

LA APLICACION DEL DERECHO COMUNITARIO EN ESPAÑA

Por FRANCISCO SANTAOLALLA GADEA

Sumario: I. INSTRUMENTACION JURÍDICA DE LA ADHESIÓN: *En derecho internacional. En derecho interno:* Carácter de la Ley Orgánica de Autorización para la Adhesión a las Comunidades Europeas. Contenido de la ley. Instrumentos de ratificación y adhesión.—II. TRATADOS COMUNITARIOS: *Interpretación del artículo 1 del Tratado de Adhesión. Modificaciones y complementos de los tratados constitutivos de las Comunidades. Naturaleza jurídica y contenido del Acta de Adhesión. Actos comunitarios adoptados en el periodo entre la firma del Tratado y la entrada en vigor de la adhesión. Integración del Tratado de Adhesión en el derecho comunitario. Efectividad directa de algunas disposiciones de los tratados comunitarios.*—III. DERECHO DERIVADO DIRECTAMENTE APLICABLE: *La aplicabilidad directa de los reglamentos comunitarios:* Publicación de los reglamentos comunitarios. Situación de las normas de derecho interno incompatibles con reglamentos comunitarios. Función del Estado en la aplicación de los reglamentos comunitarios: Aplicación administrativa: Naturaleza; Adaptaciones orgánicas; Obligaciones financieras a cargo del Estado. Aplicación normativa: Fundamento de la función normativa estatal complementaria de reglamentos comunitarios; Límites de esta función; El principio de la autonomía institucional de los Estados en la ejecución del derecho comunitario; Límites de la autonomía institucional; Normas internas complementarias de reglamentos, de carácter sancionador o penal; Técnica legislativa a utilizar en las normas nacionales dictadas en aplicación de reglamentos comunitarios; Posición de las normas nacionales dictadas en aplicación de reglamentos respecto a normas posteriores del mismo o superior rango que resulten incompatibles con ellas.—IV. DERECHO DERIVADO NO DIRECTAMENTE APLICABLE: *Posición de un nuevo Estado miembro ante el bloque de directivas en vigor en el momento de la adhesión. Actividad del Estado en aplicación de directivas:* Autonomía en cuanto a la forma y los medios para la aplicación. Carácter detallado de las directivas. Técnica legislativa de desarrollo de directivas. Grado de cumplimiento de las directivas. Mecanismo de control de la aplicación. El «efecto directo» de algunas disposiciones de directivas.—V. APLICACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO COMUNITARIO EN ESPAÑA: *Funciones respectivas del Legislativo y del Ejecutivo en la aplicación normativa del derecho comunitario en España. ¿Suplen los reglamentos comunitarios la reserva de ley? Habilitaciones legislativas para la aplicación normativa del derecho comunitario:* Límites materiales de las habilitaciones legislativas. Técnica de las habilitaciones. Delimitación del ámbito de la delegación o remisión normativa. Control del ejercicio de las habilitaciones normativas. *Intervención del Consejo de Estado.*

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AFDI:	<i>Annuaire français de droit international.</i>
Boletín CE:	<i>Boletín de las Comunidades Europeas.</i>
CDE:	<i>Cahiers de droit européen.</i>
CMLR:	<i>Common Market Law Review.</i>
EuR:	<i>Europarecht.</i>

ELR:	<i>European Law Review.</i>
ICLQ:	<i>International and Comparative Law Quarterly.</i>
JCMS:	<i>Journal of Common Market Studies.</i>
JOCE:	<i>Journal officiel des Communautés européennes.</i>
RBDI:	<i>Revue belge de Droit International.</i>
Recueil des cours:	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international. La Haye.</i>
Rec:	<i>Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés.</i>
RDIDC:	<i>Revue de droit international et de droit comparé.</i>
RMC:	<i>Revue du Marché Commun.</i>
RTDE:	<i>Revue trimestrielle de droit européen.</i>
Riv. dir. eur:	<i>Rivista di diritto europeo.</i>
TICE:	<i>Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.</i>

Lo que bajo este título queremos examinar es la actividad del Estado, de carácter normativo, necesaria para la aplicación de las normas de derecho comunitario esto es, lo que en la jerga comunitaria se llama *mise en oeuvre*. Por lo tanto, no nos referimos aquí más que incidentalmente a la aplicación estrictamente ejecutiva ni a la aplicación judicial.

La necesidad de que el Estado dicte disposiciones internas de aplicación de normas comunitarias se deriva en unos casos del propio carácter indirecto de ciertas normas comunitarias (directivas) que exigen normas estatales de desarrollo, y en otros de la incompletud de algunas normas comunitarias directamente aplicables que precisan un complemento normativo por parte de cada Estado miembro.

Pero aunque éste será el núcleo de nuestra exposición, nos parece conveniente examinar de antemano los fundamentos jurídicos de la aplicabilidad en España de las normas comunitarias y a esto dedicamos un primer capítulo introductorio bajo el título: «Instrumentación Jurídica de la Adhesión».

El resto del trabajo está distribuido en torno a las grandes categorías normativas del derecho comunitario: Tratados, Normas comunitarias directamente aplicables y Normas comunitarias indirectas. La posición del Estado frente a los otros actos de las Comunidades, y a los instrumentos interestatales de que son parte las Comunidades excede de los límites materiales de este artículo y será examinada en otro lugar. En cada uno de los capítulos no exponemos ni la naturaleza jurídica ni los caracteres y efectos de las normas sino que nos centramos únicamente en las responsabilidades que incumben al Estado miembro para garantizar la plena aplicación de estas normas en el ámbito interno.

En el último capítulo tratamos algunos problemas específicos de la aplicación normativa del derecho comunitario, en nuestro sistema jurídico.

I. INSTRUMENTACION JURIDICA DE LA ADHESION

Esta instrumentación tiene una vertiente de derecho internacional, y otra regulada por el derecho interno.

En el *aspecto internacional*, la adhesión de un Estado a las Comunidades Europeas precisa un procedimiento jurídico complejo que se plasma en una amplia serie de documentos que aunque corresponden formalmente a instrumentos internacionales habituales, presentan características muy específicas.

Los tres tratados de creación de las Comunidades contienen mecanismos para la adhesión de nuevos miembros pero éstos son diferentes en el caso de la CEE y CEEA por una parte y de la CECA por otra. El artículo 237 TCEE y con igual redacción el 205 TCEEA estipulan:

«Cualquier Estado europeo podrá solicitar formar parte como miembro de la Comunidad. Dirigirá su petición al Consejo que, previo dictamen de la Comisión, se pronunciará por unanimidad.

Las condiciones de admisión y las adaptaciones del presente tratado que ella implique serán objeto de *un acuerdo entre los Estados miembros y el Estado solicitante* (1). Dicho acuerdo se someterá a la ratificación de todos los Estados contratantes, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.»

El artículo 98 TCECA prevé un procedimiento de adhesión diferente:

«Cualquier Estado europeo podrá solicitar adherirse al presente tratado. Dirigirá su petición al Consejo, que, previo dictamen de la Alta Autoridad, se pronunciará por unanimidad y fijará, también por unanimidad, las condiciones de la adhesión. Esta tendrá efecto a partir del día en que el instrumento de adhesión haya sido recibido por el gobierno depositario del tratado.»

Es evidente que en el primer caso prima el carácter interestatal y en el caso de la CECA el comunitario.

En ambos casos se precisa una decisión del Consejo, previo dictamen de la Comisión (2). *La Decisión del Consejo sobre la admisión a la CEE y a la CEEA* se limita, según su redacción en la primera y segunda ampliaciones a:

(1) Subrayamos nosotros.

(2) Que sustituye a la Alta Autoridad de la CECA desde el tratado de fusión de los ejecutivos comunitarios (art. 9) hecho en Bruselas el 7 de abril de 1965.

«aceptar las solicitudes de admisión, las condiciones de esta admisión y las adaptaciones de los tratados que esta admisión implica, objeto de un acuerdo entre los Estados miembros y los Estados solicitantes».

De esta redacción de la decisión podría deducirse que el Consejo acepta no sólo la solicitud sino también las condiciones y adaptaciones objeto del tratado (3) que se firma habitualmente el mismo día que se adopta la decisión.

El tratado de adhesión a estas dos comunidades hace referencia en su preámbulo a que el Consejo se ha pronunciado en favor de la admisión de los nuevos Estados miembros. Parece en efecto que el Consejo se pronuncia sólo sobre la admisibilidad de la adhesión pero que las condiciones y adaptaciones son objeto de un acuerdo interestatal, formalizado en el tratado entre los Estados miembros y el adherente, que constituye la fase no comunitaria de la adhesión a la CEE y CEEA.

La Decisión del Consejo sobre la adhesión a la CECA tiene un doble carácter. Por un lado, paralelamente a la decisión en el caso CEE y CEEA, se pronuncia por unanimidad sobre la admisibilidad de la petición de adhesión pero además, y a diferencia de ésta, contiene las condiciones de la adhesión y las adaptaciones a introducir en el Tratado CECA. La adhesión al tratado CECA es formalmente un procedimiento totalmente comunitario, sin la fase interestatal de tratado entre Estados miembros y candidatos. Se trata de una oferta del Consejo y de una aceptación por el Estado solicitante.

A pesar de que el artículo 98 TCECA no prevé ninguna negociación sobre las condiciones de adhesión al Tratado ni sobre las adaptaciones sino que estipula que éstas serán establecidas unilateralmente en la Decisión del Consejo (4), en el curso de la negociación estas cuestiones son tratadas al mismo título que las de adhesión a las otras dos Comunidades y se contienen en un solo documento, el Acta de Adhesión, a la que se

(3) Hubo cierta discrepancia sobre el tema de la extensión de la aceptación del Consejo derivada de la diferente redacción de la decisión en francés e inglés; BRINKHORST Y KUIPER, *The integration of the new member States in the community legal order*, CMLR 1972, p. 366. Ver sobre el mismo tema GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Communautés Européennes et droit international*. Colección de los Cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, tomo 148, p. 138., y PUISSOCHET, *L'élargissement des Communautés Européennes* París, 1974, p. 28 que ofrece una explicación: los firmantes del tratado CECA preveían una inmediata adhesión de Gran Bretaña y por eso no se estimó necesaria una adaptación. En 1972 evidentemente las condiciones habían cambiado y era políticamente impensable la fijación unilateral de condiciones por parte del Consejo.

De hecho el preámbulo de la Decisión del Consejo relativa a la adhesión contiene un párrafo que dice:

«Considerando que las condiciones de adhesión que debe establecer el Consejo, han sido negociadas con los Estados mencionados más arriba.»

(4) PUISSOCHET, *op. cit.*, p. 27.

remiten tanto el Tratado como la Decisión CECA, y que participa de la naturaleza jurídica de ambos instrumentos como veremos más adelante.

Esta fusión de las condiciones de adhesión puede explicarse teniendo en cuenta la forma de la negociación, que se lleva a cabo para el conjunto de las tres Comunidades, por el Consejo en la persona de su presidente, con el concurso permanente de la Comisión (5).

El Consejo de Ministros constituye pues el órgano decisorio por parte comunitaria. De la negociación desaparecen como tales los Estados miembros.

La sustitución del procedimiento de negociación interestatal previsto en los Tratados para la adhesión a la CEE y a la CEEA por un procedimiento que es exclusivamente comunitario en la fase de negociación ha suscitado polémica (6).

En las siguientes negociaciones de adhesión se ha seguido manteniendo de hecho el mismo procedimiento de negociación aunque los acuerdos del Consejo no sean tan explícitos. Por ejemplo, en el Acuerdo del Consejo de 19 de diciembre de 1978 sobre admisión de la solicitud de adhesión de España y apertura de negociaciones (7), el Consejo conviene que los trabajos preparatorios, indispensables para el establecimiento de una base de negociación común se desarrollarán en el plazo más corto posible y

(5) En efecto, respecto al procedimiento de negociación, en la primera adhesión, el Consejo acordó en su sesión de 8 y 9 de junio de 1970, y en aplicación del Comunicado de La Haya (véase nota 6) que las negociaciones

«seront menées, à tous les niveaux, pour tous les problèmes et selon, une procédure uniforme, par les Communautés Européennes. En conséquence le conseil des ministres arrêtera l'attitude commune des Communautés Européennes sur tous les problèmes posés par les négociations d'adhésion».

En los restantes puntos del acuerdo (el texto completo del acuerdo puede encontrarse en PUISSOCHET, *op. cit.*, p. 21) se invita a la Comisión e elevar propuestas sobre todos los problemas de la negociación, se encarga al Coreper de preparar las sesiones del Consejo, se atribuye la presidencia por parte comunitaria al presidente en ejercicio del Consejo, se posibilita que la exposición y defensa de las posiciones comunitarias pueda efectuarse por la Comisión por decisión del Consejo, especialmente en el caso de políticas comunitarias ya establecidas y finalmente el Consejo.

«se declare disposé à confier à la Comisión le mandat del rechercher en contact avec les pays candidats des solutions possibles à des problèmes déterminés posés en cours de negotiation et de faire rapport au Conseil qui donnera à la Comisión les directives nécessaires pour la poursuite éventuelle de cette mission en vue de définir les éléments d'un accord à soumettre au Conseil».

(6) Véase una crítica al sistema de negociación en GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 138. En el caso de la primera adhesión se argumentó que las Comunidades negociaban por cuenta de los Estados en virtud de un mandato de éstos contenido en el comunicado de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de La Haya de 1 y 2 de diciembre de 1969. La Comisión por su parte había propuesto un sistema de negociación distinto (dictamen de 1 de octubre de 1969): una primera fase de negociación por la Comisión conforme a las directivas del Consejo sobre todas las cuestiones referentes a las políticas comunes, y otra sobre problemas más específicamente políticos reservada a los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo.

De hecho, en las negociaciones de adhesión de España reaparece a veces la negociación interestatal con los Estados miembros paralelamente a la negociación formal con el Consejo.

(7) DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA, núm.185, enero-marzo 1980, p. 987.

con espíritu positivo y encarga al Comité de Representantes Permanentes, con el concurso de la Comisión, de preparar sus sesiones a este efecto (8).

La praxis de la primera y segunda ampliaciones se ha traducido en que, de hecho, el acuerdo se realiza a nivel comunitario y los Estados miembros se limitan a firmarlo y a ratificarlo, aunque en el último párrafo del preámbulo del Tratado de adhesión se mantiene la ficción de que son los Jefes de Estado los que han decidido fijar de común acuerdo las condiciones de adhesión y las adaptaciones de los tratados.

La fórmula de adhesión es diferente para la CECA y para las otras dos Comunidades; en el caso de la CECA los nuevos Estados miembros se adhieren al Tratado CECA mientras que para las otras «se hacen miembros de las Comunidades y partes de los tratados constitutivos de estas Comunidades tal como han sido modificados o completados» (9). Esta expresión da más cumplida cuenta del hecho de que por medio del Tratado de Adhesión no se forma una nueva comunidad más amplia que sustituye a la anterior, sino se produce la integración en la comunidad existente y por tanto la aceptación de todas las normas adoptadas hasta el momento por ésta.

El distinto procedimiento de adhesión a la CECA y a las otras dos comunidades que exige en el primer caso el simple depósito del instrumento de adhesión mientras que para las otras es necesaria la ratificación de un tratado de adhesión por todos los Estados miembros y por el candidato, haría concebible la eventualidad de adhesión sólo a la CECA. Ahora bien, dado que desde la fusión de los Ejecutivos, y de los recursos financieros de las tres comunidades esta eventualidad debía descartarse, la adhesión al Tratado CECA y a las otras comunidades se condicionan

(8) La determinación de las posiciones negociadoras de la parte comunitaria sigue un proceso semejante al de toma de decisiones. Comienza con reuniones de expertos: funcionarios de la Comisión y de los Estados miembros, que no actúan como representantes de sus Gobiernos ni de la Institución, y que exponen oficiosamente las posiciones de partida recíprocas. A estos efectos la Comisión creó una *task force* encuadrada en la D.G.I., Asuntos Exteriores, compuesta por funcionarios de las D.G. implicadas.

La Comisión a partir de estos contactos redacta propuestas de posiciones de negociación y las transmite al COREPER. En este órgano siguen el camino habitual de las propuestas de la Comisión, hacia grupos de trabajo, en este caso uno específico el «grupo España», de que forman parte funcionarios de las representaciones diplomáticas de los actuales Estados miembros. Cuando la propuesta está madura por haber conseguido un principio de acuerdo entre los Estados miembros se eleva al COREPER. Este es el órgano interlocutor de la delegación española en las llamadas «reuniones de suplentes» a que asiste por parte española el Secretario de Estado para las Relaciones con la Comunidad Europea o el embajador jefe de la Misión ante las Comunidades y por parte comunitaria los Representantes permanentes de los Estados miembros presididos por el que ejerce la presidencia.

El nivel superior de la negociación está constituido, por una parte, por los ministros de Asuntos Exteriores o Asuntos Comunitarios de los Estados miembros reunidos en Consejo presidido por el que esté en ejercicio de la Presidencia, y el ministro español de Asuntos Exteriores por otra.

(9) Art. 1 del Tratado de Adhesión.

mutuamente de forma expresa (arts. 2.2º párrafo, de los Tratados de Adhesión celebrados hasta ahora y 2.2º párrafo de las decisiones del Consejo sobre la adhesión de la CECA) (10). También por la misma razón podría producirse un desfase de la adhesión a la CECA, que se produce automáticamente el día en que se recibe el instrumento de adhesión por el gobierno depositario del tratado; por tanto era necesario que el instrumento de adhesión al tratado CECA se depositase precisamente el mismo día en que se previera la entrada en vigor del tratado de adhesión, a las otras Comunidades y así se estipula en el artículo 2 primer párrafo de la Decisión.

Pero independientemente de estas peculiaridades de adhesión a la CEE y a la CEEA, y al tratado CECA, las condiciones de la adhesión y las adaptaciones de los tratados figuran en un solo documento, el Acta adjunta a la decisión CECA y al Tratado de Adhesión a las otras dos comunidades cuyas disposiciones forman parte integrante de uno y otro acto (11).

Del Acta forman parte a su vez (art. 158 en la de 1972), una abundante serie de documentos complementarios que por ejemplo en la 1.ª adhesión fueron 9 Anejos, 30 Protocolos y un intercambio de cartas sobre cuestiones monetarias. Por otro lado, 5 Declaraciones conjuntas, 6 Declaraciones y un «Procedimiento para la adopción de determinadas decisiones y otras medidas a tomar durante el período precedente a la adhesión», fueron añadidos al acta final.

El Acta prevé también (art. 160 en la de la 1.ª adhesión) que figuren anejos los textos de los tratados originarios o constitutivos de la CEE y de la CEEA y de los tratados que los han modificado o completado, autenticados en el idioma del nuevo Estado miembro. Del tratado CECA sólo es oficial el texto en francés (art. 100 TCECA).

Respecto a las formalidades a cumplir por los Estados miembros en su derecho interno, el Tratado de Adhesión, en su artículo 2.º especifica que deberá ser sometido a ratificación por las altas partes contratantes de conformidad con sus reglas constitucionales respectivas.

(10) Las referencias a artículos del Tratado de Adhesión a la CEE y a la CEEA, a la decisión de adhesión al Tratado CECA y al Acta de Adhesión, deben entenderse referidas a las disposiciones de estos instrumentos en la primera y segunda ampliaciones, que tienen idéntica redacción, y que con toda certeza serán las mismas en los instrumentos de adhesión de España.

(11) Artículo 1.2 de la decisión CECA y 1.2 del Tratado de Adhesión. Sobre la polémica denominación y naturaleza de este capital documento véase MARTÍNEZ LAGE, «Las fuentes del derecho comunitario», en el libro *Iniciación al estudio del derecho comunitario europeo*, editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1984, p. 96.

Para determinar su entrada en vigor el tratado prevé que los instrumentos de ratificación deberán depositarse ante el Gobierno de la República Italiana antes de una fecha, que en el caso español previsiblemente será el 31 de diciembre de 1985, y que el tratado entrará en vigor en una fecha que previsiblemente también sea el 1 de enero de 1986 (12), a condición de que todos los instrumentos de ratificación hayan sido depositados antes de esta fecha y que todos los instrumentos de adhesión al Tratado CECA se depositen precisamente en esta fecha como establece el artículo 2.º de la Decisión del Consejo relativa a la adhesión a la CECA.

La adhesión al Tratado CECA y el Tratado de Adhesión a las otras dos Comunidades implican por una parte la *adhesión automática* a una serie de instrumentos internacionales, y por otra el *compromiso de adhesión* a otros.

Así, por lo que se refiere a la *adhesión automática*, el artículo 1 del Tratado de Adhesión a la CEE y a la CEEA, en las dos ampliaciones producidas hasta el momento, establece que los nuevos Estados miembros se hacen partes de los tratados constitutivos de estas Comunidades, tal como han sido modificados o completados, modificaciones y complementos contenidos a su vez en una ya larga serie de tratados entre los propios Estados miembros. La misma declaración aparece en el artículo 1 de la Decisión del Consejo sobre la adhesión al Tratado constitutivo de la CECA. Ni en el Tratado de Adhesión a la CEE y a la CEEA ni en la Decisión al Tratado CECA aparecen precisiones sobre la determinación y naturaleza jurídica de estas «modificaciones y complementos»; nosotros nos ocupamos del tema en el capítulo que dedicamos a los tratados comunitarios.

Por otra parte, el Acta de Adhesión en su artículo 3 establece:

«Los nuevos Estados miembros se adhieren por el presente acto a las decisiones y acuerdos convenidos por los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo».

y en el artículo 4.3:

«Los nuevos Estados miembros se adhieren, por el presente acto, y en las condiciones previstas en el mismo, a los acuerdos internos concluidos por los Estados miembros originarios para la aplicación de los acuerdos o convenios a que se refiere el apartado 2» (acuerdos entre una de las Comunidades y uno o varios terceros Estados).

(12) A primeros de diciembre de 1984, la certidumbre sobre fechas se debilita.

Sin embargo, los acuerdos internacionales de que son parte las Comunidades no exigen una adhesión específica por parte de los nuevos Estados miembros sino que, según el artículo 4.1 del Acta:

«vinculan a los nuevos Estados miembros en las condiciones previstas en los tratados originarios y en la presente Acta».

Los artículos 3 y 4 del Acta contienen a su vez el *compromiso de adhesión* por parte de los nuevos Estados miembros a distintas clases de acuerdos concluidos entre los Estados miembros de las Comunidades. Se trata de los siguientes:

- Acuerdos concluidos por los Estados miembros originarios relativos al funcionamiento de las Comunidades o que presenten un vínculo con la actuación de éstas (art. 3.1, 2.º párrafo).
- Convenios previstos en artículo 220 del tratado CEE y protocolos sobre la interpretación de estos convenios por el Tribunal de Justicia, firmados por los Estados miembros originarios (art. 3.2).
- Acuerdos o convenios concluidos por los Estados miembros originarios juntamente con una de las Comunidades, y acuerdos concluidos por los Estados miembros originarios que están vinculados a estos acuerdos o convenios (art. 4.2) (13).

Instrumentación jurídica de la adhesión en derecho interno

Como veíamos más atrás, la forma de manifestación del consentimiento del Estado para adherirse a las Comunidades europeas es doble: ratificación del Tratado de Adhesión a la CEE y CEEA y adhesión al Tratado CECA. Ambas formas están reguladas en los artículos 14 y 15 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

Estas formas son a su vez reguladas por el derecho interno de cada Estado contratante. En España, según el artículo 63.2 de la Constitución:

«Al Rey corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes.»

En el caso de los tratados comunitarios, la prestación de este consenti-

(13) Para un examen de la posición del nuevo Estado miembro ante estos acuerdos internos entre los Estados miembros de las Comunidades, o con terceros, nos remitimos a nuestro trabajo sobre «La integración del derecho de las Comunidades Europeas en el ordenamiento español»: algunas zonas oscuras del *acquis communautaire*, publicado en el núm.193 de DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA de enero-marzo de 1982.

miento es el supuesto paradigmático de «celebración de tratados por los que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución», previsto en el artículo 93 de la Constitución, y para el que el mismo artículo exige autorización mediante Ley orgánica.

Del artículo 93 en su redacción actual se desprende una correcta delimitación de la *naturaleza jurídica de la intervención de las Cortes* en el proceso de celebración de esta categoría de tratados, que no quedaba muy clara en anteriores redacciones del texto constitucional. En efecto, en el texto elevado por la ponencia a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, del Congreso, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 5 de enero de 1978, el artículo correspondiente, que era el 6.3.º, permitía la atribución del ejercicio de poderes derivados de la Constitución a instituciones de derecho internacional, en régimen de paridad, «por un tratado o una Ley orgánica», la segunda de cuyas dos hipótesis introducía un factor de confusión en la función del Legislativo que podría entenderse de este modo como el prestador del consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de una ley orgánica. En la redacción definitiva del artículo 93, la naturaleza de la intervención del Legislativo queda clara, se trata de una mera «autorización» que una vez concedida permite al Gobierno poner a la firma del Rey los correspondientes instrumentos de adhesión o ratificación que constituyen la auténtica manifestación del consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente. El Rey interviene pues en dos ocasiones, primero sanciona y promulga la ley orgánica de autorización aprobada por las Cortes generales y luego expide el o los correspondientes instrumentos de adhesión y de ratificación refrendados por el Ministro de Asuntos Exteriores, y éste procede a su depósito ante los Gobiernos de los Estados depositarios de los tratados, la República Francesa en el caso del tratado CECA y la República Italiana en el caso del Tratado de Adhesión a la CEE y a la CEEA.

La autorización para la adhesión al Tratado CECA y para la ratificación del Tratado de Adhesión a la CEE y a la CEEA no deben plantear problemas de calificación para su sumisión o no al poder legislativo o para la utilización del cauce del artículo 94.1 ó 93 porque el supuesto previsto en el artículo 93 es específico para la adhesión a las Comunidades Europeas.

Carácter de la Ley Orgánica de Autorización para la Adhesión a las Comunidades Europeas

Conviene ahora examinar en qué consiste desde el punto de vista constitucional esta autorización para la atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a las instituciones comunitarias por medio de una ley orgánica, que la propia Constitución prevé en el artículo 93.

En resumen, la integración en las Comunidades Europeas desde el punto de vista jurídico supone lo siguiente: una atribución del ejercicio de competencias a las instituciones de las Comunidades Europeas (el artículo 93 en su segundo párrafo habla incluso de una «cesión»), en áreas muy amplias que de hecho afectan globalmente a la regulación de la actividad económica en prácticamente todos los sectores, áreas de competencia que las instituciones comunitarias pueden extender dada la amplitud con que en el artículo 2 del Tratado CEE se establecen los objetivos de la Comunidad y a la existencia en el marco de los tratados comunitarios, de mecanismos de asunción de competencias por parte de las instituciones, por ejemplo el artículo 235 TCEE. Estas competencias cuyo ejercicio se transfiere corresponden según la distribución constitucional interna, tanto al Legislativo como al Ejecutivo y al Judicial y tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas.

En uso de estas competencias «derivadas de la Constitución», cuyo ejercicio se atribuye por el Tratado a las Comunidades, las instituciones comunitarias pueden dictar normas, normas, las dotadas de aplicabilidad directa, que constituyen fuentes del derecho interno sin que entre ellas y los particulares se interponga un acto del Estado, normas que en caso de conflicto prevalecen sobre las internas de cualquier rango, incluida la propia Constitución y que, de hecho, al prevalecer sobre la ley tanto anterior como posterior operan una exclusión de la competencia del Legislativo en estas áreas.

Del Tratado de Adhesión se derivan obligaciones para todos los órganos estatales: el Ejecutivo queda obligado a aplicar administrativamente las normas de derecho comunitario, a dictar las normas internas de desarrollo y las complementarias de las normas comunitarias que las precisen y que caigan dentro de su competencia; el Legislativo ve limitada su competencia en las áreas en que se transfiere y está obligado a aprobar la legislación necesaria para el desarrollo de las normas indirectas; el Judicial pierde la competencia de interpretación definitiva de estas normas que

queda reservada al Tribunal comunitario, queda obligado a aplicarlas y debe salvaguardar su aplicación preferente sobre las normas internas de cualquier rango, lo que puede trastornar su posición constitucional frente al Legislativo. El Tribunal Constitucional debe abstenerse de pronunciarse en los conflictos entre las normas comunitarias y la Constitución porque los tratados reservan al Tribunal de Justicia de las Comunidades el juicio de validez sobre las normas adoptadas por las instituciones de la Comunidad.

Si, por último, se tiene en cuenta que en la elaboración de las normas de las instituciones comunitarias participa únicamente el Ejecutivo, asumiendo de esta forma en el ámbito comunitario funciones que en el ámbito interno están reservadas al Legislativo o corresponden a las Comunidades Autónomas, y que esta participación tiene lugar en instituciones en las que, al menos formalmente, es posible la adopción de decisiones por mayoría, se podrá apreciar con evidencia que estamos ante una formidable transformación del modelo jurídico basado en la soberanía estatal y en la división de poderes.

Resulta así que el artículo 93 lo que autoriza, en este caso, es una auténtica revisión constitucional, por un procedimiento distinto y más sencillo que el previsto en el título X de la Constitución (14).

No corresponde, sin embargo al tema que examinamos en este artículo, profundizar en estas cuestiones que encuentran su lugar apropiado en el artículo anterior. Aquí hemos querido únicamente resaltar la trascendencia jurídica de la Ley Orgánica de Autorización de la Adhesión a las Comunidades Europeas para situarla en su contexto (15).

Conviene ahora examinar el carácter de esta Ley. La cuestión está íntimamente ligada al examen del sistema constitucional de recepción de los compromisos internacionales del Estado en el ordenamiento interno espa-

(14) GONZÁLEZ CASANOVA y CASANOVAS Y LA ROSA: «Phénomène régional et integration», en *L'Espagne et les Communautés Européennes*, Bruselas 1979, p. 129; MUÑOZ MACHADO también lo considera así, aunque implícitamente, en *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución Española*, Civitas, Madrid 1980, p. 34. Véase asimismo DE MIGUEL ZARAGOZA, «Problemas constitucionales en la recepción del derecho derivado comunitario», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1979, núm. 1184, p. 21 y más explícitamente en un «Informe sobre la Ley Orgánica de Adhesión a las comunidades Europeas» (documento de trabajo que el autor me ha facilitado amablemente), capítulo III, 1. RODRÍGUEZ ZAPATA en «Derecho Internacional y sistema de fuentes del Derecho», trabajo incluido en *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, Madrid 1979, Tomo III, p. 1764 considera que los tratados concluidos previa la autorización a que se refiere el artículo 93 adquieren rango constitucional.

(15) La posibilidad de transferencia del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución tiene, sin embargo, unos límites en los propios principios fundamentales de la Constitución. MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, p. 94 y ss. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Problemas jurídicos de la adhesión de España a la Comunidad Europea», en *Cursos de verano de Derecho Internacional en Vitoria*, 1984, (en prensa) capítulo IV, 1.

ñol, porque si el sistema de recepción exigiese la «transformación» de los tratados en normas de derecho interno mediante una norma interna, la Ley de Autorización podría entenderse que cumple esta función de transformación del tratado en norma interna mientras que si el sistema constitucional prevé la recepción automática de los tratados una vez perfectos en el orden internacional, la ley orgánica sería únicamente la forma que adquiere en este caso concreto la autorización que presta el Legislativo, pero no tendría la virtud de transformar la norma internacional en norma interna.

Después de la Constitución de 1978 que prevé en su artículo 96:

«Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno»,

la mayoría de la doctrina entiende que el sistema de integración del derecho convencional internacional en el orden jurídico interno español es el de la recepción automática es decir, una vez perfectos en el orden internacional los acuerdos del Estado forman parte inmediatamente y por sí propios del orden jurídico interno. El último reparo de las posiciones de tendencia dualista consiste en una interpretación de la exigencia de publicación contenida en este artículo, y en una formulación negativa en el artículo 1.5.º del Código Civil, como una exigencia de recepción en el orden interno de la norma convencional internacional, pero la opinión mayoritaria sostiene que esta publicación es solamente una condición suspensiva de la eficacia en el orden interno de los tratados pero no afecta a su perfección ni a su validez. La exposición más detallada de la cuestión en el artículo precedente de este mismo número nos exime de mayores comentarios.

La Ley Orgánica de Autorización de la Adhesión, no es por tanto un instrumento de transformación de los acuerdo de adhesión en normas internas, sino como queda bien claro de los propios términos del artículo 93 es únicamente la forma que reviste la autorización del Legislativo. El acto del Estado que perfecciona el tratado a nivel internacional, y por lo tanto según nuestro sistema de adopción automática, a nivel interno, es la prestación del consentimiento del Estado en alguna de las formas que el derecho internacional, en concreto el Convenio de Viena, reconoce como válidas.

No debe perderse de vista tampoco que en el caso de que el sistema establecido por la Constitución para la recepción de las normas de dere-

cho internacional convencional resultase incompatible con las exigencias derivadas de los tratados comunitarios, podría deducirse de la cesión de competencias autorizada por el artículo 93 una norma específica para la recepción del derecho comunitario. De hecho, los Estados cuyo sistema de integración del derecho internacional convencional es de concepción dualista, se han visto abocados a prescindir del sistema establecido en su Constitución para interpretar la recepción del derecho comunitario respetando las características de aplicabilidad directa y supremacía que de estos tratados se deducen.

De este carácter de la Ley Orgánica de Autorización podemos deducir algunas consecuencias respecto por una parte al *lugar de la publicación de los textos de los tratados* y por otra al *contenido de la Ley*.

Algunas opiniones provenientes del área iuspublicista consideran que la publicación de los Tratados comunitarios debe hacerse como anejo o formando parte de la ley orgánica de autorización para su celebración. Como decíamos en otra sede (16) esta opinión resulta coherente con la consideración de la ley como una ley material, acto de introducción, orden de ejecución o promulgación del Tratado. De hecho la publicación de los Tratados comunitarios como anejo a la ley que autoriza la ratificación es propia de sistemas de «transformación» del Tratado en derecho interno, bien se trate de una transformación manifiesta, como con la habitual fórmula italiana: *piena ed intera esecuzione è data agli Accordi* o de una consideración de la ley de autorización como generando un «doble efecto»: autorización para ratificar y otorgamiento de fuerza de la ley interna al tratado (República Federal de Alemania).

La cuestión nos parece relevante porque de prosperar la publicación de los Tratados comunitarios, incorporados o como anejos al texto de la Ley de Autorización se estarían echando las bases para futuros conflictos, por una parte con la supremacía del derecho comunitario, originario y derivado, porque podría entenderse que éste recibe su fuerza de la ley que constituye su orden de ejecución o promulgación y por lo tanto no podría prevalecer contra una ley posterior, y por otra con las funciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en cuanto el Juez nacional se encontraría ante una norma comunitaria de origen pero transformada en norma nacional, y no podría recurrir en interpretación o en apreciación de validez ante el Tribunal comunitario.

(16) Nota sobre publicación del derecho de las Comunidades Europeas, DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA núm.194, 1982.

Nosotros estimamos que la publicación debe hacerse, como por otra parte es habitual, a continuación de los respectivos instrumentos de ratificación y de adhesión. Respecto al cuándo, nada impide que pueda hacerse en cualquier momento entre el depósito de los instrumentos y la fecha prevista para la entrada en vigor de la adhesión siempre que en la habitual comunicación del Secretario General Técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores se especifique que su entrada en vigor queda condicionada a la ratificación por parte del resto de los Estados contratantes. No parece sin embargo que la praxis habitual de publicación de los acuerdos internacionales con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor pueda operar en este caso dada la inmediata efectividad interna de muchas de las disposiciones contenidas en los Tratados comunitarios y sobre todo del enorme bloque de normas comunitarias que en ellos se fundamentan y que entran en vigor al mismo tiempo que la adhesión.

Respecto al *contenido* de la ley, una cuestión que suscita ciertas dudas es si la autorización debe hacer referencia únicamente a la adhesión al Tratado CECA y a la ratificación del Tratado de Adhesión a las otras dos comunidades o si sería necesario también autorizar expresamente la adhesión al resto de los convenios internacionales, a que el nuevo Estado se adhiere al adherirse a las Comunidades. Como veíamos antes, la adhesión supone una adhesión a un tratado, el CECA, y un tratado de adhesión a las otras dos Comunidades. Este tratado de adhesión establece (art. 1) que el Estado se hace miembro de las dos Comunidades y «parte de los tratados constitutivos... tal como han sido modificados y completados». Por lo tanto, al autorizar la ratificación del tratado de adhesión ya se autoriza la integración del Estado como parte de los tratados constitutivos modificados y completados (más adelante veremos que en ninguno de los textos de la adhesión figura la lista de estas modificaciones y complementos y que su concreción encierra ciertas dificultades).

Por otra parte el Acta de Adhesión, que, recordemos, forma parte tanto del Tratado de Adhesión a la CEE y a la CEEA como de la Decisión de Adhesión a la CECA, establece (artículo 3.1) que el nuevo Estado miembros *se adhiere «por la presente Acta»* a las «decisiones y acuerdos convenidos por los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo» y asimismo a los acuerdos internos a que se refiere el artículo 4.3. (17).

(17) La inmensa mayoría de estos «acuerdos» y «decisiones», que son acuerdos internacionales en forma simplificada, no exigirían según el artículo 94 de la Constitución la previa autorización de las Cortes en razón

La autorización, por tanto, para concluir el tratado de adhesión a la CEE y a la CEEA y para adherirse al tratado CECA es en sí misma ya una autorización para la adhesión a aquellos otros acuerdos que se establece, con carácter automático, en los propios tratados (18).

Ahora bien, el que postulemos que no es necesaria una autorización específica para la adhesión a todos los acuerdos a los que el Estado se adhiere automáticamente al ingresar en las Comunidades, no quiere decir que el Legislativo no deba conocer puntualmente todos y cada uno de estos instrumentos cuyo bloque constituye el llamado derecho originario, lo que supone que al proyecto de Ley Orgánica de Autorización deberán acompañarse los textos de todos estos acuerdos en cumplimiento de lo previsto en el artículo 155.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados y 20 del Decreto 801/72 de 24 de marzo.

Respecto a los acuerdos entre los Estados miembros, los previstos en el artículo 220 del Tratado CEE y aquellos a los que se refiere el artículo 3.1, 2.º párrafo del Acta de Adhesión, a que el nuevo Estado miembro se *compromete a adherirse*, evidentemente necesitarán la autorización legislativa si encajan en los supuestos del artículo 94.1 y solamente en el futuro momento en que se produzca efectivamente la adhesión a los mismos.

Por lo que se refiere a los acuerdos o convenciones concluidos por las Comunidades con terceros (art. 4.1 del Acta de adhesión) se trata de actos exclusivamente comunitarios y por lo tanto una vez concluidos por la Comunidad no precisan ningún tipo de recepción en derecho interno, en

de su materia y entidad. Véase nuestro trabajo en el núm. 193 de DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA: La integración del derecho de las Comunidades Europeas en el ordenamiento español: algunas zonas oscuras del «*acquis communitaire*».

(18) Tampoco estimamos necesario que la Ley Orgánica enumere estos acuerdos de que el Estado se hace parte mediante la adhesión a las Comunidades. Sobre todo porque las fórmulas utilizadas en los textos de la adhesión son genéricas (artículo 1 del Tratado, de la Decisión CECA y del Acta de Adhesión). Los precedentes que suelen citarse de las leyes de Adhesión de Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca, que efectivamente incluyen la lista de los que consideran tratados comunitarios, tienen otra función que no es la de autorizar la adhesión sino la de introducir tales tratados en el orden interno, dada su orientación dualista. Así, el artículo 2 de la European Communities Act:

«2.(1). All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions ... created or arising by or under the Treaties ... are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom ...»

el 2 de la ley del mismo título, de Irlanda:

«2. From the 1st day of January, 1973, the treaties governing the European Communities and the existing and future acts adopted by the institutions of those Communities shall be binding on the State and shall be part of the domestic law thereof under the conditions laid down in those treaties.»

y el 3 de la de Dinamarca:

«Section 3. (1). The provisions of the treaties, etc., referred to in sections 4 shall take effect in Denmark to the extent that they are directly applicable in Denmark under Community law.»

Sin embargo la de Grecia, país de esquema monista, sólo autoriza la ratificación del tratado de adhesión y la adhesión a la CECA, *Efemeris Tes Kybernesseos*, 27 de julio de 1979.

el que se integran directamente por su propia fuerza y no por la del instrumento comunitario que los aprueba y autoriza su conclusión. Forman por tanto parte del acervo comunitario que obliga a los nuevos Estados miembros sin ningún acto de recepción por parte de éstos. Esto es lo que declara el número 1 del artículo 4.º del Acta de Adhesión cuando afirma que estos acuerdos entre las Comunidades y terceros obligan a los nuevos Estados miembros en las condiciones previstas en los tratados originarios es decir en las mismas condiciones que a los Estados ya miembros de las Comunidades (19).

Del carácter de ley formal que hemos convenido en atribuir a la Ley Orgánica de Autorización para la Adhesión podemos deducir también otras indicaciones sobre su contenido. En las primeras aproximaciones al específico fenómeno que constituye la adhesión a las Comunidades Europeas era relativamente frecuente encontrar en la doctrina referencias a que las especiales características del derecho comunitario en relación con el derecho interno: aplicabilidad directa, aplicabilidad preferente o supremacía y aplicación uniforme deberían ser objeto de un reconocimiento expreso en la Ley Orgánica de Autorización de la Adhesión.

Este reconocimiento explícito, sin embargo, plantea serios inconvenientes. En el caso en que los principios que según el sistema comunitario regulan la relación derecho comunitario-derecho interno fuesen compatibles y aun deducibles del sistema constitucional de incorporación y de atribución de jerarquía en el sistema de fuentes interno al Tratado de Adhesión, es evidente que su reconocimiento en la ley sería ocioso. En el supuesto contrario de que estos principios chocasen con el ordenamiento constitucional de los acuerdos internacionales ordinarios, por ejemplo en punto a la supremacía del derecho comunitario derivado sobre la ley posterior, o en la prohibición de publicación en el BOE de las normas de derecho derivado directamente aplicables, en estos casos, la Ley Orgánica no podría por sí misma excepcionar los preceptos constitucionales, y entonces hay que entender que se remitiría en apoyo de estos principios de relación derecho comunitario-derecho interno a la autorización para la atribución del ejercicio de competencias que prevé la Constitución en el artículo 93.

De este modo la función de la norma sería de mera divulgación o re-

(19) La posición del nuevo Estado miembro ante el acervo comunitario consistente en acuerdos entre los propios Estados miembros, es objeto de examen en nuestro artículo en DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA núm.193, citado; respecto a los acuerdos de la Comunidad con terceros, aunque tema incluido en el enunciado de este trabajo, resulta de la envergadura suficiente como para dedicarle un artículo específico.

cordatorio de las características del derecho comunitario y en esta función no cabe duda de que podría ser útil en los primeros tiempos de la aplicación del derecho comunitario por los órganos judiciales y de su ejecución por los órganos administrativos. Pero, como decíamos en otro lugar, frente a esta utilidad habría que ponderar el riesgo de que cualquier reconocimiento expreso de estos principios en una norma interna pudiera inducir a los órganos judiciales o administrativos a fundamentar la aplicabilidad directa y supremacía del derecho comunitario no en la atribución de competencias efectuada por el Tratado de Adhesión sino en la propia Ley Orgánica que las reconoce y este fundamento erróneo podría traducirse eventualmente en dificultades para reconocer la aplicación prioritaria sobre las normas nacionales de cualquier rango, aun posteriores, porque se entendiese que, cualquiera que fuera la referencia contenida en la Ley Orgánica al fundamento, en los propios tratados comunitarios de la aplicabilidad inmediata, de la supremacía y de la interpretación uniforme, sería en definitiva una ley nacional la que habría efectuado la introducción, o la recepción del derecho derivado en el orden interno, constituyendo así una «orden de ejecución» del mismo que no podría prevalecer contra normas del mismo rango posteriores.

Los precedentes que en la legislación de otros Estados miembros suelen citarse en apoyo de la conveniencia de este reconocimiento expreso de las características del derecho comunitario: Ley de 22 de junio de 1961 en Holanda, Decreto de 14 de marzo de 1953 en Francia y las Leyes de Adhesión del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, se consideran, bien un error jurídico, en el caso del Decreto francés, bien están condicionadas por una praxis tradicional que reconoce a la publicación el valor de una auténtica promulgación, como en el caso de los Países Bajos o por último se deben a la estructura dualista de los sistemas constitucionales de los tres países adherentes en 1973. Ahora bien, cuando ante un conflicto en cualquiera de los Estados de tradición dualista entre el derecho comunitario y una ley nacional posterior, o ante una negativa de sus jurisdicciones a acudir en interpretación al Tribunal de Justicia de las Comunidades, las autoridades nacionales pretendieron ampararse en su marco constitucional o en el acto nacional que había introducido el derecho comunitario en el orden interno, para no reconocer su supremacía o el monopolio del TJCE para la interpretación y apreciación de validez, el Tribunal comunitario fue tajante: los procedimientos de introducción del derecho comuni-

tario exigidos por las Constituciones de algunos Estados miembros no afectan a su naturaleza, es decir no lo transforman en derecho interno.

En el caso español, dado que la Constitución no exige la transformación del derecho comunitario, el reconocimiento por norma nacional de sus características de aplicabilidad directa y supremacía tendrían un fin, que en nuestra opinión, no justifica los riesgos de mala interpretación origen de futuros conflictos. Es preferible evitar en el contenido de la Ley cualquier indicio que pueda apoyar su eventual interpretación como acto de transformación del derecho comunitario en derecho nacional.

Por lo que respecta a otros posibles contenidos de la Ley Orgánica, es frecuente en la doctrina la tendencia a aprovechar esta Ley de Autorización de la Adhesión para resolver algunos problemas específicos que plantea la integración del orden jurídico comunitario en el orden interno. Por ejemplo, se suele postular frecuentemente la inclusión en la Ley de una amplia habilitación legislativa al Ejecutivo para adaptar la normativa interna al derecho comunitario en vigor en el momento de la adhesión. Aunque coincidimos en la conveniencia y aun necesidad de tal habilitación y así lo exponemos en el último capítulo de este trabajo, pensamos que la Ley Orgánica de Autorización de la Adhesión está concebida en la Constitución únicamente como revestimiento formal de la autorización por parte de las Cortes Generales y que cualquier ampliación de su contenido a otros objetivos desnaturalizaría su carácter además de introducir un innecesario factor de rigidez en la regulación de las materias conexas.

Las mismas consideraciones nos suscita la pretensión de incluir en la Ley Orgánica un catálogo de modificaciones, adaptaciones o derogaciones de textos internos de rango legal, necesarias, o convenientes por motivos de seguridad jurídica, a consecuencia de la adhesión.

En contra de lo que nosotros mismos mantuvimos en otra sede, tampoco nos parece que pueda utilizarse la Ley Orgánica para establecer mecanismos de concertación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para la aplicación del derecho comunitario ni para establecer con carácter general la supletoriedad del derecho estatal de desarrollo de normas comunitarias indirectas y de complemento de normas comunitarias directas en ciertos supuestos de incumplimiento por parte de las Comunidades Autónomas de la obligación de aplicación normativa impuesta en normas comunitarias, cuando en estos supuestos no juegue automáticamente la supletoriedad establecida en el artículo 149.3 in fine de la Constitución.

Las razones en contra de la extensión del contenido de la Ley Orgáni-

ca de Autorización derivan por una parte de la propia configuración de esta específica Ley en el artículo 93 de la Constitución como la forma que reviste la autorización del Legislativo al Ejecutivo para celebrar un tratado, con lo que la Ley queda configurada como una ley formal pero sin contenido material. Pero, además, también es de aplicación la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 para todas las leyes orgánicas, al declarar:

«que si es cierto que existen materias reservadas a Leyes Orgánicas (artículo 81), también lo es que *las Leyes Orgánicas están reservadas a estas materias* y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la Ley Orgánica que invadiera materias reservadas a Ley Ordinaria» (20).

La cuestión que se plantea ahora es si todas estas medidas, cuyo denominador común es que están destinadas a facilitar la aplicación del derecho comunitario, deberían incluirse en la Ley Orgánica en cuanto se trata de desarrollos del segundo párrafo del artículo 93 de la Constitución que atribuye a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión de competencias. Esta argumentación que se encuentra a veces en la doctrina favorable a la utilización de la Ley Orgánica como Ley material que resuelva los problemas que plantea la integración, parece basarse en una infundada ampliación del instrumento asignado en el primer párrafo del artículo 93 a la autorización legislativa, a los fines establecidos en el párrafo segundo del mismo artículo. El hecho de que este segundo párrafo atribuya la garantía del cumplimiento tanto al Legislativo como al Ejecutivo, y aun alguna opinión doctrinal piensa que debería haberse citado al Judicial, deja bien en claro que esta función de garantía no precisa un instrumento específico de Ley Orgánica sino que debe ejercerse mediante los mecanismos ordinarios de actuación de ambos poderes, establecidos en la Constitución.

En resumen, en nuestra opinión el contenido de la Ley Orgánica de Autorización de la Adhesión debería estar estrictamente limitado a esta autorización, dejando para la Ley ordinaria la regulación de las abundantes cuestiones planteadas por la integración del orden jurídico comunitario en el orden interno, que exijan rango legal (21).

(20) Subrayamos nosotros.

(21) Esta es también la posición de RODRÍGUEZ IGLESIAS, en «Problemas jurídicos de la adhesión de España a la Comunidad Europea», curso impartido en el verano de 1984, en el marco de los Cursos de Verano

Instrumentos de ratificación y adhesión

La ratificación y la adhesión que son las formas que en este caso adopta la prestación del consentimiento del Estado están reguladas en el Decreto 801/72, de 24 de marzo, a la espera de la Ley sobre conclusión de tratados prevista en el artículo 63.2 de la Constitución. Las reglas procedimentales de este texto, salvo las modificaciones que se deducen de la Constitución, siguen en vigor.

En el instrumento de adhesión o de ratificación figura la fórmula habitual: «Aprobado su texto por las Cortes Generales y por consiguiente autorizado para su ratificación», aunque es dudoso que la acción de las Cortes sea una aprobación del texto. Los instrumentos son firmados por el Rey y refrendados por el ministro de Asuntos Exteriores y éste procede a su depósito.

