cit.*, página 225.

(82) Así lo ha argumentado LIROLA DELGADO, M.I.: *Op. cit.*, página 25.

(83) "De ello resulta que, aun cuando las referidas disposiciones de la Directiva sean suficientemente precisas e incondicionales en lo que respecta a la determinación de los beneficiarios de la garantía y al contenido de esta última, dichos elementos no bastan para que los particulares puedan invocar esas disposiciones ante los órganos jurisdiccionales nacionales. En efecto, por una parte, dichas disposiciones no precisan quién es el obligado a prestar la garantía y, por otra parte, el Estado no puede ser considerado como obligado sólo por no haber adoptado en el plazo establecido las medidas de adaptación de su derecho nacional a la Directiva".



jurídico propio, que se impone a los diferentes estados y a sus órganos jurisdiccionales, de manera que éstos deben aplicar las disposiciones de derecho comunitario, garantizando su eficacia sobre todo en lo que significa derechos otorgados a los sujetos particulares (84); pues bien, tal como de manera expresa afirma la St, es evidente que “la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro”.

Se vuelve, por tanto, al argumento del “efecto útil” de la normativa comunitaria, si bien ahora se utiliza como fundamento para justificar la obligación del Estado de reparar los daños, lo cual para el TJCE es especialmente evidente cuando “la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario” (85). Como vemos, el TJCE toma conciencia de que el principio de primacía puede ser desarrollado todavía con más precisión para dotar a los particulares de garantías adicionales (86).

En definitiva, para el TJCE la responsabilidad por daños del Estado basados en un incumplimiento del Derecho comunitario “es inherente al sistema del Tratado (...) el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables”. Debemos resaltar, no obstante, que la doctrina sentada por esta Sentencia se ve facilitada por el hecho de que el incumplimiento del Estado versa sobre la no regulación en materia de garantías económicas salariales, en definitiva, una compensación pecuniaria.

(84) “(...) el Tratado CEE ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales, cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales y que, al igual que impone cargas a los particulares, el Derecho comunitario también genera derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico (...) incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar en el marco de sus competencias, las disposiciones de Derecho comunitario, garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que se confieren a los particulares”.

(85) El TJCE se basa también en la obligación de los Estados miembros impuesta en el art. 5 del Tratado, “en virtud del cual deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario”.

(86) En este sentido se han manifestado FERNÁNDEZ LIESA, C.R. y RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: “Derecho europeo, responsabilidad del Estado y efecto directo de las directivas”, *Cuadernos Jurídicos*, n° 2, noviembre de 1992, página 28.

Esta Sentencia termina haciendo alusión a un tema de importancia, pues va a subordinar el derecho a la indemnización a la concurrencia de tres requisitos:

— Que la regulación de la directiva suponga la atribución de derechos en favor de sujetos particulares. Se trata de auténticos derechos, no de simples expectativas, otorgados por la directiva (87).

— Que los derechos puedan ser identificados basándose en las disposiciones de la directiva. Es necesario que el derecho esté claramente recogido por la directiva, para que el Juez nacional pueda identificarlo.

— Que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por los sujetos particulares. En realidad estamos ante una condición ordinaria en cualquier reclamación de indemnización por responsabilidad. Sólo surgirá la responsabilidad del Estado si se establece un nexo causal entre la actuación de éste y el perjuicio sufrido por el sujeto particular.

Este resarcimiento de daños a los particulares se realizará a través de los procedimientos dispuestos por la regulación interna de cada país. En caso de no existir vías apropiadas para ello los Estados deben regular específicamente esta posibilidad introduciendo si es necesario para ello las modalidades procesales oportunas. En todo caso, la Sentencia reconoce que esta regulación “no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización”.