Las fórmulas utilizadas para la ratificación y para la adhesión son distintas (22). Los instrumentos de ratificación del Tratado de Adhesión a la CEE y a la CEEA y de adhesión al Tratado CECA, podrían bien publicarse sucesivamente, bien fundirse en un solo texto.

La *publicación de los Tratados Comunitarios* se llevará a cabo según el artículo 29.1 del Decreto 801/72, «mediante la inserción del texto íntegro del Instrumento de Ratificación o de adhesión de España a dicho Tratado». Por lo tanto, a renglón seguido de la firma de estos Instrumentos se publican los siguientes textos:

— Tratado de adhesión a la CEE y a la CEEA y Decisión del Conse-

de Derecho Internacional de la Universidad del País Vasco, en Vitoria, que serán publicados por esta Universidad y cuyo original me ha sido facilitado amablemente por el autor, véase especialmente el epígrafe V. 1. Igualmente DE MIGUEL ZARAGOZA en el «Informe sobre la Ley Orgánica...» citado, se pronuncia claramente por una reducción del contenido a la sola autorización.

(22)

JUAN CARLOS I, REY DE ESPAÑA

Por cuanto, el día..., el ministro de Asuntos Exteriores de España firmó en ... el Convenio ..., hecho en ...

Visto y examinados los ... artículos que integran dicho Convenio,

Aprobado su texto por las Cortes Generales, y por consiguiente autorizado para su ratificación (con las siguientes declaraciones y reservas)

Vengo en aprobar y ratificar cuanto en él se dispone (con las anteriores declaraciones y reservas) como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza, Mando expedir este Instrumento de Ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito ministro de Asuntos Exteriores.

JUAN CARLOS I, REY DE ESPAÑA

Cumplidos los requisitos exigidos por la Legislación Española y concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo ... de la Constitución, extendiendo el presente Instrumento de Adhesión de España al Convenio ..., hecho en ..., a ..., al efecto de que mediante su depósito y de conformidad con lo dispuesto en el artículo ... del Convenio, España pase a ser Parte del mismo.

En fe de lo cual firmo el presente, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito ministro de Asuntos Exteriores.

jo de las Comunidades que autoriza la adhesión al Tratado CECA y

— Acta de Adhesión, cuyas disposiciones según veremos forman parte al mismo tiempo de la Decisión y del Tratado. Por esta razón estimamos que es necesario publicar, además del Tratado de Adhesión a la CEE y a la CEEA, la Decisión de adhesión a la CECA.

— Tratados originarios:

La expresión Tratados originarios según el artículo 1.º de las dos Actas de Adhesión firmadas hasta el presente, se refiere a los Tratados constitutivos de las Comunidades tal como han sido completados o modificados por Tratados o por otros actos entrados en vigor antes de la adhesión. Se trata de los siguientes:

— Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

La necesidad de publicación del Tratado CECA como anejo al Instrumento de Adhesión no se deduce del Acta de Adhesión que únicamente prevé (en los artículos 159 y 151 de la primera y segunda Actas de Adhesión respectivamente), que el Gobierno del Estado depositario, la República Francesa, remitirá a los Gobiernos de los nuevos Estados miembros una copia certificada conforme de este Tratado. La exigencia de su publicación en el orden interno deriva de la obligación de publicar todos los acuerdos internacionales válidamente celebrados que se deduce del sistema de recepción establecido en la Constitución (23). No se prevé el establecimiento de un texto auténtico en el idioma del nuevo Estado miembro porque según el artículo 100 TCECA el Tratado está redactado en un solo ejemplar auténtico, el texto en francés. Lo que se publicará será una traducción como suele hacerse con los Tratados cuyos textos hacen fe únicamente en la versión en un idioma extranjero (por ejemplo el Tratado del Atlántico Norte publicado en el BOE núm. 129, de 31 de mayo de 1982).

— Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

Sus textos, en el idioma del nuevo Estado miembro, establecidos y autenticados en el marco de la conferencia de negociación, se publican como anejos al Acta de Adhesión (artículos 160 y 152 de la primera y segunda Acta de Adhesión respectivamente).

(23) Véase por todos RODRÍGUEZ ZAPATA, «Derecho Internacional y Sistema de Fuentes», en *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, tomo III, p. 1750 y ss.

— Tratados que los han modificado o completado.

Sus textos autenticados en el idioma del nuevo Estado miembro, fijados en el curso de la negociación, también se publican como anejos al Acta (artículo 1 de la Decisión del Consejo que autoriza la adhesión al Tratado CECA «tal como ha sido modificado y completado» y artículos 160 y 152 de las Actas de Adhesión que prevén la publicación como anejos al Acta de los Tratados que han modificado o completado los originarios. La mención específica en estos artículos a «tratados» que han modificado o completado los originarios, abre la cuestión del lugar de publicación de los otros «actos» que también pueden considerarse modificaciones y complementos, cuyo examen, junto con la enumeración de los tratados que pueden considerarse modificatorios y complementarios de los originarios, realizamos en el capítulo siguiente.

Unos acuerdos que presentan ciertas dificultades respecto a su publicación serían las «Decisiones y Acuerdos de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros adoptados en el seno del Consejo» a que se refiere el artículo 3.1 de las Actas de Adhesión, y los Acuerdos internos entre los Estados miembros para la aplicación de los acuerdos conjuntos entre la Comunidad y los Estados miembros por una parte y un tercero por otra, a que se refiere el artículo 4.3 de las mismas Actas. A todos estos acuerdos, como veíamos más atrás, se adhiere automáticamente el Estado al adherirse a las Comunidades. En los textos comunitarios no se prevé la obligatoriedad de su publicación que por lo tanto dependerá de las normas de cada Estado miembro sobre la publicación de los acuerdos internacionales. A su vez esto obliga a plantear la naturaleza jurídica de estas Decisiones y Acuerdos que es un tema difícil sobre todo debido a la heterogeneidad de los instrumentos contenidos bajo tal rótulo y que examinamos con detalle en otra sede (24). La excepción a su publicación en el orden interno, sustituida por la publicación en una edición especial en español del *Diario Oficial de las Comunidades*, como el resto de los actos de las instituciones en vigor en el momento de la adhesión, podría fundamentarse únicamente en su naturaleza de actos comunitarios atípicos que de muchos de ellos puede predicarse sin forzar excesivamente los conceptos. Pero en principio, los que tengan condicionada expresamente su entrada en vigor al cumplimiento de formalidades internas, en

(24) Véase el artículo sobre Comunidades Europeas y Derecho Español, algunas zonas oscuras del *acquis communautaire* cit., p. 44 a 51, y la «Nota sobre publicación del derecho de las Comunidades Europeas», DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA 194, p.200.

cada Estado miembro, aunque éstas sean las correspondientes a acuerdos en forma simplificada, deben ser considerados acuerdos internacionales y por tanto publicados en el derecho interno, en cuyo caso el lugar de publicación sería a continuación del Acta de Adhesión que es el instrumento que establece la automática adhesión de España en estos acuerdos. Debe resaltarse de nuevo aquí que no todos estos actos tienen carácter de acuerdos internacionales, que sólo un análisis de cada uno podrá determinar si tienen o no contenido jurídico obligatorio, y que la praxis de los Estados miembros no es uniforme porque algunos han sido aprobados por el Legislativo y ratificados y otros ejecutados como si fuesen actos emanados de las instituciones en forma de decisiones o recomendaciones *sui géneris*.

II. TRATADOS COMUNITARIOS

La posición del nuevo Estado miembro frente a los tratados constitutivos de la CEE y de la CEEA se establece en el artículo 1 del Tratado de Adhesión que está redactado en términos idénticos en el caso de la primera ampliación y en la adhesión de Grecia. Los Estados adherentes

«... se hacen (25) miembros de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y partes de los Tratados constitutivos de estas Comunidades tal como han sido modificados y completados.

2. Las condiciones de la admisión y las adaptaciones que ésta implica en los Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, figuran en el acta adjunta al presente tratado. Las disposiciones de este acta que conciernen a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica, forman parte integrante del presente tratado.

3. Las disposiciones referentes a los derechos y obligaciones de los Estados miembros, así como los poderes y competencias de las Comunidades tales como figuran en los tratados a que se refiere el párrafo 1 se aplicarán en relación con el presente tratado».

Por su parte el artículo 1 de la Decisión del Consejo sobre la adhesión a la CECA sólo se diferencia de este enunciado en la redacción del párrafo 1 según el cual los Estados candidatos

(25) *deviennent, become.*

«... pueden hacerse miembros de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero adhiriéndose en las condiciones previstas en la presente decisión al tratado constitutivo de esta Comunidad tal como ha sido modificado o completado».

La adhesión a la CECA no precisa ratificación por los Estados miembros sino el depósito del instrumento de adhesión al Tratado CECA del nuevo Estado miembro.

La redacción del artículo 1 del Tratado de adhesión a la CEE y a la CEEA plantea al menos los siguientes problemas de interpretación: *a)* qué sentido debe darse a la expresión «se hacen miembros» de las Comunidades «y partes de los tratados de creación de las Comunidades», *b)* cuáles son las modificaciones y complementos de los tratados originarios, *c)* cuál es la naturaleza jurídica del Acta que contiene las condiciones de adhesión y las adaptaciones de los tratados que ésta implica, *d)* cómo se integra el Tratado de Adhesión en el bloque de legalidad comunitaria.

Interpretación del artículo 1 del Tratado de Adhesión (26)

La expresión «se hacen miembros» de las Comunidades resalta el hecho de que la adhesión no es una mera adhesión a los tratados sino la aceptación de todo el conjunto de actos en vigor en el momento de la adhesión, basados en tales tratados.

Puissochet considera que la expresión «y partes de los tratados de creación» además de jurídicamente discutible en el caso del TCEE y TCEEA, porque los nuevos Estados miembros no firman ni ratifican tales tratados, es redundante porque al ser miembros de las Comunidades ya se les aplican las obligaciones y gozan de los derechos contenidos en los tratados originarios.

En nuestra opinión, el mérito de esta doble precisión consiste en que revela, de foma incidental, la dialéctica que subyace en la esencia misma de las Comunidades Europeas: Han sido creadas mediante actos convencionales de derecho internacional y por tanto, en principio, es en estos actos donde encuentran su fundamento jurídico, pero al mismo tiempo estos tratados crean un sistema institucional y dotan a las instituciones de unos poderes basados en la transferencia de competencias de los Estados

(26) En el comentario de este artículo del Tratado seguimos básicamente a PUISSOCHET, *op. cit.*, p. 153 y ss. Véase también en LE TALLEC, «Les instruments de l'adhésion de l'Angleterre, du Danemark, de la Norvege et de l'Irlande aux Communautés», *RMC*, 1972, p. 236, y BRINKHORST y KUIPER, «The integration of the new member states in the community legal order», *CMLR*, 1972, p. 366.

miembros a la Comunidad; en ejercicio de esas competencias transferidas, las instituciones comunitarias dictan normas directamente aplicables y que prevalecen sobre las normas internas lo que conlleva que los tratados que la crean deban quedar excluidos de las normas de derecho interno que regulan la incorporación y la posición relativa en el sistema de fuentes del derecho de los compromisos exteriores del Estado, en cuanto resulten incompatibles con estas características del derecho comunitario. Por ejemplo, como veíamos antes, si el sistema de recepción en un Estado miembro del derecho internacional convencional exigiese su transformación en derecho interno por medio de una norma, las normas comunitarias ya no tendrían efecto *per sé* sino por la ley que las introduce y por tanto tampoco tendrían prelación sobre normas internas posteriores del mismo rango y además el juez nacional se encontraría ante una norma comunitaria pero transformada en norma nacional y no podría recurrir en interpretación o en apreciación de validez ante el Tribunal comunitario.

Esta contradicción entre la forma: un tratado, instrumento internacional, y su contenido: creación de un orden jurídico supranacional, constituye el núcleo irreductible de la mayoría de las controversias doctrinales y judiciales en el tema de la relación del derecho comunitario con el derecho interno.

La primera de las previsiones del artículo 1: los nuevos Estados se hacen miembros de las Comunidades, sin mención de que deban adherirse a los tratados originarios, responde a la caracterización de éstos como texto constitucional de las Comunidades cuya aplicabilidad a los nuevos Estados miembros no requiere su participación como contratantes; pero la segunda de las precisiones: «y partes de los tratados de creación» implicaría que los tratados originarios siguen siendo considerados instrumentos contractuales internacionales cuya aplicabilidad sólo afecta a las partes.

Es de suponer que haya sido el deseo de otorgar a los nuevos Estados miembros una posición idéntica a la de los originarios, incluso formalmente, la razón de la inclusión de esta 2.^a precisión que no era exigida por los artículos 237 TCEE ni 205 TCEEA para la adhesión a las Comunidades y que no añade ni quita nada a las obligaciones y derechos de los nuevos Estados miembros.

Modificaciones y complementos de los tratados constitutivos de las Comunidades

En ninguno de los actos que regulan la adhesión aparece la lista de estas modificaciones y complementos. La razón parece ser que, además de las modificaciones contenidas en acuerdos formales de revisión conforme a los procedimientos específicos de los artículos 236 TCEE, 204 TCEEA y 96 TCECA los tratados originarios también prevén otros procedimientos de adopción de disposiciones que puedan traducirse en modificaciones o complementos en sentido material, lo que hace muy difícil cualquier intento de codificación (27).

Los procedimientos de revisión de los Tratados CEE y CEEA son idénticos: artículos 236 y 204.

En ambos casos el procedimiento contiene una fase comunitaria en la que intervienen la Comisión y el Consejo, y en los Tratados de Roma el Parlamento; el Consejo es el órgano que decide la convocatoria de la conferencia de representantes de los Estados miembros que a su vez decide sobre la revisión propuesta (28), pero son finalmente los Estados miembros los que ratifican o no la modificación. Como se ve, no se trata exactamente de una modificación de un Tratado sometida al derecho internacional. Lo que hay que plantearse es si los Estados pueden convenir entre ellos acuerdos de revisión de los Tratados comunitarios que no respeten el procedimiento del artículo 236 TCEE y los correspondientes de los otros tratados, o si al convenir un procedimiento de revisión específico han renunciado a la posibilidad de revisarlos conforme a las solas normas del derecho internacional. La respuesta está condicionada por la postura que se mantenga sobre el carácter del orden jurídico comunitario, si se toma en cuenta la forma, se trata de un derecho internacional convencional y no cabe duda de que los Estados partes podrían modificarlo conforme a los principios de libertad de forma y *contrarius actus*, pero si se considera la singularidad del contenido de los tratados había que entender que los Estados miembros han renunciado a la libertad de pacto en cuanto a la modificación (29).

(27) El artículo 1 del Acta precisa: «completados o modificados por tratados o por otros actos que hayan entrado en vigor antes de la adhesión». (El subrayado es nuestro). Según los artículos 160 y 161 A.A. los textos de los *tratados* que los han modificado o completado, establecidos en las lenguas de los nuevos Estados miembros, figuran como anejos al Acta de adhesión.

(28) GANSHOF VAN DER MEERSCH, «Communautés européennes et droit international», *op. cit.*, p. 46 y ss., analiza la naturaleza de esta fase previa de carácter comunitario, sobre los procedimientos de revisión, véase MEDINA, «La revisión de los tratados comunitarios», *RIE*, 1974, p. 1297.

(29) También este supuesto está previsto en el Convenio de Viena sobre derecho de los tratados. Artículo 39:

En dos ocasiones el TCECA ha sido objeto de modificaciones que no respetaron el procedimiento comunitario. Se trata del

— «Tratado de modificación del Tratado CEEA en razón de la devolución del Sarre a la República Federal de Alemania», firmado por Luxemburgo el 27 de octubre de 1956,

y de la

— «Convención relativa a algunas instituciones comunes de las Comunidades Europeas» firmada en Roma el 25 de marzo de 1957.

Esta segunda, que modifica ciertos artículos del TCECA para unificar la regulación de la Asamblea y del Tribunal de Justicia de las tres Comunidades de forma que fueran únicos para las tres, se firmó en la misma fecha que los Tratados de Roma. En las modificaciones posteriores, sin embargo, se ha seguido el procedimiento previsto en los Tratados. Son las siguientes:

— «Tratado que instituye un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas» firmado en Bruselas el 8 de abril de 1965.

— «Tratado de modificación de algunas disposiciones presupuestarias de los tratados que instituyen las Comunidades Europeas y del tratado que instituye un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas», firmado en Luxemburgo el 22 de abril de 1970.

— «Tratado de modificación de algunas disposiciones del protocolo sobre los estatutos del Banco Europeo de Inversiones», firmado en Bruselas el 10 de julio de 1975.

— «Tratado de modificación de algunas disposiciones financieras de los tratados que instituyen las Comunidades Europeas y del tratado que instituye un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas», firmado en Bruselas el 22 de julio de 1975. (Poderes presupuestarios de la Asamblea y creación de un Tribunal de Cuentas.)

También constituyen modificaciones, aunque basadas en el procedimiento de los artículos 237 TCEE, 205 TCEEA (y 98 TCECA) en vez de

«Norma general concerniente a la enmienda de los tratados. Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes. Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la Parte II salvo que el tratado disponga otra cosa.»

Para una exposición de ambas posiciones véase DELIEGE-SEQUARIS, «Revisión des traités européens en dehors des procédures prévues»; LOUIS «Quelques considerations sur la revision des traités instituant les communautés», en *CDE*, 1980, pp. 539 y 553, y sobre todo EVERLING «Suid die Mitgliedstaaten der E. G. noch Herren der Verträge?...», en *Festschrift für Hermann Mosler*, p. 173.

en los 236 y 204 respectivamente, las que los tratados llaman «adaptaciones» como consecuencia de la admisión de nuevos Estados miembros, es decir las contenidas en los dos tratados de adhesión:

- «Tratado relativo a la adhesión a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte», firmado en Bruselas el 22 de enero de 1972.

el

- «Tratado relativo a la adhesión de la República helénica a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica», firmado en Atenas el 28 de mayo de 1979.

Dado que el Tratado de Adhesión y demás instrumentos serán conjuntos para la adhesión de España y Portugal, contendrán las adaptaciones a introducir en los tratados constitutivos derivados de la adhesión de ambos Estados.

Las decisiones del Consejo CECA, de las mismas fechas que los tratados citados, no son formalmente adaptaciones del TCECA sino sólo las condiciones de adhesión que el Estado candidato acepta por un acto unilateral. En la práctica, como vimos, las negociaciones versaron sobre las adaptaciones de los tres tratados y se contienen en un solo instrumento para las tres Comunidades, el Acta de Adhesión.

Pero además de estas modificaciones según procedimientos que requieren la participación de los Estados miembros, los tratados ofrecen la posibilidad de ser revisados por las instituciones comunitarias. Así en el TCECA el artículo 95.2 y 3, la llamada «revisión menor», previo un procedimiento extraordinariamente restrictivo y dados unos condicionamientos muy estrictos permite a las instituciones modificar las reglas relativas al ejercicio de sus poderes por la Comisión. Hasta el momento sólo ha superado este procedimiento una propuesta para añadir un segundo párrafo al artículo 56 (30) con el fin de remediar algunos efectos de la crisis en el sector del carbón.

Otros artículos de los Tratados originarios autorizan la adopción por las instituciones comunitarias de actos que pueden considerarse bien adaptaciones bien complementos: Así, el 81 TCECA que permite extender la lista de productos definidos como carbón y acero, 38.3 TCEE, ampliar la lista de productos agrícolas, 84.2 TCEE, extensión a la navegación marítima y aérea de las disposiciones del título relativo a los transportes, 126

(30) JOCE núm.33, de 16 de mayo de 1960, p. 781.

TCEE, nuevas funciones del Fondo Social Europeo, 165.4 y 166.3 aumento del número de jueces y de abogados generales del TJCE, etc. (31). Los actos de las instituciones a que se refieren este párrafo son actos de derecho derivado aunque materialmente contengan adaptaciones o complementos a los tratados, que pasan a incluirse en su articulado.

No pueden entenderse incluidos en el artículo 1 la serie de actos atípicos adoptados por las instituciones, o de actos mixtos en los que se aprecia un carácter convencional interestatal, que se han venido utilizando para reorganizar aspectos institucionales a veces de la mayor importancia pero que no se integran en el texto de los tratados (32).

El Consejo y la Comisión se han pronunciado considerando que las declaraciones comunes son compromisos de carácter político que vinculan a las tres instituciones política y moralmente entre ellas y en relación al público pero sin constituir obligaciones jurídicas. (Respuestas a las cuestiones escritas números 169 y 170/77 de Maigaard, JOCE 259/4 y C 180/18 de 1977).

Son actos mixtos comunitarios-interestatales, por ejemplo la

— Decisión del Consejo de 21 de abril de 1970 relativa a la sustitución de las contribuciones financieras de los Estados miembros por recursos propios de las Comunidades (33).

por la que el Consejo adopta las disposiciones y «recomienda su adopción por los Estados miembros». La decisión sólo entra en vigor cuando los Estados miembros notifiquen el cumplimiento de «los procedimientos exigidos por sus reglas constitucionales respectivas para la adopción de la presente decisión».

También la

— Decisión del Consejo de 20 de septiembre de 1976 que contiene como anejo el Acta *portant election* de los representantes en la Asamblea por sufragio universal directo.

(31) Listas de estos artículos pueden encontrarse en GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 335, nota 119, y en LOUIS, *L'ordre juridique communautaire*, Bruselas, 1979, p. 32.

(32) Son, por ejemplo, actos atípicos que reorganizan el procedimiento presupuestario las: Resoluciones y declaraciones inscritas en el acta de la sesión del Consejo de 22 de abril de 1970, Declaración inscrita en el acta de la sesión del Consejo de 23 de marzo de 1979,

Declaración común de la Asamblea, del Consejo y de la Comisión por la que se crea un procedimiento de concertación entre las instituciones para los actos comunitarios de alcance general que presenten implicaciones financieras importantes, de 4 de marzo de 1975,

Declaración común de la Asamblea, del Consejo y de la Comisión por la que se establecen medidas conducentes a garantizar un mejor desarrollo del procedimiento presupuestario, de 30 de junio de 1982. JOCE C 194/1, de 28 de julio de 1982.

(33) La decisión era una pieza complementaria del tratado firmado al día siguiente en Luxemburgo sobre modificación de ciertas disposiciones presupuestarias de los tratados originarios. Véanse en la edición oficial de los Tratados, de 1978, pp. 843 y 855.

que a pesar del nombre es realmente un acto mixto comunitario-interestatal, firmado por los representantes de los Estados miembros, que también firman el Acta y que no produce efecto más que tras su «adopción», que es una ratificación, por los Estados miembros.

La naturaleza jurídica y los efectos de estos actos atípicos y mixtos respecto a un nuevo Estado miembros son cuestiones complejas que requieren un examen detallado que hacemos en otro lugar (34). Aquí únicamente los citamos como ejemplos de actos que completan materialmente los tratados pero que no pueden ser incluidos en el artículo 1 del tratado de adhesión en cuanto sus disposiciones no se integran en el articulado de aquéllos.

En lo que se refiere a la posición del nuevo Estado miembro respecto a los actos mixtos comunitarios-interestatales, si, como parece, no deben considerarse integrados en los tratados originarios en cuanto complementos, ni tampoco son actos únicamente institucionales, en cuanto actos convencionales entre los Estados miembros, podría considerárseles incluidos en el artículo 3.1 del Acta que establece la adhesión automática de los nuevos Estados miembros a los acuerdos de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo. En cuanto actos interestatales deberían ser objeto de publicación en el órgano oficial del nuevo Estado miembro.

Naturaleza jurídica y contenido del Acta de Adhesión

El Acta de Adhesión, como se llama abreviadamente al «Acta relativa a las condiciones de adhesión y a las adaptaciones de los tratados» es un instrumento mixto que forma parte al mismo tiempo del tratado de adhesión en aquellas de sus disposiciones que se refieren a la CEE y a la CEEA (art. 1.2 del Tratado) y de la Decisión del Consejo en las que se refieren a la CECA (art. 1.2 de la Decisión). En la práctica es muy difícil distinguir unas disposiciones de otras y además un gran número son comunes. Dado que en las disposiciones finales del Acta (arts. 158 de la primera y 150 de la segunda) se declara que forman parte de ésta los anejos y los protocolos, estos actos también participan de su doble naturaleza según el objeto de sus disposiciones.

Respecto al contenido, el principio que informa todas las disposicio-

(34) *Op. cit.*, DA. núm.193.

nes del Acta es la integración inmediata de los nuevos Estados miembros en el orden jurídico comunitario en vigor en el momento de la adhesión. Esto es lo que establece con carácter general el artículo 2:

«Desde la adhesión las disposiciones de los tratados originarios y los actos adoptados por las Instituciones de las Comunidades obligarán a los nuevos Estados miembros y serán aplicables en los mismos en las condiciones previstas por estos tratados y por la presente Acta.»

Lo que el Acta realmente hace es: establecer primero las adaptaciones que la adhesión de un nuevo Estado exige en este orden jurídico en vigor (35), segundo una serie de disposiciones transitorias para facilitar la integración gradual económica y financiera de los nuevos Estados y en tercer lugar aplazar la entrada en vigor de determinadas normas comunitarias.

El Acta es también un instrumento mixto en cuanto que aun siendo formalmente tratado (o decisión CECA) la mayor parte de su contenido afecta a normas de derecho derivado es decir adoptadas no por los Estados sino por las Instituciones comunitarias. Este carácter mixto debía traducirse en una diferencia en cuanto a los procedimientos de revisión que garantizase: por una parte que las Instituciones comunitarias no pudieran modificar por medio de los procedimientos de formación de su voluntad las normas acordadas por procedimientos de convención entre Estados, y por otra parte que las Instituciones conservasen su competencia para revisar las normas de derecho derivado aunque hubieran resultado afectadas por el tratado de adhesión.

El artículo 6 del Acta responde a la primera preocupación:

— «Las disposiciones previstas en la presente Acta no podrán, salvo que en ellas se disponga lo contrario, ser suspendidas, modificadas o derogadas sino mediante los procedimientos previstos en los tratados originarios para la revisión de estos tratados.»

Si este principio se hubiese establecido sin excepciones, podría argumentarse que las modificaciones de los actos comunitarios en vigor con-

(35) Desde las negociaciones de la primera ampliación el principio que informó la posición comunitaria fue que la solución de los problemas de adaptación que podrían plantearse debería instrumentarse mediante el establecimiento de medidas transitorias y no por la modificación de las normas existentes. Esta declaración salía al paso de la postura mantenida por alguno de los Estados candidatos en las frustradas negociaciones de adhesión de 1963 que pretendía que el tratado de adhesión modificase de forma permanente y en profundidad algunas de las normas comunitarias, en concreto las referentes a la PAC. De ahí que las adaptaciones incluidas en el Acta sean únicamente de carácter «técnico»: modificaciones en la composición de las instituciones, en el ámbito geográfico, en listas de productos, en las denominaciones y siglas, etc.

venidas en el Acta habrían adquirido rango de tratado y por lo tanto estos no podrían ser revisados más que mediante los procedimientos de revisión para los propios tratados lo que equivaldría a una congelación del derecho derivado afectado. Por tanto el artículo 8 tiene que introducir una excepción:

- «Las disposiciones de la presente Acta que tengan por objeto o como efecto derogar o modificar, excepto a título transitorio, actos adoptados por las Instituciones de las Comunidades, adquirirán la misma naturaleza jurídica que las disposiciones que deroguen o modifiquen y quedarán sometidas a las mismas reglas que estas últimas.»

Lo que se hace es reconocer formalmente el carácter de derecho derivado de las normas contenidas en el Acta que revisen de forma permanente, es decir *excluyendo las adaptaciones transitorias*, a reglas de derecho derivado.

Las adaptaciones de los tratados consisten básicamente en las modificaciones de tipo institucional y de la aplicación territorial de los tratados. Las adaptaciones del derecho derivado, casi todas de naturaleza técnica, se contienen en los extensos anejos del Acta.

Por lo que se refiere a las disposiciones transitorias, el principio fundamental de la integración del orden jurídico en vigor, significa que todos los aplazamientos y las medidas transitorias tienen carácter excepcional, exhaustivo y temporal (36). El mayor volumen de disposiciones del Acta son precisamente las referente a medidas transitorias, por ejemplo en el Acta de la primera adhesión ocupaban más de 100 artículos, toda la parte 4.^a, 5 de los Anejos y la mayor parte de los 30 Protocolos.

Respecto al carácter legal de las medidas transitorias ya veíamos antes que por el juego del artículo 6 y del artículo 8 tendrían carácter de tratado, no de derecho derivado. Evidentemente las Comunidades y los Estados adherentes trataban de evitar que un simple acto de las Instituciones pudiese modificar las medias de carácter transitorio acordadas en el Acta. Claro está que esto equivaldría también a una congelación de la legislación comunitaria en las zonas a las que afectan las medidas transitorias. De ahí que el artículo 7 tenga que especificar:

«Los actos adoptados por las Instituciones de las Comunidades a los

(36) BRINKHORST y KUIPER, *op. cit.*, p. 378. El TJCE en la sentencia de Halyps de 9 de diciembre de 1982, Rec. 1982-11, p. 4261, reafirma la interpretación restringida de las excepciones a la aplicación inmediata e íntegra de las disposiciones de derecho comunitario en vigor.

que se refieren las disposiciones transitorias establecidas en la presente Acta conservarán su naturaleza jurídica; en particular les seguirán siendo aplicables los procedimientos de modificación de estos actos.»

Lo que el artículo 7 hace es evitar que la rigidez de revisión que afecta a las disposiciones transitorias afecte a las disposiciones de fondo a que éstas hacen referencia porque en otro caso las Instituciones comunitarias resultarían prácticamente paralizadas. Ahora bien en algunos casos se producirá una modificación de las disposiciones transitorias como resultado de la modificación de las normas de fondo; esto es especialmente cierto en el capítulo agrícola donde la modificación constante de las normas de fondo ha de influir sin duda en las normas transitorias. De ahí que las dos Actas firmadas hasta ahora respectivamente en los artículos 62.2 y 72.2, autorizan al Consejo a modificar por unanimidad a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea las «modalidades», que no son otra cosa que medidas transitorias, de aplicación del derecho derivado en el sector agricultura si resultase necesario como consecuencia de modificaciones en la reglamentación comunitaria de fondo. De esta forma se posibilita la modificación sin recurrir a procedimientos interestatales y se garantiza la conformidad de las partes para modificar lo pactado en el Acta al exigirse la unanimidad para la decisión del Consejo (37). Bien es verdad que el consentimiento por parte del nuevo Estado miembro sólo quedará asegurado a partir de la entrada en vigor de la adhesión, lo que nos lleva a la cuestión general de los actos adoptados por las Instituciones durante el período «provisional» (*interimaire*) entre la firma del tratado de adhesión y su entrada en vigor (un año en la primera ampliación, 19 meses en la segunda, y previsiblemente un año en el caso de España y Portugal).

Actos comunitarios adoptados en el período entre la firma del Tratado y la entrada en vigor de la Adhesión

Los actos que se adopten durante el período «provisional» ya no serán objeto de negociación strictu sensu y sin embargo se impondrán al

(37) En la adhesión de Grecia se planteó la cuestión de si el Consejo que según el artículo 72.2 estaba autorizado para proceder a las adaptaciones necesarias para el Consejo en su composición previa a la participación del nuevo Estado miembro o si era necesario esperar a la integración de éste para poder adoptar las adaptaciones. Se resolvió a favor de la necesaria participación en el Consejo del nuevo Estado miembro, lo que exigía retrasarla al momento en que la adhesión ya estuviese en vigor. Sin embargo y para no retrasar su efectividad se optó por iniciar el procedimiento decisorio en el marco del Consejo en su composición preadhesión. YATAGANAS: «Los principales problemas jurídicos planteados durante e inmediatamente después del período provisional de la adhesión de Grecia a las Comunidades Europeas». *R/E*, 1982, p. 477.

nuevo Estado miembro. En las dos primeras negociaciones se resolvió el problema mediante un acuerdo adoptado en el marco de la Conferencia de negociación que luego fue recogido en el Acta final e incluido como anejo a la misma. Este acuerdo versó sobre un «Procedimiento de adopción de ciertas decisiones y otras medidas a adoptar durante el período anterior a la adhesión», en la primera ampliación y fue formalmente devaluado a un «Procedimiento de información y de consulta para la adopción de ciertas decisiones», en la adhesión de Grecia (38).

Lo que hace el «procedimiento» es mantener después de la firma y hasta la entrada en vigor de la adhesión los mismos cauces que durante la negociación pero es de notar que este procedimiento realmente no garantiza, al menos formalmente, la posición del nuevo Estado miembro frente a las modificaciones en las normas comunitarias adoptadas durante el período provisional. De hecho, sin embargo es un canal para tomar en cuenta la posición de éste y evitar que cuando al final del período provisional alcance la calidad de miembro pueda entorpecer o bloquear la acción de las normas adoptadas sin su participación.

Claro que por parte comunitaria también se corre el riesgo de que el Estado candidato aproveche el período provisional para adoptar normas internas que afecten en su favor a lo acordado en el Acta de Adhesión ya firmada. Que el «procedimiento de consulta» no es suficiente para garantizar el respeto a lo pactado aparece por ejemplo en el hecho de que la República helénica aprovechando la ausencia de una cláusula de «stand

(38) Lo que este segundo establece es lo siguiente:

«1. A fin de garantizar la información adecuada de la República helénica, toda propuesta o comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas que pudiera dar lugar a decisiones del Consejo de las Comunidades, será puesta en conocimiento de la República helénica después de que se haya transmitido al Consejo.

2. Las consultas tendrán lugar a petición motivada de la República helénica que expondrá explícitamente sus intereses en cuanto futuro miembro de las Comunidades y presentará sus observaciones.

3. Las decisiones de gestión no deben dar lugar con carácter general, a consultas.

4. Las consultas tendrán lugar en el seno de una Comisión provisional compuesta de representantes de las Comunidades y de la República helénica.

5. Por parte comunitaria, los miembros de la Comisión provisional serán los miembros del Comité de Representantes permanentes o las personas a quien éstos designen. Se insta a la Comisión a hacerse representar en estas actuaciones.

6. La Comisión provisional será asistida por un Secretariado que será el de la conferencia, adaptado a estos efectos.

7. Las consultas tendrán lugar normalmente desde el momento en que los trabajos preparatorios emprendidos en el ámbito comunitario con vistas a la adopción de decisiones por el Consejo hayan deducido orientaciones comunes que permitan celebrar con aprovechamiento tales consultas.

8. Si las consultas dejaran pendientes dificultades importantes la cuestión podrá plantearse a nivel ministerial a petición de la República helénica.

9. El procedimiento previsto en los apartados anteriores será aplicable también a las decisiones que se proponga adoptar la República helénica y que podrían tener una incidencia sobre los compromisos resultantes de su condición de futuro miembro de las Comunidades.»

still» en el Acta, haya elevado los derechos de aduana antes de que empiece a aplicarse el desarme progresivo, para que las reducciones partieran de una base más alta (39).

La posición de un nuevo Estado miembro ante los actos comunitarios adoptados durante el período que se ha dado en llamar provisional, es decir entre la firma y la entrada en vigor de la adhesión ha sido objeto de un pronunciamiento por parte del Tribunal comunitario en las sentencias Halyvourgiki de 16 de febrero de 1982 y Halyps de 9 de diciembre de 1982 (40). Lo que se planteaba era la aplicabilidad a unas empresas siderúrgicas griegas de las decisiones generales CECA 2794/80, 3381/80, 1831/81 y 1832/81, que establecían un sistema de cuotas reduciendo drásticamente la producción de las empresas siderúrgicas de toda la comunidad. Estas decisiones se habían adoptado en el período provisional entre la firma del Acta de Adhesión y el depósito del instrumento de adhesión de la República Helénica al Tratado CECA fecha en la que entraba en vigor la adhesión.

Las empresas alegaban que del tenor literal del artículo 2 del Acta de adhesión: «Desde el momento de la adhesión las disposiciones de los tratados originarios y los actos adoptados por las Instituciones de las Comunidades obligarán a los nuevos Estados miembros y serán aplicables en estos Estados en las condiciones previstas por estos tratados», no se deducía claramente la aplicabilidad a la República Helénica de los actos comunitarios adoptados con posterioridad a la firma del Acta. Efectivamente en el artículo no se precisa que los actos adoptados por las Instituciones de las Comunidades que entran en vigor en el momento de la adhesión sean los actos adoptados hasta el momento de la adhesión. Las empresas consideraban que no podía entenderse que la República helénica había aceptado, por medio del Acta de adhesión, actos futuros, desconocidos en la fecha del tratado, perfectamente indeterminados en cuanto a su contenido, y que debían ser adoptados con posterioridad por instituciones en las que Grecia todavía no participaba y sin ninguna otra intervención por su parte. En otras palabras se trataba de disposiciones que no habían sido objeto ni del Tratado de Adhesión ni habían sido adoptadas por las Instituciones de la Comunidad ampliada. El «acervo comunitario», se compondría de los tratados y de los actos de las Instituciones existentes en el momento de la firma del Tratado y que por lo tanto hu-

(39) YATAGANAS, *op. cit.*, p. 481.

(40) RECUEIL, 1982-2, p. 593 y 11, p. 4261.

bieran podido ser tenidas en cuenta para negociar las adaptaciones y medidas transitorias o en su caso en inaplicabilidad total o parcial a Grecia, dadas las condiciones específicas de este país, en el marco del procedimiento de negociación de la adhesión. Lo que se imponía, según las empresas demandantes, era una decisión suplementaria y específica para el caso de Grecia, a adoptar a partir del 1.º de enero de 1981 cuando ya Grecia participase plenamente en todas las Instituciones comunitarias.

Por otra parte las empresas alegaban también que no se habían cumplido los trámites del procedimiento de información y de consulta previsto para la adopción de algunas decisiones durante el período «provisional», lo que en cierto modo debilitaba su posición anterior, ya que, como la Comisión no dejó de observar en sus conclusiones, la propia existencia de este acuerdo sobre el procedimiento probaría que las decisiones a adoptar por el Consejo durante el período provisional estaban destinadas a aplicarse a Grecia, porque de otro modo no habría ninguna razón para asociarla a su elaboración mediante tal procedimiento. La Comisión también hacía notar, que los intereses de la industria siderúrgica griega se habían tomado en consideración en el Acta de Adhesión en la aplicación de las medidas transitorias, pero que en el Acta no se preveía ninguna excepción a la aplicabilidad a Grecia en caso de aplicación eventual del artículo 58 del Tratado CECA, disposición que fundamentaba las decisiones de establecimiento de cuotas. Esta argumentación de la Comisión puede ser de interés para un Estado que está negociando su adhesión y ponerle en guardia para conseguir en el articulado del Acta de adhesión las necesarias excepciones a la aplicabilidad no ya de los actos en vigor en el momento de la firma sino de los actos que puedan adoptarse en el período provisional por parte de las Instituciones comunitarias.

El Tribunal, interpretando conjuntamente el artículo 2 del Acta de adhesión y el artículo 2 de la Decisión del Consejo sobre la adhesión de la República Helénica a la CECA, que establecían que la adhesión entraría en vigor («prendra effet») el 1.º de enero de 1981, decidió que la fecha a tener en cuenta para determinar los actos de las Instituciones comunitarias que obligan a la República Helénica es la fecha de entrada en vigor de la adhesión, solución que por otra parte sería la única que podrían evitar una discontinuidad del orden jurídico comunitario en su aplicación a la República Helénica mientras que la tesis de los demandantes conduciría a la creación respecto a este Estado de un vacío legislativo correspondiente al período provisional.

Respecto a la naturaleza jurídica del procedimiento de información y consulta, el abogado general Verloren Van Themaat, en sus conclusiones generales niega su carácter obligatorio, en cuanto que el acta final, que lo contiene, constituye en derecho internacional una especie de catálogo de actos que no implica en sí mismo la aceptación de los mismos. Por otra parte, el acta final no es ratificada en cuanto tal, y el Acta de Adhesión, propiamente dicha no alude para nada al procedimiento. Por lo tanto, concluye, el cumplimiento de sus requisitos no podría considerarse como una condición de aplicación de los actos a que se refiere el artículo 2. El Tribunal por su parte no se pronuncia sobre la naturaleza del procedimiento sino que afirma que de las actuaciones se deduce que la Comisión efectivamente había seguido el procedimiento y que el gobierno griego había podido hacer valer sus intereses respecto a los proyectos de la Comisión conforme a las previsiones del mismo.

En resumen, lo que parece claro es que el procedimiento no es una garantía suficiente (41) de la participación del Estado miembro en la toma de decisiones durante el período provisional, lo que, teniendo en cuenta la larga duración de éste, debe incitar a un nuevo Estado miembro a incluir en la medida de lo posible en el articulado del Acta las necesarias cautelas.

Integración del tratado de adhesión en el derecho comunitario

La formulación del párrafo 3 del artículo 1 del Tratado de Adhesión extiende a éste la aplicación de las disposiciones de los tratados originarios que se refieren a los derechos y obligaciones de los Estados miembros y a los poderes y competencias de las Instituciones. Los Estados miembros originarios y los nuevos tienen pues las obligaciones genéricas del artículo 5 TCEE y correlativos de los otros dos tratados: adoptar las medidas precisas y favorecer la acción de las Instituciones, también respecto al tratado de adhesión; otras obligaciones específicas como, por ejemplo, la coordinación de sus políticas económicas para alcanzar los objetivos del tratado, también se extenderían a los objetivos de este tratado.

En contrapartida los Estados pueden utilizar los procedimientos previstos en los tratados originarios para exigirse el cumplimiento del de adhesión y las Instituciones comunitarias pueden actuar sus competencias, entre ellas el control judicial, para garantizar este cumplimiento. En

(41) YATAGANAS, *op. cit.*, p. 459.

resumen, este párrafo del artículo 1 coloca al tratado de adhesión bajo los mismos mecanismos de vigilancia y salvaguardia de su cumplimiento que los tratados originarios.

Pero el sentido crucial de este párrafo es que transforma el tratado de adhesión en derecho comunitario al hacerle extensivas las disposiciones de los tratados originarios que regulan las relaciones entre ellos y el derecho derivado por una parte y el orden jurídico interno por otra.

En consecuencia, por lo que se refiere a las relaciones de este tratado con el orden jurídico interno, será de aplicación la jurisprudencia, elaborada para los tratados originarios por el TJCE en cuanto intérprete exclusivo, de la aplicación preferente del tratado sobre las normas internas de cualquier rango y su corolario que es la integración directa del tratado en el orden interno sin «transformación» por medio de un instrumento jurídico interno. La importantísima consecuencia de este párrafo es que en estos puntos el Tratado de Adhesión queda excluido de la regulación constitucional de los tratados en general, propia del Estado miembro cuando esta regulación contenga exigencias, por ejemplo transformación, o no reconocimiento de la supremacía del derecho internacional convencional, que resulten incompatibles con las normas contenidas en el tratado, o en los tratados originarios, que se le aplican según este párrafo. Como éste sería un caso de modificación constitucional, los Estados miembros cuya regulación de los tratados resultaba incompatible han debido insertar en la constitución un artículo que bajo la fórmula general de autorizar la transferencia de competencias estatales por tratado da pie a esta excepcionalidad del Tratado de Adhesión (o en el de los Estados fundadores, de los tratados constitutivos) respecto a la regulación constitucional de los tratados en general.

De nuevo estamos aquí ante una manifestación de la disparidad entre forma y contenido de los tratados comunitarios: su contenido incluye preceptos que pueden excepcionar sus características de tratado definidas por cada ordenamiento interno de las partes.

Otra de las cuestiones a plantearse en este punto es la de la relación entre el tratado de adhesión y los tratados constitutivos de las comunidades. ¿Puede entenderse que el artículo 237 TCEE autoriza una modificación de los tratados constitutivos por el Tratado de Adhesión?, o por el contrario, las «condiciones de admisión y adaptaciones» a que el artículo limita el contenido del tratado de adhesión nunca pueden dar pie a verdaderas modificaciones de los tratados originarios. No es, en efecto, de des-

cartar la hipótesis de que los Estados miembros conviniesen con un Estado candidato unas condiciones de adhesión que, aunque bajo la vestimenta de medidas de adaptación, y por lo tanto transitorias, materialmente, por su extraordinaria duración, o por instrumentar lo que a veces se ha llamado las «dos velocidades», constituyesen de hecho una exclusión del nuevo Estado miembro de la aplicación de capítulos enteros de las políticas comunitarias, situación que claramente constituiría una auténtica modificación de los tratados originarios. Siempre se podría argüir que el nuevo Estado miembro había aceptado libremente las condiciones de integración, pero éste no es un argumento válido en cuanto que los tratados originarios además de su carácter de negocio jurídico entre las partes tienen una naturaleza constitucional, que se traduce en su sumisión a procesos de revisión específicos que los propios tratados regulan, procesos de revisión que en nuestra opinión no incluyen al tratado de adhesión de nuevos Estados miembros.

El efecto directo de algunas disposiciones de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas

A diferencia de la mayoría de los tratados, los constitutivos de las tres Comunidades europeas aparecen a primera vista como destinados no solamente a regular relaciones entre Estados sino también entre los individuos. En el caso del TCECA en esencia se trata de una regulación de la conducta de las empresas en los sectores del carbón y del acero y concede a la Comisión la facultad de adoptar decisiones obligatorias para las empresas. En el caso del TCEE se trata más bien de un tratado cuadro que autoriza a las instituciones comunitarias a adoptar normas directamente obligatorias para los individuos o para los Estados miembros. Pero también en este caso no faltan las disposiciones que crean expresamente obligaciones para sujetos individuales, así los artículos 85 y 86 que establecen las normas de defensa de la competencia. Por otra parte el artículo 173 ofrece a cualquier persona física o jurídica el derecho de recurso contra las decisiones del Consejo o de la Comisión que le afecten personalmente.

Los tratados contienen también una serie de obligaciones para los Estados miembros. De estas obligaciones unas lo son de abstenerse, las llamadas de «standstill», y otras de actuar. Un ejemplo de las primeras es el artículo 12:

«Los Estados miembros se abstendrán de introducir entre ellos nue-

vos derechos de aduana a la importación y a la exportación o impuestos de efecto equivalente, y de aumentar los que aplican en sus relaciones comerciales mutuas.»

y de las obligaciones de abstención, la contenida en el artículo 95, párrafo 3:

«Los Estados miembros derogarán o modificarán, antes del comienzo de la segunda etapa, las disposiciones existentes a la entrada en vigor del presente tratado que sean contrarias a las normas establecidas en los párrafos anteriores» (prohibición de trato fiscal discriminatorio para productos de otros Estados miembros).

Como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha venido desarrollando la doctrina del «efecto directo» de estas disposiciones de los Tratados que contienen una obligación clara, precisa e incondicional de hacer o de abstenerse dirigida al Estado miembro, declarando que tales disposiciones son susceptibles de generar derechos y deberes de los justiciables que las jurisdicciones internas están obligadas a salvaguardar y exigir. No es éste el momento de entrar detalladamente en la exposición de la doctrina del «efecto directo», tema que encajaría lógicamente en el artículo anterior de este mismo número de D.A., sino de ofrecer un modo de inventario de las disposiciones de los tratados a que el TJCE ha reconocido esta efectividad directa (42).

Como es sabido, el primer precepto del TCEE a que el Tribunal reconoció la posibilidad de surtir efecto directo fue el artículo 12, que citábamos anterioremente (43). La primera jurisprudencia del Tribunal reconocía únicamente la posibilidad de surtir efecto directo en el orden interno a las disposiciones de los Tratados que imponían una obligación de abstención a los Estados miembros (como el artículo 12 TCEE). A la misma categoría pertenecen el artículo 53 que prohíbe a los Estados introducir nuevas restricciones al establecimiento en su territorio de súbditos de los otros Estados miembros, el párrafo 2.º del artículo 37 que establece la prohibición de nuevas medidas contrarias a los principios enumerados en

(42) Efectividad directa que no debe confundirse con la «aplicabilidad directa» que el artículo 189 TCEE y los correspondientes de los otros tratados atribuyen únicamente a los reglamentos, como exponemos al principio del capítulo siguiente de este trabajo. También conviene señalar que, si bien la efectividad directa de algunas disposiciones contenidas en los tratados no es característica propia del derecho comunitario sino, doctrina elaborada de antiguo por la jurisprudencia norteamericana y reconocida por el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, en el caso de los tratados comunitarios, adopta unos matices que la convierten en una institución cualitativamente distinta de la del derecho internacional ordinario.

(43) Sentencia Van Gend en Loos, Rec. 1963, p. 9, abundantísimamente comentada por la doctrina, véanse por todos LOUIS, «El orden jurídico comunitario», *op. cit.*, p. 71.

el párrafo 1 que constituyan discriminación para los súbditos de los otros Estados miembros en los monopolios nacionales de carácter comercial el párrafo 1 del artículo 32 que prohíbe hacer más restrictivos los contingentes y las medidas de efecto equivalente existentes en la fecha de entrada en vigor del Tratado en los intercambios entre los Estados miembros y el primer párrafo del artículo 31 que prohíbe la introducción de nuevas restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente.

A partir del asunto *Lütticke* (44) el Tribunal comenzó a reconocer la posibilidad de surtir efecto directo a determinadas disposiciones de los Tratados que establecen una obligación de acción para los Estados miembros. Este es el caso del párrafo primero del artículo 95 que veíamos más atrás que constituye una prohibición de discriminación clara e incondicional que si bien debía instrumentarse por los Estados miembros eliminando o adaptando las disposiciones internas incompatibles, al no dejar a éstos ningún margen de apreciación en cuanto a la fecha en que debían haberse adoptado estas medidas, una vez transcurrido este plazo el Estado deberá abstenerse de aplicar las disposiciones contrarias.

Es importante constatar que el Tribunal en esta segunda hipótesis no reconoce efecto directo a las disposiciones que obligan a la actuación por parte del Estado. Esta actuación consiste generalmente en la obligación de adoptar normas que derogan un régimen legal anterior y estas normas pueden ser competencia del Legislativo. Si el TJCE hubiese reconocido efecto directo a la obligación estatal de adoptar estas medidas los jueces nacionales se hubieran encontrado con la falta de procedimiento para que los particulares pudieran pedir la adopción de normas de rango legal. Lo que hace el Tribunal es transformar la obligación de hacer: eliminar o corregir discriminaciones, en obligación de abstenerse de aplicar las normas nacionales discriminatorias una vez transcurrido el plazo, de forma que la disposición que produce efecto directo es una prohibición que puede contenerse explícitamente en un artículo del Tratado, como el párrafo 1 del artículo 95 que veíamos, o ser implícita como el párrafo 2 del artículo 13 y en el artículo 16, cuya efectividad directa viene reconocida por las Sentencias *SACE* y *Eunonia* (45).

Dado que muchas normas comunitarias que imponen obligaciones a los Estados o a las instituciones fijan un plazo para su cumplimiento, y dada la aplicación inmediata de las normas del Tratado en un nuevo Esta-

(44) Sentencia de 16 de junio de 1966, Rec. 1966, p. 302.

(45) Rec. Vol. XVI, p. 1223 y XVII, p. 816.

do miembro a partir de la entrada en vigor de la adhesión, salvo que se hayan previsto aplazamientos específicos en el Acta de Adhesión, se comprende fácilmente la importancia de esta posición del Tribunal comunitario que en cierto modo tiende a remediar la tardanza de las instituciones comunitarias y de los Estados miembros declarando el efecto directo de disposiciones de los Tratados que no han sido desarrolladas en el plazo previsto.

De esta forma el Tribunal declaró la efectividad directa de las disposiciones del Tratado que afectaban al derecho de establecimiento y a la libre circulación de mercancías, las restricciones a las cuales deberían haber sido progresivamente suprimidas en el curso del período de transición bien mediante directivas del Consejo bien mediante normas de los Estados miembros (46).

Además de estos casos en que la efectividad directa consiste en la posibilidad para el justiciable de alegar ante un juez nacional los efectos de una obligación impuesta al Estado por los Tratados, el Tribunal reconoce a ciertas disposiciones de éstos la posibilidad de surtir efecto en las relaciones entre particulares.

Evidentemente, algunas normas del tratado están destinadas explícitamente a regular relaciones privadas, por ejemplo las disposiciones en materia de defensa de la competencia, aplicables a las empresas. En otros casos, por ejemplo el artículo 48, la obligación impuesta en el tratado no tiene un destinatario preciso

«(La libre circulación de trabajadores) ... implica la supresión de todas las discriminaciones, fundadas sobre la nacionalidad, entre los trabajadores de los Estados miembros en lo que afecta al empleo, la remuneración y las demás condiciones de trabajo.»

el Tribunal reconoció que esta prohibición podía ser invocada contra los reglamentos dictados por autoridades públicas pero también frente a los convenios y reglamentos de organizaciones privadas (47). Lo mismo puede decirse del artículo 119:

«Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar durante la primera etapa y para mantener en lo sucesivo la aplica-

(46) Se trata de los Asuntos SACE y Eunonia citados, más la sentencia de 13 de diciembre de 1973, Rec. 1973, p. 1609 sobre la prohibición de derechos de aduana e impuestos de efecto equivalente establecida en el artículo 9, por lo que respecta a la libertad de circulación de mercancías, y de la sentencia Reyners de 21 de junio de 1974, Rec. 1974, p. 651, que establece la efectividad directa del artículo 52 sobre la libertad de establecimiento.

(47) Asunto Walrave, Rec. 1974, p. 1405.

ción del principio de igualdad de remuneraciones entre los trabajadores masculinos y los trabajadores femeninos que realicen el mismo trabajo.»

Según la sentencia Defrenne II (48) el Tribunal declaró que la obligación se extiende igualmente a los convenios destinados a regular de forma colectiva el trabajo asalariado así como a los contratos entre particulares.

Una lista completa de todos los artículos del TCEE que el Tribunal ha declarado surten efecto directo, puede encontrarse en la respuesta de la Comisión a la pregunta del parlamentario Boude a la Comisión, de 22 de septiembre de 1982 (número 1144/82) respuesta publicada en el JOCE de 29 de noviembre (49). Evidentemente esta lista se refiere únicamente a las disposiciones sobre cuya efectividad directa el Tribunal se ha pronunciado porque así se le pedía expresamente en el recurso en interpretación, pero en otros muchos casos el Tribunal ha considerado, sin pronunciamiento expreso que estas mismas disposiciones de los tratados, y otras, debían ser aplicadas por los jueces nacionales.

A lo largo de toda esta jurisprudencia, y aún mejor de la lista de disposiciones de los Tratados a que el Tribunal no ha reconocido efecto directo (50) pueden deducirse con claridad los criterios que éste utiliza para reconocer o no esta virtualidad. Se trata de disposiciones «precisas» e «incondicionales» lo que quiere decir que su aplicación no debe estar sujeta a ninguna otra medida que implique un grado de discreción por parte, bien de las instituciones de la Comunidad, bien del Estado miembro.

Para no alargar demasiado esta exposición, debemos terminar resaltando el hecho de que para un nuevo Estado miembro estas disposiciones de los Tratados a que el Tribunal ha reconocido efecto directo, se aplican desde el momento de entrada en vigor de la adhesión, salvo aplazamientos específicos convenidos, y que por tanto, pueden ser alegadas directamente por los justiciables en contra de las disposiciones de derecho interno que resulten incompatibles, alegaciones que todo juez interno deberá atender previo recurso en interpretación en su caso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades. Piénsese por ejemplo en la incidencia de la prohibición contenida en el artículo 95 sobre impuestos indirectos discriminatorios sobre productos importados similares o concurrentes con pro-

(48) Rec. 1976, p. 455.

(49) La lista de las sentencias en que el Tribunal se ha pronunciado expresamente sobre la efectividad directa de algunas disposiciones de los tratados comunitarios puede encontrarse en PESCATORE, «The Doctrine of "direct effect": An Infant Disease of Community Law» ELR, 2. 1983.

(50) También se puede encontrar esta lista en la respuesta de la Comisión a la pregunta núm.1144/82; son los siguientes artículos: 5, 32.2, 33, 67, 71, 90.2, 92, 97.1, 102 y 107.

ductos nacionales o la prohibición de toda discriminación entre súbditos de los Estados miembros respecto a las condiciones de aprovisionamiento y de ventas por parte de los monopolios nacionales de carácter comercial. Por su parte, la efectividad directa de las disposiciones que se refieren a la eliminación de derechos de aduana y de restricciones cuantitativas así como de impuestos o medidas que tengan efecto equivalente a aquéllos y éstas, será objeto de las normas referentes al periodo transitorio contenidas en el Acta de Adhesión.

III. DERECHO DERIVADO DIRECTAMENTE APLICABLE

Las nociones de aplicabilidad directa y de aplicación preferente son las claves de la relación derecho comunitario-derecho interno y su examen corresponde al artículo anterior. Parece útil sin embargo exponer aquí un esquema de la cuestión a efectos de ofrecer una visión más clara de la posición del nuevo Estado miembro ante esta clase de normas.

El concepto de aplicabilidad directa tal como se utiliza en la doctrina y en la jurisprudencia comunitarias encierra cierta ambigüedad derivada de su uso indiferenciado para denominar dos realidades diferentes: Por una parte, según los tratados, una categoría de normas de derecho derivado, no necesitan ser incorporadas al derecho interno según los mecanismos previstos para la incorporación de las normas de derecho internacional convencional, bien se trate de transformación o de simple recepción. La jurisprudencia del TJCE ha deducido que esta clase de normas comunitarias no sólo no precisan sino que excluyen cualquier modo de «nacionalización» e incluso la publicación en el diario oficial del Estado miembro.

La delimitación formal de estos actos de las Instituciones que son «directamente aplicables» no presenta problemas porque vienen definidos en los tratados. Se trata de los Reglamentos CEE y CEEA, artículos 189 y 161 respectivamente:

— «El reglamento tendrá carácter general, será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todo Estado miembro.» y de las decisiones generales CECA, artículos 14 y 15. El artículo 14 no distingue las decisiones individuales de las generales pero el 15 prevé que cuando no sean individuales serán aplicables por el solo efecto de su publicación. Por su parte el TJCE ha reconocido en varias ocasiones la noción de decisión general CECA basándola en el contenido del acto.

Pero como es sabido el TJCE utiliza la expresión «aplicable directa-

mente» también en el sentido de que esas normas son susceptibles de crear, sin intervención de los Estados miembros, derechos y deberes de los particulares que las jurisdicciones nacionales tienen el deber de proteger y exigir y reconoce esta cualidad no sólo a los reglamentos y decisiones generales CECA sino a determinados preceptos de los tratados originarios y de directivas, normas, estas últimas que, por definición, no son directamente aplicables.

La distinción, bajo distintos nombres: aplicabilidad inmediata y aplicabilidad directa, aplicación directa formal y material, aplicabilidad directa y efecto directo, etc., ha sido elaborada por la doctrina para poner de relieve que la «aplicabilidad directa» significa que la norma comunitaria dotada de ella se integra por sí propia en el orden jurídico interno sin ningún acto de recepción del Estado, mientras la posibilidad de surtir «efecto directo» quiere decir que afecta a las relaciones jurídicas internas lo que puede derivarse de que sea estructuralmente completa, caso ya previsto por el derecho internacional ordinario, o ser una construcción de la jurisprudencia del TJCE para algunos preceptos de los tratados comunitarios y de normas comunitarias indirectas como directivas y decisiones. Que las dos cualidades no tienen por qué coincidir aparece en el caso de reglamentos que requieren un desarrollo normativo posterior por parte de la Comisión, del Consejo o de los Estados miembros para lograr la aplicación efectiva de sus normas; es decir, éstos serían normas directamente aplicables pero no tendrían efecto directo. El hecho de que el TJCE haya mantenido que la aplicabilidad directa de los reglamentos equivale a su efectividad directa puede explicarse por el eventual atentado a la uniformidad de aplicación si los jueces nacionales pudieran pronunciarse sobre la completud de los reglamentos para otorgarles o no efectividad directa.

Bastan estas notas para señalar que los rótulos que ponemos a este epígrafe y al siguiente son grandes simplificaciones y que sólo formalmente es posible clasificar los actos de derecho derivado en directamente aplicables o no. Aquí nos interesa destacar dos puntos, primero: que en virtud de la doctrina de la efectividad directa, desde el momento de la adhesión los reglamentos CEE y CEEA y las decisiones generales CECA generan derechos y obligaciones de los justiciables que los tribunales nacionales deben amparar y exigir; segundo: que el Estado miembro está obligado a adoptar las normas internas que resulten necesarias para completar normativamente las comunitarias directamente aplicables que lo requieran.

En este trabajo estamos examinando únicamente esta tarea normativa del Estado miembro, no entramos por tanto en las cuestiones de naturaleza jurídica, forma, entrada en vigor, ni efectividad de los reglamentos.

La posición de un nuevo Estado miembro ante los reglamentos y decisiones generales CECA en vigor en el momento de la adhesión se deduce del artículo 2 del Acta de Adhesión:

«Desde la adhesión las disposiciones de los tratados originarios y los actos adoptados por las Instituciones de las Comunidades obligan a los nuevos Estados miembros y son aplicables en estos Estados en las condiciones previstas por estos tratados y por la presente Acta.»

La efectividad de los reglamentos y decisiones generales CECA adoptados por las Instituciones *después de la adhesión* se deriva de los artículos 189 TCEE, 161 TCEEA y 14 y 15 TCECA que citábamos antes.

El artículo 2 del Acta se refiere en términos generales a todos los actos de las Instituciones por lo tanto engloba no solamente a los que son directamente aplicables, sin embargo establece una distinción entre los que «obligan a los nuevos Estados miembros» y los que «son aplicables en estos Estados» para resaltar el carácter de aplicables directamente a los súbditos de los Estados miembros, sin participación del Estado como regla general .

La aplicabilidad directa de los reglamentos comunitarios

Aunque, como decíamos, la jurisprudencia del TJCE no siempre ha distinguido «aplicabilidad directa» de «efecto directo», parece claro que la característica de que los reglamentos están dotados según el artículo 189 consiste en que se integran per se en el orden jurídico interno de los Estados miembros sin necesidad de ninguna medida de recepción por parte de estos Estados. Esta es la diferencia con los tratados comunitarios, que están sometidos a las normas de recepción de compromisos internacionales por parte de los Estados miembros y por eso, cuando hablábamos de la posibilidad de algunas de sus disposiciones de surtir efectos jurídicos entre particulares preferíamos utilizar la noción de «efecto directo». Es a esta virtud de integración directa en el orden jurídico de los Estados miembros a la que se refiere el Tribunal cuando en la sentencia Comisión contra República Italiana (51) declara:

(51) Asunto 39/72, Rec. 1973, p. 101.

«Según los términos de los artículos 189 y 191 del tratado, los reglamentos son, en cuanto tales, directamente aplicables en todos los Estados miembros y entran en vigor por su sola publicación en el Diario Oficial de las Comunidades desde la fecha que ellos fijan o, en su ausencia, desde la fecha prevista en el Tratado. Por consiguiente son contrarios al Tratado todos los métodos de aplicación que pudieran tener por efecto constituir un obstáculo al efecto directo de los reglamentos comunitarios o poner en peligro su aplicación simultánea y uniforme en la Comunidad en su conjunto.»

A su vez, cuando un tribunal italiano planteó la cuestión (52) de si la práctica frecuente en Italia de reproducir los reglamentos comunitarios formando parte de normas nacionales era compatible con el derecho comunitario, el Tribunal declaró:

«La aplicabilidad directa de un reglamento significa que su entrada en vigor y su aplicación en favor o contra los individuos a los que afecta son independientes de cualquier medida de recepción en el derecho interno. En virtud de las obligaciones derivadas del tratado y asumidas por su ratificación, los Estados miembros están obligados a no interferir en la aplicabilidad directa inherente a los reglamentos y a otras normas del derecho comunitario. El estricto respeto de esta obligación es una condición indispensable de la aplicación uniforme y simultánea de los reglamentos comunitarios en la Comunidad en su conjunto.»

Para lo que a nosotros afecta hay que dejar bien claro que la aplicabilidad directa de que están dotados los reglamentos excluye cualquier medida interna que tenga carácter de, o que pueda ser interpretada como, orden de ejecución, promulgación y ni aun como «recepción» o «adopción» de los reglamentos en el orden jurídico interno.

Esto nos lleva inmediatamente a plantearnos el tema de la *publicación de los reglamentos* dado que nuestra Constitución configura la publicación como una exigencia, diversamente interpretada por la doctrina, para la aplicabilidad de los compromisos internacionales en el orden interno.

A pesar de que el juego combinado de los artículos 189 y 191 TCEE, 161 y 163 TCEEA y 15 TCECA, les hacía directamente aplicables por su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades, algunos Estados miembros originarios tardaron en aceptar que quedaban excluidas tanto la transformación en norma interna como la mera publicación en el Diario Oficial de cada Estado miembro. La práctica seguida en alguno de

(52) Asunto Variola, 34/73, Rec. 1973, p. 981.

ellos de reproducir los reglamentos como contenido de una norma interna, lo que suponía su nacionalización, fue abandonada rápidamente, salvo en Italia por efecto de la larga y arraigada concepción dualista, porque estaba claramente en contradicción con el artículo 189 y concordantes. Más discutida fue la técnica de la publicación del reglamento completo como anejo a una norma interna que no lo contiene ni le confiere su propio rango sino que únicamente ordena su publicación. Los peligros de esta técnica eran los mismos que en el anterior supuesto en aquellos sistemas que consideran la publicación como un requisito constitutivo que también nacionaliza la norma internacional con lo que, como hemos visto antes, se atentaría a la aplicación preferente y a la unidad de interpretación por el TJCE. La mera publicación nacional aun sin esta característica de requisito constitutivo, rompía la simultaneidad en la aplicación porque introducía un plazo que podía ser distinto en cada Estado miembro y porque la reproducción podía ser inexacta o infiel. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en repetidas ocasiones en contra de cualquier modalidad de ejecución que podría constituir obstáculo al efecto directo de los reglamentos (53) o de cualquier medida de recepción en el derecho nacional que pueda obstaculizar el efecto directo propio del reglamento (54) y en general, de cualquier acto de un Estado miembro «por el cual la naturaleza comunitaria de una regla jurídica y los efectos que de ella se derivan quedarían ocultados a los justiciables» (55) precisión que se refiere claramente a la publicación oficial de los reglamentos en el órgano oficial de un Estado miembro.

La Comisión por su parte, vela estrechamente por el respeto de esta prohibición hasta el punto de que en los casos en que resulta necesaria la reproducción parcial de un reglamento recomienda la introducción de cláusulas que expresamente reconozcan la aplicabilidad directa.

Establecida así la posición comunitaria, debemos plantearnos ahora cómo se compagina con la exigencia de publicación oficial en España exigida por el artículo 96. La doctrina se inclina a considerar, en efecto, que el artículo 96.1 se aplica no sólo a los tratados sino a las normas emana-

(53) Sentencia de 7 de febrero de 1973 (Comisión contra Italia), Rec. 1973, p. 113. PESCATORE en «La repartition de competences entre la Communauté et les Etats membres», comunicación al coloquio de Lieja de 1973, recogida en la obra *La Communauté et les Etats membres*, p. 65, resume los argumentos en contra de la publicación nacional de los reglamentos comunitarios. Véase también NARDI, «Norme interne riproductive di reglamenti comunitari e interpretazione a titolo pregiudiziale», *Giurisprudenza Italiana* 1981, núm.10.

(54) Sentencia de 10 de octubre de 1973 (Variola), cit.

(55) Sentencia de 2 de febrero de 1977 (Amsterdam Buld), p. 147, considerando 7. Sentencia de 31 de enero de 1978, Asunto Zerbone, Rec. 1978, p. 99.

das de instituciones supranacionales en ejercicio de una transferencia de competencias estatales.

Una posible construcción es que estarían excluidas de publicación las normas de derecho derivado porque entre las normas «primarias» contenidas en el tratado están las que regulan la producción de normas por las instituciones comunitarias y en consecuencia la recepción del tratado implicaría la recepción de las normas establecidas de conformidad con dicho tratado. Por tanto no sería necesaria la publicación interna de los reglamentos cuando «la publicación se efectúe en un órgano oficial y este efecto de “aplicación directa” desde tal publicación se reconozca en el propio tratado» (56).

O también, que «está en la lógica de la transferencia de competencias que el derecho comunitario derivado se incorpore al derecho interno como consecuencia de la incorporación de los tratados que crearon los órganos que lo producen y en las mismas condiciones que estos tratados, es decir por el hecho de su publicación, una publicación que aquí sería la publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades*» (57).

Estas argumentaciones coinciden en apoyar la no recepción ni publicación del derecho derivado, en la previa incorporación del tratado, es decir, en el artículo 96 de la Constitución y no en la especificidad del derecho comunitario. Son por tanto perfectamente válidas pero no deben oscurecer el hecho de que en caso de que la Constitución contuviese preceptos aplicables a la incorporación y publicación de los reglamentos, incompatibles con los tratados comunitarios, son éstos los que prevalecen, en virtud de la autorización para concluirlos contenida en la propia Constitución, artículo 93 párrafo 1.º, aun en el caso de normas que, como la exigencia de no publicación, no estén expresamente recogidas en los tratados comunitarios pero resulten necesarias para el funcionamiento del sistema por ellos establecido y así lo haya sentado la jurisprudencia del TJCE que tiene atribuida la interpretación final en exclusiva de estos tratados.

Al tratar de la Ley Orgánica de Autorización de la Adhesión también nos pronunciábamos en contra del reconocimiento expreso en este texto de que la publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* constituía publicación en el orden interno, porque estimábamos que esta

(56) GONZÁLEZ CAMPOS: «Comentario al artículo 1.5 del título preliminar del Código Civil» en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, T. 1, p. 113 y nota 154 en p. 114.

(57) TRUYOL SERRA, en «L'Espagne et les Communautés Européennes», coloquio de Lovaina de mayo de 1979, p. 115.

disposición sería insuficiente per se para excepcionar la eventual exigencia constitucional de publicación y fuente de posibles equívocos en cuanto a la naturaleza nacional o comunitaria de la exigencia de no publicación.

Para las normas en vigor en el momento de la adhesión su publicación se regula en los artículos 155 en el acta de la primera ampliación y 147 en el acta de la adhesión de Grecia, que establecen:

«Los textos de los actos de las Instituciones de las Comunidades adoptados antes de la adhesión establecidos por el Consejo o por la Comisión en (el idioma del nuevo Estado miembro) darán fe, desde la adhesión, en las mismas condiciones que los textos establecidos en los cuatro idiomas originarios. Serán publicados en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas en los casos en que los textos en los idiomas originarios hayan sido objeto de tal publicación.»

El artículo no se refiere únicamente a los reglamentos sino a todos los actos que hayan sido objeto de publicación aunque ésta no sea requisito de su aplicabilidad. El establecimiento de las versiones auténticas de los textos corresponde al Consejo o a la Comisión según quien haya dictado el acto original. De hecho, el nuevo Estado miembro presenta una versión de los textos que es objeto de examen y de revisión en el procedimiento de negociación, pero la versión definitiva corresponde a las Instituciones comunitarias. La edición especial del Diario Oficial en los nuevos idiomas oficiales, está regulada en el reglamento 857/1972, de 24 de abril (JOCE, número L 101/1 de 28 de abril de 1972) que establece que tiene los mismos efectos jurídicos que la publicación en el JOCE.

La publicación de las normas posteriores a la adhesión se efectuará en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, edición en castellano, según el reglamento número 1 del Consejo, de 15 de abril de 1958, que fija el régimen lingüístico de la Comunidad, modificado por las sucesivas Actas de Adhesión. Es interesante resaltar, finalmente, que el artículo 8 de este reglamento prevé que:

«En lo que se refiere a los Estados miembros en que existen varios idiomas oficiales, la utilización del idioma será determinada, a petición del Estado interesado, según las reglas generales contenidas en la legislación de ese Estado.»

La publicación de las disposiciones comunitarias en vigor en el momento de la adhesión plantea un problema material debido a su enorme volumen (en el momento de la adhesión de Grecia se calculaba en unas

45.000 páginas del *Diario Oficial de las Comunidades*, y en estos cuatro años ha aumentado sustancialmente) y un problema de traducción. Como veíamos, la publicación de estos textos en ediciones especiales del *Diario Oficial de las Comunidades* es competencia del Consejo y de la Comisión, el artículo VI del Procedimiento de Información y de Consulta para la adopción de determinadas decisiones, anejo al Acta de Adhesión de Grecia, especifica más en concreto:

«Las Instituciones de las Comunidades establecerán en el plazo adecuado (*en temps utile*) los textos a que se refiere el artículo 147 del acta relativa a las condiciones de adhesión...»

La experiencia en el caso de adhesión de Grecia muestra que en el momento de entrada en vigor de la adhesión no se había publicado más que una parte de los 103 volúmenes que constituyen esta edición especial.

Esto nos lleva al problema de los efectos jurídicos del retraso en la publicación de la edición en español del derecho comunitario en vigor en el momento de la adhesión. Por lo que se refiere a las normas directamente aplicables que son las que estudiamos en este epígrafe, esta falta de publicación las hace lisa y llanamente inaplicables. Por otra parte y dado que ésta es una función que corresponde según el Acta de Adhesión a las Instituciones comunitarias, no sería descabellado pensar en una eventual exigencia de responsabilidad extracontractual de la Comunidad en aplicación del segundo párrafo del artículo 215 del tratado CEE, por parte de los súbditos españoles que se consideren injustamente perjudicados por la no publicación atribuible a las Instituciones de la Comunidad, de las normas comunitarias de las que pudiesen deducir derechos.

Según decíamos al principio del capítulo, el tema que nos interesa en esta nota es la actividad que un Estado miembro debe realizar para ejecutar el derecho comunitario, cuando esta ejecución consiste en la adopción de disposiciones generales de carácter interno. Hasta ahora hemos examinado la función del Estado frente a la *publicación* de las normas comunitarias directamente aplicables. Ahora vamos a entrar en la cuestión de la función que al Estado le corresponde frente a las *normas de derecho interno que resultan incompatibles* con disposiciones directamente aplicables de derecho comunitario.

El tema es particularmente relevante para un nuevo Estado miembro, que se adhiere a las Comunidades después de muchos años de funcionamiento, cuando las Instituciones han producido un amplísimo cuerpo ju-

rido, que se integra de golpe en el ordenamiento interno y que resulta incompatible con zonas muy extensas de la normativa interna. Lo que se plantea en concreto es si el Estado está obligado a modificar explícitamente sus normas internas incompatibles, y en esta hipótesis habría que pronunciarse también sobre el rango de la norma interna necesaria para efectuar esta modificación, o si es suficiente con dejar jugar los efectos de aplicación directa y aplicación prioritaria de la norma comunitaria en los casos de conflicto con la norma interna, dejando en manos de los órganos judiciales la garantía del respeto de estas características del derecho comunitario.

Para entender correctamente la cuestión es necesario examinar la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Comunitario sobre los efectos del derecho comunitario directamente aplicable respecto al derecho interno incompatible.

El TJCE al examinar los efectos de la aplicabilidad directa del derecho comunitario en el orden interno, lo hacía generalmente en el contexto de la aplicación judicial interna. En estos casos el Tribunal se limitaba a declarar que las disposiciones dotadas de efecto directo generaban derechos individuales que las jurisdicciones nacionales debían salvaguardar. En algunas sentencias: «Código del Trabajo Marítimo Francés» (58) y «Comisión contra República Italiana» (59), el Tribunal considera que son todas las autoridades nacionales las que están obligadas a respetar y salvaguardar los derechos que las disposiciones comunitarias otorgan a los justiciables. En la segunda de estas dos sentencias el Tribunal habla de que el derecho comunitario directamente aplicable implica «para las autoridades nacionales competentes la prohibición de pleno derecho de aplicar una prescripción nacional reconocida incompatible con el Tratado» y que todas las autoridades nacionales competentes están obligadas «a tomar todas las disposiciones necesarias para facilitar la plena efectividad del derecho comunitario». Esta jurisprudencia, por lo tanto, ponía el acento generalmente en la conducta que debía adoptar el Juez o la Administración nacionales en presencia de un conflicto entre el derecho comunitario aplicable al caso en concreto y el derecho nacional en vigor, pero no se pronunciaba sobre la suerte de las normas nacionales incompatibles.

La primera reacción doctrinal ante esta cuestión era partidaria de

(58) Aff. núms.167-73, *Commission des Communautés européennes c. République française*, Rec., 1974, p. 359.

(59) *Commission des Comunautés européennes c. République italienne*, Rec., XVIII, p. 529.

considerar que las normas comunitarias directamente aplicables operaban una derogación implícita de las disposiciones nacionales contrarias; véase la doctrina citada por Barav (60).

El Tribunal sin embargo, se ha pronunciado por la tesis de la inaplicabilidad. Por ejemplo, en la Sentencia Lück (61) declara que la aplicabilidad directa «excluye la aplicación de las medidas de orden interno incompatibles». En el asunto Marimex (62) afirma que «el efecto de los reglamentos se opone a la aplicación de las medidas legislativas incompatibles con sus disposiciones». En el caso del Código del Trabajo Marítimo francés (63) precisa que «toda disposición contraria del derecho interno resulta inaplicable» y la misma declaración aparece en la sentencia Simmenthal (64): «en virtud del principio de la primacía del derecho comunitario las disposiciones del tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el derecho interno de los Estados miembros ... hacer inaplicable de pleno derecho ... toda disposición contraria de la legislación nacional en vigor».

Por otra parte parece que la inaplicabilidad del derecho nacional anterior sea para el Tribunal únicamente una consecuencia mínima del efecto directo y de la primacía del derecho comunitario pero que este efecto, «no limita sin embargo la capacidad de las jurisdicciones nacionales competentes para aplicar, entre los diversos procedimientos de orden jurídico interno, los que resulten apropiados para salvaguardar los derechos individuales concedidos por el derecho comunitario» (65). Es decir que por el efecto directo del derecho comunitario las normas nacionales resultan por lo menos inaplicables pero que el juez nacional puede aplicar una solución más radical que le ofrezca su derecho nacional (66).

La tesis de la inaplicabilidad resulta también más funcional en cuanto

(60) BARAV: «Les effets du droit communautaire directement applicable», comentario a la Sentencia Simmenthal, CDE 1973, p. 271. Asimismo KOVAR, en *L'applicabilité directe du droit communautaire*, 1973, p. 293. LOUIS, en *Les Règlements...*, op. cit., p. 273, aunque en el capítulo IV de la obra colectiva *Les recours des individus devant les instances nationales...*, op. cit., p. 163, se une a la tesis de la inaplicabilidad. CONSTANTINESCO, en *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, Paris, 1970, p. 45, habla también de *effet abrogatif*.

(61) Aff. núms.34-67, *Firma Gebrüder Lück c. Hauptzollamt Köln-Rheinau*, Rec. XVI, p. 359.

(62) Aff. núms.84-71, *S.p.a. Marimex c. Ministère des finances de la République Italienne*, Rec., XVIII, p. 89.

(63) P. 359.

(64) Sentencia de 9 de marzo de 1978, considerando núm.17.

(65) Aff. núms.34-67, cit., Rec., XVI, p. 359 y Sentencias de 11 de diciembre de 1973, Asuntos 120, 121, 122 y 141/1973, Rec. 1973, p. 1471, 1497, 1513, 1529. La misma tesis mantiene implícitamente la sentencia de 13 de febrero de 1969, asunto Walt Wilhelm, Rec. 1969, p. 1.

(66) KOVAR, en comentarios de la sentencia de 16 de diciembre de 1976, Asunto 33/76 Rewe en CDE 1977, p. 233 y Barav, Comentarios a la Sentencia de 9 de marzo de 1978 Asunto 106/77 Simmenthal en CDE 1978, p. 273.

permite la plena eficacia de la norma interna para los supuestos no incluidos en la comunitaria, por ejemplo respecto a súbditos o empresas extranjeros que no pertenezcan a la Comunidad, y porque la deja subsistente en casos de derogación de la norma comunitaria, cosa no infrecuente en los sectores regulados por una política comunitaria (67).

Estas consideraciones se refieren únicamente a las relaciones entre el derecho comunitario directamente aplicable y el derecho interno anterior. Respecto al conflicto con normas internas posteriores es una cuestión más compleja cuya solución depende de la construcción jurídica que se haya utilizado en cada Estado miembro para garantizar la supremacía del derecho comunitario, y en la que no necesitamos entrar ahora porque corresponde al artículo anterior y porque la principal preocupación de un nuevo Estado miembro en este terreno es la adaptación del orden interno al cuerpo jurídico comunitario en vigor en el momento de la adhesión.

De la jurisprudencia que hemos recogido se deduce claramente que para la aplicación correcta del derecho comunitario directamente aplicable en el orden interno no sería necesaria *strictu sensu* la modificación por parte del Estado de las normas internas incompatibles, bastaría que los órganos judiciales interpretasen correctamente la naturaleza y caracteres del derecho comunitario y lo aplicasen prioritariamente sobre las normas internas incompatibles.

Por otra parte, es evidente, que el Estado llevado por un propósito de garantizar la seguridad jurídica actúe normativamente derogando, modificando, o refundiendo textos internos para adaptarlos a las normas comunitarias que sobre ellos inciden. Incluso se puede pensar que uno de los motivos para esta actuación sea el de asegurar la aplicación correcta por parte de los órganos del ejecutivo y del judicial de las normas comunitarias para, de esta forma, evitar incumplimientos e infracciones que pudieran poner en juego su responsabilidad internacional por parte de las Instituciones comunitarias.

Lo que debemos examinar es si esta actuación del Estado, además de por razones de seguridad jurídica, resulta necesaria por imperativo del propio derecho comunitario, cuestión que resulta del máximo interés para un nuevo Estado miembro de las Comunidades, que se vería, así, obligado a derogar, o constatar la derogación, de todas las normas internas incompatibles con el enorme y complejo bloque de Derecho comunitario en

(67) LOUIS: «Primauté du droit communautaire», en *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*. Larquier, Bruselas, 1978, p. 165.

vigor en el momento de la adhesión, tarea técnicamente difícil y cuantitativamente voluminosa, cuyo, casi seguro incumplimiento, colocaría al Estado en situación de infracción que podría eventualmente ser declarada por el Tribunal comunitario.

Nos parece, por tanto conveniente examinar de cerca la escasa jurisprudencia del Tribunal sobre el tema.

En efecto son pocos los casos en que el Tribunal comunitario se ha pronunciado sobre si el mero *mantenimiento* de disposiciones nacionales incompatibles con el derecho comunitario constituía un incumplimiento de las obligaciones que incumben a un Estado miembro en virtud del tratado o de un reglamento. El más conocido es el famoso asunto 167-73 llamado «Code du travail maritime» resuelto en sentencia de 4 de abril de 1974 (68). Los hechos eran los siguientes: el artículo 3, párrafo 2 de la ley francesa de 13 de diciembre de 1926 que contiene el Código del Trabajo Marítimo, estipula que el personal de la tripulación de los navíos franceses debe ser francés en una proporción definida por orden del Ministro de la Marina Mercante. Esta proporción fue fijada en sucesivas órdenes en 1960 y 1969, es decir posteriores al tratado, que mantenían, sin ninguna excepción para los súbditos de otros Estados miembros de las Comunidades la misma limitación. Según la Comisión esta disposición violaba el artículo 48 del Tratado CEE que establece en interés de la libre circulación de los trabajadores la abolición de toda discriminación fundada sobre la nacionalidad y además resultaba incompatible con el reglamento núm. 1612/68 relativo a la libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad (69). De ahí que la Comisión, por carta de 8 de octubre de 1971, invitase al Gobierno francés a modificar la reglamentación en el plazo más corto posible. El Gobierno francés respondió que era su intención presentar al Parlamento el proyecto de ley necesario para efectuar

(68) Rec., p. 359. GOFFIN, en «Le manquement d'un Etat membre selon la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes», en *Melanges Dehouse*, 1979, p. 212 cita también el caso 28-69, Comisión contra Italia, Rec. 1970, p. 187. BARAV en «Failure of member states to fulfil their obligations under community law», CMLR, 1975, p. 374, precisa que en este caso el Tribunal investigó si efectivamente las normas internas incompatibles eran aplicadas y ante su inaplicación en la práctica desestimó la demanda de la Comisión. Comentando esta sentencia KOVAR deducía que la infracción no debería declararse si sólo era potencial. *Journal de droit International*, 1971, p. 393, cit. por BARAV.

(69) La Comisión citó en sus alegaciones ante el Tribunal la posibilidad de que el mantenimiento en vigor de disposiciones internas incompatibles con un reglamento constituyese una infracción a la obligación formulada con carácter general en el artículo 5 del tratado CEE que establece la obligación de todos los Estados miembros de adoptar las medidas generales o particulares adecuadas para garantizar la ejecución de las obligaciones que se deriven del tratado o que resulten de actos de las instituciones y de abstenerse de las medidas susceptibles de poner en peligro la realización de los fines del tratado, pero sin poner excesivo énfasis en este fundamento de la eventual infracción. Por su parte el Tribunal no recoge en la sentencia ninguna referencia a la violación del artículo 5.

esta modificación pero de hecho no llegó a presentar tal proyecto. Ante el dictamen motivado de la Comisión, que inicia según el artículo 169 del Tratado CEE el procedimiento de declaración de infracción, el Gobierno informó de que efectivamente se había presentado un proyecto de ley que modificaba la reglamentación y que había sido adoptado en primera lectura por la Asamblea Nacional y transmitido al Senado, sin embargo su tramitación ante el Senado no había podido concluir antes del fin de la sesión parlamentaria.

Como el fondo de la cuestión era el rechazo por parte del Senado de esta modificación porque entendía que las disposiciones y los principios sobre libre circulación de trabajadores, invocados por la Comisión no se aplicaban al transporte marítimo, la Comisión recurrió al Tribunal de Justicia para que declarase la existencia de infracción.

Aunque el fondo del asunto era éste, incidentalmente se planteaba la cuestión de si el mero mantenimiento, aun sin actos de aplicación concreta, de las disposiciones legislativas contrarias al tratado o a un reglamento constituía en sí una infracción. Una posible objeción, que la propia Comisión suscitó podría derivarse del efecto directo del reglamento que de por sí confería a los particulares la posibilidad de hacer valer sus derechos ante las jurisdicciones nacionales (70). La Comisión estima que el mantenimiento en vigor en la legislación de un Estado miembro de disposiciones incompatibles con las normas de un reglamento comunitario constituye, en sí misma, una infracción de las obligaciones comunitarias y esto independientemente de que por el juego del principio de aplicabilidad directa los súbditos de los Estados miembros puedan obtener el reconocimiento de sus derechos ante las jurisdicciones nacionales (71). Según la Comisión el mantenimiento de la legislación nacional introduce un posible equívoco en los justiciables que les obligaría a emprender procedimientos judiciales o por lo menos a solicitar ante las autoridades administrativas una derogación a la prohibición lo que en sí mismo ya constituía una discriminación.

(70) Incluso el TJCE en alguna ocasión había declarado: «Tratándose de una norma comunitaria directamente aplicable, la tesis según la cual no se podría poner fin a su violación más que mediante la adopción de medidas... apropiadas para derogar la disposición que establece la tasa, equivaldría a afirmar que la aplicación de la norma comunitaria queda subordinada al derecho de cada Estado miembro y más precisamente que esta aplicación sería imposible en tanto que se opusiera a la misma una ley nacional». Asunto 48/71, Rec. 1972, p. 534.

(71) Por otra parte el Tribunal ya se había pronunciado con anterioridad sobre la imposibilidad de alegar por parte de un Estado miembro para justificar una falta de adaptación de la legislación interna el hecho de que la aplicabilidad directa de la disposición comunitaria le permite producir todos sus efectos útiles. Asuntos 28-67 *Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe* contra *Hauptzollamt Paderborn*. Rec. 1968, p. 215 y 31/69 *Comisión* contra *Italia* Rec. 1970, p. 25.

En su escrito de dúplica, el gobierno francés alegaba que la Comisión no había demostrado su interés en obrar porque a pesar de los términos de la ley no se había producido de hecho ninguna discriminación respecto a súbditos de los otros Estados miembros debido a directivas verbales que se habían dirigido a los administradores de los servicios marítimos ordenándoles tratar de la misma manera a los súbditos de la Comunidad que a los franceses. Sin embargo el Gobierno de la República Francesa consideraba que exceptuaba a los súbditos de los otros Estados miembros, sin estar obligado por las disposiciones del tratado relativas a la libre circulación de trabajadores lo que constituía el fondo de la discrepancia.

El Tribunal en su considerando 41 decide que aunque la situación jurídica objetiva es clara respecto a la aplicabilidad directa del artículo 48 del tratado CEE y del reglamento 1612 de 1968, «el mantenimiento *en estas condiciones* (72), del texto del Código de Trabajo Marítimo da lugar a una situación de hecho ambigua al mantener, para los sujetos de derecho afectados, un estado de incertidumbre en cuanto al reconocimiento de sus posibilidades de apelar al derecho comunitario». En el considerando 48 el Tribunal repite de nuevo que el mantenimiento de las prescripciones legales de referencia constituye una infracción al tratado y al reglamento «en estas condiciones», con lo que de nuevo se refiere a la ambigüedad creada no tanto por el mero mantenimiento sino por la posición del Estado francés, o de alguna de sus instituciones, contrarias a la aplicación al sector del transporte marítimo de las normas de libre circulación de trabajadores (73).

Nos hemos referido in extenso a esta sentencia porque aunque establece con carácter general que el mero mantenimiento de disposiciones internas incompatibles con el derecho comunitario puede dar lugar a una declaración de infracción, parece considerar necesario que concurren otras circunstancias que pueden consistir bien en la aplicación por parte de las

(72) Lo que va en cursiva es nuestro.

(73) Esta es también la posición de LOUIS en sus comentarios a la sentencia, CDE 1974, p. 577, la ambigüedad que constituye la infracción es la creada por la actitud del Estado y no sólo por el mantenimiento de disposiciones internas incompatibles. En el mismo sentido se pronuncia MARTÍNEZ LAJE en un documento de trabajo que amablemente me ha facilitado. En contra BARAV, *op. cit.*, p. 376. Conviene señalar que la Comunidad finalmente no exigió una modificación formal del Código de Trabajo Marítimo. Debido a la resistencia del Legislativo francés la Comisión consideró como suficiente dos instrucciones que recordaban la aplicabilidad directa del principio de libre circulación de las personas e indicaban que este principio producía la derogación del Código en favor de los súbditos comunitarios. Estas instrucciones fueron dictadas por el Gobierno y publicadas en el *Diario Oficial de la República Francesa*. KOVAR, «Rapports entre le droit Communautaire et les droits nationaux», en *Trente ans de droit communautaire*, Luxemburgo, 1981, p. 144.

autoridades administrativas de las disposiciones (74), bien en su modificación por normas internas sin tener en cuenta su inaplicabilidad por efecto del derecho comunitario o simplemente en la adopción, formal o informal, por parte del Estado miembro de una posición que implique que reconozca cierta efectividad a las normas incompatibles.

La conflictividad de esta cuestión se deriva de que encierra una contradicción entre los postulados de la aplicabilidad directa de algunas normas del derecho comunitario, aplicabilidad directa que excluiría la derogación expresa por normas internas de las normas opuestas o incompatibles a las comunitarias, y la necesidad de favorecer la aplicación material de tales disposiciones, que por su parte exigiría la derogación expresa de las normas internas incompatibles para evitar ambigüedades y reforzar la seguridad jurídica.

La cuestión que se plantea de inmediato es qué Institución y en qué forma debe declarar la incompatibilidad de una norma interna con una norma comunitaria, declaración que obligaría al Estado a introducir las necesarias adaptaciones. Evidentemente el Tribunal de Justicia, en recurso de declaración de infracción tanto en vía del artículo 169 como 170 sería la instancia última de declaración de incompatibilidad.

Las comunicaciones de la Comisión o su dictamen motivado, no constituyen por sí mismas declaraciones de incompatibilidad. Por lo que se refiere a las declaraciones del Tribunal en los recursos en interpretación que le sometan las jurisdicciones nacionales por vía del artículo 177, es evidente que frecuentemente declaran la incompatibilidad de disposiciones nacionales con el derecho comunitario. Lo que se plantea es el alcance de estas declaraciones del Tribunal en el marco del procedimiento del artículo 177. En principio la decisión prejudicial sólo vincula jurídicamente a las partes en el litigio inicial, la declaración de incompatibilidad de una norma nacional con el derecho comunitario es dudoso que vincule al Estado miembro, su efecto obligatorio sólo afecta a la jurisdicción que ha recurrido al Tribunal de Justicia independientemente de que se extienda

(74) Esta fue la praxis del Tribunal en los Asuntos 77/69, Rec. 1970 y 237 y 8/70, Rec. 1970, p. 961, cit. por BARAV que comentados por PESCATORE, en «Responsabilité des Etats membres en cas de manquement aux règles communautaires», *Il Foro Padano*, 1972, p. 12 (citado por BARAV, *op. cit.*, p. 374, le llevaron a afirmar: «Es, por tanto, la ejecución de una disposición incompatible con el Mercado Común lo que se considera el hecho constitutivo de la infracción». También podría argüirse a favor de la tesis de que es necesaria la aplicación de las disposiciones, para constituir una infracción, la praxis seguida por la Comisión en sus recientes procedimientos de infracción; así el iniciado por demanda de 17 de septiembre de 1984 en contra de la República helénica solicitando que el Tribunal declare que, «por el mantenimiento en vigor y la aplicación de algunas disposiciones de su legislación minera, la República helénica ha infringido las obligaciones que le corresponden en virtud de los artículos 52, 221 y 7 del Tratado CEE.

de hecho puesto que el resto de las jurisdicciones se atenderán a la interpretación del Tribunal de Justicia o recurrirán ellas mismas al Tribunal en un caso semejante. De ahí que el Parlamento Europeo (75) se plantee la necesidad de reforzar el efecto obligatorio de las decisiones adoptadas en el marco del procedimiento del recurso prejudicial.

El problema queda ilustrado en la decisión prejudicial en el asunto *croisieres de beurre* (76). El Gobierno de la República Federal de Alemania declaró públicamente que no se juzgaba obligado por la declaración efectuada por el Tribunal de Justicia en un procedimiento del artículo 177. En el ínterin la Comisión inició el procedimiento de declaración de infracción del artículo 169. El informe Sieglerschmidt estima que sin necesidad de modificar los tratados podría obligarse a los Estados miembros a reconocer que la declaración de invalidez de disposiciones nacionales realizada en el marco del procedimiento del recurso prejudicial es normalmente vinculante para ellos y les obliga a adoptar las medidas apropiadas sin esperar la iniciación del procedimiento del artículo 169. A pesar de la opinión de la Comisión Jurídica del Parlamento, no parece fácil transformar los efectos de las declaraciones de incompatibilidad en el cuadro del artículo 177 en vinculantes para los Estados miembros (77). Por otra parte es evidente que en el marco de este procedimiento los Estados miembros no tienen las mismas posibilidades que en el del artículo 169 para defender su posición.

En otro nivel se plantea también el efecto de las propias declaraciones de incompatibilidad de una norma interna contenidas en sentencias dictadas en aplicación del procedimiento del artículo 169. En concreto qué ocurre si el Estado a pesar de la declaración de incompatibilidad, no procede a modificar la legislación interna declarada incompatible. Este es el caso planteado por el Tribunal de gran Instancia de París (78) que se refiere a la no modificación por el legislativo francés de una ley francesa declarada incompatible, en concreto por la Sentencia del 10 de julio de 1980, porque implicaba una prohibición de publicidad para algunas bebidas alcohólicas que afectaba más a las importadas que a las fabricadas en Francia (78 bis). Pero estas cuestiones se refieren más específicamente al

(75) Informe Sieglerschmidt, documento 1-1052/82, p. 16.

(76) Affaire 158/80, Rewe/Bureau principal des douanes de Kiel, arrêt du 7 juillet 1981.

(77) Véanse los debates del Parlamento Europeo del 14 de octubre de 1981, doc. núm. 1-275, p. 83.

(78) Affaire 316/81, JO núm. 22 du 29-1-1982, pp. 3 et 4.

(78 bis) Véase «Les effets des décisions de la CYCE dans les Etats membres» editado por el «Centre International d'études et de recherches européennes», ed. UGA, 1983.

tema de los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia respecto a las normas internas que declara incompatibles, en el que no podemos entrar en este momento. Si nos interesa señalar que las normas internas que declaren la inaplicabilidad o deroguen normas declaradas incompatibles con el derecho comunitario por el TJCE tras un procedimiento de declaración de infracción del Estado miembro, deberán hacerlo con carácter retroactivo desde el momento en que se inició la infracción.

Declaración de inaplicabilidad de las normas internas incompatibles

Tanto si la necesidad de modificar el ordenamiento interno se deriva de una obligación impuesta por el derecho comunitario como si el Estado miembro decide proceder a ella en aras del mantenimiento de la seguridad jurídica interesa resaltar que esta adaptación debe hacerse de forma que no se oscurezca o se ponga en duda la efectividad directa de las normas comunitarias.

Se trata en concreto de que las normas nacionales que adapten el ordenamiento interno a las prescripciones de una norma comunitaria directamente aplicable no induzcan a los jueces o a los justiciables a pensar que la norma comunitaria no tiene por sí propia efecto sobre la norma interna y que es necesario que otra norma interna del mismo rango proceda a declarar su inaplicabilidad o su derogación. De la abundante jurisprudencia del Tribunal Comunitario sobre la prohibición de medidas internas que «nacionalicen las normas comunitarias», se deduce en efecto la prohibición de las normas internas o cualquier otro tipo de actos que tengan por efecto obstaculizar el efecto directo de las disposiciones comunitarias. Así:

«Considerando que la aplicabilidad directa del reglamento exige que su entrada en vigor y su aplicación en favor o a cargo de los sujetos de derecho se realicen sin ninguna medida de recepción en el derecho nacional;

Que los Estados miembros están obligados en virtud de las obligaciones que derivan del Tratado y que han asumido al ratificarle a no obstaculizar el efecto directo propio del reglamento y de otras reglas de derecho comunitario» (79).

Si bien de estas sentencias no se deduce estrictamente que en las nor-

(79) Asunto Variola 34/73, Sentencia de 10 de octubre de 1973, Rec., 1973, p. 990-991. Véanse también los asuntos 39/1972, Comisión contra Italia, Sentencia de 7 de febrero de 1973, Rec., 1973, p. 113.

mas de adaptación del orden jurídico interno deba evitarse cualquier medida que tenga como resultado ocultar la efectividad directa del derecho comunitario, en otros casos aparece más claro.

«Que, por lo tanto, los Estados miembros no pueden adoptar, ni permitir a las organizaciones nacionales con poder normativo que adopten, un acto por el cual la naturaleza comunitaria de una regla jurídica y los efectos que de ella se derivan quedarían ocultados a los justiciables» (80).

De ahí se deduce que las normas de adaptación del orden interno deban contener una referencia al efecto derogatorio o modificador propio de la norma comunitaria que la norma interna se limita únicamente reconocer o a constatar.

De ahí se deduce también que si el efecto modificador es propio de la norma comunitaria la norma interna que lo constate no es necesario que tenga el mismo rango que la disposición nacional que se modifica, porque se trata únicamente de un acto declaratorio. La praxis seguida en otros Estados miembros (81) ofrece ejemplos en que la declaración oficial de la derogación de una norma interna por parte de normas comunitarias directamente aplicables se incluye como una nota oficial preliminar a las codificaciones internas que contienen tanto el derecho comunitario como el derecho interno, nota que especifica que en caso de conflicto la norma comunitaria debe ser aplicada con prioridad. También esta misma constatación se ha hecho a veces mediante circular ministerial o por normas del mismo carácter (82).

En otros casos la adaptación se ha hecho por una norma con un rango determinado en la jerarquía de las fuentes, por ejemplo mediante un decreto pero a su vez estos decretos *constatan* la inaplicabilidad por efecto de determinados reglamentos comunitarios, de disposiciones internas de rango legislativo y por otra parte *derogan* o constatan la derogación de textos de carácter reglamentario. Esto quiere decir que el efecto del decreto respecto a los textos internos de rango superior o equivalente que sean contrarios al derecho comunitario resulta únicamente declarativo

(80) Asunto 50/1976, Amsterdam Bulb BW, Sentencia de 2 de febrero de 1977, Rec., 1977, p. 147, Considerando 7.

(81) TEITGEN: «L'application du droit communautaire par le Legislatif et l'Executif francais», p. 777, en *La France et les Communautés Européennes*. LGDJ, 1975.