Esta línea jurisprudencial se desarrolla posteriormente por la St. Wagner Miret, de 16 de diciembre de 1993, asunto 334/92, sobre una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Cataluña en idéntica materia de la St. Francovich y Bonifaci. Esta cuestión versaba sobre una demanda interpuesta por el Sr. Wagner Miret, que era cargo directivo de una empresa española, contra el FOGASA. Más concretamente se planteaba si la directiva 80/987 (modificada por la 87/164) era de aplicación a todos los trabajadores asalariados, incluso al personal con relación laboral especial de alta dirección. El art. 1.2 de la directiva autoriza a los Estados miembros a excluir de su ámbito de aplicación a determinadas categorías de trabajadores, en base al carácter especial del contrato de trabajo o relación laboral, figurando en el Anexo I de la directiva una lista de trabajadores asalariados excluidos. España se limitó a solicitar la exclusión del personal al servicio del hogar familiar, por contra no solicitó la exclusión en caso del personal de alta dirección. Como consecuencia de esta situación el TJCE declaró que la directiva 80/987 en su versión modificada por la directiva 87/164 era de aplicación, “ya que el Derecho nacional los califica de trabajadores asalariados y no figuran en la Sección I del Anexo de la Directiva”.

(87) Algún sector doctrinal ha entendido que incluso si no se crean directamente derechos individuales por la directiva, este requisito debe entenderse en el sentido “de que el resultado prescrito por la directiva le confiere derechos basados en las medidas nacionales de transposición”. FERNÁNDEZ LIESA, C.R. y RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: Op.cit., página 30.



Una vez realizada esta primera afirmación el TJCE pasa a analizar si las garantías establecidas por la directiva en referencia a la protección de créditos salariales debían aplicarse a través del FOGASA, o a través de la vía de indemnización a cargo del Estado. Sobre esta cuestión el TJCE estima que la directiva no obliga a crear a los Estados un mismo órgano o institución de garantía para todas las categorías de trabajadores, de donde deduce que "el personal de alta dirección no puede acogerse a la Directiva para solicitar el pago de créditos salariales a la institución de garantía creada para las demás categorías de trabajadores asalariados". Esto significa que en este caso concreto no hay lugar al efecto directo de la directiva 80/987 por falta de determinación del deudor de la garantía, respuesta que nos parece criticable, pues desde nuestro punto de vista la institución jurídica que debe ofrecer esta garantía existe, es el FOGASA, que acentúa como mecanismo de garantía para todos los trabajadores (excepto los expresamente excluidos de la aplicación de la directiva por nuestro país, entre los que no se encuentra el personal directivo) (88), entendemos que en este caso hay una diferencia evidente respecto de la St. Francovich y Bonifaci, y es la existencia de una institución u organismo público destinado a cubrir los derechos de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

Tras desechar el efecto directo el TJCE se centra sobre otro de los principios a los que nos hemos referido: la eficacia interpretativa. Recuerda el TJCE que "(...) cuando interpreta y aplica el Derecho nacional, todo órgano jurisdiccional nacional debe presumir que el Estado ha tenido intención de cumplir plenamente las obligaciones derivadas de la Directiva de que se trate (...) el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo 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 Directiva". Sin embargo, dado que de los autos remitidos "parece deducirse" que no es posible que la regulación nacional sea interpretada de conformidad a la directiva, el TJCE abandona esta vía y opta por seguir el principio de responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento de la obligación de transposición (89). He utilizado comillas para resaltar la literalidad del argumento del TJCE, que contemplado a la luz de las Sentencias Van Colson y Kamann, Harz y Marleasing, nos parece excesivamente tibio, sobre todo teniendo en cuenta que las citadas Sentencias fueron bastante contundentes a la hora de imponer una interpretación conforme a las directivas de referencia, contundencia que se ha evitado en la St. Wagner Miret, lo que nos plantea si en realidad ésta no es contradictoria con las anteriormente citadas en materia de eficacia interpreta-

(88) De igual opinión FERNÁNDEZ LIESA, C.R. y RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: *Op. cit.*, página 34.