(82) KOVAR, en *L'effectivité interne...*, cit. p. 233 señala que es deseable recurrir en el orden interno a actos informativos, circulares, en vez de actos reglamentarios o legislativos, para evitar cualquier equívoco sobre la aplicabilidad directa del reglamento comunitario. La práctica de las circulares para declarar la inaplicabilidad de una norma interna plantea sin embargo ciertas reticencias derivadas de su falta de publicidad que impediría constatar que la norma efectivamente aplicada es la comunitaria.

mientras que respecto a los textos de su mismo rango o inferiores, que no resulten estrictamente contrarios al derecho comunitario, su derogación se debe al efecto propio del decreto.

Es interesante examinar la cuestión de la redacción de los textos internos de adaptación porque de ordinario la norma comunitaria incide sobre una legislación interna muy compleja y sus efectos derogatorios exigen un examen previo de la compatibilidad o incompatibilidad que, respecto a bastantes disposiciones de derecho interno no estrictamente incompatibles pero que obstaculizan o complican su aplicación, es difícil de realizar. De ahí que los textos internos deban recurrir a estas dos formulaciones, por una parte la de constatar la inaplicabilidad y por otra la de derogar los textos internos o modificarlos por la propia fuerza del instrumento interno de adaptación.

Lo mismo puede decirse sobre las eventuales normas internas de rango legal. La intervención del Legislativo es necesaria para derogar las disposiciones internas de rango legal que no sean rigurosamente incompatibles con las prescripciones de un reglamento comunitario aunque en sentido lato su modificación sea necesaria para permitir la aplicabilidad sin trabas del reglamento. Por otra parte también es necesaria la intervención del Legislativo para remodelar o refundir o dar nueva redacción a textos internos de rango legal para que resulten compatibles con las prescripciones comunitarias.

Las consideraciones que venimos haciendo hasta el momento se refieren únicamente a la situación a partir de la entrada en vigor de la adhesión, momento en que las normas comunitarias directamente aplicables tienen efecto en el orden interno. Esto quiere decir que la adaptación del orden interno que deba hacerse por parte de un nuevo Estado miembro en el período llamado «provisional» entre la firma del tratado y su entrada en vigor, no puede hacerse utilizando la técnica de la constatación de la modificación de normas internas por las normas comunitarias, porque éstas aún no estarán en vigor, por lo que debe recurrirse a normas del mismo rango que las que se pretende modificar. Esto a su vez exigiría que los textos internos estuviesen sometidos a la condición de que se produjese efectivamente la adhesión que no es firme hasta que todos los otros Estados miembros hayan ratificado los textos de adhesión. Esto es lo que hace la parte segunda de la European Communities Act de 1972 que autorizó la adhesión de Gran Bretaña, y que, a diferencia de los textos de adhesión de los otros Estados miembros dedica una buena parte de su

contenido y dos largos apéndices a modificar la legislación interna incompatible con el derecho comunitario o a dictar normas para favorecer la correcta aplicación de este derecho. En su artículo 4.º declara que todas estas modificaciones tendrán efecto a partir de la fecha de la adhesión o en las fechas que se mencionen en el anejo.

Si se quiere evitar el recurso a legislación interna del mismo rango que las normas modificadas la solución más razonable consistiría en tener preparados los textos internos de constatación de las modificaciones, que no precisan un rango equivalente al de las normas internas modificadas, y publicarlos inmediatamente después de la entrada en vigor de la adhesión. Esta solución, sin embargo, sólo es factible para aquellos casos, repetimos, de incompatibilidad clara y rigurosa; para los casos de adaptaciones de disposiciones internas no estrictamente incompatibles será necesario texto interno del mismo rango que la disposición modificada.

Función del Estado en la aplicación de los reglamentos comunitarios

Podría entenderse que las dos cuestiones que hemos examinado hasta el momento en el capítulo de la función estatal en la ejecución de las normas comunitarias directamente aplicables: eventual intervención en su publicación y necesidad o no de una derogación expresa de las normas internas incompatibles, hacían referencia precisamente a sus características de normas directas y por tanto en ambos temas concluíamos que la actitud propia del Estado era la abstención de actuar. Ahora nos debemos plantear precisamente el tema principal de este trabajo que consiste en examinar las actividades que a un Estado le corresponden en ejecución de estas normas comunitarias directamente aplicables.

En principio, parece contradictorio, dado el carácter de estas normas, hablar de una intervención de los Estados miembros en la aplicación de los Reglamentos y Decisiones generales CECA, que «sin transformación, sin orden de ejecución ni publicación a nivel nacional, ... se imponen a los órganos del Estado y a los particulares, deben recibir aplicación sobre el territorio de toda la Comunidad y las obligaciones de los Estados parece limitarse a "laissez faire" la acción del derecho de origen supranacional» (83).

Como decíamos en la introducción, ésta fue durante largo tiempo la posición de la doctrina preocupada esencialmente de instrumentar jurídi-

(83) LOUIS: *Competences des Etats dans la mise en oeuvre du règlement*, CDE, 1971, p. 628.

camente la característica más original de la constitución de las comunidades que consistía en la transferencia masiva de competencias estatales a las Instituciones comunitarias, y que, lógicamente, debía suscitar una construcción jurídica también nueva que diese cuenta de las relaciones entre el derecho emanado de las Instituciones comunitarias y el orden jurídico interno de los Estados miembros, y a esta tarea se aplicó la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades y la mayoría de la doctrina durante los primeros lustros de funcionamiento de las Comunidades.

A principios de los años setenta sin embargo, la doctrina hizo consciente la existencia de un cierto vacío legal en torno a las cuestiones suscitadas por el estatuto de los Estados miembros en cuanto ejecutores del derecho comunitario (84).

En nuestro caso, en tanto que nuevo Estado miembro, confrontado a un abundantísimo corpus jurídico en vigor en el momento de la adhesión, es evidente que el tema de la intervención estatal en la aplicación adquiere un carácter prioritario, como señalábamos en la introducción.

Al examinar la función estatal en la ejecución del derecho comunitario directamente aplicable, vamos a exponer en primer lugar la *naturaleza* de esta función estatal, cuestión de la que se derivarán lógicamente los *límites* en que debe moverse la actuación del Estado, y en tercer lugar los *procedimientos jurídicos* a utilizar en la ejecución, tema que se desarrolla en torno a dos principios fundamentales: la autonomía institucional y la autonomía procedimental del Estado miembro, y que concluye asimismo con las limitaciones que a ambos principios impone la naturaleza especial del derecho comunitario que se ejecuta.

Fundamento jurídico de la actuación de los Estados miembros

El fundamento jurídico de la actuación de los Estados miembros consiste unas veces en el cumplimiento de la obligación genérica de aplicar la norma comunitaria y en otros casos en una obligación explícita que figura en la propia norma comunitaria directamente aplicable, y que impone al Estado miembro la obligación de adoptar las disposiciones nacionales necesarias para completar normativamente al Reglamento.

La obligación general de poner los medios para la ejecución de lo dis-

(84) KOVAR, «L'effectivité interne du droit communautaire», Informe sexto coloquio del IEJE, en *La communauté et ses Etats membres*, M. Nijhoff, 1973, p. 202.

puesto en los Reglamentos figura en el artículo 5 TCEE, y en los correspondientes 192 TCEEA y 86 TCECA.

«Los Estados miembros adoptarán las medidas generales o particulares para garantizar la ejecución de las obligaciones derivadas de este Tratado o resultantes de los actos de las Instituciones de la comunidad. Igualmente facilitarán a ésta el cumplimiento de su misión.

Se abstendrán de adoptar cualquier medida susceptible de poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado» (85).

La obligación específica que figura en algunos Reglamentos, suele venir contenida en unas cláusulas de una redacción semejante a la siguiente:

«Los Estados miembros adoptarán en el plazo adecuado (previa consulta a la Comisión), las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para la ejecución del presente Reglamento.»

A esta fórmula le acompañan en otros casos precisiones sobre el contenido de las normas internas de ejecución, por ejemplo de organización, procedimiento y control, sancionadoras, o aquellas que permitan tener en cuenta las condiciones particulares existentes en el Estado miembro en cuestión.

La acción estatal de aplicación de los reglamentos, tanto si se fundamenta en la obligación genérica como en la obligación específica, puede ser de dos tipos que se suelen denominar «ejecución administrativa» y «ejecución normativa» (86) según que el contenido de la obligación estatal se reduzca a actos de aplicación individual o implique la promulgación de normas de carácter general complementarias de las disposiciones del Reglamento.

Generalmente la ejecución normativa corresponde a los casos en que la habilitación y la obligación específica figuran en el propio reglamento pero no siempre es así, por ejemplo, en el caso de las políticas comunes, áreas donde la competencia comunitaria se ejercita por medio de reglamentos, afectan a sectores de la actividad estatal muy amplios, agricultu-

(85) En la Sentencia en el asunto 30/70 Scheer, Rec. núm.XVI, p. 1208, el TJCE interpretó que en virtud de las disposiciones generales del art. 5, los Estados miembros tenían la obligación de hacer todo lo necesario para garantizar el efecto útil de todas las disposiciones de un reglamento lo que incluye la adopción de medidas legislativas y reglamentarias aun en ausencia de habilitación expresa. En jurisprudencia posterior el Tribunal precisó que esta competencia legislativa no era autónoma sino derivada. PESCATORE, *La repartition de competences...*, op. cit., p. 64.

(86) KOVAR: «L'effectivité interne du droit communautaire», en *La Communauté et ses Etats membres*, cit., p. 209. Con esta terminología se trata de subrayar que incluso cuando adoptan normas complementarias, la función de los Estados es de «ejecución».

ra, transportes, política comercial; en estos sectores normas comunitarias coexisten con las nacionales, los casos de incompatibilidad se resuelven en favor de las comunitarias por el principio de la aplicación preferente pero es evidente que el Estado deberá adecuar su ordenación del sector en las zonas que queden bajo su competencia de forma que resulte coherente y no obstaculice la ejecución de la normativa comunitaria, en estos casos la actividad normativa estatal se derivaría no de habilitaciones específicas en los reglamentos comunitarios sino de la obligación genérica del artículo 5 TCEE.

Nosotros vamos a examinar por separado la ejecución administrativa de la ejecución normativa porque aunque la función del Estado es semejante en ambos supuestos, el contenido de la actividad introduce elementos diferenciales que es necesario tener en cuenta.

EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA

Por lo que se refiere al ámbito de la ejecución administrativa que corresponde a los Estados miembros, la situación es diferente en el caso de la CEEA y de la CEE. La Alta Autoridad está dotada de muy amplias funciones de administración directa del mercado del carbón y del acero (heredadas por la Comisión desde el Tratado de fusión de los Ejecutivos), mediante intervenciones de carácter económico, financiero y administrativo (aunque incluso en el ejercicio de estas facultades tiene que recurrir a la colaboración de las autoridades nacionales) (87). En el caso de la CEE el Tratado atribuye funciones de ejecución directa a las Instituciones en un número muy limitado de supuestos, defensa de la competencia, medidas de salvaguardia, etc., y por otra parte excluye expresamente la gestión directa comunitaria, en aquellas áreas en que las instituciones tienen atribuidas únicamente funciones respecto a los Estados miembros no a los particulares por ejemplo en la libertad de establecimiento o de prestación de servicios, en la libre circulación de capitales, y también cuando la competencia comunitaria se reduce a la coordinación o la armonización de las normas nacionales.

Pero estos límites contenidos en el Tratado dejan abierta la cuestión de la atribución de la gestión directa en las políticas comunes. Aquí se plantea con carácter previo si existe un principio general de reparto de

(87) El artículo 3 del tratado prevé:

«La Comunidad desempeñará sus funciones en las condiciones previstas en el presente tratado mediante intervenciones limitadas.»

competencias entre Comunidad y Estados miembros, en estos sectores. Esta es una interesante cuestión teórica que debemos en este momento soslayar (88) en cuanto la praxis comunitaria la ha ido resolviendo de forma empírica. En efecto los reglamentos que establecen las políticas comunes, en unos casos otorgan a las instituciones funciones únicamente reglamentarias pero en otros les encargan de la aplicación de tales reglas a situaciones individuales con lo que también varía correlativamente la función de los Estados miembros. Un principio que puede considerarse firme es la prohibición de la delegación de funciones de ejecución por parte de las instituciones comunitarias a organismos subsidiarios de carácter autónomo (89). La gestión directa corresponde o a la Comisión cuando la tenga atribuida por el Tratado, o por el Consejo en virtud del artículo 155, o a los Estados miembros. La elección más que de consideraciones de principio depende de la resistencia de los Estados miembros a la creación de una administración supranacional con facultades de ejecución sobre los particulares que se superpondría a las administraciones nacionales.

La Comunidad, por tanto, normalmente encarga de la ejecución de sus normas a las administraciones de los Estados miembros y esto incluso en los casos en que ejercita competencias de administración directa sobre los particulares, por ejemplo, en materia de defensa de la competencia los reglamentos que desarrollan las funciones que a la Comisión atribuyen los apartados 1 y 3 del artículo 85 establecen abundantes intervenciones por parte de las autoridades competentes de los Estados miembros para apoyar y facilitar la actuación de la Comisión. También es clara esta participación de los Estados miembros en cuanto a la ejecución forzosa de las decisiones adoptadas por las Instituciones comunitarias. Los artículos 192 TCEE, 164 TCEEA y 92 TCECA así lo establecen, aunque la competencia estatal se limita a verificar la autenticidad del título ejecutorio sin poder entrar a examinar su contenido o su fundamento.

En la mayoría de los casos la función de los Estados no es esta colaboración secundaria a la ejecución directa por la Comisión sino la aplicación a título principal de las normas comunitarias a los particulares; por

(88) Véase en LOUIS: *Les reglements...*, p. 316 y ss. KOVAR, *op. cit.*, p. 211 y 212, y la discusión sobre la «administración directa» por las Comunidades en el Coloquio de Lieja, *La Communauté et ses Etats membres* (BRINKHORST, LELEUX, etc.), *op. cit.*, p. 267, ZULEEG, *La repartition de Competences entre la Communauté et ses Etats membres* y PESCATORE, comunicación con este mismo título, en la misma obra, pp. 42 y 61 respectivamente, especialmente interesante la construcción de PESCATORE, p. 84 y ss. Más recientemente en LOUIS, p. 549, del volumen 10: «La Cour de Justice, les actes des institutions», en la obra colectiva *Le droit de la CEE...*, de MEGRET, WAELBROECK, etc.

(89) Sentencia Meroni, Rec., IV, p. 36, comentada por LOUIS, *op. cit.*, p. 318.

ejemplo: los reglamentos que instrumentan la libre circulación de personas atribuyen a éstas derechos que pueden hacer valer frente a los Estados miembros; en cuanto a la política agrícola común los Estados miembros son responsables de la ejecución material cotidiana que se concreta en la percepción de las preexacciones (*prélèvements*) e impuestos, controles de calidad, imposición de sanciones administrativas por la inobservancia de las normas comunitarias etc. (90), y lo mismo ocurre con la gestión de la Tarifa Exterior Común por parte de las administraciones de aduanas nacionales.

También en el campo de la ejecución administrativa se plantea la discusión sobre la naturaleza delegada por la Comunidad o propia, de la competencia de los Estados. Los argumentos son los mismos que en cuanto a la competencia de carácter normativo y preferimos exponerlos en el epígrafe siguiente. Sólo merece mencionarse aquí que algunos autores consideran que si la competencia para ejecutar fuese una delegación de la Comunidad a los Estados miembros, estaría justificada la praxis de dirigir órdenes directas de las instituciones a los funcionarios de los Estados miembros, a que nos referimos a continuación.

No podemos entrar aquí a examinar una por una las diferentes políticas comunitarias-para deducir el papel atribuido al Estado en cada sector. Esta es una de las actividades que debe emprender la Administración de un Estado candidato con el fin de preparar las estructuras administrativas para el momento de la adhesión. Hay sin embargo algunos puntos que sí nos interesa resaltar.

Primero el peculiar *papel que juegan los órganos de la Administración* de un Estado miembro cuando ejecutan el derecho comunitario: normas procedentes de órganos supranacionales, que no corresponden a las categorías normativas internas y que trastocan el principio de jerarquía al imponerse a las internas de cualquier rango, caracteres que inciden en formas de funcionamiento, en esquemas mentales de los administradores nacionales que es necesario acomodar mediante un proceso de formación si se quieren evitar reticencias, obstrucciones y retrasos en la aplicación.

En algunos casos la penetración del derecho comunitario en las Administraciones nacionales llega al extremo de que los órganos comunitarios imparten instrucciones a los organismos de ejecución nacionales directa-

(90) LOUIS, en *Les reglements...*, p. 322, recuerda que las propuestas originarias de la Comisión preveían una centralización más acentuada de las organizaciones de mercado confiando a «organismos europeos comunes» la ejecución material de los reglamentos en determinados productos.

mente sin pasar por el canal de la representación permanente. Por ejemplo en cuanto a los frecuentes reajustes de las preexacciones y montantes compensatorios a la importación que prevén los reglamentos comunitarios en materia agrícola, reajustes que entran en vigor el mismo día de su adopción en todos los Estados miembros y que «la vía diplomática» de comunicación formal retrasaría, se comunican directamente por télex a los servicios de ejecución de los Estados miembros (91).

Estos supuestos hay que considerarlos como fundados únicamente en un previo consentimiento o aun autorización del Estado miembro en aras de la aplicación efectiva. De hecho en todos los casos se procede a utilizar el canal ordinario de comunicación de forma paralela. A pesar de las construcciones intentadas por algunos autores en torno a la naturaleza delegada de esta función ejecutiva puede sentarse claramente el principio de que las Instituciones comunitarias no tienen el poder de dar órdenes directas a los órganos de las administraciones nacionales (92).

La aplicación administrativa del derecho comunitario nos lleva, en segundo lugar, a tratar de las necesarias *adaptaciones orgánicas* en el aparato de la Administración precisas para hacer frente a esta nueva tarea que les corresponde. Es éste un tema que requiere tratamiento específico que haremos en otra sede, aquí únicamente queremos ofrecer un esquema con objeto de atraer la atención sobre el tema que en nuestra opinión debe abordarse inmediatamente después de firmado el tratado de adhesión, antes de su entrada en vigor, en tanto que como antes exponíamos, los reglamentos en vigor serán aplicables en principio desde el momento de la adhesión salvo que se hayan convenido aplazamientos específicos en el Acta. Realmente las adaptaciones orgánicas deberán hacer frente a dos tipos de necesidades por una parte las derivadas de la participación del Ejecutivo español en el proceso decisorio de las Instituciones comunitarias, y por otra las estrictamente de aplicación del derecho comunitario en el orden interno (93).

(91) TEITGEN: *L'application du droit Communautaire par le législatif et l'exécutif français*, op. cit., p. 786.

(92) ZULEEG, op. cit., p. 44. PESCATORE, op. cit., p. 75, opina sin embargo que la Comunidad podría utilizar la decisión, dado lo genérico del concepto destinatario que se utiliza en el artículo 189 para dirigirse directamente, no sólo a particulares sino a órganos de la administración de un Estado miembro o a organismos de derecho público.

(93) Las primeras, que constituyen objeto específico de un artículo incluido en este mismo número, plantean problemas básicamente de coordinación de las diferentes posiciones e intereses de los Departamentos de la Administración, con objeto de llegar a una posición negociadora coordinada y única en el proceso decisorio. En efecto, este proceso decisorio se caracteriza por una participación constante de representantes de las Administraciones nacionales desde el inicio mismo de la redacción de las propuestas por parte de la comisión, encuadrados en abundantísimos órganos colegiados, bien en calidad de «expertos», bien en las últimas fases del

Dentro de las adaptaciones orgánicas exigidas por la ejecución del derecho comunitario en el orden interno es difícil delimitar las que vienen determinadas por la ejecución administrativa de las diferentes políticas comunitarias, que serían las únicas que, para respetar el sistema de este trabajo deberíamos exponer aquí, de las necesarias para acometer la tarea del complemento normativo de los reglamentos, que encajarían en el siguiente epígrafe, y de directivas y otras normas indirectas que encontrarían su acomodo lógico en los capítulos que dedicamos a cada una de estas categorías normativas. A su vez estas segundas adaptaciones orgánicas, destinadas a hacer frente a la tarea de carácter normativo exigida por la incorporación en el orden jurídico interno del voluminoso derecho comunitario, deberían tener en cuenta dos momentos cuantitativamente distintos de este proceso, por una parte la integración de todo el orden jurí-

proceso, ya en el ámbito del Consejo, en calidad de representantes de los gobiernos de los Estados miembros. De hecho el proceso decisorio sigue siendo, en el fondo, una negociación interestatal multilateral constante, caracterizada además por una globalización del tratamiento de los temas, lo que quiere decir que las decisiones no se adoptan por áreas separadas sino que los acuerdos en un área se condicionan a los acuerdos en áreas totalmente distintas, por ejemplo se puede bloquear la adopción de un acuerdo ya maduro en materia de pesca para conseguir contrapartidas en cuanto a la cuota en los recursos propios de las Comunidades. Estas notas del proceso decisorio hacen resaltar la necesidad de mantener una unidad de dirección y una coordinación de todas las posiciones negociadoras del Estado miembro. No se puede pretender que cada Departamento negocie la posición del Estado en su área específica sin tener en cuenta las posiciones nacionales en el resto de las áreas de decisión comunitaria. De donde se deduce la necesidad de unos mecanismos internos que garanticen la adopción de una posición negociadora única. Podría pensarse que dado que el portavoz de la posición nacional ante las Comunidades en el Departamento de Asuntos Exteriores, bien a través del ministro bien a través de la Misión, sería este Departamento el encargado asimismo de la función coordinadora interna para llegar a la posición negociadora. Sin embargo esto no es forzosamente así; la función de transmisor y negociador de la posición del Gobierno no equivale a la de coordinador de los procedimientos internos que conducen a la elaboración de esa posición. Téngase además presente que en el proceso de decisión de las Instituciones comunitarias participan otros Departamentos bien mediante sus funcionarios que forman parte de los innumerables Grupos de trabajo, Consejos, o Comisiones en el marco de la Comisión o en el del Consejo y Comité de representantes permanentes, como en los propios Consejos especializados, es decir compuestos por ministros de los Departamentos específicos por razón de la materia.

En última instancia, las instancias normales de formación de la voluntad del Gobierno, Comisión de subsecretarios, Comisiones Delegadas y Consejo de ministros, serán también las que decidan la posición de España en el marco del proceso de decisión comunitaria. Pero estos mecanismos no bastan: primero porque no son realmente instrumentos de coordinación, todo lo más son mecanismos de toma de decisión colectiva y de arbitraje entre las diferentes propuestas de los Departamentos. El trabajo previo de armonización de distintas posturas y de preparación de una posición común a diferentes Departamentos, o en su caso la delimitación de las posiciones entre las que el Consejo como órgano decisorio deberá optar, debe encargarse a un órgano de trabajo de un nivel inferior al último nivel político constituido por las instituciones a que nos venimos refiriendo, con unos procedimientos de trabajo menos formales, y apoyado en un Secretariado colectivo, dotado de los medios personales y materiales que le permitan actuar como auténtico órgano de concertación y no sólo como mero registrador de las decisiones adoptadas por el órgano colectivo. Por otra parte es evidente que la mayoría de las decisiones a adoptar en relación con el proceso decisorio comunitario no necesitará elevarse a nivel político para su resolución. Este órgano de trabajo subyacente a la Comisión de Subsecretarios y al Consejo de Ministros, debería ser capaz de resolver la mayor parte de los temas que se planteen y elevar solamente a las instancias superiores los que realmente necesitan una decisión política, para evitar el desbordamiento de estas instancias por el abundantísimo caudal de los asuntos comunitarios que requieren decisiones del gobierno. A su vez este órgano actuaría como la institución interlocutora única de las instituciones de las Comunidades Europeas que canalizaría el flujo de comunicaciones tanto hacia las Comunidades como de las Comunidades al resto del aparato estatal.

dico comunitario vigente en el momento de entrada en vigor de la adhesión y por otra la del caudal ordinario de normas comunitarias. La primera tarea exigirá la creación de organismos ad hoc en los principales departamentos afectados y de mecanismos de coordinación centrales que tengan a su cargo primero el reparto del bloque de legalidad comunitaria entre los departamentos y entre las Comunidades Autónomas responsables de su aplicación y de la adaptación del derecho interno según su competencia interna, en segundo lugar la elaboración de un catálogo de actuaciones gubernamentales, basado en el cotejo que cada uno de los agentes responsables de la adaptación del derecho interno realice en su sector entre este derecho y el derecho comunitario aplicable, catálogo que debería dar lugar posteriormente a la programación de la actividad normativa tanto del Legislativo como de los órganos superiores del Ejecutivo. Esta ingente tarea, que exigirá probablemente la creación de mecanismos administrativos específicos, dejaría paso posteriormente a la función ordinaria de adoptar las medidas internas necesarias para la plena efectividad del flujo normativo ordinario de las Comunidades.

Sirva esta ya larga exposición para justificar que el tema de las adaptaciones orgánicas exigidas por la adhesión es lo suficientemente complejo como para requerir un tratamiento específico (94).

(94) La bibliografía sobre modificaciones en la estructura y funcionamiento de la administración de los Estados miembros, motivadas por la adhesión a las Comunidades Europeas, no es muy amplia y en la mayoría de los casos no hace un tratamiento diferenciado entre los mecanismos que han debido arbitrase para lograr una coordinación de la participación estatal en el proceso decisorio de las Comunidades, y las determinadas por la aplicación del derecho comunitario en el orden interno. Un resumen de los mecanismos destinados a elaborar la posición negociadora de cada Estado miembro, puede encontrarse en GONZÁLEZ SÁNCHEZ, «El procedimiento decisorio en la CEE», *DA* núm.199, diciembre 1983, p. 573 y ss. y en la obra del malogrado profesor SASSE, *Le processus de décision dans la Communauté Européenne. Les exécutifs nationaux au Conseil de ministres*, PUF, 1976, que le dedica todo un excelente capítulo, al que hay que añadir las modificaciones orgánicas producidas en los últimos diez años desde la edición del libro. Véase también la serie de artículos sobre «La preparation nationale de la decision communautaire», en *La decision dans les Communautés Européennes*, editado por GERBET y PEPY, Universidad libre de Bruselas 1969. También WALLACE, en *The impact of the European Communities on National Policy-Making, in Government and Opposition*, Otoño, 1971, p. 520-38. En el libro de la misma autora, en colaboración con WALLACE, W. and WEBB, C., *Policy-Making in the European Community*, London, John Wiley, segunda edición 1983, aparecen muy útiles referencias a los procedimientos decisorios internos de los Estados miembros en cuanto afectan al proceso comunitario. Esta autora dedicó en 1973 un estudio más específico al tema que aquí nos ocupa en el libro «*National Governments and the European Communities*» PEP, European Series, 1973. A la misma línea de análisis responde el reciente artículo de BULMER, «*Domestic Politics and European Community Policy-Making*», *YCMS*, vol. XXI, núm.4, junio 1983, que realiza un análisis desde el punto de vista de la ciencia política más que jurídico, de la interrelación entre los procesos decisorios nacionales y comunitarios. Otras referencias bibliográficas de este género pueden encontrarse en la guía de HOPKINS, M., *Policy Formation in the EC. Documentation*, London, Mansell 1981. Un examen de lo que el autor llama «intermingling» de las burocracias nacionales y la comunitaria se ofrece en la ponencia de WESSELS a la semana de Brujas de 1982, *Community Bureau cracy as a Co-operative Administration: Criticism, Trends, Questions*. Un punto de vista interesante sobre la actitud de las burocracias nacionales en la aplicación del derecho comunitario puede encontrarse en el artículo de FELD and WILDGEN, *National Administrative elites and European Integration: Saboteurs at work?*, *JCMS*, 1975, p. 244. Véase tam-

Otro de los temas que plantea la aplicación ejecutiva y que examinamos en tercer lugar es el de los reglamentos que pueden en algunos casos establecer *obligaciones financieras a cargo del Estado*. No es éste un caso frecuente porque la posibilidad de administrar sus recursos propios (95)

bién DANIEL STRASSER, *Les relations entre la Communauté Européenne et les administrations nationales*, informe presentado a la mesa redonda del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas en Tokio, del 13 al 17 de septiembre de 1982. Un examen de las adaptaciones recientes de las administraciones nacionales para la participación en los organismos supranacionales, que de hecho se centró en la participación en las Instituciones de la Comunidad, puede encontrarse en las contribuciones nacionales al Seminario que con el mismo título y bajo los auspicios del Servicio de Cooperación Técnica de la OCDE se celebró en Alcalá de Henares en julio de 1981, especialmente relevante en cuanto documento marco de los problemas planteados es la nota documental redactada por O'NUALLAIN. También son útiles, aunque ya un poco desfasadas las informaciones contenidas en los informes al coloquio de Berlín de 1970, publicadas en *Gemeinschaftsrecht und Nationales-recht*, Carlo Heymanns Verlag 1971, especialmente los informes de MELCHIOR, SELVAGGI y MARTÍN-MARTINIÈRE sobre las adaptaciones que el desempeño de la presidencia impone. Véase: O'NUALLAIN y HOSCHEIT, eds. *The presidency of the european council of ministers: Impacts and implications for national governments*, Croon Helm, Nov. 1984.

Por países, nos resulta especialmente interesante en cuanto modelo, tanto por los buenos resultados obtenidos en la defensa de las posiciones nacionales en el proceso comunitario como en la adecuación del orden jurídico interno, el sistema establecido en Francia que ha sido objeto de una abundante atención por parte de la doctrina de la que citamos aquí únicamente los trabajos de GERBET, «L'elaboration des politiques communautaires au niveau national français» en *La France et les Communautés Européennes* LGDJ, Paris, 1975, YANN de L'ECOTAIS, *Les Ministres et les représentants permanents français*, en el mismo libro, el Informe de P. ACHARD, *Les incidences des Communautés Européennes sur l'organisation et le fonctionnement de l'administration française*, así como otras intervenciones en los debates del Coloquio de Estrasburgo, de octubre de 1971, sobre *Las Comunidades Europeas y el derecho administrativo francés*, Paris LGDJ, 1972. Un examen sobre la evolución más reciente puede encontrarse en la obra de ANNE PONSAR, «*Evaluation des adaptations de l'administration française a la suite de la participation de la France aux communautés Européennes*», texto policopiado, Universidad Católica de Lovaina, octubre, 1981. En Inglaterra pueden consultarse los artículos de HELEN WALLACE and WILLIAM WALLACE, «*The impact of community membership on the British Machinery of Government*», JCMS, y RHODES «*The European Communities and british public administration*», JCMS, 1973, núm.4. Más recientemente véase los capítulos correspondientes al gobierno y a la función pública en el libro de GREGORY «*Dilemmas of government. Britain and the European Community*» Oxford 1983; en Alemania, LODGE *The organization and control of Europ. integration in the Federal Republic of Germany*, Parliamentary affairs, 1975, p. 215-431, y KLAUS LEONHARDT, *The German Administration and the European Communities*, Public Administration in the Federal Republic of Germany, editado por König von Oertzen Wagoner; en Italia, ALESSANDRO MASSAI, «*Institutioni Europee. Il coordinamento interno delle politiche comunitarie*», *Quaderni Costituzionali*, a.II, núm.2, agosto 1982, y PAOLO CARETTI «*I riflessi dell'ordinamento comunitario nella forma di governo italiana*» en *Quaderni Costituzionali*, 1, 1981, núm.2; en Irlanda, BRIGID BURNS and TREVOR C. SALMON, «*Policy-Making coordination in Ireland on European Community issues*», JCMS, y DERMOT SCOTT, «*EEC membership and the Irish Administrative System*», *Administration*, 31, 1983, núm.2; y en Dinamarca SVEND AUKEN, JACOB BUKSTI and CARSTEN LEHMANN SORENSEN, «*Denmark joins Europe. Patterns of adaptation in the Danish political and administrative processes as a result of membership of the European Communities*», JCMS, 1976, JORGEN GRONNEGARD CHRISTENSEN, *Blurring the international-Domestic politics distinction: Danish representation ant EC negotiations*, Institute of Political Science, University of Aarhus y J. OOSTROM MOLLER, «*Danish EC Decision-Making: An Insider's View*», JCMS., vol. XXI, núm.3, marzo 1983; para Grecia, aparecen informaciones sobre las repercusiones en la Administración del proceso de negociación y de las primeras etapas de aplicación del derecho comunitario en el artículo de XENOPHON A. YAΨAGANAS, *La participación de Grecia en los órganos no principales de las Comunidades Europeas*, op. cit. Los informes correspondientes a cada Estado miembro, elaborados en el marco de la «*Recherche sur l'application du droit communautaire par les Etats membres*» a iniciativa del «Comité de recherche sur l'unification européenne (IPSA)» fechados en enero de 1982, contienen interesantes indicaciones sobre las adaptaciones orgánicas y funcionales de las respectivas administraciones, para la aplicación del derecho comunitario.

(95) Establecida por la Decisión del Consejo de 21 de abril de 1970, aunque sólo en 1979 se logró la autonomía financiera total. Sobre su naturaleza jurídica véase EHLERMAN «*The financing of the community: the distinction between Financial Contributions and Own Resources*», *CMLR*, núm.19, 1982.

permite que la Comunidad financie directamente los gastos causados por las políticas comunes. La regla general es que la Comunidad se hace cargo de la financiación de las cargas que se derivan de la aplicación de los reglamentos mientras que en el caso de directivas son los Estados miembros los responsables no sólo de las normas internas para hacerlas efectivas sino de financiar a su cargo los gastos a que den lugar. Pero a veces algunos reglamentos imponen obligaciones específicas y no prevén la cobertura total o parcial con cargo al presupuesto comunitario (96); en estos casos los Estados deben asignar los fondos necesarios de sus propios presupuestos (97) lo que en algunos Estados miembros ha planteado problemas incluso de orden constitucional (98). En efecto, no debe olvidarse que en caso de que el Estado no adopte las previsiones presupuestarias correspondientes, no por ello el reglamento pierde su efectividad y los particulares pueden hacer valer los derechos que les confiere. Así en el caso Leonésio, ante un reglamento que establecía determinadas primas por el sacrificio de vacas lecheras, el gobierno italiano alegaba que «el reglamento en cuestión no generaba el derecho a la percepción de la prima en tanto el legislador nacional no hubiera votado los créditos precisos para ello». El TJCE repuso «que las disposiciones presupuestarias de un Estado miembro no podrán impedir la aplicabilidad inmediata de una norma comunitaria ni por consiguiente el ejercicio de los derechos individuales que tal disposición confiere a los particulares» (99). El Tribunal Constitucional italiano, por su parte, recogió esta doctrina en la sentencia de 27 de septiembre de 1973 (100) que se refiere también al supuesto de falta de normas orgánicas o administrativas:

(96) PUGLISI, «Le problème du financement des règlements communautaires dans l'ordre juridique italien». *CDE*, 1979, p. 369. LOUIS, «Des primes à l'abattage des vaches et de l'applicabilité directe du droit communautaire», *CDE*, 1972, p. 330. Véase también RICCIOLI, «La copertura finanziaria dei regolamenti comunitari», *Riv. diritto Europeo*, 1980, núm. 1, p. 3.

(97) La incidencia del derecho comunitario sobre el presupuesto de un Estado miembro es mucho más extensa que estas exigencias de la ejecución de reglamentos. Véase el artículo de AMSELEK, en *La France et les Communautés*, *op. cit.*, p. 873, que llega a hablar de un *pouvoir budgétaire amputé* tanto en cuanto a ingresos como a gastos. También del mismo autor *Les Communautés Européennes et les institutions budgétaires françaises*, informe al coloquio sobre *Les Communautés Européennes et les finances publiques françaises*, Estrasburgo, 1974.

(98) Por ejemplo en Italia, véase el artículo de PUGLISI citado. El problema reside en que el artículo 81 de la Constitución exige una ley para la cobertura financiera de gastos no incluidos en el presupuesto. La Ley 863 de 3 de octubre de 1977 resolvió el problema mediante la creación en la Tesorería central de una contabilidad especial destinada a la financiación de las cargas derivadas de reglamentos comunitarios. Un Decreto del presidente de la República determina la cuantía de los gastos, deduce esta cuantía de la contabilidad especial y la incluye en el capítulo presupuestario relativo al departamento encargado de la ejecución.

(99) Asunto Orsolina Leonésio, 93/71, Rec., 1972, p. 296. El TJCE reafirmó su posición en sentencia de 8 de febrero de 1973, asunto 30/72, comisión contra Italia, Rec., 1973, p. 171.

(100) Citada por WAELBROECK, LOUIS y VABDERSANDEN en el vol. 10 de *Le droit de la Communauté économique européenne*, p. 476.

«... si uno de estos reglamentos implicaba para el Estado la necesidad de adoptar disposiciones ejecutivas de organización dirigidas a reestructurar o a crear organismos o servicios administrativos o a proveer fondos para gastos nuevos o superiores sin la cobertura financiera exigida por el artículo 81 de la Constitución, mediante las oportunas rectificaciones del presupuesto, es evidente que el cumplimiento de sus obligaciones por el Estado no podría constituir una condición o un motivo de suspensión de la aplicabilidad de la reglamentación comunitaria que entra inmediatamente en vigor al menos en su contenido intersubjetivo.»

La financiación de gastos ocasionados por la aplicación de políticas comunitarias puede también dar lugar a conflictos entre la administración central o federal y las de los estados federados u otras entidades territoriales autónomas cuando sean éstas las competentes para aplicar, y por tanto para financiar, las medidas comunitarias. El problema se planteó en la República Federal de Alemania, alegando el gobierno federal el principio de que la financiación correspondería a la entidad responsable de la aplicación, y los länder que dado que el gobierno era el único participante en el proceso decisorio comunitario debería ser quien pechara con los gastos derivados de la aplicación de las políticas adoptadas (101).

EJECUCIÓN NORMATIVA

El supuesto de la ejecución normativa exige un examen separado porque cuando la actuación del Estado en ejecución de reglamentos comunitarios consiste en la adopción de normas internas de carácter general, se plantean problemas específicos.

La actuación estatal de carácter normativo por parte de los Estados miembros, en las áreas que los tratados comunitarios reservan a la potestad normativa de las Instituciones comunitarias suscita una actitud de desconfianza por parte de estas Instituciones y del Tribunal de Justicia de las Comunidades, que ven en esta participación estatal una fuente de posibles atentados a la uniformidad del ordenamiento comunitario. Pero, al mismo tiempo, esta actuación es imprescindible para garantizar la propia

(101) La discusión puede encontrarse en SASSE, *Bundesstaatliche Finanzverfassung und Geldleistungsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft*, *Wirtschaftsrecht* (1973), p. 308; PETERSEN, *Die innerstaatliche Finanzverantwortung für kostenverursachende Maßnahmen der EG*, *Deutsches Verwaltungsblatt* (1975), p. 295; SELMER, «Zur bundesstaatlichen Lastenverteilung bei der Anwendung von Geldleistungsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft», in *Gedächtnisschrift für Sasse*, BIEBER, BLECKMANN y otros, *Nomos y Engel Verlagen*, 1981, p. 229. Un resumen de la cuestión y más referencias pueden consultarse en P. MALANCZUK, «European Affairs and the länder of the Federal Republic of Germany» artículo que se publicará en el núm. 2 de 1985 de la *CMLR*, y cuyo manuscrito me ha sido facilitado gracias a la amabilidad del autor.

aplicación en los supuestos de incompletud de la norma comunitaria. Esta contradicción subyace a la polémica doctrinal sobre la naturaleza comunitaria o estatal de las competencias que los Estados miembros ejercen cuando completan normativamente los reglamentos comunitarios, y al cuidadoso deslinde efectuado por la jurisprudencia del Tribunal.

El esquema que vamos a seguir en este punto es el que adelantábamos al comienzo del capítulo: primero exponemos el *fundamento* de las actuaciones estatales de complemento normativo, en segundo lugar los *límites* a esta actuación estatal; el siguiente paso consistirá en examinar las normas que rigen la acción del Estado cuando actúa en ejecución de reglamentos, cuestión que se centra en torno al juego y límites del principio de la llamada «*autonomía institucional*», una de cuyas vertientes es la autonomía procedimental. Tras la exposición global nos detendremos en algunos temas específicos, como el que plantean las normas internas de carácter sancionador o penal complementarios de reglamentos, también dedicaremos especial atención a algunas particularidades de la técnica legislativa a utilizar en las normas nacionales adoptadas en aplicación de reglamentos y a la peculiar posición que su carácter, de normas que, aunque internas, son complementarias de reglamentos comunitarios, les otorga en la jerarquía normativa interna por extensión del principio de aplicación preferente de las normas comunitarias.

Fundamentos de la función normativa estatal complementaria de reglamentos comunitarios

La actuación de los Estados puede fundarse en el propio reglamento bien contenga éste una autorización bien una obligación dirigidas al Estado miembro para que adopte las normas complementarias. Pero también hay lugar a una ejecución normativa por parte de los Estados miembros cuando el reglamento no contiene esta autorización u obligación explícitas pero es incompleto, es decir que no contiene todos los elementos que posibilitarían su aplicación (102); también en este caso se dan dos supuestos según que el Estado esté únicamente capacitado para adoptar tales medidas o que normas de derecho comunitario le impongan la obligación de completarlo (103).

(102) Sobre este supuesto específico véase MONACO «Il problema della completezza dei regolamenti comunitari», *Riv. diritto europeo*, 1975, p. 183.

(103) El esquema es de LAUWAARS, en «Implementation of regulations by national measures», LIEI, 1983-1, al que seguimos en este epígrafe.

La habilitación explícita es frecuente en el sector de la política agrícola común, sobre todo en las primeras épocas, pero también aparece en la gestión de la Tarifa Exterior Común.

En algún caso el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre la legalidad de esta habilitaciones (104). Según la parte demandante, el Tratado no permitía que las instituciones comunitarias delegasen a los Estados miembros la función de adoptar las medidas normativas que las propias instituciones hubieran debido establecer en el marco de la organización común de mercado. Aunque el Tribunal considera que la habilitación era legítima, sin embargo matiza su afirmación precisando que en el caso en concreto se trataba de confiar temporalmente a los Estados miembros funciones que en un estadio más avanzado de la evolución han sido asumidas por las instituciones comunitarias con lo que parece admitir esta habilitación únicamente a título excepcional (105).

En otras dos ocasiones (106) lo que se ha puesto en cuestión es la compatibilidad de la noción misma de reglamento con estas delegaciones. En ambos casos el Tribunal declaró que:

«El hecho de que un reglamento sea directamente aplicable no impide que sus disposiciones puedan habilitar a una institución comunitaria o a un Estado miembro para adoptar medidas de aplicación.»

En general el Tribunal adopta una posición bastante restrictiva en la interpretación de estas autorizaciones explícitas, así, la habitual remisión a las disposiciones de carácter administrativo que los Estados miembros debían adoptar, debe entenderse, según el Tribunal, como referida únicamente a las normas de carácter técnico y de procedimientos destinadas a garantizar la aplicación, en este caso, de un contingente, y el principio de trato equitativo en su administración (107). En otra ocasión (108) el Tribunal declaró que la aplicación uniforme de las disposiciones de derecho comunitario no permite el recurso a las normas nacionales excepto en cuanto sea necesario para la aplicación de los reglamentos. En otro caso (109) el Tribunal consideró que la cláusula habitual que concede a los Estados miembros la competencia para adoptar «todas las medidas adicio-

(104) Asunto SCHEER v. EVSt. Getreide, 17 Dec. 1970, Rec., (1970), 1197 (par. 10).

(105) KOVAR, ROBERT, «L'effectivité interne du droit communautaire», *op. cit.*, p. 215.

(106) Sentencias de 30 de noviembre de 1978 y de 27 de septiembre de 1979, asuntos Bussone y Eridania, Rec., 1978, p. 2429 y 1979, p. 2749.

(107) Asunto 131/73 (Grosoli), 12 Dec. (1973), Rec., 1973, 1555.

(108) Asunto 39/70, Felischkontor contra H.Z.A. Hamburg, 11 febr. 1971, Rec., (1971), 49.

(109) Asunto 32/72, Wasaknäcké contra EVSt. Getreide, 30 nov. 1972, Rec., (1972), 1181.

nales necesarias para tomar en cuenta las condiciones particulares existentes en su territorio» no podía considerarse que autorizaba la adopción de medidas que formulaban excepciones a una norma específica de aplicación común, en este caso la duración del plazo fijado en el reglamento que resultaba de especial importancia para el funcionamiento de los mecanismos de intervención. En otros casos el Tribunal ha llegado incluso a considerar vacía de contenido la autorización explícita otorgada por algún reglamento a los Estados miembros en cuanto que las normas del reglamento eran lo suficientemente completas para no precisar de ningún complemento por parte de normas internas de los Estados miembros (110).

Las habilitaciones a veces adoptan la forma de una obligación, así: «Los Estados miembros dictarán en el plazo adecuado las disposiciones legislativas reglamentarias y administrativas necesarias para la ejecución del presente reglamento. Estas disposiciones regularán, entre otras materias, la organización, el procedimiento y los instrumentos de control así como las sanciones aplicables en caso de infracción». En algún caso el Tribunal ha interpretado que esta fórmula obligaba a los Estados a adoptar medidas efectivas pero que éstos conservaban su discreción para elegir los medios que considerasen apropiados (111).

El otro supuesto de competencia de los Estados miembros para adoptar normas complementarias de reglamentos es el de *incompletud del propio reglamento*. Así como el caso de la habilitación comunitaria a los Estados para completar los reglamentos no suscitaba cuestiones de fondo sobre la naturaleza de esta competencia estatal que claramente podía entenderse como retrocesión de una competencia comunitaria, en los casos de incompletud de reglamentos, esto es de «lagunas en su regulación», se planteó la cuestión de la naturaleza comunitaria o estatal de la competencia de los Estados para adoptar las normas que los completasen. Aquí no podemos describir detalladamente esta polémica que parece moverse en el terreno de los principios y que por otra parte encuentra en la jurisprudencia del Tribunal apoyos para ambas tesis en presencia (112). En última

(110) Asunto 159/73, *Hannoversche Zucker contra HZA Hannover*, 30 jan. 1974, Rec., (1974), 121. Asunto 72/79, *Commission contra Italy*, 24 april 1980, Rec., (1980), 1411, y Asunto 85/78, *B.A.L.M. contra Hirsch*, 12 Dec. 1978, Rec., (1978), 2517 f., citados por LAUWAARS, op. cit., p. 42.

(111) Asuntos 89/74, 18 and 19/75, *Procureur-Général Bordeaux v. Arnaud*, 30 sept. 1975, Rec., 1975, p. 1023; Asunto 77/81, *Zuckerfabrik Franken contra Germany*, 18 feb. 1982, Rec., 1982, p. 681. Asunto 31/78, *Bussone*, 30 nov. 1978, Rec., 1978, p. 2429.

(112) La doctrina concluye en general, que «il est fort difficile de se déterminer entièrement», KOVAR, *Efectivité interne du droit communautaire*, op. cit., p. 219 y ss., y que «le choix de l'une ou de l'autre option relève de la philosophie politique, du moment que l'on accepte les critères stricts dans les quels, aux termes mêmes de la jurisprudence les autorités nationales doivent se mouvoir», LOUIS, «Compétences des Etats dans la mise

instancia, las raíces de la polémica son la misma contraposición entre los imperativos de uniformidad en la aplicación del derecho comunitario y efectividad en esta aplicación, principio este que exige que los Estados miembros puedan adoptar las disposiciones necesarias para colmar las lagunas en los propios reglamentos. Cuando el Tribunal para salvaguardar la uniformidad llegó incluso en el asunto *Bollman* (113) a interpretar que en ausencia de habilitación u obligación contenida en el propio reglamento los Estados no tenían competencia normativa en los sectores de competencia comunitaria, daba cuenta de que en ese momento su preocupación fundamental era preservar el campo competencial comunitario, pero dejaba abierta la cuestión de quién podría completar las lagunas que apareciesen en el momento de su aplicación. Por eso en una sentencia prácticamente paralela (114) el Tribunal sustituyó la palabra «normativo» por «autónomo», con lo que indica que existe una competencia nacional de los Estados miembros para adoptar las normas complementarias pero que esta competencia está totalmente sometida a los fines de la norma comunitaria (115). Ahora bien, la función del Tribunal comunitario consistente en delimitar y condicionar cuidadosamente la actuación normativa de los Estados miembros sólo podía fundamentarse en una concepción de esta competencia estatal como «delegada» por las Instituciones comunitarias.

El Tribunal comunitario ha reconocido en muchas ocasiones la posibilidad de que los Estados miembros completen normativamente aquellos extremos del reglamento, necesarios para su aplicación efectiva, y que no han sido regulados expresamente en la norma comunitaria. Por ejemplo, en una ocasión declaró que correspondía a la legislación de los Estados miembros estipular en detalle qué circunstancias de hecho o qué formalidades aduaneras podía considerarse que constituían retirada de mercancías (116). En otros casos (117) estimó que los Estados miembros tenían

en oeuvre du reglement», *CDE*, 1971, p. 640: Véase también las páginas 321 y ss. de su trabajo «Le reglement, source directe d'unification des legislations», en *Les instruments du rapprochement des legislations dans la CEE*, edit. por DE RIPAINSEL-LANDY y otros, Bruselas 1976. Una panorámica completa y reciente de la discusión puede encontrarse en WAELBROECK, «The emergent doctrine of Community Preemption Consent and Redelégation», en SANDLOW STEIN *Courts and free markets...* vol. 2, Oxford 1982, p. 548.

(113) Sentencia de 18 de febrero de 1970, asunto Hauptzollamt Hamburg contra *Bollman*, Rec., vol. XVI-1, p. 69.

(114) De 18 de junio de 1970, Asunto 74-69 (Hauptzollamt Bremen-Freihafen contra *Waren-Import-Gesellschaft Krohn und Co*), Rec., XVI-1, p. 451.

(115) ZULEEG, *La repartition de competences entre la Communauté et ses Etats membres*, op. cit., p. 30 y 31.

(116) Asunto 35/71, Schleswig-Holsteinische Hauptgenossenschaft contra *H.Z.A. Itzehoe*, 15 dec. 1971, Rec., 1971, p. 1083.

competencia para adoptar las normas detalladas de supervisión de un determinado proceso industrial. En la misma línea el Tribunal entendió que la recuperación de los montantes compensatorios monetarios y el establecimiento de todas las formalidades para el mismo era competencia de las autoridades de los Estados miembros (118).