(89) El punto de partida es recordar la St. Francovich y Bonifaci, según la cual "el Estado miembro está obligado a reparar los perjuicios sufridos por el personal de alta dirección debido al incumplimiento de la Directiva en lo que a dicho personal se refiere".

tiva (90). En todo caso ha de señalarse que las discrepancias judiciales en esta materia surgidas entre diferentes TSJ (91) fueron resueltas por el TS en Sentencia para la unificación de la doctrina de 13 de julio de 1991, Ar 5985, en el sentido de mantener la aplicación del Derecho interno frente a la pretendida aplicación de la Directiva no desarrollada (92); doctrina que posteriormente fue ratificada por la St. TS de 30 de diciembre de 1992, Ar 10382 (93).

En realidad vemos como el TJCE se inclina por exigir la responsabilidad patrimonial como un mecanismo alternativo y de segundo grado, puesto que se decide a utilizarlo tras estimar la imposibilidad de los efectos directos y la inviabilidad de la eficacia interpretativa. Esta conclusión es especialmente clara si seguimos la literalidad del último razonamiento de la St. "En consecuencia, procede responder a la tercera cuestión que: a) el personal de alta dirección no tiene, en virtud de la Directiva 80/987, derecho a solicitar el pago de los créditos salariales a la institución de garantía creada por el Derecho nacional para las demás categorías de trabajadores asalariados y b) en caso de que el Derecho nacional, incluso interpretado a la luz de dicha Directiva, no permitiera asegurar el goce de las garantías que la misma prevé al personal de dirección, este tiene derecho a solicitar al Estado miembro de que se trate la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de

(90) En la misma postura crítica ALONSO GARCÍA, R.: *Op. cit.*, página 304.

(91) Sobre esta cuestión puede verse la obra de BORRAJO DACRUZ, E.: "Libertad de opción y responsabilidad del Estado-legislador frente a las directivas comunitarias europeas: la experiencia del FOGASA"; *AL* nº 36 de 1994, páginas 573 a 575.

(92) El TS afirmó la falta de efecto directo de la Directiva 80/887 en cuanto a su aplicación al personal directivo en la falta de incondicionalidad y precisión de la Directiva, respuesta que nos parece criticable, pues el TS no es el órgano judicial capacitado para interpretar el derecho derivado, sino el TJCE, salvo que exista una jurisprudencia consolidada de este órgano y en el momento de producirse esta resolución del TS no se habían producido ni la St. Francovich ni la St. Wagner Miret. En realidad, entendemos que el argumento básico utilizado por el TS no es otro que la ausencia de los altos directivos al FOGASA, lo cual condicionaba la solución jurídica a la cuestión: "No es obstáculo a tal conclusión que ya exista en el derecho interno una institución de garantía, cual el FOGASA demandado, pues no hay suficiente adecuación de sus normas a las previsiones de la Directiva comunitaria ni sobre los períodos laborales de retribución asegurada, ni tampoco sobre principios mínimos de financiación, visto, en relación con este último particular y atendiendo al supuesto de autos, que no hay la contraprestación prevista en el artículo 5 b) de la Directiva, al no financiarse el Fondo con las cotizaciones de los empresarios por el personal de alta dirección".

(93) Esta St. del TS se produce tras la aparición de la St. Francovich y Bonifaci, por lo que se separa un tanto del razonamiento de la anterior St. del TS de 13 de julio de 1991 para aplicar los razonamientos de la St. del TJCE, afirmando que aunque se cumple con el carácter de incondicionalidad y precisión de la directiva en lo referente a los sujetos beneficiarios y al contenido de la garantía; por contra, en materia de especificar quién es el deudor de la garantía dichos requisitos no se cumplen, por lo que no puede predicarse el efecto directo.

la Directiva en lo que a dicho personal se refiere". En la actualidad nuestro ordenamiento ha solventado este problema de manera expresa, pues la Disposición Adicional 5ª del TR del Estatuto de los Trabajadores ha dispuesto la aplicación al personal de alta dirección de las diferentes garantías del salario establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, incluyendo las reguladas por el art. 33 sobre Fondo de Garantía Salarial.

Tampoco este criterio jurisprudencial se ha visto libre de críticas, pues tampoco estamos ante un mecanismo carente de problemas. En este sentido se ha destacado por Millán Moro que para el funcionamiento de esta solución es necesario que los Estados miembros cuenten con los mecanismos necesarios para poder exigir responsabilidad al Estado por incumplimiento del Derecho comunitario, dudando la autora que si estas vías procesales no existen, la jurisdicción nacional se decida a crearla (94). De otro lado debe señalarse que en caso de existencia de estas vías procesales en los países miembros, éstas pueden ser muy diferentes entre sí, de manera que el perjuicio sufrido se evalúe y se rescinda de una manera muy diferente en cada Estado, puede surgir así una aplicación no uniforme del derecho comunitario, e incluso provocar discriminaciones a ciudadanos de diferentes estados pero que se encuentren en situaciones similares ante idénticos incumplimientos de los países de los que son nacionales (95). Otro inconveniente que puede detectarse es que para que surja esta responsabilidad será necesaria la St. del TJCE, único órgano judicial que puede declarar el incumplimiento del derecho comunitario, pues según la interpretación que del artículo 177 TCEE ha hecho el TJCE, a él le corresponde la interpretación del Tratado y del Derecho derivado a través del mecanismo de las cuestiones prejudiciales (96); salvo que ya exista una jurisprudencia consolidada o los términos claros del precepto en cuestión hagan innecesaria la consulta prejudicial, pudiendo resolver el órgano jurisdiccional nacional.

## V. CONCLUSIÓN

Hemos visto como el TJCE ha encontrado diversos mecanismos para evitar los efectos negativos que se derivan para los ciudadanos el incumplimiento de transposición de las directivas de los países miembros. Debe hacerse mención a que en todo caso estos remedios se caracterizan porque parten de la premisa que estos mecanismos deben configurarse como sanciones ante los estados incumplidores, lo cual ha condicionado excesivamente, desde nuestro punto de vista, el desarrollo de la jurisprudencia del TJCE.

(94) *Op. cit.*, páginas 872 y 873.

(95) Así lo manifiestan FERNÁNDEZ LIESA, C.R. y RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: *Op. cit.*, página 29; en similares términos MILLÁN MORO, L.: *Op. cit.*, página 875.

(96) MILLÁN MORO, L.: *Op. cit.*, página 874; también FERNÁNDEZ LIESA, C.R. y RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: *Op. cit.*, página 29.

De otro lado, se evidencia que cualquier planteamiento dirigido a dotar de eficacia a las directivas no transpuestas implica una desnaturalización de esta fuente del Derecho comunitario, pues supone equipararla en mayor o menor grado al Reglamento. Ahora bien, hemos de plantearnos si esta desnaturalización, que resulta evidente y no puede negarse, no significa un elemento negativo ni contradictorio en el sistema de fuentes del Derecho comunitario. Con anterioridad hemos señalado que la pretensión del TCEE al establecer esta figura normativa era la de involucrar a los Estados miembros en el desarrollo de la regulación comunitaria, eludiendo la imposición de una regulación común a todos los integrantes de la Unión. Este sistema implica la necesidad de la participación de los Estados, sin la cual el sistema de regulación a través de directivas simplemente no funciona. De aquí que una vez constatado el incumplimiento, bien por el interés de un determinado Estado, o por simple dejadez, deba buscarse algún remedio para evitar que se origine una "trombosis" normativa que conduzca a la parálisis del sistema de regulación a través de directivas. Una solución sería la imposición de sanciones económicas, lo suficientemente graves para convencer a los Estados (aunque el problema que vemos en este mecanismo es que dichas sanciones se impondrán a través de la retirada o congelación de fondos o cantidades financiadas por la Unión Europea, con lo cual los ciudadanos del país incumplidor, que no pueden beneficiarse de los derechos regulados en una directiva, además se ven castigados indirectamente por la no recepción de su gobierno de cantidades de procedencia comunitaria. Entendemos que la solución más adecuada es la de dotar de efectos directos a las directivas, equiparándolas al Reglamento; aunque hay una gran diferencia: mientras que el Reglamento tiene desde su origen esos efectos directos, por contra las directivas se ofrecerán al desarrollo de cada Estado, y sólo cuando se constate la falta de transposición o la incorrección de la misma y se cumplan los requisitos de claridad e incondicionalidad podrán reclamarse los efectos directos. En realidad no consideramos que esta situación se configure como una desnaturalización de la directiva, al imponerse una regulación concreta a un Estado en vez de facilitar el criterio de armonización, pues esta situación se impone a un determinado Estado que no ha querido o no ha podido actuar para armonizar su regulación. De otro lado hemos de señalar que la directiva tiene el objetivo de procurar la armonización de las diferentes regulaciones, para lo cual se conceden a todos los Estados un plazo, generalmente bastante amplio, para cumplir este objetivo, sólo tras el cual surgen los efectos directos. No puede hablarse, desde nuestro punto de vista de una desnaturalización pues la directiva como figura normativa y la finalidad de la misma están sujetos al plazo que la misma se establece. Desde este punto de vista bien puede defenderse que los efectos directos se prediquen frente a cualquier tipo de relación jurídica, horizontal o vertical, pues junto al incumplimiento del Estado y el efecto sancionador está el decaimiento de la función armonizadora de la directiva, rechazado por el Estado incumplidor tras el agotamiento del plazo.