La competencia de los Estados miembros para completar los reglamentos ha sido formulada en algunas ocasiones por parte del Tribunal de Justicia como una obligación derivada del artículo 5 del TCEE. Así, en el asunto Scheer (119) el Tribunal declaraba que

«Los Estados miembros tenían derecho y, en virtud de las disposiciones generales del artículo 5 del tratado, obligación, de hacer lo necesario para garantizar el efecto útil del conjunto de las disposiciones del reglamento.»

En otro caso (120) el Tribunal declaraba que la disposición de un reglamento que establecía la obligación de adoptar las medidas necesarias para recuperar las cantidades perdidas como resultado de irregularidades o negligencias, no hace sino confirmar expresamente una obligación «que ya correspondía a los Estados miembros en virtud del principio de cooperación enunciado en el artículo 5 del tratado».

Límites de la función estatal en la ejecución normativa de los reglamentos

Siguiendo el esquema de Lauwaars clasificamos estos límites en: los derivados del objetivo y contenido del reglamento, los derivados de otras normas de derecho comunitario y los derivados de los principios generales del derecho comunitario.

La posición de principio fue fijada por el Tribunal (121) cuando, pronunciándose sobre la habitual cláusula que encomendaba a los Estados miembros la adaptación de las normas internas para la aplicación efectiva del reglamento, declaró que esta habilitación no permitía a los Estados la adopción de disposiciones internas que modificaran su alcance, y en concreto el establecimiento de normas de interpretación obligatoria sobre al-

(117) Asunto 3/73, Hessische Mehlindustrie v. EVSt. Getreide, 11 July 1973, Rec., 1973, p. 745 (para. 6). Repetido Asuntos conjuntos 146, 192 and 193/81, Baywa contra B.A.L.M., 6 May 1982, Rec., 1982, p. 1503.

(118) Asunto 118/76, Balkan-Import-Export v. H.Z.A. Berlin-Packhof, 28 June 1977, Rec., 1977, p. 1177 y otras citadas por LAUWAARS, op. cit., p. 44.

(119) Asunto 30/70, Scheer contra EVSt. Getreide, 17 Dec. 1970, Rec. (1970) p. 1197 (para. 10).

(120) Asunto 54/81, Fromme contra B.A.L.M., 6 May 1982, Rec. (1982) p. 1449 (para. 5).

(121) Sentencia de 18 de febrero de 1970, asunto Hauptzollamt Hamburg contra Bollman, Rec. Vol. XVI-1 p. 69.

gunos conceptos genéricos del reglamento. En este caso la justificación en los considerandos de la sentencia de la exclusión de la competencia de los Estados miembros para adoptar medidas normativas en el campo cubierto por un reglamento, se basaba en la tesis según la cual los Estados miembros habrían perdido la competencia en estos sectores. Ya veíamos antes cómo en jurisprudencia posterior el Tribunal matizó este pronunciamiento manteniendo la intangibilidad del reglamento frente a normas internas pero no fundándola en la competencia comunitaria exclusiva para cualquier desarrollo normativo de los sectores transferidos sino en la necesidad de aplicación uniforme del reglamento en todos los Estados miembros dado su carácter de norma comunitaria y dejando por lo tanto abierta la posibilidad a que los Estados miembros procediesen a completar las lagunas, bien de carácter temporal, porque las Instituciones comunitarias no hubiesen regulado exhaustivamente la materia, bien procedentes de una incompletud no deliberada del reglamento.

El Tribunal mantiene decididamente la intangibilidad del reglamento frente a normas internas «los Estados miembros no pueden adoptar disposiciones obligatorias de derecho interno que afecten al objetivo del reglamento o a las partidas arancelarias que el reglamento establece» (122) y «salvo disposición comunitaria en contrario, los Estados miembros no pueden recurrir a medidas internas susceptibles de modificar la aplicación (de un reglamento)» (123).

Sin embargo, en jurisprudencia posterior el Tribunal ha aceptado que la Administración de Aduanas de la RFA emita unas «instrucciones aduaneras obligatorias» (*verbindliche Zollauskünfte*) que contienen clasificaciones de mercancías en interpretación de conceptos de la Tarifa Exterior Común (124). En términos más generales en el caso Zerbone el Tribunal declaró que enfrentadas a dificultades de interpretación, las administraciones nacionales podrían verse obligadas a adoptar normas detalladas para la aplicación de un reglamento comunitario, pero que no podían adoptar «normas de interpretación obligatorias» (125). El «sentido y objetivo» de determinadas disposiciones de los reglamentos no podrían fijarse en función de los sistemas jurídicos propios de los Estados miembros (126).

(122) Asunto 14/70, Deutsche Bakels contra Oberfinanzdirektion München, 8 Dec. 1970, Rec. (1970), p. 1001.

(123) Asunto 18/72, Granaria contra Produktschap voor Veevoeder, 30 Nov. 1972, Rec. (1972), p. 1163.

(124) Asunto 30/71, Siemers contra H.A.Z. Bad Reichenhall, 24 Nov. 1971, Rec. (1971), p. 919.

(125) Asunto 94/77, Zerbone contra Amministrazione delle Finanze, 31 Jan. 1978, Rec. (1978), p. 99.

(126) Asunto 64/81, Corman contra H.Z.A., 14 Jan. 1982, Rec. (1982), p. 13 (para. 8). See also asunto 233/81, Denkavit contra Germany, 15 Sept. 1982, Rec. (1982), p. 2933.

En otros casos el Tribunal ha establecido la obligación de los Estados miembros de respetar en su función normativa complementaria de reglamentos no ya la uniformidad de aplicación del propio reglamento sino otras normas generales de derecho comunitario, por ejemplo las sentencias que citábamos más atrás al exponer la posición del Tribunal contraria a la transformación, recepción, publicación o aun mera reproducción de los textos de los reglamentos comunitarios en normas de derecho interno.

También hay abundantes referencias en la jurisprudencia comunitaria a la necesidad de que en esta tarea normativa los Estados respeten principios generales de derecho comunitario como el de equidad, prohibición de la arbitrariedad, diligencia debida, y como formulación global los «principios generales del derecho comunitario». En otros casos el TJCE se ha referido a la necesidad de respetar no ya principios jurídicos sino los objetivos de la política comunitaria en el sector (127).

Para terminar este examen de los límites de la función estatal de complemento normativo de los reglamentos comunitarios conviene distinguir como un caso aparte las actuaciones normativas estatales que no consisten, estrictamente, en medidas de «aplicación normativa» de los reglamentos aunque regulen aspectos muy relacionados con éstos. Por ejemplo, la formación de los precios en las fases de venta al por menor y venta al consumo en el caso de un reglamento que regula los precios en las fases de producción y venta al por mayor. En estos casos la posición del Tribunal, una vez reconocida la competencia estatal para adoptar tales normas, se limita a exigir que no interfieran los objetivos o el funcionamiento de la regulación comunitaria, pero, lógicamente, no puede imponer al Estado miembro otros límites en el ejercicio de una competencia en sectores que caen fuera del ámbito del derecho comunitario. Sin embargo, la esfera de regulación autónoma por parte de los Estados miembros se reduce sistemáticamente a medida que se van desarrollando las políticas comunes comunitarias.

El principio de la autonomía institucional de los Estados en la ejecución del derecho comunitario

Tras la exposición del fundamento y límites de la actividad estatal de complemento normativo de reglamentos, el siguiente paso consiste en

(127) Un exhaustivo catálogo de la jurisprudencia del Tribunal que establece estos límites puede encontrarse en el artículo de LAUWAARS citado, pp. 48 y 49.

examinar las normas que rigen la acción del Estado cuando actúa en ejecución de los reglamentos comunitarios tanto si esta ejecución da lugar a actos de aplicación individual como a actos de carácter normativo.

El principio que informa la jurisprudencia del TJCE en este terreno es el de la autonomía institucional reiterado en abundante jurisprudencia:

«en los casos en que la aplicación de un reglamento corresponda a las autoridades nacionales, conviene admitir que en principio esta aplicación se haga respetando las formas y procedimientos del derecho nacional» (128).

«Cuando las disposiciones del tratado o de reglamentos, reconocen facultades a los Estados o les imponen obligaciones para la aplicación del derecho comunitario, la cuestión de saber de qué forma el ejercicio de estas facultades o la ejecución de estas obligaciones pueden ser confiados por los Estados a órganos internos determinados, depende únicamente del sistema constitucional de cada Estado» (129).

y más recientemente, aunque refiriéndose al desarrollo de directivas:

«Cada Estado miembro tiene libertad para asignar las competencias en el plano interno según lo considere oportuno y para aplicar una directiva por medio de medidas adoptadas por las autoridades regionales o locales» (130).

Nosotros vamos a exponer primero algunas cuestiones que plantea la ejecución normativa en el orden jurídico interno de los Estados miembros y después los límites que la jurisprudencia del TJCE impone a la discrecionalidad estatal en tal ejecución.

Examinamos en primer lugar *qué órgano es competente* para adoptar las normas internas que resulten necesarias para completar los reglamentos y correlativamente qué rango deben tener tales normas.

El principio de la autonomía institucional se concreta en que son las normas constitucionales de cada Estado miembro las determinantes. Por tanto corresponderá al Legislativo o al Ejecutivo, al Estado o a las entidades territoriales autónomas, dictar las normas internas complementarias o aplicar las medidas de ejecución material de los reglamentos comunitarios según el reparto constitucional de competencias. Este es un principio que debe quedar claro desde ahora, el derecho comunitario no im-

(128) Sentencia de 11 de febrero de 1971. Asunto núm.39/70. Nord-dentsches Vieh-und Fleischkontor contra Hauptzollamt. Hamburgo. Rec. XVII, p. 49.

(129) Sentencia de 15 de diciembre de 1977, Asuntos International Fruit. Rec. 1978, p. 116.

(130) Sentencia de 25 de mayo de 1982, Comisión contra Holanda, Rec., 1982, p. 1833.

pone modificaciones en el reparto interno de competencias siempre que la aplicación de los mecanismos internos de ejecución normativa o administrativa no se traduzca en incumplimiento. Pero no hay que ocultarse que puede plantear problemas de hecho. Así, por lo que se refiere a la *actividad del Legislativo*, en general la doctrina (y la praxis de los Estados miembros) la consideraban poco adecuada a la ejecución del derecho comunitario aunque las normas internas a adoptar correspondieran al ámbito material de su competencia. Los argumentos en contra fueron claramente expuestos en una obra ya clásica (131) y se repiten sistemáticamente desde entonces. Se aduce: 1.º que el procedimiento parlamentario es largo, de duración diferente según los Estados miembros y aleatorio según el respaldo parlamentario de que disponga el gobierno, con lo que se rompería la uniformidad de aplicación; 2.º que la función de ejecución del derecho comunitario parece poco compatible con la soberanía parlamentaria porque la competencia estatal está muy limitada, apenas ofrece margen de discrecionalidad, es una competencia «subordinada» a la aplicación de la norma comunitaria y además ofrece el riesgo de apertura a discusión de la oportunidad de la norma comunitaria, materia fuera de la competencia estatal; por otro lado el juego de las enmiendas en el procedimiento legislativo puede traducirse en una aplicación inexacta de la norma comunitaria con lo que se pondría en cuestión la validez de la norma nacional de aplicación (132), en tercer lugar se alega la dificultad para corregir mediante los procedimientos de puesta en juego de la responsabilidad del Estado establecidos en los tratados, las infracciones del orden jurídico comunitario generadas por actos del Legislativo. Si una sentencia del TJCE declarase que una ley nacional viola la legalidad comunitaria el Estado miembro está obligado a tomar las medidas para la ejecución de la sentencia, es decir será necesario un nuevo acto del Legislativo y mientras tanto la ley interna seguiría produciendo sus efectos (aunque cualquier juez nacional podría declararla inaplicable en cada caso concreto, pero esto suponiendo que el juez en ese Estado tenga posibilidad de cen-

(131) CONSTANTINIDES-MEGRET, «Le droit de la CEE et l'ordre juridique des Etats membres», p. 160, SOHIER y MEGRET «Le rôle de l'exécutif national et du législateur national dans la mise en oeuvre du droit communautaire» en la obra colectiva *Droit national et droit des Etats membres*, 1965, p. 107. Llevada a sus últimas consecuencias esta tesis justificaría una excepción al principio de la autonomía institucional consistente en una modificación del reparto de competencias entre legislativo y ejecutivo, RIDEAU, *Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire*. AFOI, 1972, p. 894.

(132) De hecho los parlamentos suelen considerar un corsé intolerable los límites que les imponen las normas comunitarias. Véase por ejemplo la disensión en la Asamblea Nacional francesa de la ley de ejecución de la 69 directiva sobre establecimiento del IVA. *Le Monde*, 28 de noviembre 1, 7 y 9 de diciembre, citados por LOUIS en el tomo 10 de «Le Droit de la CEE». de MEGRET y otros, p. 562.

surar al legislador lo que es otra cuestión: la sanción de la primacía del derecho comunitario por las jurisdicciones nacionales, y nada pacífica por cierto como veremos en su lugar).

Sin discutir lo bien fundado de la argumentación contraria a la participación del legislativo en la ejecución del derecho comunitario, conviene sin embargo, confrontarla con la ya larga praxis en los actuales Estados miembros y por otro lado matizarla considerando que la exclusión del Parlamento también tiene ciertas desventajas. Los servicios de la Comisión (133) ya desde hace tiempo consideran que en contra de la argumentación habitual, la intervención de los Parlamentos nacionales no constituye por sí misma un factor de retraso en el desarrollo de directivas, y lógicamente tampoco en el de complemento legislativo de reglamentos. El obstáculo esencial, en opinión de los servicios de la Comisión, reside en la mala organización de los trabajos necesarios para la aplicación de las normas comunitarias por parte de las administraciones nacionales. Según se recoge en el informe, los Parlamentos nacionales nunca habían obstaculizado la obligación jurídica de desarrollo de directivas ni habían desnaturalizado el alcance de las disposiciones comunitarias; incluso, al contrario, la discusión parlamentaria había permitido frecuentemente mejorar la calidad de los proyectos presentados por las administraciones nacionales, y el retraso resultaba generalmente debido al propio retraso de los gobiernos en la presentación de los proyectos de adaptación de las legislaciones nacionales; en consecuencia concluía el informe que en el plano técnico nada garantizaba que el Gobierno adoptaría mejor y más rápidamente las medidas nacionales de desarrollo normativo de las disposiciones comunitarias, que el Parlamento, y que en el plano político frecuentemente no resultaba oportuno mantener al Parlamento al margen del proceso de adaptación de la legislación nacional porque, tal exclusión, podía dar lugar a la adopción por parte del legislativo de una postura general reticente ante el derecho comunitario que vendría a añadirse al sentimiento global de desapoderamiento inducido por el traspaso de competencias a las instituciones comunitarias en las que sólo participa el Ejecutivo (134).

Más recientemente, en una serie de estudios sobre la aplicación del de-

(133) Documento Sec. (80) 825, de 18 de junio de 1980, sobre aplicación de directivas por los Estados miembros.

(134) El informe considera específicamente el caso particular de Italia en el que la frecuente disolución de las Cámaras, que implica la caducidad de los proyectos de desarrollo normativo y la obligación de volver a empezar todo el procedimiento, hacía aconsejable la obtención de una delegación legislativa como único modo de regularizar el importante número de situaciones de infracción por no desarrollo de directivas que se daban en aquel momento.

recho comunitario por los Estados miembros a iniciativa del Comité de Investigación sobre la Unificación Europea (IPSA), los informes nacionales insistían también en que la aplicación normativa del derecho comunitario por medio de una ley formal, aunque naturalmente consistía en un procedimiento más complejo que la aplicación por decreto, o por orden ministerial, realmente no consumía mucho más tiempo porque en general, los Parlamentos consideraban que no había lugar a discusión sobre el fondo dado que el acto ya se había adoptado por las instituciones comunitarias. Según algunos de estos informes, esta actitud de los Parlamentos nacionales se había reforzado por la elección directa de los diputados del Parlamento Europeo que había contribuido a que los Parlamentos nacionales se sintiesen menos interesados que antes por las vicisitudes de las Comunidades (135).

(135) La cuestión de fondo que aquí se plantea es precisamente el desequilibrio en el juego constitucional entre Ejecutivo y Legislativo impuesto por el mecanismo de toma de decisiones comunitario en el que participa únicamente el Gobierno, y los mecanismos que en los actuales Estados miembros se han ido arbitrando para canalizar una cierta participación ex ante de los Parlamentos nacionales en el mecanismo de formación de la posición negociadora a adoptar por parte del Estado miembro en el marco del proceso decisorio comunitario. El tema tiene la suficiente entidad como para ser objeto de un examen específico que no podemos hacer aquí. Un examen de conjunto puede encontrarse en C. SASSE «Le processus de décision dans la Communauté Européenne. Les exécutifs nationaux au Conseil de ministres», Presses Universitaires de France, que le dedica el capítulo tercero; véase también M. NIBLOCK, *The EEC. National Parliaments in Community decision making*, PEP. European Series, 1971, núm. 17, y el artículo de J. FOYER «Le contrôle des Parlements nationaux sur la fonction normative des institutions communautaires», *RMC* núm.226, abril-mayo 1979. El autor, antiguo ministro de justicia UDR, en su calidad de Presidente de la Comisión de Leyes Constitucionales, fue uno de los diputados que presentaron recurso previo de constitucionalidad contra la ratificación del tratado de 22 de abril de 1970 que establecía los recursos presupuestarios propios de las Comunidades, estimando que atentaba a la soberanía nacional y privaba de sus competencias constitucionales en materia presupuestaria al Parlamento. Véase también sobre el mismo tema D. COOMBES, *Governing in the European Community: The Role of Parliament*. Como inventario general de las limitaciones de la competencia parlamentaria inducidas por la adhesión a las Comunidades Europeas puede aún consultarse con utilidad el informe elaborado en 1974 por el Parlamento Europeo «Preliminary Report on the loss of power by the Parliaments of the Member States as a result of the Treaty establishing the EEC», doc. núm. PE 35.807.

Sobre las soluciones que en cada uno de los Estados miembros se han ido utilizando para permitir introducir el elemento parlamentario en el procedimiento de toma de decisiones de las Comunidades y evitar de esta forma un sentimiento de frustración que se traduciría posteriormente en reticencias e incompreensión de las características de las normas comunitarias en el momento de proceder a la adopción de legislación de desarrollo pueden consultarse para la República Federal de Alemania el mismo libro de SASSE, pp. 47 a 57, el de OETTING, «Bundestag und Bundesrat im Willensbildungsprozess der Europäischen Gemeinschaften», Berlín, 1973, y otra obra anterior de SASSE «Bundesrat und Europäischen Gemeinschaften», en *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft* Beiträge zum 25-jährigen Bestehen des Bundesrates, 1974, p. 333 y ss. En el caso de la República Federal de Alemania la participación del Bundesrat en el procedimiento de adopción de la posición del Gobierno federal en las Comunidades presenta la particularidad de constituir el cauce indirecto de influencia de los länder en la toma de decisiones de las instituciones comunitarias al estar configurada esta cámara como el órgano de participación de los estados federados en la legislación y administración de la Federación (art. 50 Ley Fundamental). De ahí su especial resistencia contra la pérdida de sus funciones acarreada por la toma de decisiones a nivel comunitario. Véanse las referencias que citamos en la nota 141. En Francia es interesante el artículo de BURBAN, «Le Parlement français a-t-il perdu des pouvoirs avec l'application du droit communautaire?» sobre la situación anterior a la Ley núm.79-564, de 6 de julio de 1979, que crea las Delegaciones Parlamentarias para las Comunidades Europeas. Sobre estas últimas puede verse M. PAILLET, «L'adaptation du droit parlementaire français à la construction européenne» *RTDE* núm.2, 1981, y G. COTTE-

La praxis de los Estados miembros originarios es variada, en general parece que más que de consideraciones teóricas sobre la naturaleza del derecho comunitario se hayan preocupado de buscar soluciones pragmáticas a medida que se iban planteando las necesidades de adoptar normas internas complementarias, recurriendo para ello a toda la panoplia de procedimientos que les ofrecía su marco constitucional respectivo. En Bélgica, Francia y Holanda prevaleció la aplicación por el ejecutivo; en Italia y en la RFA es más frecuente la intervención del legislativo (136).

Tanto los Estados miembros originarios como especialmente los adheridos con posterioridad han recurrido frecuentemente a la delegación legislativa según los procedimientos que su constitución permitía.

En este punto conviene que nos detengamos en la doctrina utilizada en Francia para evitar el recurso a la delegación legislativa mediante la consideración del reglamento comunitario como norma capaz de satisfacer la reserva legal y por tanto habilitante para la adopción de las medidas complementarias mediante el ejercicio del poder reglamentario autónomo del Gobierno. El Conseil d'Etat en un dictamen de 20 de mayo de 1964 formalizaba así esta doctrina: «El Gobierno, cuando actúa en ejecución de las disposiciones directamente aplicables de los tratados y de los reglamentos de la CEE... está en la misma situación que cuando aplica la ley interna, de donde resulta que las medidas de aplicación de tales actos se adoptan normalmente en vía reglamentaria» (137).

REAU, «Les délégations parlementaires pour les Communautés Européennes», *Rev. du Droit Publ.* 98. 1982, núm. 1. Las soluciones italianas pueden encontrarse en C. MORVIDUCCI, *Il parlamento italiano e le Comunità Europee*, Giuffrè, Milan, 1979, C. DE CESARE, *Adeguamento delle strutture e delle procedure del parlamento italiano all'evoluzione delle istituzioni della Comunità Europea*, y V. GUIZZI, *Parlamento italiano e Comunità Europee*. En Irlanda pueden encontrarse referencias en la crónica de MARY ROBINSON, «Recent Legal Developments in Ireland in Relation to the European Communities», *CMLR*, 1973, y más específicamente en el artículo de la misma autora «Irish parliamentary scrutiny of European Community legislation», *CMLR*, febrero 1979, pp. 9 a 40. La literatura sobre la participación del Parlamento británico es muy amplia, véase por ejemplo BATES «The scrutiny of European Secondary Legislation at Westminster», *European Law Rev.* 1976, vol. 2, EVANS «Participation of National Parliaments in the European Community legislative process», *Public Law*, otoño 1981, Lord CLEDWYN of PENRHOS, *Parliamentary Scrutiny of EEC Affairs*, Cambrian L. R., 12.1981, ALLAN «Parliamentary Sovereignty and the EEC», *Public Law* 1982, 562-564, y Lord FRASER OF TULLYBELTON, «Scrutiny of Community Legislation in the United Kingdom Parliament», en «*In Memoriam J.D.B. Mitchell*», London, Sweet & Maxwell, 1983, p. 29. El estrecho control ejercido por el Parlamento danés sobre la política del gobierno en relación con la CEE se examina el artículo de GULMAUN y CLAUSON, «Control by the danish Parliament of Community legislation», *CMLR*, 1979, 2.227, y se critica por sus efectos disfuncionales para la toma de decisión comunitaria en el comentario aparecido en *The Economist* de 18 de abril de 1981, p. 64.

(136) KOVAR, *op. cit.*, p. 224. LOUIS, en *Les reglements...* dedica el capítulo primero de la tercera parte a *Les règles suivies dans l'exécution des reglements*, recogiendo la praxis estatal hasta el momento (1968), en la ejecución de los reglamentos agrícolas. Los informes nacionales sobre aplicación del derecho comunitario, en el marco de la investigación a iniciativa del Comité de Investigación sobre la unificación europea (IPSA) suministran información reciente (enero de 1982) sobre la praxis en los diferentes Estados miembros.

(137) Citado por PRATS, «Incidences des dispositions du traité CEE sur le droit administratif français»,

A simple vista se aprecia el atractivo de esta tesis para los Ejecutivos de los Estados miembros y su resurrección cada vez que un nuevo Estado miembro tiene que hacerse cargo de la ejecución normativa del bloque de reglamentos en vigor en el momento de la adhesión (138).

Sin embargo, la doctrina posterior (139) generalmente considera que está basada en dos premisas muy discutibles: 1.º la asimilación de la función, que es materialmente de ejecución de lo dispuesto en la norma comunitaria, al órgano, el «Ejecutivo» de un Estado miembro y 2.º la consideración de que la competencia en bloque sobre el sector ha sido transferida a la Comunidad y por tanto la función de legislar para completar las normas comunitarias la ejerce el Estado por delegación de la Comunidad, de modo que la norma comunitaria es suficiente fundamento para la acción normativa del Ejecutivo, independientemente de la reserva de ley interna. Como vemos es ésta una reaparición de la tesis de la ejecución estatal por delegación.

Además de su discutible fundamento teórico la tesis presentaba el peligro de asimilar el reglamento comunitario a la ley interna, por lo menos en cuanto a su función habilitante de la ejecución reglamentaria, lo que desde la doctrina comunitaria más autorizada se consideraba podía dar pie a construcciones jurisprudenciales en los Estados miembros que pusieran en duda la aplicación preferente del reglamento sobre toda norma interna de cualquier rango. Consideraciones todas que condujeron al desuso de esta técnica y al recurso, en la medida que cada constitución permitía, a las delegaciones legislativas, generales o particulares, al Ejecutivo,

RTDE, 1968, p. 35. Posteriormente el Conseil ha adoptado una postura más matizada declarando que la norma comunitaria no puede habilitar al Gobierno a derogar por Decreto disposiciones de rango legal, Dictamen núm. 310.388 de 22 de marzo de 1973, citado en «Droit Communautaire et droit français» *La Documentation française*, 1982, p. 44. Sobre su utilización en la práctica normativa del Ejecutivo francés véase CONSTANTINIDES-MEGRET, «Le droit de la CEE et l'ordre juridique des Etats membres» Paris, LG.DJ', 1967, p. 158 y LOUIS, «Les Reglements» *op. cit.*, p. 335 que considera que los decretos de 1964 que se apoyaban exclusivamente en los reglamentos comunitarios y no en leyes internas son más bien casos excepcionales.

(138) Los apoyos doctrinales se cimientan por ejemplo en TEITGEN y LESGUILLONS en su informe al III Congreso de la FIDE, París 1965, LESGUILLONS, en *L'application d'un traite fondation*, Paris LDG, 1968, p. 186, basándose probablemente en la teoría coetánea de la pérdida de competencias por parte de los legislativos nacionales al haberlas transferido totalmente a las instituciones comunitarias. TEITGEN, en *L'application du droit communautaire par le législatif...*, *op. cit.*, p. 79 (1975), adopta ya una posición más moderada: «le passage de la fonction a l'organe ne va pas de soi». Sobre la posible utilización en España de la misma tesis para evitar la intervención del Legislativo tanto estatal como de las Comunidades Autónomas véase CASANOVAS y LA ROSA, en *Las Comunidades Autónomas y la adhesión de España a las Comunidades Europeas*, en el *Curso sobre el derecho de la Comunidad Europea*, Universidad de Santander, 1981, y MUÑOZ MACHADO, en *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución Española*, Civitas, 1980, p. 124, que precisa que en todo caso este efecto sólo podría deducirse de los reglamentos comunitarios pero no de las directivas. Para un examen más detallado nos remitimos a la pág. 149 de este trabajo.

(139) KOVAR, *op. cit.*, p. 225 y ss. RIDEAU, *op. cit.*, p.894.

para la adopción de las normas exigidas por los reglamentos comunitarios. Sin duda, influyó también en esta solución la intención de recortar lo menos posible la función de los Parlamentos nacionales harto disminuida por el traspaso de competencias a las instituciones comunitarias.

En los nuevos Estados miembros se plantea el problema adicional de dictar las normas complementarias que permitan la ejecución de todos los reglamentos en vigor en el momento de la adhesión, voluminosa tarea que puede llegar a bloquear el procedimiento legislativo y cuyo incumplimiento pondría en juego la responsabilidad internacional del Estado, e incluso la interna frente a los administrados que deriven derechos legítimos de los reglamentos no completados en plazo. Si a ello se añade que según el ejemplo de las Actas de Adhesión anteriores, el nuevo Estado miembro deberá promulgar para que entren en vigor en el mismo momento que la adhesión todos los textos internos de desarrollo de la Directivas que estén vigentes en la Comunidad, salvo aplazamientos explícitos (arts. 152 y 144 de la 1.ª y 2.ª Actas de Adhesión respectivamente), se podrá entender la necesidad de una delegación legislativa global (140). En el capítulo final examinamos las posibilidades de una delegación de estas características en el marco de la Constitución Española.

El otro campo conflictivo que plantea el principio de la autonomía funcional en lo que respecta a la competencia interna para completar normativamente y ejecutar los reglamentos es la *intervención de las entidades territoriales* que según el reparto constitucional de competencias tienen atribuidas tales funciones en sectores en que incidan reglamentos comunitarios.

Las tesis en presencia son:

Primera la de que la transferencia a las Comunidades Europeas de la competencia de dictar normas en determinadas materias que en el orden interno estaban atribuidas a las entidades territoriales supone una retrocesión en favor del Estado de la competencia para desarrollar normativamente las normas europeas en cuanto ahora quedaban englobadas en el ámbito material «relaciones internacionales» que corresponde al Estado.

Y la segunda que mantiene que la transferencia a las Comunidades Europeas de competencias no afecta al reparto interno de las que sigue

(140) En la primera ampliación, el Reino Unido e Irlanda establecieron sendas delegaciones generales, contenidas en la propia ley de autorización de la adhesión; Dinamarca procedió a delegaciones sectoriales limitadas. En la ampliación de 1980 Grecia, recurrió a una delegación general durante el primer año de vigencia del tratado. El necesario encaje de estas habilitaciones en los respectivos marcos constitucionales limita grandemente su carácter ejemplificativo.

ejerciendo el Estado miembro como en este caso la de ejecutar normativa y administrativamente los reglamentos europeos que correspondería a las entidades territoriales cuando así lo disponga el reparto constitucional.

Si bien se mira los argumentos son semejantes a los utilizados en la discusión sobre si la ejecución correspondía al Legislativo o Ejecutivo, en resumen si la norma comunitaria afecta al reparto interno de competencias. También en este caso tras un intento de reservar la competencias al Estado, ha prevalecido la tesis de que con los Länder en la RFA, las regiones en Italia y eventualmente las Comunidades Autónomas en España, quienes deben aplicar normativa y ejecutivamente el derecho comunitario en sus respectivos ámbitos competenciales y que el principio de subjetividad internacional única del Estado se debe instrumentar mediante procedimientos que permitan el control por su parte de la acción de los Entes territoriales en este campo y su actuación supletoria en su caso, ambos fundamentados en su responsabilidad internacional única. El tema es amplísimo y polémico; aquí nos limitamos únicamente a exponer el principio general y nos remitimos al artículo siguiente para examinar la participación de nuestras Comunidades Autónomas en la ejecución de las normas comunitarias (141).

(141) La participación de las entidades territoriales autónomas en la ejecución administrativa y normativa del derecho comunitario se encuadra en el más amplio tema de la incidencia de la transferencia del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución de Comunidades Europeas en el reparto constitucional de competencias en el orden interno. Es evidente que la adhesión a las Comunidades supone una importante modificación del modelo de distribución del poder entre el Estado y las entidades territoriales con mayor o menor grado de autonomía que se manifiesta primero en una debilitación de las funciones de estas entidades en cuanto pierden las competencias que se transfieren a las instituciones comunitarias y en segundo lugar en un refuerzo de la posición relativa del gobierno central en cuanto único participante por parte del Estado en el proceso de decisión de las instituciones comunitarias. Es evidente que esta pérdida de funciones de las entidades territoriales autónomas es susceptible de generar resistencias en el momento de la aplicación de las políticas comunitarias de cuya negociación, incluso en las áreas de su competencia exclusiva interna, han quedado excluidas. Bien es verdad que este proceso de pérdida de autonomía es simplemente la repercusión, a su nivel, del más amplio proceso de pérdida de autonomía que supone para todas las instituciones del Estado en general la adhesión a una Comunidad, con competencias para adoptar normas aplicables en todos los Estados miembros. En todo caso, parece ineludible examinar junto a la función de participación de las entidades territoriales autónomas en la aplicación de las normas comunitarias, los canales institucionales que pueden permitirles hacer valer sus puntos de vista en el proceso de formación de la posición nacional a defender en el marco del proceso decisorio comunitario.

Aparte de los recientes desarrollos constitucionales en Bélgica, los dos Estados miembros en los que se ha planteado el problema hasta el momento son la República Federal de Alemania e Italia, sin embargo son abundantes, en los Estados miembros actuales los casos de territorios con diferentes grados de autonomía, que plantean problemas semejantes, Groenlandia, las Islas Feroe, Berlín, las Islas Anglonormandas y la Isla de Man, Madeira y Azores tras la adhesión de Portugal etc., véase sobre el tema el artículo de Michael BOTHE «Regional autonomy and independence; the consequences for the legal order of the Communities», *CMLR* 1978, p. 393. La literatura sobre la participación de los Länder es muy abundante, un marco de referencia reciente y claro puede encontrarse en el artículo de P. MALANCZUK, «European Affairs and the Länder of the Federal Republic of Germany», que aparecerá en el núm. 2 de 1985 de la *CMLR*. Para mayor detalle puede consultarse BIRKE, «Die deutschen Bundesländer in den Europäischen Gemeinschaften» (Berlín 1973), y A. BLECKMANN, «Mitwirkung der Länder der Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaf-

ten», en *Recht der Internationalen Wirtschaft/Außenwirtschaftsdienst* (1978). Para la participación de los Estados federados en el proceso decisorio por medio del Bundesrat puede consultarse la literatura que citábamos en la nota 135 de la página sobre la función de las instituciones parlamentarias. Véase también más recientemente los trabajos de RUDOLF, «Bundesländer und Europäisches Gemeinschaftsrecht», in «*Festschrift für J. Schlochauer*» (1981), MORAWITZ, *Die Zusammenarbeit von Bund und Ländern bei Vorhaben der Europäischen Gemeinschaft* (Bonn 1981), y H. H. SCHWAN, *Die deutschen Bundesländer im Entscheidungssystem der Europäischen Gemeinschaften* (Berlin 1982). De la experiencia de la República Federal de Alemania en el tratamiento de la cuestión pueden resaltarse dos temas que podrían tener un cierto valor de precedentes para la solución de problemas semejantes, se trata por una parte del procedimiento para la consulta de los Länder sobre los proyectos de normas comunitarias que sustituyó en 1980 al llamado «pacto de Lindau» de 1957, que figura como apéndice en la obra de Morawitz citada, y del tratamiento otorgado a los contactos directos de los Länder con órganos de la Comunidad, del que merece resaltarse por una parte la institución del llamado Observador de los Länder en Bruselas que forma parte de la delegación de la República Federal aunque es nombrado por los Estados federados, que tiene un estatus de observador en las reuniones del Consejo y del Coreper y otros Comités especiales y Grupos de trabajo del Consejo, y por otra las soluciones dadas al espinoso tema de los contactos directos de los Estados federados con instituciones comunitarias, que ante la eventualidad de su posible repercusión negativa sobre la posición negociadora del Gobierno Federal en el proceso decisorio comunitario, han sido objeto de una regulación restrictiva. Véase un resumen de la cuestión en el artículo de Malanczuk citado, epígrafe III, 2.

El tradicional dualismo a ultranza que informa las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en el ordenamiento italiano, y que se traduce en la absoluta impermeabilidad, al menos en el campo de los principios, entre el ámbito del llamado poder exterior y el reparto de competencias constitucionales entre las distintas instituciones internas, se tradujo desde el primer momento en una posición tanto por parte de la doctrina como por parte del Tribunal Constitucional que reservaba en exclusiva al Estado, titular del poder exterior, la ejecución de los compromisos exteriores. Coherentemente con esta doctrina los decretos de 1972 que transfirieron las primeras competencias a las regiones de estatuto ordinario reservaban expresamente la competencia estatal en materia de ejecución de compromisos internacionales. La reserva fue considerada correcta por el Tribunal Constitucional, pero basándola en la ausencia de instrumentos suficientes para garantizar la ejecución de las obligaciones comunitarias en materia de agricultura, en caso de inactividad de las regiones, lo que podría poner en juego la responsabilidad internacional del Estado. Según el Tribunal la única forma de que las regiones participasen en la ejecución de la política comunitaria era mediante una delegación de las competencias estatales que permitiría la ejecución sustitutiva por parte del Estado en caso de inactividad de las regiones. Esta construcción jurídica ha querido ser utilizada a veces por alguna doctrina española interpretando también como competencias delegadas las de las Comunidades Autónomas para la ejecución de obligaciones internacionales contraídas por el Estado, olvidando que sólo tiene fundamento en el marco de un sistema estrictamente dualista, que no es el establecido por nuestra Constitución.

Un paso más en el reconocimiento del respeto del reparto interno de competencias en la ejecución de las obligaciones internacionales, paralelo a la constante puesta en cuestión de los postulados dualistas en conflicto con la doctrina de la aplicabilidad directa y supremacía del derecho comunitario, es el constituido por las leyes de 1975, número 153 y 382, desarrollada ésta por el Decreto núm. 616 de 1977, que transfieren a las regiones las funciones administrativas relativas a la aplicación de reglamentos comunitarios y de directivas, si bien en este caso se interpone entre la directiva y las medidas de ejecución una ley nacional que fija los principios a que debe atenerse el posterior desarrollo detallado por normas regionales. Por otra parte estos textos refuerzan las competencias del Estado para sustituir a los órganos regionales en caso de inactividad. La doctrina en general considera que la interposición de esta «ley de principios» entre la directiva y su desarrollo normativo por las regiones resulta francamente inútil dado el carácter detallado que de suyo suelen ostentar las directivas. Su función es únicamente la de integrar en el orden interno a las directivas que, como normas indirectas que son, sólo obligan al Estado y a él se notifican.

La literatura italiana sobre el tema es abundantísima. Una visión de conjunto puede obtenerse en la obra de CARETTI, «*Ordinamento comunitario e autonomia regionale. Contributo allo studio delle incidenze del diritto internazionale sui poteri delle Regioni*», Milan, Giuffrè, 1979. Una muy completa exposición de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales anteriores a 1970 puede encontrarse en el artículo de CARBONE *Regioni a statuto ordinario e diritto delle Comunità Europee*, Giurisprudenza Italiana, 1971, parte IV, p. 178, que contiene una abundante reseña bibliográfica. La posición tradicional puede encontrarse en el artículo de LA PERGOLA, «*Note sull'esecuzione degli obblighi internazionali nelle materie di competenza del legislatore regionale*», in *Giur. cost.*, 1960, pp. 1069 ss. y PALADIN, «*Sulle competenze connesse dello Stato e delle regioni*», Riv. Trim. Dir. Publ. 1959, p. 431. La evolución posterior puede consultarse en CONDORELLI e STROZZI, *L'agricoltura fra Comunità Economica Europea, Stato e Regioni*, Società editrice il Mulino, Bologna, 1973, CLARIZIA, «*Rapporti internazionali e competenze regionali*», *Giurisprudenza Agraria Italiana*, 1976, núm. 1, p. 7, MAGANZA,

Límites de la autonomía institucional

La secuencia lógica nos lleva a exponer inmediatamente después del principio de atribución a los Estados miembros de la ejecución del derecho comunitario y del de su autonomía funcional en esta ejecución, los límites que a ambos impone el propio derecho comunitario.

A semejanza de las limitaciones a la competencia estatal para completar normativamente los reglamentos comunitarios, la *forma* en que los Estados proceden a esta ejecución normativa o administrativa, aunque gobernada por el principio de la autonomía institucional también está sometida a límites cuyo objetivo es por una parte mantener la aplicación uniforme del derecho comunitario, uniformidad que es una característica esencial de la construcción comunitaria que reposa en la certidumbre de que todos los Estados lo van a aplicar de la misma manera y al mismo tiempo y por otra, garantizar el respeto de los principios de aplicabilidad directa y preferente.

En este trabajo nos estamos ciñendo a exponer la autonomía institucional en la aplicación normativa y ejecutiva del derecho comunitario; conviene recordar sin embargo cómo tal vez la más importante actividad estatal de aplicación de derecho comunitario sea la que efectúan sus órganos judiciales; y lo señalamos aquí porque en ninguna otra aplicación aparecen más claramente definidos por el TJCE los límites a la autonomía institucional (142).

«Autonomia Regionale e Attuazione delle Norme Comunitarie», *Riv. Diritto Internazionale privato e procesuale*, 1977, núm.4, p. 819 y PANZERA, «L'attuazione della normativa comunitaria nelle materie di competenza regionale», *Riv. Diritto Europeo*, 1977, p. 75. Un resumen puede encontrarse en COLINET, *Regionalisation et droit communautaire: le probleme de l'application du droit communautaire par les regions; leçons à tirer de l'expérience italienne*, C.D. E. 1/1980, p. 75 y una visión reciente en D'ATENA, «Influenza del diritto comunitario sui rapporti fra Stato e Regione», en «*L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*» Milan, Giuppé, 1982. Estas citas no son más que un mero exponente de la abundantísima bibliografía a que esta cuestión ha dado lugar y probablemente seguirá haciéndolo dado su carácter evolutivo y no definitivamente resuelto.

(142) Cuando el principio de autonomía institucional se refiere a la aplicación judicial en los Estados miembros queda enmarcado en el ámbito teórico más general de la sanción de las características de aplicación directa y aplicación preferente y en tal contexto lo examinamos nosotros en el lugar sistemáticamente correspondiente; conviene sin embargo aquí exponer las líneas básicas de la cuestión para la mejor comprensión de los límites en las funciones estatales de aplicación no judicial.

Como se sabe el esquema previsto en los tratados comunitarios convierte a los jueces nacionales en los auténticos guardianes del cumplimiento en cada Estado miembro de las normas comunitarias. Ahora bien en esta aplicación, la jurisdicción competente, el procedimiento y las construcciones jurídicas que el juez utilice para salvaguardar la aplicación correcta serán los previstos en el orden interno de cada Estado miembro (Sentencias: Gebrüder Lück Rec. 1968, p. 361, la serie de sentencias de 11 de febrero de 1973, Rec. pp. 1484, 1511, 1527 y 1543, etc.). Pero como también desde el principio resultaba evidente que la heterogeneidad de los órganos y procedimientos judiciales (jurisdicciones administrativa, judiciales, o especiales, diferente regulación de plazos, prescripción, recursos, responsabilidad de la Administración, etc., véase un catálogo de discrepancias entre ordenamientos en KOVAR op. cit., más abajo, pp. 266 y ss.) implicaba graves riesgos para la uniformidad de la aplicación, el Tribunal de las Comunidades se vio avocado a definir los límites a la autonomía en la apli-

Centrándonos en los límites a la autonomía funcional del Estado en la aplicación de carácter ejecutivo o normativo del derecho comunitario, el

cación judicial cuando las normas o prácticas procesales de derecho interno en alguno de los Estados miembros se tradujese en infracciones al principio de aplicación directa, preferente y uniforme.

Así, en la primera sentencia *Rheinhöfen* (Rec. 1974, p. 33) declaró que:

«Una regla de derecho interno que vincula a las jurisdicciones que no sean de última instancia a las apreciaciones en derecho emitidas por la jurisdicción superior, no puede privarlas de la facultad de plantear ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades cuestiones de apreciación del derecho comunitario relacionadas con tales apreciaciones en derecho.»

Evidentemente esta solución plantea problemas importantes para la jerarquía judicial, la jurisdicción inferior podía encontrarse ante dos sentencias divergentes, la del Tribunal superior y la del TJCE, sin embargo, en la segunda sentencia *Rheinhöfen* (Rec. 1974, p. 139) precisa que el artículo 177 no se opone a que la decisión de reenvío prejudicial al TJCE quede sometida a las vías normales de recurso previstas por el derecho nacional, rehusando seguir la tesis del Abogado General Warner. Véase el comentario de KOVAR en «Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire» en «Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen» Larrier 1978, p. 257: Una crítica a la posición del Tribunal favorable al respeto de las vías internas de recurso contra la decisión de acudir al TJCE puede encontrarse en O'KEEFE, *Appeals against an order to refer under Article 177 of the EEC Treaty*, ELR, abril 1984, p. 87.

Igualmente en las Sentencias *Rewe* y *Comet* (Asuntos 33 y 45/76, Rec. 1976, pp. 2004 y 2043) se planteaba la prescripción según el derecho interno de un derecho a la restitución de tasas contrarias al derecho comunitario. El Tribunal estimó que los procedimientos y los plazos establecidos en derecho interno no pueden hacer imposible en la práctica el ejercicio de los derechos que los particulares derivan de normas comunitarias, que las jurisdicciones nacionales tienen la obligación de salvaguardar, principio que no quedaba vulnerado por el establecimiento de unos plazos razonables para el ejercicio de la acción de restitución, y que las exigencias procedimentales internas no deben ser menos favorables en el caso de acciones por infracción del derecho comunitario que para acciones similares basadas en el derecho nacional, con lo que al mismo tiempo reafirmaba el principio de autonomía procedimental de las jurisdicciones de los Estados miembros y recordaba sus límites. Véase el Comentario de KOVAR en CDE 1977, p. 230.

La misma línea siguen las sentencias *Denkavit* (Asunto 61/79), *Salumi* (Asuntos 66, 127 y 128/79) y *Expres Dairy Foods Ltd.* (Asunto 130/79) Rec. pp.

Pero el tema más espinoso de la limitación de la autonomía institucional y procedimental de las jurisdicciones se plantea en los sistemas constitucionales en que el juez ordinario no está facultado constitucionalmente para declarar inaplicable una norma nacional de rango legal. En caso de conflicto entre la ley interna y el derecho comunitario este juez en unos casos tendría que plantear la cuestión de constitucionalidad ante su Tribunal Constitucional, en los sistemas de control de legalidad concentrado, o, en sistemas de absoluta separación de poderes, debería aplicar sin más la ley posterior a la norma comunitaria. En ambos supuestos entra en quiebra todo el edificio comunitario porque se rompe la aplicación uniforme. Esto explica que cuando se ha planteado el conflicto actual (con el Tribunal Constitucional de Italia) el TJCE haya declarado que:

«sería incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del derecho comunitario, toda disposición de un orden jurídico nacional o toda práctica legislativa, administrativa o judicial que tuviera por efecto disminuir la eficacia del derecho comunitario por el hecho de rehusar al juez competente para aplicar este derecho, el poder de hacer, en el mismo momento de la aplicación todo lo que resulte necesario para no aplicar ("écarter") las disposiciones legislativas nacionales que presenten eventualmente obstáculo a la plena eficacia de las normas comunitarias».

(Sentencia *Simenthal* de 9 de marzo de 1978) abundantísimamente comentada por la doctrina coetánea.

Es evidente que la tesis del TJCE si bien coherente con el sistema comunitario pone al juez nacional en una situación muy difícil incitándole a modificar su posición constitucional (FERSTENBERT, «L'application du droit communautaire et la situation constitutionnelle du juge national», *RTDE* 1979, p. 32; BARAV en comentario a la sentencia *Simenthal*, CDE 1978, p. 284 e IPSEN, «Die Rolle des Prozeßrichters in der Vorrang-Frage...» *Europarecht* núm.3, 1979, p. 223), y que una solución sólo puede provenir de una modificación constitucional bien sea expresa bien implícita en la autorización que la propia Constitución permita para la adhesión a las Comunidades.

Pero aquí debemos poner fin a esta ya extensa nota que incluimos únicamente a modo de incitación al examen de las cuestiones de principio que la adhesión plantea en el orden jurídico, y particularmente en el tema que aquí nos ocupa de los límites a la autonomía de los Estados en la aplicación del derecho comunitario.

TJCE ha tenido abundantes ocasiones de declarar que consideraciones de derecho interno, aun de orden constitucional, no podían excusar el cumplimiento de normas comunitarias.

«La responsabilidad de un Estado miembro resulta comprometida cualquiera que sea el órgano del Estado cuya acción o inacción originan la infracción, incluso si se trata de una institución constitucionalmente independiente» (143).

Este tipo de conflictos se planteaba cuando los Estados alegaban la lentitud o los avatares de su procedimiento parlamentario para excusar el cumplimiento en plazo de normas comunitarias.

El Tribunal también ha declarado repetidamente que un Estado miembro no puede alegar, para eludir sus obligaciones en la aplicación del derecho comunitario o para justificar su retraso, su forma constitucional (estado federal, regional...) o una carencia de los órganos adecuados (144).

La doctrina del TJCE no es por otra parte sino la aplicación del principio de la personalidad jurídica internacional única del Estado y su correspondiente única responsabilidad (145).

También como decíamos (p. 102) cuando algún Estado miembro ha alegado para justificar el retraso en la aplicación de un reglamento la necesidad de cumplir los requisitos, incluso constitucionales, para arbitrar los fondos necesarios a la aplicación, el Tribunal afirmó que las normas presupuestarias de un Estado no son obstáculo a la plenitud de la eficacia directa de un reglamento (Asunto Leonés, 93/71, Rec. 1972, p. 296). El Tribunal resolvió que una vez cumplidas las condiciones fijadas en el reglamento, el particular podía exigir el pago de la prima y el Estado no podía oponerle su legislación interna que exigía una ley que aún no había sido promulgada.

En cuanto a las limitaciones de la autonomía procedimental, la doctrina de las sentencias Rewe y Comet expuesta en la nota 142, aunque referida a la protección judicial de los derechos atribuidos por la norma comunitaria, resulta plenamente extensible al sistema de recursos adminis-

(143) Sentencias de 5 de mayo de 1970, Comisión contra Reino de Bélgica, Rec. 1970, p. 243 y de 8 de noviembre de 1970, Comisión contra República Italiana, Rec. 1970, p. 961.

(144) Asuntos 9/74 (Donato Casagrande), 77/69, 8/70, 48/71, 30/72 y más recientemente 123/76, Comisión contra República Italiana, y 95, 100 y 147/77.

(145) El convenio de Viena sobre el derecho de los tratados establece en el artículo 27: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar la no ejecución de un tratado».

trativos. Realmente es difícil deslindar las limitaciones a la autonomía procedimental en la aplicación judicial de las que operan sobre la aplicación ejecutiva porque también en este caso se hacen patentes en cuestiones de carácter contencioso. Como es sabido, el Tribunal abordó el tema del posible atentado a la uniformidad de aplicación del derecho comunitario consecuencia de la aplicación sin paliativos de las normas de procedimiento de los Estados miembros en una serie de casos en que se planteaban principalmente tres tipos de cuestiones: 1) recursos en solicitud de devolución de cantidades pagadas en aplicación de un impuesto o de una tasa posteriormente declarada incompatible con el derecho comunitario, 2) recursos en solicitud de devolución de sumas pagadas erróneamente por una autoridad nacional en nombre de la Comunidad, 3) reclamaciones de sumas que deberían haber sido pagadas en aplicación del derecho comunitario y no lo habían sido (146).