Por último, hemos de recordar cómo la jurisprudencia del TJCE ha estructurado las diferentes medidas dirigidas a facilitar algún tipo de efecto para la

directiva no transpuesta de una manera secuencial, tal como hemos visto en la St. Wagner Miret, anteriormente mencionada: En primer lugar deberá intentarse la vía de los efectos directos de la directiva no transpuesta; en caso de falta de efectos directos habrá que acudir a la interpretación del derecho nacional a la luz de la directiva no transpuesta. Sólo cuando el derecho nacional, interpretado a la luz de la directiva, no asegure el disfrute de las garantías previstas en la misma, se tendrá derecho a exigir una indemnización por los perjuicios recibidos por la no transposición (97).

(97) En idéntico sentido se expresa la St. Faccini Dori, ya mencionada, más concretamente sus apartados 25 a 27.

## CAMBIOS ECONÓMICOS Y POLÍTICA DE REFORMA ESTRUCTURAL

POR ARTURO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ\*

**SUMARIO:** Introducción.- II. Globalización, regionalización y competitividad.- III. Flexibilidad y cooperación.- IV El funcionamiento de los mercados.- V. El Estado de Bienestar y su reforma.

### I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, se han producido cambios que han alterado las bases en las que se asentaba el funcionamiento económico, afectando tanto a las políticas de crecimiento y desarrollo, como a las condiciones bajo las que se desenvuelve la competencia internacional, y por tanto han influido y lo siguen haciendo en las estrategias empresariales, sindicales y gubernamentales, así como en los factores determinantes de las ventajas comparativas de los países y regiones y consecuentemente en las políticas que aplican cada uno de dichos agentes.

Se han producido cambios en la división internacional del trabajo, que se han acentuado en las sucesivas crisis económicas a lo largo de la década de los setenta, ochenta y noventa. Si además tenemos en cuenta, que cada país ha desarrollado su propia política de bienestar, que con carácter general ha generado un nivel elevado de gasto público, y que éste aumenta en momentos de crisis económica, podemos relacionar a su vez, las últimas crisis económicas con crisis fiscales, graduadas estas, según el grado de provisión pública de servicios y los compromisos de los gobiernos para mantener un nivel de vida mínimo. De esta forma, ha hecho aparición otra crisis, la ideológica, surgiendo con fuerza el neoconservadurismo encarnado por la nueva derecha, que ha revitalizado ideas y planteamientos de los clásicos, prometiendo controlar la inflación, revitalizar la economía y equilibrar el presupuesto.

### II. GLOBALIZACIÓN, REGIONALIZACIÓN Y COMPETITIVIDAD

Los gobiernos, ante la necesidad de favorecer la competencia, y conociendo las ventajas que pueden explotar en áreas integradas, han asumido la necesidad de favorecer conjuntamente las estrategias de globalización y regionalización. Igualmente, habiendo comprobado los responsables económicos,

\* Profesor Titular de Economía Aplicada (Universidad de Sevilla).