Las discrepancias en las normas de procedimiento que surgen más frecuentemente y que producen desigualdad y falta de equidad en la protección de los derechos individuales otorgados por el derecho comunitario según el Estado miembro en que se aplique son las siguientes: diferencias en los plazos de prescripción de las acciones en recurso contra resoluciones administrativas que pueden variar desde un mes en la República Federal de Alemania, dos meses en Francia, cinco años en Dinamarca, seis años en el Reino Unido y hasta diez años en Italia (147); dificultades en los sistemas de derecho administrativo para recuperar las cantidades pagadas a un particular erróneamente por las autoridades nacionales en ejecución de políticas comunitarias, por la irrevocabilidad, en principio, de los actos administrativos favorables. También se manifiestan diferencias aunque esta vez no ya de procedimiento sino sustanciales, en el tema de los intereses en el caso de reclamación de cantidad. En el asunto *Express Dairy* (148) el abogado general Capotorti y el Tribunal coincidieron en que «por el momento son las autoridades nacionales, y en concreto los

(146) BRIDGE, J., «Procedural Aspects of the Enforcement of European Community Law through the legal Systems of the Member States», *European Law Review*, vol. 9, núm.1, february 1984, p. 32; ofrece un repertorio de las sentencias referidas a cada uno de estos tres supuestos. Véase también RENGELING, «Verwaltungsverfahrens — und verwaltungs prozeßrechts im verhältnis zum — Europäischen Gemeinschaftsrecht», en *Die Öffentliche Verwaltung*, mayo 1981, núm.10, p. 366. WAELBROEK, «La nature du droit au remboursement des montants payés contrairement au droit communautaire», en *Liber amicorum Mertens de Vilmar*, 1982, p. 429, y FORLATI, «La neutralizzazione degli effetti diatti amministrativi contrari al diritto comunitario», en *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 1978, núm.2, p. 199.

(147) KOVAR, *op. cit.*, p. 277 y R. C. HARTLEY, «The effect in national law of judgments of the European Court» (1980) 5 E.L. Rev. p. 373, citado por BRIDGE. La mayor divergencia se da en los plazos para recursos en caso de silencio administrativo.

(148) Asunto 130/79, 1980, E.C.R. 1887.

Tribunales nacionales ... los que deben decidir cuestiones ... como el pago de intereses, aplicando sus normas internas...». En un caso más reciente (149) el Tribunal confirmaba el mismo principio añadiendo: «siempre que las reglas nacionales no den lugar a ninguna diferencia de trato que no esté objetivamente justificada entre los operadores que reciben tales primas y los que ... reciben beneficios semejantes de naturaleza puramente nacional».

También constituye una causa de diferencias el hecho de que algunos sistemas jurídicos, por ejemplo el danés y el italiano, en aplicación del principio de «enriquecimiento injusto» no permiten la recuperación de las sumas indebidamente pagadas cuando el impuesto o la tasa haya sido repercutido en otros operadores o consumidores. En estos casos (asunto Just 1980), el TJCE aplicó la misma doctrina que en la sentencia Rewe: las normas nacionales son aplicables siempre que no discriminen y que permitan el ejercicio efectivo de los derechos de los particulares derivados del derecho comunitario. Ahora bien cuando en Italia y Francia se promulgaron leyes que exigían para la devolución de tasas indebidamente percibidas que el reclamante probase documentalmente que no había repercutido, el TJCE (asunto San Giorgio, sentencia 8 de noviembre de 1983) declaró que la excepción del enriquecimiento injusto seguía siendo oponible a las reclamaciones pero que la carga sistemática de la prueba al contribuyente y la limitación de los medios de prueba eran contrarias a la posibilidad práctica del ejercicio del derecho comunitario.

Otros problemas de falta de uniformidad procesal se plantean, por ejemplo, en aquellos sistemas que, bien porque atribuyen en exclusiva la instrucción penal a determinados jueces, o en aplicación de normas internas de protección del secreto, impiden a la Comisión de las Comunidades tomar parte en la investigación de determinadas infracciones (150). Este sistema que es el existente en Francia, Bélgica, Luxemburgo e Italia, se traduce en que la efectividad del derecho comunitario resulta, de hecho,

(149) Asunto 54/81, Firma Wilhelm Fromme v. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung Rec. 1982 p. 1464, a.7. cit. por BRIDGE.

(150) Se trata de la situación llamada «Maigret» que surgió en el caso 267/78, Comisión contra Italia, también llamado caso de Fraude de la Mantequilla. El problema es fundamental porque los frecuentes e importantes casos de fraude en la aplicación de las políticas comunitarias, particularmente de la PAC, son difíciles de detectar por los solos servicios nacionales sin la cooperación de los órganos de inspección comunitarios dada su complejidad y su frecuente carácter transfronterizo. Véase la obra de DELMAS-MARTY y ROCHEPIRE, «Criminalité des affaires et Marché Commun», *Económica*, 1982, y FLAESCH-MOUGUIN, *La CEE et la lutte contre les fraudes au détriment du budget communautaire*, CDE, 1983, p. 393. Aparte de las dificultades de inspección estos delitos suelen plantear problemas en cuanto a su persecución penal que resulta frecuentemente obstaculizada por la aplicación del principio de territorialidad.

diferente en los Estados miembros que permitan o no esta participación de la institución comunitaria en la investigación de las infracciones.

Consideraciones de esta índole sobre la falta de uniformidad de los procedimientos internos en los distintos Estados miembros han sido las que han impedido que la Comunidad actuase en justicia contra los Estados miembros ante sus propias jurisdicciones nacionales, por ejemplo en cuanto a las consecuencias de sus infracciones a las obligaciones comunitarias (151). Efectivamente la Comunidad no podía exponerse a las divergencias de los procedimientos nacionales porque equivaldría a tratar desigualmente a los Estados en función de sus normas procedimentales internas.

Ante esta serie de divergencias que se traducen en desigualdad de trato, el TJCE ha tratado de salvaguardar la uniformidad y la equidad en la aplicación de al menos, aquellas disposiciones de derecho comunitario que bien confieren beneficios financieros o imponen cargas del mismo carácter a los individuos, condicionando la aplicación del principio de autonomía procedimental a la salvaguardia de dos principios: que los procedimientos y los plazos establecidos en derecho interno no hagan imposible en la práctica el ejercicio de los derechos que los particulares derivan de normas comunitarias y que las exigencias procedimentales internas no sean menos favorables en el caso de acciones por infracción del derecho comunitario que para acciones similares basadas en el derecho nacional (152).

En abundante jurisprudencia el Tribunal ha propugnado la necesidad de una aplicación uniforme del derecho comunitario pero realmente el único remedio efectivo sería la adopción de normas comunitarias que estableciesen una uniformidad procedimental en la aplicación. Así se ha hecho en algunos sectores especialmente sensibles, por ejemplo los derechos de importación y exportación. Una directiva de armonización de 1978 (153) establece disposiciones para el pago aplazado del derecho de importación y exportación, y dos reglamentos de 1979 (154) determinan las condiciones y plazos de devolución de los derechos de importación y exportación no exigidos por el derecho comunitario y aquéllos en que puede exigirse el pago que no se hubiese efectuado. En la misma línea, el 29 de enero de 1981 la Comisión transmitió al Consejo una proposición de

(151) PESCATORE, intervención en la discusión del Coloquio de Lieja de 1973, recogida en *La Communauté et ses Etats membres, op. cit.*, p. 272.

(152) Formulados en los casos REWE, COMET y los demás que citamos en la nota número 142.

(153) Directiva 78/453 JOCE L 146/19.

(154) Número 1430/79, JOCE L 175/1 y 1697/79, JOCE L 197/1.

directiva sobre armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas sobre el ejercicio de un derecho de recurso en materia aduanera que tenía por objeto definir las condiciones en que las personas sometidas al derecho aduanero comunitario pueden ejercer un recurso respecto a las decisiones adoptadas por las autoridades aduaneras encargadas de su aplicación (155).

También ha habido intentos de armonización de las normas nacionales sancionadoras de infracciones a derecho comunitario, pero en este tema nos remitimos a lo expuesto más adelante.

En resumen, la autonomía institucional y procedimental de que gozan los Estados miembros en la aplicación del derecho comunitario cede siempre ante los principios de aplicabilidad directa, preferente y uniforme de este frente al derecho interno tanto sustantivo como procedimental.

Antes de concluir el capítulo sobre aplicación de los reglamentos queremos aún examinar algunas cuestiones específicas que plantea su ejecución normativa por parte de los Estados miembros. Se trata de las siguientes: 1) particularidades de las normas internas complementarias de reglamentos, que tengan carácter sancionador o penal, 2) particularidades de la técnica legislativa a utilizar en las normas complementarias de reglamentos, 3) posición de las normas internas complementarias de reglamentos respecto a normas posteriores de igual o superior rango que resulten incompatibles con ellas.

Normas internas complementarias de reglamentos, de carácter sancionador o penal

Este punto se incardina en la amplísima problemática que suscita la sanción de las infracciones al derecho comunitario. La primera cuestión, que condiciona el enfoque global, es la referente a la existencia o no de un poder sancionador entre las competencias de las instituciones comunitarias. Aunque, en este artículo no podemos entrar detalladamente en el examen de este tema, sí que resulta necesario exponerlo en sus grandes líneas al menos para poder centrar debidamente la función estatal sancionadora de infracciones al derecho comunitario, en la manifestación que aquí nos interesa que es la de adopción de normas internas complementarias de reglamentos.

Como es sabido, los tres tratados comunitarios contienen una única

(155) JOCE L 38, de 11 de febrero de 1981.

disposición de naturaleza explícitamente penal que es la que prevé que el perjurio cometido por testigos o expertos ante el TJCE deba ser considerado como el correspondiente delito cometido ante un tribunal civil interno, y perseguido a denuncia del Tribunal comunitario (artículo 27 del Estatuto del Tribunal de la CEE, y artículo 28 de los Estatutos del Tribunal CECA y CEEA). Por su parte el tratado CEEA también contiene una disposición netamente penal en su artículo 194 que asimila la violación del secreto en los términos que establece, a la violación de secreto que afecte a la seguridad del Estado o a la divulgación del secreto profesional en derecho interno.

Además de estas disposiciones que introducen nuevos tipos delictivos en el ordenamiento penal de los Estados miembros, los Tratados contienen también habilitaciones a las instituciones para imponer sanciones: se trata, en el Tratado CECA, de los artículos 47.3, 64, 65.5; 54.6, 58 párrafo 4, 59 párrafo 7, 66 párrafos 6 y 7, y 68 párrafo 6, que prevén la posibilidad de que la Alta Autoridad, y ahora la Comisión, impongan sanciones pecuniarias en forma de multas o de multas coercitivas en casos concretos. En cuanto al Tratado CEEA también otorga a la Comisión la posibilidad de imponer a las personas o empresas que violen las obligaciones que se les imponen en el capítulo sobre control de seguridad, las sanciones que enumera el artículo 83. El artículo 145 también prevé que la Comisión pueda pedir al Estado miembro que persiga según su derecho penal interno las violaciones del Tratado cometidas por sus súbditos. A la misma categoría pertenece, en el Tratado CEE las disposiciones del artículo 87 que habilita al Consejo para adoptar un régimen de sanciones pecuniarias, multas y multas coercitivas, para garantizar el respeto de las normas en materia de libre competencia (156).

La cuestión que es necesario plantearse ahora es la siguiente: ¿la competencia de las instituciones comunitarias para sancionar las infracciones al derecho comunitario está restringida a los únicos supuestos previstos en los Tratados? La doctrina más reciente (157) considera que la competencia normativa de las instituciones comunitarias, sea directa en forma de reglamentos o indirecta en forma de directivas, engloba la facultad

(156) Este régimen fue instaurado por el reglamento número 17/62, JOCE 13/62 de 21 de febrero de 1962, página 204, modificado abundantemente por disposiciones posteriores.

(157) HERMANS «La sanction des reglements agricoles de la CEE» en *Melanges Dehousse*, volumen 2, Paris 1979, p. 219. FORNASIER, *op. cit.*, p. 404 y ss. Una opinión contraria en el Rapport DE KEERSMAEKER, *op. cit.*, p. 13, «pour l'instant, votre commission préfère donc considérer que l'article 172 ne concerne que les reglements du Conseil visés dans d'autres dispositions du traité comme pouvant expressément établir des sanctions, tel l'article 87 du traité CEE».

para instituir las sanciones que garanticen su cumplimiento aunque la fase de aplicación jurisdiccional o administrativa de estas sanciones y la fase de ejecución correspondan a los Estados miembros. El apoyo más frecuentemente utilizado es el artículo 172 TCEE que establece que «los reglamentos adoptados por el Consejo en virtud de las disposiciones del presente tratado pueden atribuir al Tribunal de Justicia una competencia de plena jurisdicción en lo que se refiere a las sanciones previstas en estos reglamentos. Del texto se deduce efectivamente que es posible la existencia de reglamentos que establezcan sanciones aparte de los expresamente previstos en el artículo 87 porque la redacción del artículo es más genérica, se refiere a reglamentos «adoptados en virtud del presente tratado», y porque la posibilidad de atribuir competencia al Tribunal en el caso del artículo 87 ya estaba prevista expresamente en el párrafo 2.º de este mismo artículo. De hecho, en algunos casos, bien es verdad que muy escasos, el Consejo ha adoptado reglamentos provistos de sanciones (158). Sin embargo parece dudoso que este artículo 172 pueda interpretarse en el sentido de que en los Tratados se prevé implícitamente que el poder sancionador del Consejo existe en todas las materias en que dispone de competencia para adoptar reglamentos, su carácter es únicamente declaratorio de que los reglamentos pueden contener disposiciones de esta naturaleza pero no puede ser interpretado como fundamento de un poder general sancionador del Consejo (159). Una tesis ecléctica propugna la facultad sancionadora únicamente en aquellos casos en que el texto del Tratado habilita al Consejo a adoptar «todas las medidas necesarias» para la consecución de los objetivos que define (160).

Las razones de esta reticencia al reconocimiento de la competencia sancionadora general de las instituciones comunitarias son más bien de orden político y están ancladas en la resistencia de los Estados miembros a transferir funciones que incidan en el ámbito represivo de las libertades de sus súbditos tradicionalmente consideradas como un monopolio de la soberanía estatal. Los apoyos teóricos suelen basarse en el procedimiento de elaboración de las normas sancionadoras comunitarias que no permite una participación del Legislativo nacional, exigida por su carácter penal. De ahí que incluso en los casos en que el poder sancionador de la Comunidad está reconocido expresamente en los tratados, los reglamentos que

(158) Por ejemplo en el reglamento sobre supresión de discriminaciones en materia de precios y condiciones de transporte (JOCE núm. 52 de 16 de agosto de 1960, p. 121).

(159) HERMANS, *op. cit.*, p. 221.

(160) LOUIS, *Les reglements de la CEE*, Bruselas 1969, p. 325.

las establecen excluyan expresamente su carácter penal, y que la doctrina se haya ocupado ampliamente de examinar la naturaleza penal o administrativa de las sanciones comunitarias. La insistencia en el carácter no penal de las sanciones comunitarias parece más bien un intento de evitar mediante una ficción las eventuales dificultades que podrían plantearse en el orden jurídico interno de los Estados miembros.

En resumen, podría concluirse que las razones que excluyen la competencia comunitaria para la sanción de las infracciones al derecho comunitario y la atribuye a los Estados miembros no son de orden jurídico sino político, y que deben entenderse referidas siempre al estado actual de la integración europea. Para lo que aquí nos interesa lo importante es la práctica de las instituciones que hasta el momento ha confiado a los Estados miembros, bien explícitamente bien implícitamente la función de completar con normas sancionadoras los reglamentos comunitarios.

Los supuestos de imposición expresa a los Estados miembros de la obligación de prever sanciones son relativamente frecuentes (161). En algunos casos la obligación no es la genérica de prever sanciones sino más específicamente la de introducir en el orden nacional sanciones ya determinadas en el reglamento comunitario.

En el otro supuesto la obligación del Estado miembro de establecer las normas sancionadoras precisas no se deriva del reglamento en concreto sino de la obligación genérica impuesta a los Estados miembros en el artículo 5 TCEE de adoptar «todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad».

En ambos casos, cuando el reglamento no contiene las sanciones, los Estados miembros están únicamente obligados a establecerlas pero conservan su discrecionalidad para determinar la naturaleza y la cuantía de éstas. Es evidente que el Tribunal comunitario podrá constatar la infracción en el caso de que el Estado no adopte normas sancionadoras pero es más dudoso que pueda controlar la naturaleza y la cuantía de estas sanciones. Este estado de cosas como es lógico se traduce en una gran divergencia de las sanciones estatales por incumplimiento de normas comunitarias, lo que afecta a la uniformidad de aplicación del derecho comunitario e incluso es susceptible de causar una distorsión de las condiciones

(161) Véanse los ejemplos recogidos por FORNASIER, en «Le pouvoir répressif des Communautés européennes et la protection de leurs intérêts financiers», *Revue du Marché Commun*, núm.259, 1982, p. 401.

de competencia perjudicial a la economía comunitaria (162). En efecto, algunos exámenes de las normas nacionales que contienen sanciones destinadas a garantizar la ejecución de disposiciones comunitarias (163) constatan «que para una misma infracción a las normas comunitarias algunos países no prevén más que sanciones administrativas, mientras que otros imponen sanciones claramente penales. Tanto para las multas como para las penas privativas de libertad los topes máximos difieren sensiblemente de un país al otro a semejanza de las posibilidades de aplicación de penas y de medidas accesorias (como la paralización de empresas y la obligación de depositar cauciones). La forma como está regulado el estatuto penal de las sociedades en los diferentes países de la CEE también constituye un elemento de diferenciación importante...». Téngase además presente que el principio de territorialidad de la ley penal, según el cual cada Estado sólo puede perseguir las actuaciones delictivas que se producen en su propio territorio plantea problemas específicos en el caso de infracción a normas comunitarias, específicamente aduaneras. Las infracciones comunitarias son muy frecuentemente transfronterizas y el principio de territorialidad se traduce frecuentemente en su impunidad, aunque también podría dar lugar a casos de doble sanción por los mismos hechos.

Este estado de cosas, juzgado muy desfavorablemente por las instituciones comunitarias, dio lugar a la elaboración de dos proyectos de tratados que modifican los Tratados comunitarios, uno para la responsabilidad de los funcionarios de las Comunidades y el otro para establecer una reglamentación común sobre la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad y, sobre la represión de las infracciones al derecho comunitario. De este segundo, dejamos por el momento aparte el tema de la protección penal de los intereses financieros de las Comunidades, que realmente es un tema distinto del de la aplicación del derecho comunitario, como examinamos más adelante, y nos centramos únicamente en aquellas de las disposiciones propuestas que inciden en la represión de las infracciones al derecho comunitario. Básicamente el proyecto de tratado (164), establece la transmisión de procesos en caso de infracciones al

(162) Rapport fait au nom de la Commission Juridique du Parlement Européen sur les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal, DE KEERSMAEKER, *Doc. de séance* núm. 531/76, p. 16.

(163) VAN BINSBERGEN, «Le droit pénal des communautés européennes», en *Droit pénal européen*, IEE, Bruselas, 1970, p. 222.

(164) Que modifica los tres tratados constitutivos de las Comunidades mediante la adhesión de un protocolo a cada uno de ellos, fue elevado por la Comisión al Consejo el 30 de julio de 1976, JOCE C 222 del 22 de septiembre de 1976, p. 2. El Parlamento Europeo formuló dictamen favorable, con algunas modificaciones (JOCE C 39 de 12 de febrero de 1979, p. 30), sobre sus debates léase Document de séance 498/78, Rapport

tratado, al derecho comunitario derivado o al derecho nacional que garantiza su ejecución, cuando estas infracciones lleven aparejadas sanciones penales en Estados miembros; la expresión «sanción penal» utilizada en estos proyectos de protocolo es muy amplia y engloba probablemente sanciones que en algunos Estados miembros no tienen carácter penal porque incluye las sanciones impuestas por una autoridad administrativa siempre que quepa recurso contra ellas ante una instancia jurisdiccional (art. 1.3). La transmisión de procesos no implica por lo tanto la introducción de nuevas infracciones y sanciones en el derecho interno de los Estados miembros y sólo es aplicable en el caso de que en los Estados interesados la conducta de violación del derecho comunitario esté tipificada como infracción según sus propios ordenamientos internos. Su objeto consiste en conceder a un Estado miembro que tenga la competencia para perseguir, según su propia legislación, la posibilidad de pedir al Estado miembro en que se encuentre el inculpado, que continúe el proceso. Este Estado no puede oponerse a la petición sino de forma motivada, y a partir de este momento es el competente y debe considerar la infracción como cometida en su propio territorio y los elementos constitutivos de la infracción cometida en el Estado miembro que inicia el proceso, y relativos al territorio, a las autoridades, a los fondos públicos o a cualquier otro elemento nacional de este Estado, como equivalentes a los respectivos elementos constitutivos de la infracción tipificada en su propia legislación. El proyecto de tratado establece también en su capítulo III que los Estados miembros se concederán la ayuda judicial más completa posible.

El proyecto ha sido objeto de críticas doctrinales (165) y sobre todo de la reticencia por parte de los Estados miembros, y hasta el momento no ha progresado en el proceso decisorio del Consejo.

Por lo que se refiere a la otra vertiente del proyecto de tratado, la protección de los intereses financieros de las Comunidades, ya adelantábamos antes que es un tema distinto al de la represión de las infracciones al derecho comunitario (166). Las posibilidades de fraude a los fondos comunitarios son amplísimas y dan lugar a delitos de una cuantía económica muy considerable, y de persecución muy difícil (167). Ahora bien,

KRIEG y los comentarios de RINOLDI, *Domaine communautaire et dispositions pénales: deux projets de traités en Droit communautaire et droit pénal*, Universidad de Parma, 1981, p. 189 y ss.

(165) Véanse en FORNASIER, *op. cit.*, p. 408.

(166) El mérito de haber trazado la distinción, no siempre bien delimitada en la doctrina anterior, corresponde a FORNASIER, *op. cit.*, p. 411.

(167) Véanse los trabajos de DELMAS-MARTY y ROCHE-PIRE y de FLAESCH-MOUGUIN citados en la

las instituciones comunitarias no tienen competencia para proteger sus intereses financieros mediante disposiciones represivas y deben confiar en las actuaciones de los Estados miembros, en suma se trata no de violaciones del derecho comunitario sino de violaciones de normas internas que protegen contra el fraude independientemente de la personalidad del dañado, personalidad jurídica que tienen las Comunidades en todos los Estados miembros en virtud de los artículos 210 y 211 TCEE, 184 y 185 TCEEA y 6 TCECA. Ahora bien, es evidente que el grado de protección será distinto según las diferentes legislaciones internas e incluso se producirán lagunas de protección. El proyecto de tratado establece la asimilación de los fondos comunitarios a los fondos públicos a efectos de protección penal. Para alguna doctrina este mismo efecto se hubiera podido lograr mediante la utilización de la competencia de armonización establecida en el artículo 100 TCEE.

Siguiendo con nuestro tema de la obligación por parte de los Estados miembros de completar normativamente con disposiciones sancionadoras los reglamentos comunitarios conviene que examinemos ahora la hipótesis del retraso o la carencia de un Estado miembro en adoptar estas normas sancionadoras. Para ello es necesario hacer referencia, si bien brevemente, al impacto de las normas comunitarias sobre la legislación interna de carácter sancionador o penal. En grandes líneas, en este tema podemos remitirnos a los principios generales de la relación derecho comunitario-derecho interno y específicamente a la aplicación prioritaria del derecho comunitario independientemente de la naturaleza del derecho interno incompatible. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en repetidas ocasiones en favor de la aplicación de este mismo principio cuando las normas internas incompatibles eran de carácter sancionador o penal (168) y, de hecho, la llamada «defensa comunitaria» es un argumento utilizado abundantemente en los procesos penales por infracción de normas internas que se estiman, por la defensa, incompatibles con normas de derecho comunitario (169).

nota 150 y también BRUNS, *Der strafrechtliche Schutz der europäischen Markordnungen für die Landwirtschaft*, Berlin, Dunker und Humtoldt, 1980.

(168) Por ejemplo, Sentencias Donckerwolcke, Rec. 1976, p. 1921, Cayrol Rec. 1977, p. 2261, SAIL, Rec. 1972, p. 119, Ratti, Rec. 1978, p. 1629 (en el caso de directivas). En otros casos el TJCE ha declarado que, aunque la competencia sancionadora corresponda a los Estados miembros el derecho comunitario impone límites en lo que concierne a las medidas de control que el propio derecho comunitario permite mantener a los Estados miembros en lo que respecta a la libre circulación de las mercancías y de personas. Sentencias Casati Rec. 1981, p. 2595. Pilck, Rec. 1980, p. 2171, Watson Rec. 1976, p. 1185, etc. Los dos criterios de control deducidos por el Tribunal son que las sanciones deben ser proporcionales a la naturaleza de la infracción y comparables a las previstas para infracciones similares en derecho interno. Véase BARAV, *op. cit.*, p. 22 y ss.

(169) Estos casos suelen darse en supuestos de disposiciones internas sancionadoras de normas de comer-

Esta aplicabilidad preferente de los reglamentos comunitarios sobre las normas internas de cualquier naturaleza que de hecho significa una sustitución de la normativa interna en el sector por la normativa comunitaria puede producir, en algunas ocasiones, la impunidad de conductas sancionadas con anterioridad por la legislación interna si se producen en el plazo entre la entrada en vigor del reglamento y la entrada en vigor de las normas sancionadoras internas que complementan a tal reglamento. El supuesto sería el siguiente: una normativa interna dotada de su propio esquema sancionador que resulta sustituida por un reglamento comunitario que regula de forma diferente las mismas actividades no puede ser aplicable a las conductas contrarias a la legislación interna sustituida o incluso contrarias al propio reglamento mientras no se hayan adoptado las normas internas sancionadoras de las infracciones a éste. En palabras de OLMÍ (170) la supresión del *praeceptum legis* exigida por el derecho comunitario implica la supresión de la *sanctio legis* que respaldaba la norma (171). Esta eventualidad que puede resultar episódica para los Estados miembros originarios que están en condiciones, por haber participado en el proceso decisorio, de prever con suficiente antelación la adopción de normas internas sancionadoras complementarias de los reglamentos, resulta preocupante para un nuevo Estado miembro que se ve confrontado con la necesidad de adoptar las normas sancionadoras complementarias, en principio de todos los reglamentos en vigor en el momento de la adhe-

cio exterior proteccionistas o que establecen restricciones a la libertad de circulación, sea de mercancías, sea de personas, como la legislación de inmigración. Véase WOOD, «The Communities and the criminal law», en *In Memoriam, J.D.B. Mitchell*, European Governmental Studies, London, 1983, p. 211 y BARAV, «L'incidence du droit communautaire sur le pouvoir répressif national», en «*Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration*», Gedächtnisschrift für Leopold-Jean Constantinesco, 1983, p. 9. La mayoría de las Comunicaciones al Coloquio del 25 de octubre de 1979 en la Universidad de Parma, publicado como *Droit communautaire et droit pénal*, 1981, se dedican precisamente a examinar el impacto de las normas comunitarias sobre el derecho penal interno, véase especialmente A. DECOQ, *Le conflit entre la règle communautaire et la règle pénale interne*, T. C. HARTLEY *L'impact du droit communautaire sur le proces pénal*, y C. PEDRAZZI, *Droit communautaire et droit pénal des états membres*, que plantean los temas desde un punto de vista horizontal y el resto de las comunicaciones que enfocan la incidencia del derecho comunitario en la normativa sancionadora en determinados sectores.

(170) «La sanction des infractions au droit communautaire» en *Droit communautaire et droit pénal* op. cit., p. 167.

(171) Así lo reconoció el Tribunal de Casación francés en la Sentencia GUERRINI de 7 de enero de 1972. Se trataba de una infracción a un reglamento comunitario que establecía normas de comercialización de los huevos totalmente distintas de las que anteriormente regulaban la materia y que estaban reforzadas por sanciones penales. El Reglamento entró en vigor el 1 de julio de 1969 y establecía la obligación de las autoridades nacionales de que dictasen las normas sancionadoras correspondientes. El decreto francés que derogaba formalmente el de 1939 e introducía sanciones penales entró en vigor el 17 de septiembre del mismo año. Ahora bien la infracción cometida lo había sido en el periodo entre el 1 de julio y el 17 de septiembre y el Tribunal de Casación resolvió que durante este periodo, al haber resultado inaplicable la norma interna que preveía las sanciones, las infracciones cometidas durante ese plazo resultaban impunes. Diversos tribunales de la República Federal de Alemania han resuelto supuestos semejantes en el mismo sentido.

sión, salvo que se hubieran previsto en el Acta de adhesión aplazamientos específicos de su entrada en vigor.

Otro delicado problema se plantea en el caso de que la norma interna sancionadora reenvíe para la tipificación de las infracciones al reglamento comunitario, en el caso de posteriores modificaciones de éste ¿sería extensible el reenvío al texto comunitario modificado? o bien en virtud de la interpretación restrictiva de las normas penales, sería necesaria una nueva norma sancionadora interna (172).

Esta cuestión nos lleva ya a adentrarnos en el tema siguiente que es el de la técnica legística.

Técnica legística a utilizar en las normas nacionales dictadas en aplicación de reglamentos comunitarios

La forma habitual de establecer la relación entre la norma nacional y la comunitaria es el reenvío. La doctrina comunitaria (173) lo considera como la práctica más conforme a las exigencias del derecho comunitario porque no lo reproduce y por tanto no genera el equívoco de la «nacionalización» de la norma comunitaria por la nacional lo que podría dar origen a que los jueces no estimasen necesario acudir en interpretación al TJCE porque considerasen que se trata de conceptos propios del derecho interno.

El reenvío puede ser genérico cuando se refiere a todos los reglamentos en vigor o futuros en un sector determinado. Esta fórmula no plantea problemas porque cubre todas las modificaciones, complementos, excepciones, prórrogas y derogaciones del conjunto de normas comunitarias (174).

En caso de que sea específico, es decir a un reglamento determinado, pueden darse dos supuestos: o bien el Estado cumple su obligación de aplicar o de completar normativamente el reglamento comunitario mediante una norma interna o un acto de aplicación únicos, en cuyo caso el reenvío especial tampoco plantea problemas, o bien el reglamento debe dar origen a normas o actos nacionales de aplicación sucesivos en el tiem-

(172) El Conseil d'Etat ha considerado posible en ciertos casos una remisión genérica de las normas penales internas a las normas comunitarias futuras adoptadas en aplicación de determinados artículos de un reglamento. Para alguna doctrina se trataría así de una especie de delegación de competencia penal en favor de las instituciones comunitarias. A posteriori habría que considerar que las eventuales modificaciones que se introducirían en los reglamentos quedarían automáticamente reflejadas en la legislación sancionadora. BIGAY, «L'application des règlements communautaires en droit pénal français», *RTDE*, 1971, p. 60.

(173) LOUIS, en *Les Règlements...*, *op. cit.*, p. 358, KOVAR, *Effectivité interne du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 229.

(174) LOUIS, *op. cit.*, p. 358.

po, en cuyo caso el reenvío especial puede plantear problemas si no tiene en cuenta las eventuales modificaciones en el texto comunitario; siempre podría resolverse mediante una extensión del reenvío pero sería conveniente prever tal eventualidad mediante una ampliación de la fórmula de reenvío específico que lo aproximase en lo posible al genérico. Otra solución sería la consideración de que el reenvío «sigue la suerte de la norma a que reenvía» (LOUIS) y que las modificaciones de la norma comunitaria, dada su integración inmediata en el orden jurídico interno, repercutirán sin más sobre la norma interna que reenvía.

Pero no siempre es posible el reenvío; razones de claridad de los textos y de legística aconsejan evitar una excesiva acumulación de reenvíos y hacen necesaria una reproducción de las disposiciones comunitarias. Tal procedimiento no es en sí objetable siempre que del texto se deduzca implícitamente que su reproducción no afecta a la eficacia per se del reglamento comunitario, o que así se manifieste mediante una declaración expresa (175). El peligro puede proceder de que la norma nacional no se limite a reproducir sino que proceda a una interpretación o «precisión» de los conceptos comunitarios que podría atentar a la uniformidad de aplicación en todos los Estados miembros. Estaríamos entonces en el terreno de los límites a la acción del Estado en la aplicación, que veíamos antes.

Cuando la norma nacional de aplicación del reglamento es una norma sancionadora todas estas cuestiones se presentan con mayor virulencia.

Es posible, aunque poco probable que las infracciones al reglamento puedan considerarse incluidas en el ámbito de una norma sancionadora interna previa. Es difícil porque los elementos constitutivos de la infracción no suelen coincidir, pero nada impide que, por ejemplo, una norma interna que prevea sanciones por declaraciones inexactas para obtener una subvención estatal pueda aplicarse al mismo supuesto en caso de que las subvenciones procedan de la aplicación de la PAC.

Cuando no sea éste el caso y sea preciso adoptar normas específicas el Estado miembro tiene dos vías (176): crear normas penales para cada

(175) La Comisión ha recomendado a algunos Estados miembros la inclusión en las disposiciones nacionales que incorporaran en su articulado partes de normas comunitarias, de una nota en su preámbulo del tenor siguiente:

«Considerando que si para asegurar la coherencia y comprensión del texto, el presente ... (decreto, ley, ...) reproduce parcialmente algunas disposiciones del reglamento CEE ... esto no afecta a la aplicabilidad directa de tal reglamento en ... (el Estado miembro).

(176) KOVAR, *op. cit.*, p. 230. En la misma obra véase la intervención de MELCHOR, p. 248. Véase también BIGAY, «Les incidences du droit communautaire sur le droit penal français», en *La France et les Communautés*, *op. cit.*, p. 957, y «Droit communautaire et droit penal», *RTDE*, núm.4, 1972, especialmente, p. 58 y ss.

reglamento o integrar el reglamento en el sistema penal existente. En ambos casos la relación entre los textos comunitario y nacional puede hacerse a su vez de forma distinta:

1.^a Reproduciendo las disposiciones del reglamento en el texto penal nacional lo que «nacionaliza» la norma con las consecuencias indeseables que veíamos (177).

2.^a Extrayendo del reglamento únicamente las tipificaciones de las infracciones. Este procedimiento supone una labor de exégesis de la norma comunitaria por el redactor nacional que abre el camino a faltas de uniformidad.

3.^a Reenviando en los textos penales a las disposiciones del reglamento, procedimiento plenamente conforme a los principios del derecho comunitario pero que puede plantear serios problemas de legística que harían necesario recurrir a la solución 2.^a

Posición de las normas nacionales dictadas en aplicación de reglamentos respecto a normas posteriores del mismo o superior rango que resulten incompatibles con ellas

La tercera cuestión específica que queremos únicamente mencionar porque es tema que exigiría un examen en profundidad que no podemos hacer aquí es la de la «posición de las normas nacionales adoptadas en aplicación de reglamentos, respecto a normas posteriores del mismo o superior rango que resulten incompatibles con ellas»; o en otras palabras: en qué medida su carácter de normas de aplicación del derecho comunitario afecta a su posición en la jerarquía normativa interna en virtud del principio de aplicación preferente de las normas comunitarias.

La hipótesis sería la siguiente: Un reglamento requiere explícita o implícitamente que el Estado miembro adopte normas internas de aplicación bien sean complementarias normativamente bien contengan medidas administrativas de ejecución, y el Estado ha adoptado tales normas. En un momento posterior, por otras normas internas las deroga y no las sustituye por otras que cumplan la misma función de aplicación correcta del reglamento, con lo que priva de efecto a la norma comunitaria no atacándola directamente sino a través de las normas internas que la completan.

Claro está que en este supuesto siempre cabría incoar el procedimien-

(177) Véase la intervención de OLMÍ en el coloquio de Lieja sobre *La Communauté et ses Etats membres*, op. cit., p. 250.

to de declaración de infracción del Estado según los artículos 169 y 170 TCEE, pero lo que aquí nos planteamos es la efectividad interna de la norma comunitaria, es decir su aplicación por el juez nacional.

Una primera posibilidad consiste en considerar con alguna doctrina (178) que «su nexa con la normativa de origen internacional las dotará de una fuerza de resistencia que las hará insusceptibles de ser derogadas por cualquier otra norma, incluso de rango superior, que no vaya encaminada a desarrollar la normativa del Tratado y que no respete el límite impuesto por la normativa adoptada por éste». Este principio que está lejos de ser pacífico, resultaría válido para todas las normas internas de ejecución de compromisos internacionales.

Recurriendo a la especificidad del derecho comunitario cabe la posibilidad de que el supuesto pueda resolverse por el juez nacional dejando inaplicada la norma interna posterior no por contraria a la norma interna de aplicación sino por incompatible con el reglamento comunitario. No se trataría, pues, de una extensión de la inderogabilidad del reglamento comunitario a la norma de aplicación, porque evidentemente el Estado miembro puede sustituirla por otra que también sea conforme con el reglamento que aplique, sino de la aplicación genérica del principio de primacía (179).

Ahora bien si la norma nacional no afecta al reglamento sino específicamente a las nacionales de aplicación el resultado sería retrotraer el supuesto al de incumplimiento de la obligación de aplicar el reglamento. En este caso el juez puede aplicar sólo las disposiciones de la norma comunitaria que sean susceptibles de serlo porque sean estructuralmente completas; para el incumplimiento de la obligación estatal habrá que recurrir a poner en juego su responsabilidad internacional.

Sentado el principio hay que añadir que los supuestos de inaplicabilidad de un reglamento por una eventual incompletud en ausencia de normas internas complementarias serán extremadamente raros.

IV. DERECHO DERIVADO NO APLICABLE DIRECTAMENTE

Al comienzo de este capítulo debemos matizar el título, al igual que lo hacíamos al inicio del capítulo del derecho derivado directamente apli-

(178) RODRÍGUEZ ZAPATA, «Derecho internacional y sistema de fuentes del Derecho», en *La Constitución española y las fuentes del derecho*, p. 1767.

(179) RIDEAU, *Le rôle des Etats membres...*, *op. cit.*, p. 900.

cable porque, como allí decíamos, no es ésta una denominación unívoca y también porque como veremos, las normas que estudiamos en este capítulo son susceptibles de producir en determinadas circunstancias derechos de los justiciables que las jurisdicciones internas tienen la obligación de salvaguardar. Para delimitar los conceptos: «aplicabilidad directa» y «efectividad directa», nos remitimos asimismo a lo expuesto al comienzo del capítulo anterior. También hacemos la salvedad de que en este trabajo sólo nos interesa la función estatal en la aplicación de las normas comunitarias y por lo tanto no exponemos lo referente a su naturaleza jurídica, a sus requisitos formales, a su entrada en vigor y a su efectividad, sino estrictamente en lo que sea necesario para el tema que nos afecta.

La delimitación formal de estos actos se contiene en el artículo 189 TCEE (161 TCEEA), en los términos siguientes:

«La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios.»

En cuanto a la recomendación CECA el artículo 14 establece:

«Las recomendaciones imponen la obligación de alcanzar los objetivos a que se refieren, pero dejan a sus destinatarios la elección de los medios adecuados para lograrlo.»

Las decisiones CEE y CEEA y las decisiones individuales CECA están configuradas en los Tratados como actos de aplicación individual obligatorios para los destinatarios que designan, que pueden ser tanto los Estados miembros, como personas físicas o jurídicas. De ordinario se trata de una medida de aplicación individual del derecho comunitario aunque el TJCE en algunos casos ha reconocido que de decisiones dirigidas a los Estados miembros podían derivar los justiciables derechos individuales. (180).

En nuestro examen de la aplicación del derecho comunitario indirecto nos referiremos básicamente a la problemática suscitada por las directivas, instrumento por excelencia de legislación indirecta.

(180) El artículo 191 establece que directrices y decisiones serán notificadas a sus destinatarios y surtirán efecto a partir de tal notificación.

Posición de un nuevo Estado miembro ante el bloque de directivas en vigor en el momento de la adhesión

Es la fijada por el artículo 2.º de las dos Actas de Adhesión firmadas hasta el momento con la siguiente redacción:

«Desde el momento de la adhesión ... los actos adoptados por las instituciones de las Comunidades obligarán a los nuevos Estados miembros ... en las condiciones previstas por estos tratados y por la presente Acta.»

El artículo resalta pues, bien claramente, el hecho de que los destinatarios de estos actos son los Estados miembros, no los justiciables. Ahora bien al tratarse de actos normativos singulares, es decir que sólo surten efecto para sus destinatarios, mediante notificación, la aplicación a los nuevos Estados miembros de todos los que estén en vigor en el momento de la adhesión no es automática ni global.

Es necesario, primero, delimitar cuáles de estos actos les son aplicables, y segundo, proceder a una notificación de los mismos. Las Actas de Adhesión resuelven estas dos cuestiones en el artículo 149 (en el caso de la primera adhesión) y 143 (en el caso de la de Grecia).

«Desde la adhesión, los nuevos Estados miembros serán considerados destinatarios que han recibido notificación de las directivas y decisiones, en el sentido del artículo 189 del Tratado CEE y del artículo 161 del Tratado CEEA, así como de las recomendaciones y de las decisiones en el sentido del artículo 14 del Tratado CECA, en cuanto que estas directivas, recomendaciones y decisiones hayan sido notificadas a todos los Estados miembros originarios.»

Se trata por lo tanto de una presunción de notificación *iuris et de iure*, que se entiende realizada en el curso de la negociación de adhesión en concreto en la fase denominada «examen del derecho derivado».

La precisión por parte del Acta de Adhesión de que únicamente serán obligatorias para el nuevo Estado miembro las directivas que hayan sido dirigidas a todos los Estados miembros, parece fundamentarse en la consideración como «acervo comunitario» de los textos de carácter general excluyendo por tanto directivas y decisiones dirigidas solamente a algunos de los Estados miembros o, en el caso de estas segundas, a destinatarios individuales.

Delimitado así el bloque de directivas en vigor en el momento de la adhesión que obligan al nuevo Estado miembro y atribuyéndole el carác-

ter de destinatario, la cuestión que se plantea de inmediato es la del plazo para adoptar las normas internas de desarrollo de los textos comunitarios. Efectivamente, al tratarse de textos normativos indirectos, que deben ser desarrollados mediante normas de los Estados miembros, conceden a éstos un plazo para proceder a la adopción de las normas internas necesarias. Ante la adhesión de un nuevo Estado miembro eran posibles dos opciones: una que se abriese un plazo general para la adaptación del ordenamiento jurídico interno a partir de la entrada en vigor de la adhesión, lo que hubiera supuesto que durante este plazo las normas comunitarias indirectas no hubieran podido tener efecto en este Estado miembro, y otra, consistente en obligar al Estado miembro a adoptar todos los textos internos necesarios para que la plena aplicabilidad del derecho comunitario indirecto pudiera tener efecto a partir del momento de la adhesión, lo que a su vez equivale a que éste se obliga a hacer la adaptación del ordenamiento interno con carácter previo a la entrada en vigor de la adhesión, supuesto por tanto, de aplicación anticipada del tratado. Esta segunda fue la solución acordada en las dos Actas de Adhesión con la fórmula siguiente (artículo 152 del Acta de la primera adhesión y 145 de la de Grecia):

«Los nuevos Estados miembros pondrán en vigor las medidas que resulten necesarias para ajustarse desde la adhesión a las disposiciones de las directivas y de las decisiones en el sentido del artículo 189 del tratado CEE y del artículo 161 del tratado CEEA así como de las recomendaciones y decisiones en el sentido del artículo 14 del tratado CECA, salvo que se hubiera previsto un aplazamiento en la lista que figura en el anejo ... o en otras disposiciones de la presente Acta.»

En las negociaciones de adhesión de España, la Comunidad hizo desde los primeros momentos una declaración que corrobora la práctica de las adhesiones anteriores, según la cual la aplicación o la puesta en práctica de los actos del derecho comunitario derivado en España plantea un problema general de fechas y de plazos. De forma general, los actos comunitarios contienen una fecha de entrada en vigor, es decir una fecha a partir de la cual sus disposiciones serán aplicables en el conjunto de la Comunidad en las condiciones que en ellos se contengan, así como, en su caso (en particular para las directivas y decisiones CEE y CEEA, y para las recomendaciones y decisiones CECA) un plazo en el que los Estados miembros deben adoptar las disposiciones nacionales necesarias para poner en práctica las disposiciones de tales actos. La Comunidad parte del

principio de que, salvo eventuales excepciones temporales, la fecha de aplicabilidad de todos los actos, así como la fecha de expiración de los plazos para la adopción de las medidas nacionales exigidas para ajustarse a las directivas y decisiones CEE y CEEA y a las recomendaciones y decisiones CECA, serán fijadas de forma general en España en la fecha de su adhesión. Por tanto las fechas y plazos contenidos en los actos a estos fines, no precisan ninguna adaptación particular» (181).

Evidentemente los artículos del Acta de Adhesión citados y la declaración de la Comunidad, se refieren a las directivas cuyo plazo para el desarrollo por normas internas haya expirado en el momento de la entrada en vigor de la adhesión; en el caso de directivas cuyo plazo aún esté abierto, el nuevo Estado miembro se encontrará en la misma posición que el resto de los Estados es decir dispondrá del plazo restante para la adopción de las normas internas de desarrollo.

La exigencia de que los textos internos de aplicación de directivas entren en vigor en el mismo momento que la adhesión plantea al nuevo Estado miembro la opción entre promulgar los textos independientemente de la exigencia comunitaria porque estime que contribuyen a mejorar la regulación de determinados sectores del propio derecho interno, supuesto no inhabitual, o ir preparando los textos de tales disposiciones nacionales pero referir su publicación o condicionar su entrada en vigor, a la entrada en vigor de la adhesión.

En cualquier caso es probable que las disposiciones nacionales de desarrollo de directivas comunitarias tengan que redactarse cuando aún los textos oficiales en castellano de tales directivas no hayan sido publicados en las ediciones especiales del *Diario Oficial de las Comunidades* que deben contener todo el derecho derivado en vigor; incluso aunque hubieran sido publicados en tales ediciones especiales, supuesto improbable, ocurre que éstas sólo entran en vigor a partir del momento de la adhesión (art. 153 Acta) y que los nuevos Estados miembros sólo son considerados destinatarios a partir del mismo momento (art. 149 Acta). La segunda objeción quedaría salvada mediante el recurso a la aplicación anticipada

(181) La exigencia contenida en la declaración parece mas bien una declaración de principios obligada, para evitar una solución de continuidad en la aplicación del derecho comunitario al nuevo Estado miembro, pero carente de realismo. De hecho en las dos ampliaciones se concedió un periodo de gracia durante el que no se incoaron procedimientos de infracción por no transposición en plazo de directivas, plazo prorrogado de facto en el caso de Grecia, hasta la actualidad, a pesar del escaso porcentaje de directivas aplicadas. El ejemplo no debe ser un precedente, sin embargo, porque la efectividad directa puede permitir su alegación ante las jurisdicciones internas en ciertos casos y porque la falta de armonización puede estorbar el acceso de productos españoles al mercado comunitario.

provisional del Tratado prevista en el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, no así el caso de falta del texto oficial en castellano de la disposición comunitaria. Que la cuestión no es sólo teórica se deduce del precedente de la adhesión de la República Helénica. Debido al apresuramiento de la etapa final de las negociaciones y al problema específico que supuso el cambio de idioma oficial del *katharevousa* al *demotiki*, coincidente con la adhesión, la traducción al griego y por tanto la edición especial de los textos del derecho derivado en el JOCE no se había concluido ni con mucho en el momento de entrada en vigor de la adhesión. El Consejo de Estado helénico dictaminó que si bien la falta de publicidad de la disposición comunitaria en lengua griega impedía su efectividad interna, el retraso en esta publicación no afectaba a la obligación del nuevo Estado miembro de redactar, e incluso de poner en vigor si la adhesión ya se había producido, los textos de desarrollo internos (182). Así, pues, parece que la aplicación anticipada provisional exigida por el artículo 152 citado (144 en el Acta de Adhesión de Grecia) impone al nuevo Estado miembro la obligación de adoptar los textos internos de desarrollo aun cuando la directiva no haya sido publicada en su idioma oficial en el *Diario Oficial de las Comunidades* pero en ningún caso puede salvar la exigencia de publicación oficial en el JOCE, edición especial en tal idioma, para que pueda tener efectos directos en el orden jurídico interno. Y esto tanto si se trata de normas indirectas, como las directivas a que se refiere la doctrina que recogemos, cuanto de las normas directas: mientras no sean publicadas en las ediciones especiales en castellano del JOCE, no tendrán efectividad en el orden jurídico interno. (182 bis).

Lo que, por otra parte, pudiera dar pie a reclamaciones de administrados que se sientan perjudicados por la no aplicabilidad de disposiciones que les serían favorables. Reclamaciones que tendrían distinto destinatario según su fundamento. Si la razón fuese la no publicación de la norma comunitaria en la edición especial del Diario Oficial en español, actividad encargada por el Acta de Adhesión a las instituciones comunitarias (arts. 153 y 155) la reclamación debería dirigirse contra éstas en aplicación de la responsabilidad extracontractual establecida en el artícu-

(182) YATAGANAS: «Principales problemas jurídicos planteados durante e inmediatamente después del período provisional de la adhesión de Grecia a las Comunidades Europeas». *RJE*, 1982, p. 453.

(182 bis) En el reciente asunto Klofenturg (sentencia de 21 de Febrero de 1984) el abogado general, Verloren van Themaat opinó que una disposición de una directiva podía generar efecto directo y ser alejada por los particulares, durante el plazo entre su modificación a los Estados miembros y su publicación en el JOCE.

lo 215 TCEE y correlativos de los otros Tratados. Si en cambio la reclamación se fundase en la no adopción dentro de plazo, de las normas de desarrollo internas de una norma comunitaria indirecta el mecanismo sería el de la responsabilidad del Estado.

Estas exigencias del Acta de Adhesión, y el gran volumen de la legislación indirecta a desarrollar, que cuadruplica casi la que tuvieron que asimilar en su adhesión los tres primeros Estados adherentes (183), así como el plazo relativamente reducido en que debe procederse a la adopción de las normas internas de desarrollo, que lógicamente es el comprendido entre la firma del Tratado, momento en el que hay ya una seguridad razonable, únicamente a expensas de la ratificación, de que se va a producir la adhesión, y el momento de la entrada en vigor del Tratado (plazo de un año en la primera adhesión y de año y medio en la de Grecia y previsiblemente de un año en la tercera ampliación), plantean de entrada una diferencia cuantitativa sustancial entre este primer período limitado de adaptación del ordenamiento interno a todas las normas en vigor en el momento de la adhesión, y el proceso de desarrollo del flujo ordinario de normas comunitarias indirectas. Aunque es verdad que los problemas generales que plantea el desarrollo normativo de las normas comunitarias indirectas son los mismos tanto si están en vigor en el momento de la adhesión como si se adoptan por las instituciones con posterioridad, bueno es tener claro desde ahora la esencial diferencia cuantitativa en el volumen de estos actos en uno y otro momento, que puede exigir un abordaje diferente, por ejemplo en el caso del bloque de normas en vigor en el momento de la adhesión, una habilitación del Legislativo al Ejecutivo para proceder a la adopción de las normas internas necesarias.

La misma consideración del volumen de normas comunitarias a desarrollar en tan limitado espacio de tiempo nos lleva a examinar las consecuencias de la carencia de normas internas de desarrollo en el momento de entrada en vigor de la adhesión. Y aquí necesariamente debemos referirnos a la doctrina del efecto directo de algunas disposiciones de directivas y decisiones en ausencia de normas internas de desarrollo tal como ha sido perfilada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La conclusión a la que llegaremos es que en ausencia de normas internas de desarrollo de todas las comunitarias de carácter indirecto que estén en

(183) A finales de noviembre de 1984 el número de directivas en vigor era según datos del sistema CE-LEX de informática jurídica de las Comunidades, de 869, cifra en la que se incluyen las numerosas normas que son sólo modificaciones de textos básicos.

vigor en el momento de la adhesión, aquellas de sus disposiciones a que el Tribunal de Justicia comunitario haya reconocido o pueda reconocer la posibilidad de generar derechos y deberes de los justiciables podrán ser alegadas por éstos desde el mismo momento de entrada en vigor de la adhesión aun en ausencia, repetimos, de las normas internas de desarrollo. Este tema merece un comentario más detallado que haremos después de examinar el supuesto ordinario de desarrollo normativo de la norma comunitaria indirecta por parte de normas internas, ya que se trata de un efecto directo excepcional precisamente para el caso de ausencia o defecto de las normas internas que hubieran debido desarrollar las directivas.

Actividad del Estado en aplicación de directivas

El primer tema que se plantea es el de la naturaleza de esta función del Estado. Aunque hasta ahora hemos caracterizado a esta actuación del Estado como de desarrollo de las normas comunitarias indirectas esto no es totalmente así. La actividad estatal es efectivamente de desarrollo desde un punto de vista material pero la norma interna tiene otra función que es la de introducir la norma comunitaria indirecta en el ordenamiento interno. Esta sin embargo no es una afirmación pacífica sino que ha suscitado una abundantísima literatura sobre la noción misma de directiva de la que no podemos dar cuenta aquí (184). Las posiciones son básicamente dos, la de quienes consideran que la directiva es una norma que obliga únicamente al Estado y que precisa una actuación de éste para introducirla en su ordenamiento interno, que es la opinión mayoritaria, y la de los que consideran que la directiva no debe ser «recibida» en el orden jurídico interno de los Estados sino que se integra en tal orden por su propia fuerza.

La polémica sobre la naturaleza de estas normas es el factor subyacente a la enconada controversia sobre la posible utilización de la directiva como criterio para controlar la legalidad de las medidas internas de aplicación, y sobre la posibilidad de que algunas disposiciones de las directivas puedan ser invocadas por los justiciables de un Estado miembro en ausencia de normas internas de aplicación, temas a los que dedicamos más adelante una atención más detallada. En realidad resulta difícil aceptar la jurisprudencia del Tribunal sobre la posibilidad de que determina-

(184) Un buen resumen puede encontrarse en LOUIS: *Le droit de la Communauté Economique Européenne*, vol. 10 La Cour de justice. Les actes des institutions, tomo 1, p. 480.

das normas de las directivas surtan un «efecto directo» en el orden interno, sin predicar de alguna forma su integración en este orden interno sin «recepción» por parte de los Estados miembros, aunque el Tribunal se ha esforzado en delimitar cuidadosamente este efecto excepcional de algunas disposiciones de directivas de la noción de «aplicabilidad directa» que el Tratado atribuye únicamente a los reglamentos. Para lo que aquí nos interesa debemos señalar que en la hipótesis normal, es decir siempre que se adopten normas internas de aplicación, éstas tienen la función de introducir las disposiciones de las directivas en el orden interno y que sólo por medio de estas normas internas pueden las directivas afectar a las situaciones jurídicas de los justiciables (185). La función de un Estado miembro por lo tanto en el caso de la aplicación de las directivas es básicamente normativa, a diferencia del carácter excepcional que esta actividad tenía en el caso de los reglamentos, y sólo en un segundo momento ejecutiva. La actividad normativa consiste por una parte en derogar expresamente las normas internas que resulten incompatibles con la directiva, porque ésta no tiene efecto derogatorio per se en el orden interno, y por otra en adoptar las normas internas que resulten necesarias para la consecución de los fines fijados en la directiva.

La primera exigencia por lo tanto de las directivas es la *adopción de normas internas*. Esto quiere decir que no es suficiente con su aplicación de facto. Así, cuando un Estado miembro ha alegado para excusar la falta de normas internas de desarrollo de una directiva sobre aproximación de las legislaciones nacionales en el sector de vehículos a motor y de tractores agrícolas y forestales, la posibilidad de aplicarla mediante una simple práctica administrativa, el TJCE declaró «un Estado miembro no puede cumplir la obligación que le impone el artículo 189, párrafo 3, del Tratado, limitándose a responder a las exigencias derivadas de las directivas... por medio de una práctica de hecho, o de una mera tolerancia administrativa» (186).

Tampoco puede escudarse un Estado para no adoptar normas internas de desarrollo en la conformidad de su derecho interno a la directiva.

(185) Sentencia Becker, de 19 de enero de 1982, Rec. 1982, p. 53. «... cuando una directiva es aplicada correctamente, sus efectos inciden en los particulares a través de las medidas de aplicación adoptadas por el Estado miembro ...».

(186) Asunto 102/79, Comisión contra Bélgica. rec. 1980, p. 1473. El Tribunal precisó que «Del conjunto de estas disposiciones (de las directivas) y de la naturaleza de las medidas que imponen, resulta evidente que las directivas en cuestión están destinadas a ser transformadas en disposiciones de derecho interno que tengan la misma fuerza legal que las que se aplican en los Estados miembros respecto a la comprobación y aprobación de prototipos de vehículos a motor y tractores». Está por ver si esta exigencia de unas normas de rango determinado va a ser ampliada por el Tribunal a la transposición de otras directivas.

Así cuando un Estado miembro alegó que las normas aplicables en virtud de la legislación nacional eran sustancialmente idénticas a las que estaban en vigor en los otros Estados miembros, lo que satisfaría materialmente a los objetivos principales de la directiva, el Tribunal respondió que esta argumentación «desconoce el efecto obligatorio de las disposiciones de las directivas» y que incluso si la discrepancia entre las normas nacionales y las directivas no fuese sustancial, la legislación nacional debe en cualquier caso ser completada «para garantizar clara y terminantemente la realización de los objetivos establecidos por la directiva» (187).

Tampoco acepta el Tribunal la justificación de una carencia de medidas nacionales de desarrollo derivada de la efectividad directa de las directivas. Cuando un Estado miembro alegó que las directivas en cuestión respondían sin lugar a duda a la noción de disposiciones «directamente aplicables» dado que las normas establecidas por el Consejo eran claras, precisas y no dejaban margen alguno discrecional a los Estados miembros respecto a las modalidades técnicas de ejecución, el Tribunal, para mantener bien delimitadas las nociones de aplicabilidad directa propia del reglamento y de efecto directo reconocido a las directivas en circunstancias específicas que lo convierten más bien en una garantía mínima de cumplimiento en caso de falta de desarrollo por parte de normas internas, declaró que esta efectividad directa excepcional no podía servir de justificación a un Estado miembro para excusarse de aplicar, a su debido tiempo, las medidas de aplicación apropiadas para la consecución de los objetivos fijados por cada directiva (188).

La doctrina del Tribunal es por lo tanto clara, los Estados miembros están obligados a adoptar normas internas de desarrollo de directivas independientemente del grado de precisión con que estén redactadas éstas y del grado de conformidad de la legislación interna.

Autonomía estatal en cuanto a la forma y los medios para la aplicación

Dada la autonomía de esta función normativa del Estado miembro reconocida en la formulación del artículo 189 que deja a las instancias de los Estados miembros la competencias en cuanto a la forma y a los medios es evidente que deberá realizarla ajustándose a las normas y procedimientos determinados en su propio orden constitucional (189). Es decir

(187) Asunto 123/76, Comisión contra República Italiana, rec. 1977, p. 1449.

(188) Asunto 102/79, Cit. Considerando núm.12.

(189) Véase la praxis seguida por los Estados miembros en la serie de artículos publicados en torno a

en el caso de las directivas queda aún más reforzado el principio de autonomía institucional que veíamos en la aplicación normativa y ejecutiva de los reglamentos porque aquí se deriva de la propia configuración de la norma en los Tratados mientras que allí era una construcción jurisprudencial. Para lo que aquí nos interesa debemos repetir que será el Legislativo o el Ejecutivo, el Estado o los entes territoriales dotados de autonomía los que deberán adoptar las normas internas de desarrollo de directivas.

En cuanto al reparto de competencias entre Ejecutivo y Legislativo damos aquí por expuestas las tesis que veíamos en el capítulo de los reglamentos que abogan en favor de una amplia habilitación legislativa al Ejecutivo (190). En el caso del desarrollo normativo de directivas la intervención del Legislativo no sólo viene exigida para las que incidan en materias incluidas en la reserva material de ley sino también para aquellas reguladas anteriormente por ley porque, al carecer la directiva de efecto derogatorio sobre la legislación interna incompatible, la norma de desarrollo deberá adoptar el rango suficiente para poder modificarla.

En el caso de las directivas a los argumentos en favor de la habilitación legislativa del Ejecutivo, que exponíamos al tratar del tema de la autonomía institucional en el capítulo de los reglamentos, hay que añadir los derivados del carácter de la directiva que transforma la actuación del órgano normativo interno en una competencia «vinculada» o «subordinada» lo que, añadido al grado de precisión y detalle de que están dotadas la mayoría de las directivas hace que su desarrollo resulte poco adecuado para una función legislativa (191).

También en el capítulo de los reglamentos examinábamos el cambio de orientación que se ha ido produciendo en la doctrina en favor de una

1970 por los Cahiers de droit européen: KELLERMANN, *Les directives de la CEE dans l'ordre juridique néerlandais 1969*, p. 247; KOVAR, LAGARDE et TALLON, *L'exécution des directives de la CEE en France*, 1970, p. 274; RAMBOW, *L'exécution des directives de la CEE en République fédérale d'Allemagne*, 1970, p. 379; FUIANO, *L'exécution des directives de la CEE en Italie*, 1971, p. 662; DE RIPAINSEL-LANDY, *L'exécution des directives de la CEE en Belgique*, 1973, p. 184.

(190) SOHIER-MEGRET, *op. cit.*, y la literatura recogida en la nota 00 de la p. 131.

(191) En algunas de las leyes francesas de delegación legislativa al Ejecutivo para desarrollar las directivas que aplican los programas de la Comunidad para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios (Ley de 14 de diciembre de 1964), la exposición de motivos declaraba: «una vez que el Parlamento ya ha aceptado todas las consecuencias derivadas del tratado constitutivo de la CEE y en concreto todas las medidas de derecho interno que la aplicación de este tratado implique, ya no parece necesario que deba estudiar en detalle todas las medidas de aplicación así adoptadas. En materia de derecho de establecimiento y de prestación de servicios las obligaciones de Francia están ya determinadas en dos programas generales y en un calendario de liberación muy preciso que el Parlamento no podría cuestionar sin desconocer nuestros compromisos internacionales», citado por KOVAR, LAGARDE y TALLON en «L'exécution des directives de la CEE en France», *CDE*, 1970, p. 291.

mayor participación de los parlamentos nacionales en el proceso de aplicación normativa del derecho comunitario (192). En la práctica los Estados miembros han utilizado las posibilidades constitucionales de habilitación legislativa al Ejecutivo para el desarrollo de directivas en sectores determinados, habilitaciones legislativas que en el caso de los nuevos Estados miembros están redactadas con mayor amplitud para permitir la adopción de los textos internos necesarios para desarrollar las directivas en vigor en el momento de la adhesión de forma que pudiesen aplicarse desde el momento de entrada en vigor del Tratado de Adhesión.

La doctrina más reciente se inclina por potenciar la participación de los Parlamentos nacionales en el proceso de elaboración de la norma comunitaria más que en su aplicación porque en este segundo momento su competencia queda totalmente restringida a la puesta en práctica de la norma comunitaria. El tema debe ser objeto de examen en el marco de la problemática general del desequilibrio entre Ejecutivo y Legislativo originado por la participación en el proceso decisorio de las instituciones comunitarias y para esto nos remitimos a la abundante bibliografía que recogíamos en la nota 135.

Una cuestión específica que plantea la aplicación de directivas mediante normas dictadas por el Ejecutivo en ejercicio de una habilitación legislativa, es la de si la norma de habilitación puede reenviar a las disposiciones de las directivas con objeto de que sean utilizadas como criterios de delimitación del objeto y alcance de la delegación, en vez de establecer estos mismos criterios en el propio texto de la ley de habilitación. La única objeción que podría formularse a una respuesta positiva a la cuestión sería la de considerar que la directiva, mientras no sea objeto de aplicación por normas internas, es sólo obligación impuesta al Estado y por tanto norma ajena al orden jurídico nacional. Sin embargo esta objeción, estimamos queda removida por la propia referencia que la ley de habilitación haga a la directiva, referencia que nos parece suficiente como para introducir las disposiciones de la directiva en el orden interno.

(192) Nos referíamos en concreto al documento sec (80) 825 de 18 de junio de 1989, capítulo IV, y a los artículos que recientemente vienen apareciendo sobre la aplicación de las directivas en los distintos Estados miembros, como el de HOEBAER, «La mise en oeuvre des directives des Communautés européennes en Belgique», *CDE*, 1983, núm.4, p. 450; el de KELLERMANN, «The Netherlands in face of its Community obligations», *CMLR*, vol. 20, núm.2, agosto 1983, p. 297, y la serie de estudios sobre aplicación del derecho comunitario por los Estados miembros que forman parte de la Recherche établie à L'initiative du Comité de recherche sur L'unification européenne (IPSA), trabajos publicados en enero de 1982 y elaborados por: DEFALQUE, para Bélgica, HRBEK, WESSELS y SCHMIDT para la República Federal de Alemania, CONSTANTINESCO para Francia, GUIZZI para Italia, BUTT PHILIP para el Reino Unido, y TROMM, RISCHEN y WINTER para los Países Bajos.

De la misma forma que la definición de directiva en el artículo 189 que atribuye a los Estados miembros la competencia en cuanto a la forma y a los medios para alcanzar los objetivos fijados en la directiva, supone, como veíamos hasta aquí, el respeto del reparto interno de competencias entre Legislativo y Ejecutivo para dictar las normas internas de aplicación, también debe respetarse el reparto de competencias normativas internas entre el Estado y las entidades territoriales que gozan de autonomía normativa. Esto quiere decir que, en principio, cuando las directivas regulen materias atribuidas en el reparto interno a las entidades territoriales, deberán ser aplicadas por normas de estas entidades. También en este caso nos remitimos a la bibliografía citada en la nota 141 para el examen de la experiencia en este terreno, de Estados dotados de estructuras territoriales con autonomía normativa. Para lo referente a la participación de nuestras Comunidades Autónomas véase el artículo que este número le dedica específicamente.

Los principios son los mismos que para el complemento normativo de reglamentos pero las directivas plantean un problema específico que conviene examinar. Se trata del siguiente: si las directivas, conforme a su definición en el artículo 189 imponen una obligación de conducta al Estado miembro, y si la jurisprudencia del Tribunal les ha reconocido la posibilidad de surtir efecto en el ordenamiento interno únicamente en el caso excepcional de que no se haya procedido a la adopción en plazo de las medidas internas de aplicación, es evidente que mientras no se hayan producido las normas internas que las aplican no se las pueda considerar integradas en el orden jurídico interno. Quiere esto decir que, aunque materialmente incidan en ámbitos competenciales reservados en el orden interno a las entidades territoriales dotadas de autonomía normativa, éstas no podrán proceder a adoptar las normas internas de aplicación mientras el Estado, único destinatario de las directivas, no haya procedido a integrarlas en el orden interno. En otras palabras, así como la competencia exclusiva del Estado para las relaciones exteriores decíamos en el capítulo de los reglamentos que no excluye la aplicación tanto normativa como ejecutiva de éstos por parte de las entidades territoriales con autonomía normativa porque los reglamentos por sí propios forman parte integrante del ordenamiento interno de todos los Estados miembros, en lo que se refiere a las directivas hay que considerarlas incluidas en la órbita de estas relaciones exteriores, competencia exclusiva del Estado, en tanto no se integren por una norma de aplicación en el orden jurídico interno.

El Estado por tanto será el único competente para proceder a esta integración. Probablemente esta postura es la que ha llevado a la exigencia en Italia de una norma intermedia del Estado entre la directiva y la norma de aplicación o de desarrollo por parte de las entidades territoriales autónomas en las materias de su competencia. Somos conscientes de la notable complicación que puede introducir esta postura en el proceso de aplicación de las directivas en un Estado con una distribución territorial de la potestad normativa, sin embargo pensamos que el carácter de las directivas a diferencia de los tratados, que en nuestro sistema se integran directamente en el ordenamiento interno, y de los reglamentos, que por su propia naturaleza también se integran directamente, hace necesaria la intervención del Estado en su aplicación.

La siguiente cuestión que se plantea lógicamente es la de si el Estado, que en virtud de su competencia exclusiva en materia de relaciones exteriores resulta competente para introducir en el ordenamiento interno aquellas normas configuradas en los tratados como únicamente obligatorias para el Estado, extendería su competencia exclusiva no sólo a la introducción de las directivas en el orden interno sino también al desarrollo normativo de éstas. Podría entenderse que en virtud del reparto interno de competencias el monopolio del Estado se limita a la integración de las normas comunitarias indirectas y que las medidas de aplicación corresponderán a las entidades territoriales dotadas de autonomía legislativa en la materia. En efecto, aunque el proceso normal de integración consiste en la adopción de las normas internas de aplicación, nada impediría entender desglosado este proceso en un acto exclusivamente de integración (193) y unas normas o medidas de aplicación de las directivas. De esta forma quedaría salvaguardada tanto la competencia estatal para la integración en el orden interno de las normas indirectas como la distribución interna de competencias entre Estados y entidades territoriales dotadas de autonomía normativa.

Si se entendiese que la competencia exclusiva estatal se extiende no sólo a la integración formal de las directivas en el orden interno sino también a la aplicación de éstas, la única forma de respetar la distribución interna de competencias sería construyendo su ejercicio por parte de las

(193) ¿Podría considerarse tal una simple notificación estatal del texto de la directiva a las Entidades competentes para desarrollarlo? Esta actuación del Estado sería semejante a la publicación de los tratados, exigida por el artículo 96 C.E. Sólo semejante porque tal publicación no constituye una integración de sus normas en el orden interno, según la mayoría de la doctrina, mientras que las directivas sí que precisan «transformación» o «transposición».

entidades territoriales autónomas como una delegación por parte del Estado.

La hipótesis de configurar la intervención del Estado como una norma intermedia de aplicación de la directiva, a desarrollar posteriormente por las entidades territoriales, resultaría difícil de instrumentar. Desde un punto de vista material apenas se puede concebir una norma de bases estatal como un instrumento intermedio entre la ya de suyo generalmente detallada regulación contenida en la directiva y la norma de desarrollo en un segundo nivel por parte de las entidades territoriales autónomas. Esta norma final sería un desarrollo de una norma estatal que a su vez desarrolla una directiva comunitaria de por sí muy detallada, lo que, a todas luces, complicaría extraordinariamente el proceso de aplicación de las directivas sin que, por otra parte, las eventuales ventajas resulten evidentes. En efecto, una de las virtualidades que alguna doctrina atribuye a estas normas estatales intermedias de segundo nivel, aparte su función principal de introducir la directiva en el orden interno, la de favorecer la uniformidad de las normas autonómicas de tercer nivel no resulta justificada. De hecho los márgenes muy estrictos que las directivas conceden a las normas de desarrollo no dejan lugar a una falta de homogeneidad de éstas que resulte incompatible con el funcionamiento de la Comunidad, precisamente por eso se utiliza el instrumento de la directiva.

Son éstas, cuestiones de formidable envergadura que no nos sentimos capaces de abordar en este momento y que por otra parte deberían ser objeto de examen en un artículo específico de este número.

Un nuevo factor de complejidad sería la distinción entre competencias exclusivas de las entidades territoriales y concurrentes entre éstas y el Estado. En efecto, una vez integradas las directivas en el orden interno su aplicación correspondería a las entidades territoriales autónomas en el caso de que recayesen sobre materias de su competencia exclusiva, pero si la competencia de éstas se limita al desarrollo de las bases o principios contenidos en la legislación del Estado, ¿sería posible considerar que tales bases o principios son los constituidos por la propia directiva? A primera vista podemos responder afirmativamente considerando que la directiva ya ha sido introducida en el orden interno por un acto del Estado y que, por lo tanto, sus disposiciones ya pueden jugar el papel de bases o principios que deben desarrollar las entidades territoriales autónomas.

El carácter detallado de las directivas

Uno de los factores que más inciden en la función de desarrollo normativo de las directivas es lo que en terminología alemana se llama su intensidad, es decir el carácter más o menos detallado y preciso de sus disposiciones. De la redacción del artículo 189 podía deducirse que las directivas debían limitarse a prescribir de forma más o menos general el objetivo de la reglamentación dejando a los Estados miembros el suficiente margen para que las normas internas de desarrollo fuesen normas en el sentido material del término en vez de meros instrumentos formales que revistiesen con el rango adecuado de la norma interna el contenido de la directiva. Sin embargo, también desde el principio las instituciones comunitarias llegaron a la conclusión de que en muchos de los casos en que el tratado remitía la regulación a directivas, el margen de apreciación dejado a los estados miembros debía quedar reducido al mínimo si se pretendía que la directiva cumpliera el efecto al que estaba destinada. Piénsese por ejemplo en las directivas en materia de ritmo de supresión de impuestos de efecto equivalente o las de regulación de los obstáculos técnicos en materia de establecimiento de la tarifa exterior común, en particular para los productos de la lista G cuyos derechos debían ser fijados por negociación entre los Estados miembros (194). Las razones que hacen necesario aumentar el grado de precisión y detalle de las disposiciones contenidas en directivas son las siguientes (195): 1.º el mecanismo de adopción de decisiones por el Consejo; 2.º la complejidad de las disposiciones nacionales a armonizar; 3.º los imperativos derivados del control de la aplicación de las directivas.

Por lo que se refiere al mecanismo de adopción de decisiones la necesidad de conseguir la unanimidad en la mayoría de las propuestas relativas a la aproximación de las legislaciones nacionales se traduce a lo largo de las discusiones con los expertos nacionales en el marco de los Comités dependientes del COREPER en redacciones cada vez más detalladas debido a que, por una parte los Estados miembros cuya legislación interna es rigurosa y detallada exigen las mismas características de la directiva comunitaria porque desconfían de su aplicación por parte de los otros Estados miembros y por otro lado a que, en general, los Estados no aceptan de buen grado conceder a la Comisión los poderes necesarios para la adaptación de las directivas al progreso técnico. También es frecuente que

(194) LOUIS: en *Le droit de la Communauté Economique Européenne*, vol. X, tomo 1, p. 479.

(195) Documento Sec (80) 825, de 18 de junio de 1980.

algunos Estados miembros deseosos de introducir las menores modificaciones posibles en su regulación nacional exijan la adición al texto presentado por la Comisión de excepciones que contemplen sus casos particulares respectivos.

La complejidad de las disposiciones nacionales a armonizar obliga también a redactar muy detalladamente las disposiciones de la directiva para evitar las lagunas que pudiesen dar lugar a obstáculos en las legislaciones nacionales de desarrollo. Así el informe cita el ejemplo de una diferencia en el método de examen de la presencia de triquinas puede traducirse en una paralización total de las importaciones de carne porcina por parte de un Estado miembro. Evidentemente no todos los sectores regulados por directivas exigen el mismo grado de precisión, por ejemplo las relativas a las estructuras agrícolas permiten dejar a los Estados miembros una mayor libertad de elección de soluciones distintas y no tiene consecuencia dañosa sobre la libre circulación o sobre la competencia pero en términos generales todas las directivas de armonización deben estar dotadas de un grado de completud y de precisión elevado para poder cumplir sus objetivos.

En cuanto al control de la aplicación, el riesgo de desarrollo incorrecto es mayor a medida que aumenta la discrecionalidad de los Estados miembros y, por otra parte, las disposiciones suficientemente precisas de una directiva podrían, en ausencia o defecto de la legislación interna de desarrollo, producir efecto directo y ser aplicables por las jurisdicciones internas a los justiciables que las aleguen.

Estas razones han prevalecido sobre las críticas bastante abundantes al principio a esta praxis de las instituciones comunitarias que como expresaba el gobierno francés en el famoso «decalogo» que elevó al Consejo y que desencadenó la crisis de 1965 constituía una tentativa de incluir en el ámbito de competencias comunitario las materias en las que, según el tratado, las instituciones tenían únicamente una competencia de dictar normas de bases (196). Desde el punto de vista de la aplicación por parte de un Estado miembro parece que cuanto mayor sea el grado de precisión y detalle de la disposición comunitaria menos dificultades técnicas planteará su desarrollo normativo interno.

Esto nos lleva ya a examinar el siguiente tema que es el de la

(196) Véase la crítica del Conseil d'Etat en «Droit communautaire et droit français», Etude du Conseil d'Etat, Notes et Études Documentaires», núm. 4679-80-81, septiembre 1982, p. 21, y en FOYER, «Le contrôle des parlements nationaux sur la fonction normative des institutions européennes», *RMC*, abril-mayo, 1979, p. 161.

Técnica legislativa a utilizar en las normas internas de desarrollo de directivas.

El primer problema que se plantea es el de si las normas internas deben hacer referencia a que se adoptan en desarrollo de las directivas comunitarias. Se trata de una cuestión más de principio que técnica, derivada de la posición que se adopte ante la naturaleza de las directivas. Si se quiere resaltar el carácter de éstas como normas ajenas al orden jurídico interno se evitará que los textos internos de desarrollo hagan referencia a la directiva. En efecto, así como la Comisión en el caso de los reglamentos puede legalmente recomendar a los Estados miembros que en los decretos que dicten para su aplicación se haga referencia al reglamento comunitario, en el caso de las directivas la doctrina considera que no podría exigirlo (197). Este es el caso de Francia (198), de Italia, Luxemburgo y el Reino Unido. En el caso de Francia, sin embargo, cuando los textos internos que desarrollan directivas se adoptan en función de una habilitación legislativa, la doctrina estima que deben «viser» la directiva dado que la habilitación legislativa se concede justamente para su desarrollo. El problema como decíamos antes es más bien de carácter político en cuanto que este gesto se utiliza para resaltar la limitación de la competencia normativa de las instituciones comunitarias en las materias en que el Tratado sólo les permite adoptar directivas y, en general, la doctrina concluye que estas consideraciones deberían ceder ante las ventajas de orden práctico que supone la referencia en los textos internos a las directivas que desarrollan, sobre todo en cuanto favorece el control por parte del juez interno de la adecuación de la norma de desarrollo a la directiva comunitaria. Porque desde el momento en que la directiva ha sido objeto de una medida que la introduce en el derecho interno podrá ser tomada en consideración por el Juez nacional que podrá examinar si el texto de derecho interno que pretende aplicarla respeta su alcance y sus objetivos de conformidad con el tercer párrafo del artículo 189 del tratado. A estos efectos el Juez siempre podrá acudir en reenvío ante el TJCE. Este tema, sin embargo, pertenece al control de la aplicación de las directivas que examinamos específicamente más adelante.

(197) TEITGEN: «L'application du droit communautaire par le Legislatif et l'Executif français», en *La France et les Communautés européennes*, Paris, 1975, p. 799.

(198) KOVAR, LAGARDE y TALLON: «L'Execution des directives de la CEE en France», *CDE*, 1970, p. 293.

Técnica legística de inserción de las directivas

En lo que se refiere estrictamente a la *técnica legística de inserción de las directivas en el orden jurídico interno* los dos métodos más frecuentemente utilizados son la inserción dentro de textos nacionales o la remisión en los textos nacionales a la directiva (199). La inserción en textos internos puede ser a su vez in extenso o parcial.

La técnica de la inserción in extenso o parcial resulta practicable cuando la directiva afecta a materias reguladas totalmente, o al menos en sus partes más importantes en un solo texto, de esta forma se evita multiplicar los textos internos y se soslaya la delicada operación consistente en extraer del texto comunitario las regulaciones parciales a integrar en los textos internos y la aún más difícil traducción de los conceptos comunitarios a conceptos del derecho interno. En esta inserción in extenso lo único que se sustituye por el texto nacional es el preámbulo que contiene las referencias normativas de la directiva y su parte dispositiva pero los anejos que contienen la reglamentación a introducir en el derecho interno, se recogen en su integridad. Este es el método utilizado preferentemente en Francia probablemente según AYRAL por la praxis primitiva de la Administración francesa que rechazaba hacer referencia en los textos internos a las directivas. También es una práctica frecuente en Italia. En el resto de los Estados miembros la inserción in extenso se utiliza preferentemente para las directivas que tienen incidencia importante para los individuos por ejemplo en materia de libertad de establecimiento y de fiscalidad y en los otros sectores utiliza generalmente la técnica del reenvío. Es necesario resaltar que no es suficiente con la mera publicación íntegra de las directivas en los diarios oficiales nacionales sino que es precisa su inserción dentro de un texto normativo interno que le otorgue el efecto jurídico correspondiente a su rango, porque la mera publicación no basta para integrar la directiva en el orden interno, ahora bien, es posible que el texto interno se limite a declarar que a partir de la publicación en el diario oficial del Estado en cuestión la directiva tiene pleno vigor en el orden interno; estaríamos en este caso más ante un supuesto de integración por remisión que de integración por inserción en un texto interno.

La inserción in extenso a veces no es posible porque la directiva afecta a disposiciones internas contenidas en varios textos normativos o cuando sea necesario traducir los conceptos de la directiva a la terminología jurí-

(199) AYRAL: «La transposition des directives dans les droits nationaux», *RMC*, octubre 1977, p. 411.

dica interna (200). En este caso es necesario acudir a una inserción parcial que consiste en extraer de la directiva la normativa correspondiente a cada uno de los textos internos que regulan la materia y modificar cada uno de éstos para tener en cuenta la norma comunitaria. Esta es la técnica que presenta más dificultades porque hace necesaria una labor de interpretación del texto comunitario y de traducción a la normativa interna, lo que puede dar origen a eventuales errores y faltas de uniformidad. A su vez esta técnica dificulta el control porque el texto de la directiva no aparece como tal sino que está fundido en la disposición nacional, de forma que, en ausencia, como es frecuente, de referencias en el preámbulo del texto interno a la directiva que se desarrolla, ni la Comisión ni un Tribunal interno pueden controlar la coherencia de la norma interna con la norma comunitaria que desarrolla. Por el contrario hay que señalar también que es el método que hace más manejables los textos internos de desarrollo en cuanto evita los enojosos reenvíos a otros textos ya estén publicados en el Diario Oficial del Estado miembro o en el *Diario Oficial de las Comunidades*. La doctrina considera que esta técnica resulta especialmente adecuada a la integración de directivas que se traduce en supresión o modificación de disposiciones internas puntuales o, al menos, muy concretas, pero no se presta a la integración de normas comunitarias que contienen obligaciones de hacer para cuyo caso es necesario recurrir bien a la inserción in extenso del texto comunitario bien a la integración por reenvío.

La integración por reenvío puede a su vez ser precisa o genérica. Esta técnica se justifica por el elevado número de directivas que frecuentemente regulan una misma materia y sobre todo por el carácter técnico y completo de éstas (201). En determinados sectores es, por lo tanto, suficiente recoger en un texto interno la lista de directivas que regulan un determinado sector y declararlas aplicables en el ordenamiento interno. Es el método utilizado por ejemplo en Holanda, en el Reino Unido y en Alemania para la integración de las directivas sobre vehículos a motor y tractores. Esta técnica presenta la ventaja de la claridad pero solamente es utilizable cuando los textos de las directivas sean completos, es decir, cuando se

(200) La necesidad de «traducir» los conceptos jurídicos de las directivas deriva del hecho de que los textos comunitarios son resultado de compromiso entre diferentes opciones políticas y sistemas jurídicos. La Comisión suele crear grupos de trabajo específicos para esta tarea de interpretación pero la posición de la Comisión no siempre le permite deducir claramente el alcance exacto de los textos, HOEBAER, *op. cit.*, p. 459.

(201) Un ejemplo que reúne ambas características son las 12 directivas de armonización de vehículos a motor y tractores agrícolas. <

basten a sí mismos y no contengan lagunas que los Estados deban regular ni exijan actuaciones concretas por parte de las autoridades administrativas. En este caso, subraya AYRAL, si las medidas complementarias internas no figuran en el texto nacional de integración de la directiva quedarán a discreción de la autoridad de ejecución que procederá por vía de hecho o todo lo más por circular con lo que los particulares y la Comisión no tendrán garantías de la aplicación correcta de la directiva. Por esto es de recomendar que la norma interna que reenvíe a las directivas comunitarias contenga también las modalidades de aplicación administrativa de tales normas.

De forma excepcional en algunos Estados miembros se ha procedido a veces a una integración de las directivas mediante un reenvío por una norma interna a las directivas que puedan adoptarse en el futuro. La técnica suscita abundantes objeciones de principio porque podría interpretarse como una delegación a las instituciones comunitarias de una competencia normativa que no tienen atribuida por los tratados. Por otra parte es evidente que solamente puede utilizarse en el caso de que las directivas futuras sean jurídicamente completas y no necesiten medidas internas de desarrollo (202).

Desde el punto de vista de un nuevo Estado miembro que debe hacer frente a la inmensa tarea de integrar en el orden jurídico interno el bloque de directivas en vigor en el momento de la adhesión, tarea que salvo excepciones previstas explícitamente en el Acta de Adhesión debe estar completada, según veíamos, para el momento de entrada en vigor de la adhesión, la integración por reenvío presenta indudables ventajas de simplicidad y celeridad que la hacen aconsejable para la integración de los bloques de directivas que regulen un mismo sector y que, en su conjunto, contengan las normas suficientemente precisas para su aplicación interna. Sin embargo razones de coherencia legislativa de la normativa interna exigen frecuentemente bien la adopción de medidas complementarias bien la de normas que regulen materias conexas a los sectores en que inciden directivas de forma que se mantenga una armonía normativa general.

(202) La mayor celeridad y facilidad de la técnica de integración por reenvío sería pues un factor a favor de una redacción lo más precisa y completa posible; técnicamente resulta más fácil adoptar medidas de aplicación cuando la intervención estatal es únicamente formal que cuando hay que adoptar normas materiales, por ejemplo regulaciones detalladas de policía administrativa en materia veterinaria o fitosanitaria o cuando resulta necesario modificar todo un sector, como en la normativa de sociedades anónimas.

Grado de cumplimiento de las directivas

Para completar el cuadro de la aplicación de las directivas, conviene examinar el grado de cumplimiento de las directivas actualmente en vigor por parte de los Estados miembros con ánimo de que el examen de la praxis sirva de contrapunto a la exposición de las exigencias derivadas del derecho comunitario que hemos venido exponiendo hasta ahora.

Los datos que, en este tema nos interesan son los de cumplimiento de la obligación de introducir las directivas en el derecho interno, es decir no nos ocupamos del incumplimiento derivado de una no conformidad de estas normas internas con la directiva o de la no aplicación de las normas internas de desarrollo de la directiva.

En términos generales el incumplimiento por parte de los Estados miembros de la obligación de introducir las directivas en el orden interno es un fenómeno que viene preocupando seriamente a las instituciones comunitarias desde mediados de los años 70. El documento sec (80) 825 citado, señalaba que en aquel momento prácticamente todas las directivas en materia de eliminación de obstáculos técnicos y de protección del medio ambiente, adoptadas durante los tres últimos años por el Consejo eran objeto de procedimientos de infracción muchas veces en contra de varios Estados miembros. Los retrasos en la aplicación de las directivas eran una práctica habitual, de hecho los Estados miembros esperaban a poner en vigor las medidas internas no hasta la terminación del plazo fijado en cada directiva sino hasta la recepción del requerimiento (*lettre de mise en demeure*) o incluso hasta la notificación del dictamen motivado a que se refiere el artículo 169. Que esto venía ocurriendo desde mucho tiempo atrás aparece en la constatación por parte de la doctrina del escaso valor normativo de los plazos fijados en las directivas (203). En algunos casos los retrasos son francamente espectaculares por ejemplo en las de armonización del derecho de sociedades, y específicamente en la de constitución de la sociedad anónima que hubiera debido ser puesta en vigor en todos los Estados miembros el 16 de diciembre de 1978, y sólo en

(203) KOVAR, LAGARDE y TALLON: «L'Execution des directives de la CEE en France», *CDE*, p. 302. El TJCE por su parte ha subrayado sistemáticamente la obligatoriedad de los plazos para su aplicación que figuran en las disposiciones finales de las directivas para garantizar la uniformidad en la ejecución en toda la Comunidad. Así en las sentencias de 26 de febrero de 1975, asunto Comisión contra Italia, Rec. 1976, p. 277, y de 22 de septiembre de 1976, Rec. 1976, p. 1365, también contra Italia, que declara: «La naturaleza obligatoria de las directivas implica, para todos los Estados miembros, la obligación de respetar los plazos que en ellas se fijan para que su ejecución quede asegurada uniformemente en toda la Comunidad». Si el plazo resultase demasiado corto el Estado deberá adoptar en el marco comunitario todas las iniciativas apropiadas para obtener de la institución competente la necesaria prórroga del plazo.

junio de 1981 fue objeto de un procedimiento de infracción planteado por la Comisión ante el Tribunal de Justicia contra seis Estados miembros. Aún es más inquietante el hecho de que varias sentencias del Tribunal de Justicia que constataban la inaplicación de directivas no hayan sido ejecutadas por los Estados miembros o lo hayan sido con mucho retraso. En 1983, según el Primer Informe Anual al Parlamento Europeo sobre el control de la aplicación del derecho comunitario (204) los procedimientos de infracción iniciados, esto es en los que ya se había enviado un requerimiento al Estado miembro, por incumplimiento de obligaciones derivadas de directivas fueron de 55 sobre un total de 97 en 1978, de 150 sobre un total de 187 en 1979, 194 sobre 227 en 1980, 196 sobre 256 en 1981, 153 sobre 335 en 1982 y 186 sobre 289 en 1983. A su vez la gran mayoría de las infracciones por inaplicación de directivas lo son por no adopción de las medidas internas de desarrollo más que por no conformidad de estas medidas internas con la directiva o por su aplicación defectuosa. Así en 1978 de las 55 presuntas infracciones en el caso de directivas, 42 eran por no adopción de las medidas internas, en 1979 110 de 150, en 1980 167 de 194, en 1981 164 de 196, en 1982 206 de 253 y en 1983 140 de 186. El aumento de los procedimientos de infracción a partir de 1979 se debe sobre todo al refuerzo de los mecanismos de control y a la iniciación sistemática del procedimiento de infracción en los casos de falta de comunicación a la Comisión de las medidas de integración de las directivas en el orden interno a la terminación del plazo fijado en cada directiva (205).

Las mismas dificultades en la «transposición» de directivas se reflejan en el grado de cumplimiento de las sentencias del TJCE por no aplicación de directivas; en la respuesta de la Comisión a la pregunta del Diputado PURVIS (cuestión n.º 388/82, respuesta en el JOCE el 198 de 2-8-82, p. 32) sobre la ejecución de las sentencias del TJCE, de un total de 22 no ejecutadas en plazo, 16 correspondían a directivas, pero el mayor porcentaje se debía a retrasos en el procedimiento legislativo de los Estados miembros, que estaban en trance de solución.

Para la Comisión las dificultades en materia de aplicación de las directivas en el derecho de los Estados miembros se derivan por una parte de la propia naturaleza de este instrumento normativo y por otra de la diversidad de situaciones constitucionales y administrativas en cada uno

(204) COM (84) 181 final Bruselas, 10 de abril de 1984.

(205) Antes de la sentencia de 6 de mayo de 1980 que, como veíamos, no admite la mera ejecución de hecho, la Comisión tenía por norma evitar iniciar el procedimiento de infracción en los casos de falta de desarrollo normativo de directivas que, sin embargo, se aplicaban de hecho.

de los Estados. La Comisión se refiere expresamente a las dificultades con que topan los nuevos Estados miembros, sobre todo los de adhesión más reciente como la República Helénica, para adoptar las medidas internas de integración del bloque de directivas en vigor en el momento de la adhesión. Por su parte la doctrina (206) resume las dificultades de aplicación en unas, derivadas de los textos comunitarios: falta de coherencia entre las directivas generales y las directivas de aplicación, modificaciones introducidas en concepto de adaptaciones técnicas, que incitan a los Estados a esperar a las últimas que se vayan a producir, deficiencias en la calidad y claridad de los textos que hacen difícil su «traducción» a los conceptos jurídicos de los diferentes sistemas de los Estados miembros y en general la exigüidad y falta de realismo de los plazos de desarrollo fijados en las directivas.

Otra serie de factores frecuentemente citados por la doctrina se refieren a cuestiones de orden interno en los Estados miembros como: la dificultad para encajar la adopción de medidas de aplicación de directivas entre las prioridades políticas que determinan el programa de actuación del Gobierno, la falta de coordinación y los conflictos de competencia entre Departamentos o entre el Estado central y las Entidades territoriales dotadas de autonomía normativa, las dificultades de técnica legística que plantean algunos textos comunitarios que exigen adaptaciones en toda la normativa de un determinado sector, y que por lo tanto requieren un proceso de refundición y codificación de texto, largo y complejo, y, en términos generales, la desconfianza de que el resto de los Estados miembros estén procediendo a la adopción de textos internos en el plazo fijado por la directiva, con lo que, para evitar quedar en situación competitiva desventajosa, los sectores socio-económicos afectados presionan para retardar al máximo la aplicación efectiva de las directivas.

Mecanismos de control de la aplicación de las directivas

La secuencia lógica nos llega a exponer inmeditamente después de las dificultades para la aplicación de las directivas por parte de los Estados miembros, los mecanismos de control de este cumplimiento y en su caso las consecuencias que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Co-

(206) KELLERMAN, *op. cit.*, p. 300; HOEBAER, *op. cit.*, p. 462, y todos los estudios sobre aplicación del derecho comunitario por los Estados miembros realizados a iniciativa del Comité de Investigación sobre la Unificación Europea (IPSA) a que nos referimos en la nota 192.

munidades deduce del incumplimiento en cuanto a la posible efectividad directa de alguna de las disposiciones contenidas en directivas.

Los mecanismos de control de la aplicación de las directivas por parte de las instituciones comunitarias, Comisión y TJCE, son los mismos que para la aplicación del derecho comunitario en general. La Comisión tiene atribuida la función de vigilancia de la aplicación del Tratado por el artículo 155 TCEE (207), y el procedimiento que debe seguir para reprimir las infracciones se establece en el artículo 169 TCEE y correlativos de los otros tratados:

«Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente tratado, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.

Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia.»

Por su parte el artículo 170 establece la posibilidad de recurso al Tribunal de Justicia por cualquier Estado miembro que estimase que otro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del tratado. A su vez el artículo 171 establece que:

«Si el Tribunal de Justicia declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia.»

El procedimiento por lo tanto no suscita mayores comentarios, puede verse con mayor detalle en la abundante literatura sobre el Tribunal de Justicia de las Comunidades entre la que merece destacar la reciente obra del profesor DIEZ DE VELASCO (208). La única especificidad del proceso de control por parte de la Comisión, de la no aplicación de directivas consiste en el sistemático envío de una carta por parte de los servicios interesados a las administraciones nacionales, a los dos meses de la notificación de cada directiva solicitando la comunicación de los proyectos y medidas de aplicación. Tres meses antes de la expiración del plazo previsto para la adopción de las disposiciones internas de aplicación,

(207) Véase, sobre su actuación, EHLERMAN, *Die Verfolgung von Vertragsverletzungen der Mitgliedstaaten durch die Kommission*, en *Grewe/Rupp/Schneider*, «Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit», Festschrift für Hans Kutscher, Baden-Baden, 1981.

(208) DIEZ DE VELASCO: *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid 1984.

se envía una segunda comunicación a título de recordatorio. El siguiente paso, para el que no hay un plazo determinado, es el envío del requerimiento a que se refiere el artículo 169 TCEE que suele incluir la notificación de un plazo para adoptar las medidas internas que normalmente es de un mes. Si el requerimiento no es atendido se procede a la comunicación del dictamen motivado por parte de la Comisión que de nuevo suele incluir un plazo que también es normalmente de un mes y al final del proceso, si tampoco el dictamen de la Comisión es atendido, ésta plantea el recurso por infracción ante el Tribunal. De hecho el 86 por 100 de las presuntas infracciones se resuelven gracias a intercambios de cartas entre los servicios de la Comisión y las autoridades nacionales competentes y sólo el 14 por 100 alcanzan la fase de iniciación del procedimiento formal de infracción mediante el requerimiento. A su vez solamente un 5 por 100 de los requerimientos enviados por la Comisión han dado lugar a sentencia del Tribunal de Justicia mientras que la inmensa mayoría se resuelven en el curso de las etapas previas del procedimiento (209).

Aparte del procedimiento de control por las instituciones que, como veíamos, es lento y pesado, es necesario examinar la hipótesis del posible *control por parte de las jurisdicciones internas de los Estados miembros*. Este control puede versar únicamente sobre la adecuación de las normas internas adoptadas en aplicación de la directiva al texto de ésta. En caso de inexistencia de normas internas de aplicación puede jugar el supuesto de la efectividad directa de algunas de sus disposiciones pero ése es otro tema. La cuestión que aquí nos planteamos es si una directiva, norma que únicamente obliga a los Estados miembros pero que no tiene de ordinario efecto en el orden jurídico interno, puede ser utilizada por el Juez nacional como criterio para examinar la adecuación de las normas internas adoptadas en aplicación de la directiva. En otras palabras, se trata de examinar si la directiva, aunque carezca de aplicabilidad directa, puede ser considerada como un elemento de la legalidad objetiva del Estado miembro destinatario a efectos de que el Juez pueda controlar la legalidad de las normas adoptadas en su aplicación. El supuesto sería semejante al de los convenios internacionales que aun no siendo directamente aplicables pueden ser considerados como base jurídica para la anulación de una disposición interna no conforme (210). Estamos de nuevo ante

(209) Rapport fait au nom de la commission juridique sur la responsabilité des Etats membres en matière d'application du droit communautaire. Rapporteur: SIEGLERSCHMIDT, 10 de enero de 1983, Doc. 1-1052/82, p. 12.

(210) KOVAR: «L'effectivité interne du droit communautaire», *op. cit.* (discusión) p. 295. Véase más espe-

una cuestión que exigiría un examen más detallado que no podemos hacer aquí (211).

El TJCE ha reconocido en jurisprudencia reiterada que los particulares tienen derecho a hacer controlar por el juez nacional las normas internas adoptadas por el Gobierno para ajustarse a las directivas. Así en las sentencias de 1 de enero de 1977 (212) y de 29 de noviembre de 1978 (213) el Tribunal juzgó que un justiciable podía invocar una directiva ante una jurisdicción nacional.

«con objeto de hacer verificar por éstas si las autoridades competentes, en ejercicio de la facultad que tienen reservada en cuanto a la forma y los medios para la aplicación de (ésta) directiva, se han mantenido dentro de los límites de apreciación que la directiva trazaba».

Esta característica de las directivas ha sido reconocida por todas las jurisdicciones de los Estados miembros incluso por aquellas como el Conseil d'Etat que rehúsan sistemáticamente la posibilidad de que las directivas puedan ser alegadas en contra de actos individuales de aplicación de normas internas que resultarían contrarias a la directiva. Esta paradójica posición es necesario entenderla, de acuerdo con el razonamiento del Comisario del Gobierno, Genevois, en el caso Cohn-Bendit, como una aplicación analógica de las relaciones entre ley y reglamento, que, si bien permite la utilización de la ley como criterio de legalidad del reglamento adoptado en su desarrollo, excluye la posibilidad de la aplicación directa de la ley en el caso específico en que en su propio texto se haga depender tal aplicación de la promulgación previa de los reglamentos de desarrollo, cosa que es exactamente lo que el artículo 189 del tratado predica de las directivas (214). No parece muy coherente, y así lo ha subrayado la doctrina, reconocer que una vez dictada la reglamentación nacional de desarrollo que introduce la directiva en el orden interno ésta tendría un valor superior al del decreto (el Conseil d'Etat no se refiere nunca a la relación con la ley) y que por lo tanto puede dar pie a la alegación de la excepción

cificamente DUFFY, «EEC Directives: judicial control of national implementation», en *The modern law review*, 1978, núm. 2, p. 219.

(211) Aun reconociendo que las directivas pudiesen utilizarse como criterio de control de la legalidad de las disposiciones internas adoptadas en su aplicación, si éstas fuesen de rango legislativo se plantearía de nuevo la cuestión de la incompetencia del Juez para sancionar al legislador en algunos de los sistemas constitucionales de los Estados miembros.

(212) Asunto 51/76, *Verbond Nederlandse Ondernemingen*, Rec. 1977, p. 113.

(213) Asunto 21/78, *Delkvist*, Rec. 78, p. 2327.

(214) KAPTEYN, Comentarios a la sentencia Cohn-Bendit, de 22 de diciembre de 1978, en CMLR, 1979, p. 701.

de ilegalidad de éste, mientras que al mismo tiempo se rehúsa examinar la incompatibilidad directa entre una decisión individual y la directiva (215). El Consejo de Estado parece considerar que los actos individuales son sólo aplicación de las normas internas de introducción de la directiva pero no guardan relación con ésta.

Evidentemente la utilización de la directiva como criterio de legalidad de los actos internos de aplicación ofrece cierta protección a los justiciables en caso de incumplimiento, pero al exigir, como condición previa a su toma en consideración en el orden interno, la adopción de normas de aplicación, excluye la posibilidad de la efectividad directa en ausencia de estas medidas. Ahora bien, como veíamos, el supuesto más frecuente de infracción en materia de directivas no es la incoherencia de las medidas internas de aplicación sino precisamente la ausencia de éstas que, en aplicación estricta de esta doctrina del Conseil d'Etat les privaría de toda efectividad interna.

El «efecto directo» de algunas disposiciones de directivas

Esta jurisprudencia choca frontalmente con la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que desde 1970 viene manteniendo sistemáticamente la *posibilidad de que algunas disposiciones de directivas surtan determinados efectos en el ordenamiento interno* en ausencia de disposiciones internas de aplicación, en virtud de la doctrina de la efectividad directa a la que nos vamos a referir brevemente (216).

El Tribunal empezó reconociendo el efecto directo de algunas disposiciones de una directiva combinada con una decisión en el asunto Grad (217) y con una decisión y una disposición del tratado dotada de efecto directo (218). La primera vez que reconoció tal efecto exclusivamente a una disposición de una directiva en cuanto tal fue en la célebre sentencia Van Duyn (219) en este caso se trataba de la efectividad directa de una directiva para la coordinación de las medidas especiales aplicables

(215) DUBOIS, «Applicabilité directe des directives», *RTDE*, núm.1, 1979, p. 177.

(216) La literatura sobre el «efecto directo» de las directivas es amplísima. Un amplio análisis puede encontrarse en el tomo 10 de la obra *Le droit de la Communauté Economique Européenne*, tomo 1, comentario al artículo 189, redactado por J. V. LOUIS, p. 483 y ss. En español, el trabajo de L. MILLÁN MORO, «Aplicabilidad directa y efecto directo en derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *RIE*, mayo-agosto 1984, p. 445, constituye una clara y detallada delimitación de ambos conceptos, tarea pocas veces abordada con profundidad en la doctrina y que resulta imprescindible para adentrarse en los temas que nos ocupan.

(217) Asunto 9/70, sentencia 6 de octubre de 1970, Rec. 1971, p. 825.

(218) Asunto 33/70 S.A.C.E., sentencia de 17 de diciembre de 1970, Rec. 1981, p. 1213.

(219) Asunto 41/74, Rec. 1975, p. 1337.

a los extranjeros en materia de desplazamiento y de estancia, justificadas por razones de orden público, de seguridad pública y de salud pública. Otras sentencias (220) han venido reconociendo a determinadas disposiciones de directivos la posibilidad de ser nombradas en justicia en el orden interno de los Estados miembros.

El Tribunal mantiene en toda esta jurisprudencia prácticamente la misma fórmula desde el asunto Grad:

«... aunque es verdad que en virtud del artículo 189, los reglamentos son directamente aplicables y por lo tanto en virtud de su propia naturaleza capaces de producir efecto directo, de ello no se deduce que otras categorías de normas mencionadas en el mismo artículo no puedan producir efectos semejantes... Sería incompatible con el efecto obligatorio atribuido a las decisiones por el artículo 189 excluir en principio la posibilidad de que las personas afectadas pudieran invocar las obligaciones impuestas por una decisión. Particularmente en los casos en que, por ejemplo, las autoridades comunitarias han impuesto por medio de una decisión una obligación a un Estado miembro o a todos los Estados miembros, de actuar de determinada forma, el efecto útil de estas medidas quedaría debilitado si los particulares súbditos de este Estado no pudieran invocarla en los Tribunales y éstos no pudieran tomarla en consideración como parte del derecho comunitario. Aunque los efectos de una decisión pueden no ser idénticos a los de una disposición contenida en un reglamento, esta diferencia no excluye la posibilidad de que el resultado final, es decir el derecho del individuo a invocar las disposiciones ante los Tribunales, pueda ser el mismo que el de una disposición directamente aplicable de un reglamento».

Sustituyendo únicamente decisiones por directivas, esta redacción fue utilizada en todas las sentencias que hemos citado hasta la sentencia Ratti (221) en que el Tribunal utiliza otra argumentación:

«por lo tanto un Estado miembro que no haya adoptado las medidas de aplicación exigidas por la directiva en el plazo fijado, no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que la directiva exige; de lo que se deduce que una jurisdicción nacional ante la que un justiciable que se ha ajustado a las disposiciones de una direc-

(220) Asunto 51/76 *Verbond Nederlandse Ondernemingen*, de 1.º de febrero de 1977, Rec. 1977, p. 113, sobre la efectividad de las disposiciones de la tercera directiva en materia de Impuesto sobre el Valor Añadido; Asunto 38/77 *Enka*, sentencia de 23 de noviembre de 1977, Rec. 1977, p. 2203, sobre la efectividad de la directiva núm. 69/74 que establece las modalidades de la fijación del valor en aduana de mercancías en depósito aduanero; Asunto 21/78 *Delqvist*, sentencia de 28 de noviembre de 1978, Rec. 1978, p. 2327.

(221) Asunto 148/78, sentencia de 5 de abril de 1979, Rec. 1979, p. 1629.

tiva presenta un recurso dirigido a la declaración de no aplicación de una disposición interna incompatible con tal directiva no introducida en el orden jurídico nacional de un Estado en incumplimiento de la directiva, debe acceder a esta demanda si la obligación en cuestión es incondicional y suficientemente precisa».

En la misma sentencia el Tribunal precisa

«... dado que una directiva por su naturaleza sólo impone obligaciones a los Estados miembros, no es posible que un particular invoque el principio de confianza legítima antes de la expiración del plazo previsto para su aplicación».

Hasta este asunto Ratti el Tribunal había tratado en toda su jurisprudencia de racionalizar el vínculo entre los individuos y las normas de derecho comunitario no directamente aplicable, mediante la construcción, principal, porque también había utilizado en ocasiones otras, del «efecto útil». Evidentemente el Tribunal era consciente de que esta argumentación tendía a disolver la distinción entre las normas directamente aplicables y normas no directamente aplicables y como tal había sido objeto de ataques doctrinales y jurisprudenciales, como después veremos, en algunos Estados miembros. Esta es posiblemente la razón que explica que a partir del asunto Ratti el Tribunal utilice en su argumentación, como hemos visto, la doctrina del «estoppel», de origen anglosajón, cuyos perfiles en derecho comunitario aún no están bien delimitados, y que, en términos generales, viene a postular que una persona, una institución o un Estado miembro no puede argüir en su favor la circunstancia de una situación irregular que él mismo ha causado, para obtener una ventaja. El Tribunal realmente dice: un Estado no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que la directiva impone, con lo que no exige que un Estado miembro se haya beneficiado de su incumplimiento sino que parece utilizar la concepción más amplia de la doctrina del estoppel: «plead ones own wrong» (221 bis.)

Ahora bien, la utilización de esta doctrina tiene consecuencias importantes. Primero, el fundamento jurídico en que puede apoyarse un particular para alegar en su favor una disposición de una directiva que no ha sido transformada en derecho interno es distinto del que se utiliza para alegar la efectividad directa de algunas disposiciones de los tratados co-

(221 bis) NICHOLAS GREEN, «Directives, Equity the Protection of Individual Rights». E.L.R., vol. 9, n.º 5, October 1984, p. 306.

munitarios y también del de la aplicabilidad directa de los reglamentos. Por otro lado, parece que la utilización del principio del estoppel como justificación excluye la posibilidad de considerar que las directivas puedan surtir un efecto directo horizontal, ésto es, que puedan dar lugar a derechos de un individuo contra otro individuo ya que únicamente el destinatario de la directiva, esto es el Estado, es el que por el juego de este principio no puede alegar su incumplimiento de la directiva para rechazar las pretensiones que contra él se dirijan basadas en la misma. Evidentemente ésto plantea interesantes cuestiones sobre el posible efecto directo de directivas alegables contra actos de organismos no propiamente estatales pero situados en esa amplia zona intermedia entre las instituciones de derecho público y las de derecho privado. Incluso en algún caso posterior (asunto 14/83, Colson y Kamann contra el Land de Renania del Norte-Westfalia, sentencia de 10 de abril de 1984 aún no incluida en el repertorio) se intentó argumentar que un individuo no podía recurrir contra una decisión de un Land apoyándose en el efecto directo de una directiva, porque el Land, en cuanto tal, no era destinatario de la directiva sino solamente el Estado federal.

De la sentencia Ratti se deducen algunas clarificaciones importantes, primero el efecto directo de la directiva se traduciría en la imposibilidad de aplicar las disposiciones nacionales incompatibles, segundo, este efecto sólo se produciría una vez expirado el plazo para la adopción de normas internas sin que el Estado hubiese procedido a su promulgación y tercero, la directiva no parece que pueda imponer obligaciones a los particulares.

La posición del Tribunal, suscitó abundantes reticencias por parte de alguna doctrina y sobre todo de la jurisprudencia de dos altos Tribunales administrativos de dos Estados miembros. Ya nos hemos referido antes a la sentencia Cohn-Bendit del Conseil d'Etat. La argumentación de esta alta Asamblea era la siguiente:

«Del artículo 189 del tratado de 25 de marzo de 1957 se deduce claramente que si bien estas directivas obligan a los Estados miembros "en cuanto al resultado a alcanzar" y si, para alcanzar el resultado que definen, las autoridades nacionales están obligadas a adaptar la legislación y la reglamentación de los Estados miembros a las directivas que se les dirigen, estas Autoridades son las únicas competentes para decidir la forma a dar a la ejecución de las directivas y para fijar por sí mismas, bajo el control de las jurisdicciones nacionales, los medios propios para hacerles producir efecto en derecho interno; que, de esta forma, cualquiera que fuesen las precisiones que contienen respecto a los Estados miem-

bros, las directivas no pueden ser invocadas por los súbditos de estos Estados en apoyo de un recurso dirigido contra un acto administrativo individual.»

El Consejo de Estado, por lo tanto, procede aquí a una interpretación de una disposición de los tratados comunitarios, cuando, tratándose de una «jurisdicción nacional cuyas decisiones no son susceptibles de recurso jurisdiccional en derecho interno» estaba obligado, en virtud del artículo 177 a acudir en interpretación al TJCE. El Consejo de Estado permanece por lo tanto fiel a la doctrina del «Acte clair» es decir, considera que, en el caso del artículo 189 la definición de la directiva es tan explícita y tan precisa que, realmente no hay interpretación sino aplicación pura y simple de esta disposición. La mejor prueba sin embargo de que se trataba de una función interpretativa es que el Tribunal de Justicia de las Comunidades, seguido por la mayoría de las jurisdicciones de los Estados miembros, no sigue la interpretación «histórico-textual» basada únicamente en las intenciones de los firmantes del tratado, según la cual el principio de efecto directo genera el peligro de producir una efectividad no deseada por las partes contratantes, para las directivas sino únicamente para los reglamentos, sino, en su lugar, la interpretación del sistema de normas en su conjunto establecido en los tratados y atiende no a la forma del instrumento sino a la materialidad de sus disposiciones basándose por otra parte en que si los Estados consienten en obligarse (casi siempre por unanimidad) por normas tan detalladas como aquellas contenidas en las directivas que establecen una obligación clara, incondicional y que no deja discreción a los Estados miembros en su aplicación, no puede admitirse que los Estados se liberen de la aplicación de esta directiva rehusándole efectividad en su orden interno.

La sentencia del Consejo de Estado traería secuelas (222). El 16 de julio de 1981 el Bundesfinanzhof declaraba en una sentencia (223) que

«una directiva, obliga a los Estados miembros, pero ... no puede crear derecho directamente aplicable en los Estados miembros. Por lo tanto la demandante no puede fundarse sobre el artículo 13 ... de la sexta directiva ..., incluso si la República Federal de Alemania, en violación de las obligaciones que le corresponden en cuanto Estado miembro, no ha procedido a la adaptación de su legislación interna ... en violación de la directiva».

(222) El Consejo ha mantenido su posición en sentencias de 28 de noviembre de 1980 sobre la segunda directiva IVA y de 25 de febrero de 1981 y 4 de junio de 1982 sobre la sexta directiva IVA.

(223) Publicada en *Europarecht*, 1981, p. 442.

El Tribunal cita como argumento de autoridad para su decisión la sentencia del Consejo de Estado en el asunto Cohn-Bendit.

Casualmente un asunto paralelo al juzgado por el Bundesfinanzhof había sido objeto de un recurso perjudicial en interpretación por otro tribunal fiscal alemán y de esta forma el TJCE tuvo ocasión de precisar su jurisprudencia sobre el efecto directo de las directivas en la sentencia más clara y terminante hasta el momento (224). El Tribunal recoge toda su jurisprudencia desde el asunto Grad explicando más cuidadosamente las razones de su actitud. Comienza declarando que siempre que una directiva es aplicada correctamente, sus efectos alcanzan a los individuos por medio de las medidas de aplicación adoptadas por el Estado miembro en cuestión y que solamente cuando el Estado miembro no ha aplicado una directiva correctamente y, más en concreto, cuando las disposiciones de la directiva no han sido aplicadas al término del plazo fijado a tal efecto puede producirse el supuesto de efectividad directa de algunas disposiciones. El Tribunal recuerda el fundamento en la obligatoriedad que el artículo 189 otorga a las directivas que quedaría debilitado si los Estados miembros pudieran alegar en contra de los individuos su propio incumplimiento de las obligaciones que la directiva les impone, y por lo tanto concluye:

«Siempre que las disposiciones de una directiva resulten incondicionales y suficientemente precisas ... podrán, en ausencia de medidas de aplicación adoptadas dentro del plazo prescrito, ser alegadas contra cualquier disposición interna que resulte incompatible con la directiva o en tanto en cuanto tales disposiciones definen derechos que los individuos puedan hacer valer contra el Estado.»

De la sentencia se deduce que el Tribunal no trata de asimilar el efecto de las directivas al efecto de los reglamentos. Solamente en las circunstancias excepcionales de incumplimiento y cuando las disposiciones de las directivas sean incondicionales y suficientemente precisas, la directiva tendrá los dos efectos, por una parte bloqueante de la aplicación de la legislación nacional que resulte incompatible y por otra parte generador de derechos que los individuos pueden hacer valer, pero únicamente contra el Estado. El Tribunal no se refiere a posibles derechos contra otros individuos con lo que se mantiene la duda sobre el efecto horizontal (225)

(224) Asunto 8/81 Becker, sentencia de 19 de enero de 1982, Rec. 1982, p. 53.

(225) En el caso de las directivas adoptadas en aplicación del art. 119 TCEE sobre igualdad de remuneraciones entre trabajadores masculinos y femeninos parece lógico que debieran tener efecto directo horizontal.

pero parece que tanto sobre esta cuestión como sobre la posibilidad de que puedan generar obligaciones para los individuos adopta una posición negativa (226).

Lo que, en estas condiciones se llama efecto directo de las directivas constituye realmente una garantía mínima de respeto por parte de los Estados miembros del efecto obligatorio de tal acto, garantía mínima de la aplicación uniforme del derecho comunitario que no puede permitir la discriminación en contra precisamente de los Estados que apliquen correctamente y en plazo las directivas. Se trata únicamente del derecho reconocido a los particulares de oponerse judicialmente a la aplicación de disposiciones nacionales contrarias a las directivas o el derecho de exigir del Estado que ajuste su actividad a las obligaciones que estas le imponen de forma clara e incondicional (227).

Es de resaltar, por otra parte, que la República Francesa y la República Federal de Alemania en las observaciones que formularon en el asunto Becker no ponían en duda la posibilidad de que determinadas disposiciones de las directivas pudiesen ser invocadas en circunstancias específicas por los particulares según la jurisprudencia del Tribunal, con lo que desautorizan implícitamente la posición de algunas de sus jurisdicciones.

Así pues en la actualidad, y en resumen, en caso de inaplicación o de mala aplicación de una directiva al término del plazo previsto a estos efectos, es el Juez nacional el factor clave para asegurar la efectividad directa en las condiciones que veíamos. Si, ante una demanda de un particular que alegue la aplicabilidad directa de una disposición de una directiva inaplicada por el Estado, el Juez decide acudir en reenvío al TJCE, este Tribunal tendrá la posibilidad de declarar si la disposición en cuestión es susceptible de producir efecto directo, y su sentencia aunque no tenga valor erga omnes será obligatoria para el Juez que acudió en reen-

En otro caso se estaría ante una nueva discriminación entre los trabajadores al servicio del Estado que podrían invocarla y los del sector privado que no. En términos generales resulta difícil de aceptar que la invocabilidad de una directiva dependa del estatus de la persona contra la que se alegue. Piénsese, volviendo al asunto, Becker, que así como la recurrente pudo obtener del Estado la devolución de lo indebido, sus clientes no hubieran podido conseguir que ella les reintegrara el importe del IVA que sobre ellos hubiera repercutido. Igual supuesto se dió en el asunto Kloppenburg, sentencia de 22 de Feb. de 1984, aún no editada en el Rec. Ahora bien, el efecto directo horizontal toparía por su parte con la difícil cuestión de la imposición de obligaciones a justiciables, que no son destinatarios de las directivas.

(226) PESCATORE: «The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law», *ELR*, 2, 1983, p. 155; DIBOUT, «L'Effet des directives Européennes» A propos de l'arret Becker, relatif à la 6.^a directive T.V.E., *CJCE*, 19 de enero de 1982, *Droit Fiscal* p. 965; y EASSON, «Can Directives Impose Obligations on Individuals?», *ELR*, abril 1979, p. 67.

(227) DIBOUT, *op. cit.*, p. 967.

vío. En caso de que el Tribunal reconozca el efecto directo la disposición podrá ser invocada en contra de cualquier norma interna incompatible con la directiva o en cuanto pueda generar derechos que los particulares puedan hacer valer frente al Estado.

Si la directiva ha sido objeto de normas internas de aplicación, pero se alega que lo ha sido de forma incorrecta, las disposiciones a las que reconoca efecto directo podrán ser invocadas ante el Juez nacional que deberá juzgar si la medida nacional en cuestión resulta incompatible con la directiva o fuera del margen de apreciación que la directiva concede a los Estados miembros.

En cualquiera de los dos supuestos es evidente que el Juez nacional puede verse en la obligación de declarar inaplicables normas internas de cualquier rango lo que plantea el difícil problema de la sanción judicial de la supremacía del derecho comunitario que debe ser objeto de examen específico.

Si el Juez nacional rehúsa acudir en reenvío ante el TJCE y deniega efecto directo a la directiva, el único recurso que le quedaría al particular que estimase poder deducir derechos de tal directiva no aplicada, sería, en aquellos sistemas que lo aceptan, un recurso por exceso de poder contra la negativa del Gobierno a adoptar las medidas de aplicación cuando éstas estén incluidas en el ámbito de la potestad reglamentaria, acción que no parece muy practicable. Por parte de la Comisión siempre cabría la posibilidad de incoar un procedimiento por infracción contra el Estado miembro por incumplimiento por sus órganos judiciales de la obligación impuesta en el artículo 177, hipótesis que hasta el momento no se ha producido nunca y en contra de la cual pesan importantes consideraciones de orden constitucional y político.

Para concluir el examen de la función de un Estado miembro en la aplicación del derecho comunitario deberíamos aún examinar el resto de las categorías normativas comunitarias. Por lo que se refiere a las *decisiones* su problemática es paralela a la de las directivas y no necesita un comentario mayor. No ocurre lo mismo con los *actos de las instituciones comunitarias no obligatorios*, y con los *actos atípicos* de las instituciones comunitarias, que plantean una amplia serie de cuestiones que hemos intentado deslindar en otra sede (228). Atención específica deben merecer los actos que se encuentran en el límite entre actos institucionales de las Co-

(228) La integración del derecho de las Comunidades Europeas en el ordenamiento español: algunas zonas oscuras del «Acquis Communautaire», DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA, núm.193, p. 5.

munidades y actos interestatales de los Estados miembros como son los *acuerdos de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo*. En estos temas es necesario examinar con todo detalle las disposiciones del capítulo primero del Acta de Adhesión en el que se determina la posición del nuevo Estado miembro respecto a estas categorías normativas.

Un capítulo que tiene entidad suficiente para ser objeto de un trabajo específico es el de la posición del nuevo Estado miembro ante los *acuerdos internacionales* concluidos por las Comunidades con terceros Estados, pero que, aunque claramente incluido en nuestro enunciado, excede de los límites de este trabajo.

V. APLICACION NORMATIVA DEL DERECHO COMUNITARIO EN ESPAÑA

Hasta el momento hemos venido examinando las exigencias y particularidades de la aplicación normativa del derecho comunitario por los Estados miembros tal como se derivan de la naturaleza y características de este derecho. En todo el proceso hemos hecho también especial referencia a la situación particular que se crea en el momento de la integración de un nuevo Estado miembro que, según los instrumentos de adhesión, debe poner en vigor todas las normas internas necesarias, por una parte para adaptar su orden interno y por otra para completar y desarrollar las normas comunitarias que estén en vigor en el momento de la adhesión. Evidentemente de esta detenida exposición puede deducirse ya cuál deba ser la función del Estado español respecto a la aplicación de las diferentes categorías de normas del derecho comunitario distinguiendo también los dos momentos cuantitativamente muy diferentes de esa aplicación, uno la del bloque de legalidad en vigor en el momento de la adhesión y otro la del flujo habitual de normas comunitarias.

Conviene sin embargo hacer aquí una a modo de recapitulación de la diferente naturaleza de la actividad del Estado según la categoría de normas comunitarias a aplicar porque, a diferencia de algunos enfoques doctrinales que tratan la función de aplicación por el Estado en términos generales y sin acepción de las distintas clases de normas comunitarias, nosotros estimamos que esta diferente naturaleza es una categoría esencial a tener en cuenta en la función estatal de aplicación normativa.

Así, por lo que se refiere a los Tratados, la función del Estado en su

aplicación consiste por una parte en modificar la legislación interna incompatible, y esto incluso para los preceptos de los Tratados a que el Tribunal ha reconocido efectividad directa, es decir que son susceptibles de ser aplicados por los órganos judiciales internos directamente para salvaguardar los derechos que de ellos deriven los justiciables o para hacer respetar las obligaciones que les impongan. Por otra parte el Estado debe promulgar las normas necesarias para cumplir los compromisos adquiridos mediante la adhesión al Tratado CECA y mediante el Tratado de Adhesión a las otras dos Comunidades que, como veíamos, les hace partes de los Tratados Constitutivos tal como han sido modificados y completados. Esta función es diferente según el contenido de estos Tratados, distinto el del Tratado CECA de los otros dos, y especialmente del de la CEE, que son tratados cuadro, es decir que más que imponer obligaciones directas a los Estados lo que hacen es apoderar a las instituciones comunitarias para la adopción de normas de derecho derivado que desarrollen los compromisos genéricos en ellos suscritos. La tercera categoría de la actuación del Estado será la aplicación de carácter meramente administrativo de las disposiciones de los Tratados que sean susceptibles de ella.

Respecto a los Reglamentos, como veíamos, el Estado no precisa, y no debe, adoptar normas derogatorias de las disposiciones internas que resulten claramente incompatibles con las disposiciones de los reglamentos porque éstos tienen por sí propios la virtud de excluir su aplicación, y las normas internas deben limitarse únicamente a constatar o declarar esta inaplicabilidad de las que resulten incompatibles. Sin embargo sí que resulta necesaria la adopción de normas internas del mismo rango cuando las que se pretende modificar no resulten rigurosamente incompatibles con las disposiciones de un reglamento comunitario aunque en sentido amplio su modificación sea necesaria para permitir la aplicabilidad sin trabas del reglamento, o cuando la norma estatal se utilice para remodelar o refundir textos internos afectados por las disposiciones de un reglamento. La otra vertiente de la intervención normativa de un Estado en la aplicación de reglamentos se produce cuando éstos le habiliten expresa o implícitamente para adoptar normas que deban completarlos. En el caso de los reglamentos, la tercera función del Estado esto es la ejecutiva, es la ordinaria y la normativa más bien excepcional.

En cuanto a las Directivas, dada su naturaleza de normas indirectas que sólo se integran en el orden interno mediante las normas de desarrollo adoptadas por los Estados miembros, éstas deberán adoptar el rango

necesario para derogar a las normas anteriores que resulten incompatibles. En cuanto al carácter de estas normas internas de desarrollo recordamos que, a diferencia de las complementarias de reglamentos, condicionan la aplicabilidad interna de las directivas. También en este caso la tercera etapa de la actuación del Estado es la ejecución administrativa en este caso de sus propias normas internas de aplicación de las comunitarias.

A lo largo del trabajo también exponíamos que el Estado miembro se enfrenta a esta tarea de aplicación del derecho comunitario con sus propios medios institucionales y procedimentales, en aplicación del principio de la autonomía institucional en el caso de los reglamentos y de la propia caracterización de la norma como indirecta en el caso de las directivas. El derecho comunitario no exige sino su eficaz aplicación en el orden interno pero no impone los medios de que el Estado deba valerse para conseguirla. En consecuencia, llegábamos a la conclusión, de que en este campo de la aplicación del derecho comunitario jugará el reparto interno de competencias entre Legislativo, Ejecutivo y Judicial y entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Los dos grandes temas, por tanto, de la aplicación del derecho comunitario en España son justamente el *reparto de esta competencia entre Legislativo y Ejecutivo y entre Estado y Comunidades Autónomas*. Dado que este segundo supuesto es examinado específicamente en un artículo de esta misma publicación, aquí nos referiremos únicamente a las respectivas funciones del Legislativo y del Ejecutivo.

En nuestra Constitución no hay preceptos explícitos sobre la competencia para ejecutar los compromisos internacionales del Estado, solamente aparece una referencia en el segundo párrafo del artículo 93 que atribuye a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de los tratados por los que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión. Realmente el artículo no deslinda funciones de aplicación sino únicamente de garantía del cumplimiento y, por otra parte, al atribuir las a las Cortes Generales o al Gobierno según los casos puede decirse que no añade nada nuevo a la aplicación en este ámbito de las respectivas funciones de ambos poderes tal como con carácter general están configuradas en la Constitución. Más adelante examinamos sin embargo algunas hipótesis sobre la even-

tual virtualidad de este segundo párrafo del artículo 93 para modificar el reparto constitucional de funciones, según alguna doctrina, en el caso específico de la ejecución del derecho comunitario.

En los Estatutos de Autonomía de algunas Comunidades Autónomas sí que son frecuentes sin embargo las referencias a esta función. Las formulaciones varían entre aquellos Estatutos que atribuyen a la Comunidad la competencia para la aplicación normativa y ejecutiva de los tratados, atribución según una fórmula semejante a, por ejemplo la del artículo 27, 3.º del Estatuto de Cataluña:

«La Generalidad de Cataluña adoptará las medidas necesarias para la ejecución de los tratados y convenios internacionales en lo que afecten a las materias atribuidas a su competencia según el presente Estatuto.»

A esta categoría pertenecen los Estatutos del País Vasco, Cataluña, Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Canarias y Madrid.

En otro grupo estarían los Estatutos que atribuyen a las Comunidades la competencia únicamente ejecutiva de los tratados, según fórmulas similares a la utilizada en el artículo 12 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias:

«Corresponde al Principado de Asturias, en los términos que establezcan las leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado la función ejecutiva en las siguientes materias:

b) Ejecución dentro de su ámbito territorial de los tratados internacionales, en lo que afectan a las materias propias de las competencias del Principado de Asturias.»

A este modelo corresponden los Estatutos del Principado de Asturias, Murcia, Extremadura, Baleares, Castilla y León y la Ley de Amejoramiento del Fuero de Navarra.

En otro grupo de Estatutos: Galicia, Cantabria, La Rioja y la Comunidad Valenciana, no figuran previsiones sobre su competencia para la ejecución de tratados.

La heterogeneidad de las competencias respecto a la ejecución de tratados, aunque no automáticamente asimilable a la ejecución de las normas de derecho derivado comunitario, a la que solo se refieren expresamente los Estatutos de Aragón y Murcia es susceptible de dar lugar a una

importante controversia doctrinal que no podemos analizar en este trabajo (229).

Es posible, sin embargo, que estas dificultades procedan de un malentendido de esta mención que hacen algunos Estatutos de Autonomía a las funciones de la respectiva Comunidad Autónoma en la aplicación de tratados y convenios internacionales.

En efecto, no parece que ésta consista en la atribución de una competencia que, de no figurar expresamente recogida en el Estatuto, correspondería al Estado, porque es evidente, y así lo reconoce la doctrina que se ha ocupado del tema, que el monopolio que el artículo 149 de la Constitución reserva al Estado para las relaciones internacionales no abarca a la ejecución y aplicación a todos los niveles de los compromisos que en ejercicio de esta competencia el Estado contraiga internacionalmente, lo que equivaldría vaciar de contenido todas las competencias de las Comunidades Autónomas que resultasen afectadas por acuerdos internacionales. Ahora bien, si esta competencia de ejecución de tratados no está incluida en el monopolio del 149, esto es en el concepto «relaciones internacionales», cuando se trate de ejecutar normativa y administrativamente un tratado inmediatamente entrarán en juego los criterios de reparto entre Estado y Comunidades Autónomas, reparto que se hará según criterios materiales es decir en función del contenido de tales tratados, independientemente de la especificidad del instrumento jurídico que contenga la obligación de ejecución, obligación que se impone a todos los órganos del Estado y a todos los poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial y a las Comunidades Autónomas en cuanto instituciones del Estado, en el sentido de este término, de sujeto único de derecho internacional.

La función de las Comunidades Autónomas de aplicar normativa y ejecutivamente los compromisos internacionales del Estado, en las materias de su competencia, incumbe pues a todas las Comunidades Autónomas independientemente de que sólo en algunos de los Estatutos de Autonomía se reconozca expresamente, y en otros de manera limitada, porque no se trata de una competencia específica sino de un obligado ejercicio de sus competencias materiales.

Esto es lo que se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, en sentencia 44/82, de 8 de julio, fundamento 4, declara: «...la cláusula de la ejecución de los Tratados por la Comunidad Autónoma tal

(229) Véase el artículo de RODRÍGUEZ IGLESIAS, *op. cit.*, y el trabajo en prensa de A. MANGAS MARTÍN citado por el mismo en su capítulo V.2.

como la fija el primer inciso, que se encuentra en formas análogas en otros Estatutos (así, los de Cataluña, artículo 27.3, y de Andalucía artículo 23.2), *es lógica consecuencia de la organización territorial del Estado...*» y, en sentencia 58/82 de 27 de julio de 1982, fundamento 4, despeja las dudas sobre la naturaleza de esta mención que algunos Estatutos de Autonomía hacen a la función de ejecución de tratados internacionales, declarando: «... *la obligación, que no competencia, que impone a la Generalidad el artículo 27.3 de su Estatuto de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de los Tratados y Convenios Internacionales en lo que afecten a materias atribuidas a su competencia*».

Ejercicio de la función de aplicación normativa por el Legislativo o por el Ejecutivo

A falta pues de previsiones constitucionales, en el reparto de la aplicación de los tratados internacionales entre Legislativo y Ejecutivo, juegan los mismos criterios que para el reparto de la actividad normativa interna ordinaria. Por tanto ante una norma comunitaria debe examinarse si únicamente impone al Estado miembro una función ejecutiva o si expresa o implícitamente requiere una actividad normativa por parte del Estado. En este segundo caso hay que dilucidar si esa actividad normativa está dentro de las competencias reservadas al Legislativo esto es si cae dentro de la reserva material o formal de ley; o, en otras palabras, si la norma interna incide en aquellas materias para cuya regulación la Constitución exige el instrumento de la ley o si es necesario que la norma interna sustituya o modifique a otra anterior de rango legal, independientemente de la materia y de su inclusión o no entre las materias reservadas a la ley por la Constitución, en cuyo caso deberá tener igual o superior rango a la norma a la que pretende afectar.

Si repasamos la reserva material de ley formulada en la Constitución teniendo como criterio de nuestra búsqueda las materias que puedan resultar afectadas por normas internas de aplicación de derecho comunitario encontramos: en el título primero la regulación de la extranjería en el artículo 13, la regulación de los derechos fundamentales (según el art. 53.1) por ejemplo a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, artículo 20.1, el derecho y la función social de la propiedad privada, artículo 33.1, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, artículo 38, la imposición de tributos y prestaciones personales o patrimoniales, artículo 31, el Estatuto de los Trabajadores, artículo 35,

la regulación del ejercicio de profesiones tituladas, artículo 36, las sanciones penales y administrativas y la responsabilidad patrimonial por infracciones contra el medio ambiente, la regulación del comercio interior y del régimen de autorización de productos comerciales así como la defensa de los consumidores y usuarios, artículo 51, la regulación de organizaciones profesionales, artículo 52. En el título III la legislación electoral (elecciones al Parlamento Europeo), en el título VII la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y la intervención de empresas, artículo 128, la participación de los interesados en la Seguridad Social, artículo 129, la planificación de la actividad económica general, artículo 131, el establecimiento de tributos, artículo 133, la contratación de obligaciones financieras y la realización de gastos por parte de las Administraciones públicas, mismo artículo, la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, el aumento de gastos y la disminución de ingresos, artículo 134, y probablemente otras materias que resulten afectadas aunque sea tangencialmente por normas internas de desarrollo del derecho comunitario. En conclusión podríamos resumir el sistema de reserva material de ley de nuestra Constitución afirmando que el reglamento independiente de la ley en todas las materias que afectan a la libertad o a la propiedad de los ciudadanos queda formalmente excluido de nuestro derecho (230).

Evidentemente, rara será la norma comunitaria que no afecte de alguna forma a una de las materias de reserva legal. Si a ello se une la competencia legislativa ilimitada para las otras materias no reserva de ley, es decir la falta en nuestra Constitución de unas materias reservadas al reglamento, resulta en principio que la intervención parlamentaria sería necesaria en prácticamente todas las actuaciones del Estado en aplicación del derecho comunitario que tuvieran contenido normativo, es decir que se saliesen de los límites de lo estrictamente ejecutivo o de aplicación administrativa como lo hemos llamado en el curso de nuestro trabajo.

Ahora debemos recordar de nuevo las notas que hacen, en opinión de una abundante doctrina, inapropiada la intervención del Legislativo en la aplicación normativa del derecho comunitario. Se trata, como veíamos, de una normativa subordinada, es decir que el Legislativo no puede optar por no legislar; es además una competencia estrictamente limitada en cuanto a su contenido y a su objetivo, y aun muchas veces incluso a la

(230) GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de derecho administrativo*, tomo 1, 4.^a edición, p. 248.

redacción de la regulación concreta, y esto tanto en el caso de las normas complementarias de reglamentos como de las de desarrollo de las detalladísimas directivas. Otras razones no derivan de la naturaleza de la función normativa que corresponde al Estado sino de la posibilidad de que el ejercicio de esta función por parte del Legislativo se traduzca en incumplimientos que pondrían en juego la responsabilidad internacional del Estado. Se arguye así la lentitud del procedimiento parlamentario, la posibilidad de que se reabra el debate político sobre la propia norma comunitaria, y la escasa eficacia de la puesta en juego de la responsabilidad internacional del Estado para corregir una insubordinación del Legislativo.

A estas razones de carácter general deben añadirse en el caso de la adhesión de España otras dos específicas: la primera es la especial coyuntura constitucional del Estado que exige la instrumentación de un auténticamente nuevo orden jurídico interno en desarrollo de la Constitución, y la otra la calidad de Estado adherente a una Comunidad que lleva funcionando 27 años (33 en el caso de la CECA) y que durante este período de tiempo ha creado un orden jurídico de un volumen descomunal (en el momento de la adhesión de Grecia en 1980 ocupaba unas 45.000 páginas del Diario Oficial de las Comunidades) que en la actualidad y según datos del sistema de Informática Jurídica de la Comunidad, CELEX, constaba, a finales de noviembre de 1984, de 3.169 reglamentos y 869 directivas por no citar más que las categorías normativas más frecuentes, orden jurídico que el nuevo Estado miembro se compromete a aplicar en su territorio desde el momento de la adhesión a no ser que se prevean aplazamientos específicos, tarea de aplicación que repetimos no es sólo ejecutiva sino normativa en todas las directivas y en una parte relevante de los reglamentos, y para la cual según las disposiciones de anteriores actas de adhesión, que se repetirán en la de España, se dispone de un período relativamente corto que termina en el momento de entrada en vigor del Tratado de Adhesión.

Todas estas consideraciones abogan en favor de reservar al Legislativo la promulgación de las normas exigidas por el derecho comunitario únicamente en los casos en que su función sea materialmente normativa es decir que pueda moverse discrecionalmente entre unos límites lo suficientemente amplios como para permitir el juego de distintas opciones.

En estos casos sería posible agilizar la tramitación parlamentaria recurriendo a una delegación de estas materias a una Comisión Legislativa Permanente, órgano que, por otra parte podría ser también el cauce idó-

neo para la participación del Legislativo con el carácter que se configure, en la formación de la posición española a defender en el proceso decisorio de las instituciones comunitarias. No parece, en efecto, que la excepción contenida en el artículo 75.3 a esta delegación, en materia de «cuestiones internacionales», se refiera a esta función de aplicación del derecho comunitario (231).

A continuación examinamos los mecanismos constitucionales que pueden permitir la aplicación normativa del derecho comunitario mediante normas del Ejecutivo.

¿Suplen los reglamentos comunitarios la reserva de ley?

La primera hipótesis que conviene examinar es la adelantada por alguna doctrina, de la *posible consideración de las normas comunitarias como instrumentos que suplan a la ley interna en cuanto al cumplimiento de la reserva de ley material y formal* y que por tanto puedan ser desarrolladas por el Ejecutivo en ejercicio de su potestad reglamentaria. Parece evidente que, de entrada se puede negar esta función habilitante a aquellas normas comunitarias que no estén dotadas de aplicabilidad directa, como son la mayoría de las disposiciones contenidas en los Tratados Comunitarios y las directivas y decisiones. Las excluimos precisamente porque la interposición entre tales normas y los justiciables de una intervención normativa autónoma del Estado miembro somete esta intervención al reparto constitucional de competencias entre Legislativo y Ejecutivo.

El problema se plantea con normas comunitarias, bien sean algunas disposiciones excepcionales de los tratados bien todos los reglamentos, configuradas como aplicables directamente. Como veíamos, estas normas tienen la virtud de hacer inaplicables todas las normas internas que resulten incompatibles. De ahí que podría afirmarse que cumplen con la reserva formal de ley al dejar, por así decir, despejada su materia de las normas internas de rango legal que se les opongan.

Por tanto, cuando se trata de reglamentos comunitarios, lo que sí puede hacer el Ejecutivo es constatar o declarar en aras de la seguridad jurídica la inaplicabilidad de todas las normas internas, aun las de rango legal, que resulten incompatibles con los reglamentos comunitarios.

(231) RODRÍGUEZ IGLESIAS, *op. cit.*, capítulo V.1 que se remite a la obra de A. MANGAS, *Derecho comunitario europeo y derecho español*, en prensa. Véase también el capítulo V del trabajo de DE MIGEL ZARAGOZA, *Informe sobre la Ley Orgánica de Autorización de la Adhesión a las Comunidades Europeas*, septiembre de 1980, que me ha sido facilitado por el autor.

Respecto a si pueden suplir o no la reserva de ley material y por tanto ser objeto de desarrollo y complemento por parte de normas de carácter reglamentario, las posiciones doctrinales son más contradictorias. Como decíamos más atrás en los primeros tiempos de la ejecución del derecho comunitario por los Estados miembros, en algunos de éstos, en concreto en Francia, se construyó la teoría de que «el Gobierno, cuando actúa en ejecución de las disposiciones directamente aplicables de los tratados y de los reglamentos CEE ... está en la misma situación que cuando aplica la ley interna, de donde resulta que las medidas de aplicación de tales actos se adoptan normalmente en vía reglamentaria» (Dictamen del Conseil d'Etat de 20 de mayo de 1964). También allí señalábamos cómo esta tesis parece ser una deducción lógica de la teoría de la transferencia total de competencias legislativas estatales en los ámbitos en los que los Estados habían transferido a las instituciones comunitarias la competencia para adoptar reglamentos y también cómo la doctrina posterior había adoptado una postura mucho más cauta de forma que la práctica había caído rápidamente en desuso.

Una posición semejante se ha mantenido en España por Casanovas y La Rosa (232) que sostiene que la atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a las instituciones comunitarias, autorizada por el artículo 93, permite interpretar los actos comunitarios como que juegan un papel semejante a las leyes de habilitación y que por lo tanto pueden atribuir a órganos internos de carácter ejecutivo la facultad para dictar normas con rango de ley. El autor parece referirse especialmente en esta hipótesis a la habilitación de los Ejecutivos de las Comunidades Autónomas pero hace extensible también esta interpretación al Gobierno del Estado. Decíamos que esta posición es únicamente semejante a la mantenida en su primera época por el Conseil d'Etat francés porque no coincide exactamente con ella. En efecto, una cosa es que los reglamentos comunitarios puedan suplir la reserva legal y por lo tanto permitir su desarrollo normativo por normas internas de carácter reglamentario y otra que se configuren como leyes de habilitación que permitan al Ejecutivo desarrollarlos mediante normas que también tendrían rango legal. Al primero de estos dos supuestos se refiere Muñoz Machado (233) que, excluyendo, correctamente, la virtualidad de las directivas para causar es-

(232) «Las Comunidades Autónomas y la adhesión de España a las Comunidades Europeas» en el Curso de verano de la Universidad de Santander de 1981 sobre *El derecho de la Comunidad europea*, p. 20 y ss.

(233) *El ordenamiento jurídico de la Comunidad europea y la Constitución española*, Cuadernos Civitas 1980, p. 123.

tos efectos, por lo que se refiere a los reglamentos afirma que incorporan «una regulación material de la cuestión de que se trate, sustituyendo sus preceptos la función y el cometido reservado constitucionalmente a las leyes internas, cual es innovar de forma primaria la regulación de concretas materias, introducir los principios básicos de ordenación de las mismas sin perjuicio de una ulterior complementación que pueda cumplirse a través de las normas que pueda dictar el Ejecutivo». Se trataría por lo tanto no de una delegación recepticia implícita sino de una remisión normativa también implícita. Esta segunda posición doctrinal, mucho más matizada, merece una consideración específica porque de poder aceptarse facilitaría extraordinariamente el proceso de aplicación normativa de las normas comunitarias directamente aplicables.

Una primera serie de objeciones suele apuntar la doctrina comunitaria en el sentido de que esta asimilación de los reglamentos comunitarios a la ley interna introduce un factor de confusión entre ambas categorías normativas que puede tener nefastas consecuencias en la aplicación práctica de la supremacía del reglamento sobre leyes internas posteriores o en la disposición de los jueces internos para acudir en reenvío ante el TJCE cuando se plantee la legalidad o la interpretación de una norma comunitaria. Estas, sin embargo no son razones que deban excluir *a priori* la posibilidad de que los reglamentos comunitarios satisfagan la reserva material de ley.

La tesis que fundamenta la suplencia del reglamento comunitario a la ley interna para salvar la reserva legal, en la atribución de competencias legislativas a las instituciones de las Comunidades Europeas no nos parece suficiente, primero porque es muy dudoso que esa atribución de competencias produzca el vaciamiento total del ámbito competencial del Estado en esos sectores, segundo porque la construcción de la actuación del Estado en desarrollo o complemento de los reglamentos comunitarios como una «re-delegación» que le hacen las instituciones comunitarias nos parece sumamente discutible, y en tercer lugar porque aunque se aceptase que efectivamente la función de aplicación normativa de los reglamentos comunitarios por parte del Estado es ejercicio de una función delegada por las Comunidades, siempre habría que considerar que esta delegación es al Estado en sí y no al Ejecutivo por lo que en su ejercicio deberían jugar de nuevo el reparto interno de competencias.

Lo que debemos considerar es si la mera existencia de un reglamento comunitario, que por sí propio forma parte del orden jurídico interno y

que tiene la virtud de hacer inaplicables las normas internas de todo rango que se le opongan, puede considerarse que autoriza al Ejecutivo a dictar normas que lo complementen, aunque estas normas incidan en materias reservadas a la ley, sin tener que solicitar una delegación legislativa.

Tal vez pueda echar luz sobre la discusión un intento de deslindar el diferente contenido material de las normas que un Estado miembro puede verse obligado a adoptar en aplicación de un reglamento comunitario. Esta tarea sólo podría llevarse a cabo con garantías de certidumbre tras un examen de todos los reglamentos o al menos de una muestra representativa de los mismos que produjese un inventario de las medidas a adoptar por el Estado. A falta de este trabajo previo aquí únicamente podemos adelantar con toda precaución que tales medidas internas podrían clasificarse en tres grupos: algunas de ellas serían propiamente normas principales, esto es no complementarias, porque el Estado recibe un encargo en blanco, así cuando los reglamentos le atribuyen la regulación del sistema de sanciones aplicables en caso de infracción. Al mismo grupo corresponderían las medidas de carácter fiscal o presupuestario que deba adoptar un Estado miembro en aplicación de un reglamento. En este caso, estimamos que no puede interpretarse que el reglamento suple la reserva material de ley precisamente porque no contiene las normas que podrían sustituir a la ley interna.

Otro bloque de normas de aplicación de reglamentos comunitarios son las referentes a organización y funcionamiento de la administración del Estado miembro que deba encargarse de la aplicación. Se trata por ejemplo de la obligación que puede imponer un reglamento de que el Estado designe los órganos nacionales responsables de la aplicación y defina el procedimiento. Este es el supuesto ordinario de actuación del Estado en la aplicación de los reglamentos dado que tienen vocación de normas jurídicamente completas que sólo dejan al Estado, a diferencia de las normas comunitarias indirectas, la aplicación administrativa. En este caso estimamos que estas normas caen de lleno en el ámbito de la potestad reglamentaria del Gobierno.

Pero hay un tercer supuesto que abarca las normas internas que son estrictamente de complemento normativo de disposiciones contenidas en el reglamento. Por ejemplo, el reglamento del Consejo número 17 de 6 de febrero de 1962 sobre las condiciones de aplicación de los artículos 85 y 86 TCEE en materia de defensa de la competencia impone a los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias para prestar a

los agentes de la Comisión la asistencia necesaria para permitirles ejercer su misión de control. Algunos Estados miembros han interpretado este mandato como exigiéndoles únicamente una designación de las autoridades internas competentes y por lo tanto procedieron a desarrollarlo por decreto, mientras otros consideraron necesario definir el contenido de esta función investigadora, por ejemplo controlar los libros y otros documentos profesionales, sacar copia de los mismos, acceder a los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas, etc., con lo que las normas internas caían dentro de la reserva de ley. Es precisamente en este tercer supuesto, por otra parte bastante limitado dada la completud de la inmensa mayoría de los reglamentos y los estrictos límites que a la función de aplicación normativa estatal ha ido imponiendo la jurisprudencia del TJCE, en el que se plantea la cuestión de la virtualidad del reglamento comunitario para satisfacer la reserva de ley.

Evidentemente la existencia de un reglamento comunitario en el orden interno de un Estado miembro constituye una regulación material de la cuestión de que se trata y sustituye a la función y al cometido reservados constitucionalmente a la ley interna, como acertadamente señala Muñoz Machado. Lo que conviene preguntarse sin embargo es si la existencia de esta regulación material, que podría decirse que satisface la reserva de ley, es causa suficiente para que el Ejecutivo pueda dictar las normas complementarias, aunque incidan en materias reservadas a la ley.

Esto quiere decir que sería necesario distinguir entre la satisfacción por parte de una norma comunitaria directamente aplicable, de la reserva de ley, y la posibilidad de que el Ejecutivo adopte las normas de desarrollo de tal norma comunitaria sin habilitación legislativa.

Esta cuestión es susceptible de dos enfoques: uno desde el punto de vista de la propia norma comunitaria y otro según el esquema constitucional de cada Estado miembro.

El primer enfoque, puede hacerse según la forma o el contenido. Formalmente, es evidente que los reglamentos comunitarios no contienen una habilitación al Ejecutivo sino en todo caso como decíamos antes, al Estado miembro, lo que deja abierta la cuestión del reparto interno de competencias para las normas de aplicación. Desde el punto de vista material lo que hay que preguntarse es si el reglamento comunitario, que por sí propio puede modificar la situación jurídica de los particulares generando derechos y obligaciones, podría, o no, extender esa virtud a las normas reglamentarias internas que lo complementan, como hace la ley interna.

que contiene una remisión normativa a normas del Ejecutivo. Es ésta una cuestión sumamente compleja sobre la que no nos pronunciamos en este momento.

Desde el punto de vista del esquema constitucional de cada Estado miembro, la posibilidad de que los reglamentos comunitarios que incidan en materias de reserva de ley puedan ser objeto de desarrollo por normas del Ejecutivo, pensamos que es susceptible de soluciones distintas según que la Constitución conceda, o no al Ejecutivo una potestad reglamentaria de carácter general para el desarrollo de las leyes, que no precise una habilitación específica de cada uno de los textos legales en concreto. Es probablemente esta circunstancia la que estaría en la raíz de la doctrina del Conseil d'Etat francés que considera, en interpretación y aplicación del artículo 21 de la Constitución, que el Gobierno está dotado de la potestad reglamentaria para la ejecución de las leyes, directamente y no en virtud de la habilitación que deba contener la ley a desarrollar.

Si en un determinado sistema constitucional, se estima que el Ejecutivo no está dotado de esta potestad de reglamentar las leyes sin necesidad de habilitación legislativa, sería necesario recurrir a la hipótesis de que las propias normas comunitarias contienen una remisión normativa implícita.

En nuestro caso la mayoría de la doctrina se pronuncia en contra de la posibilidad de admitir la remisión implícita en las materias reservadas a la ley ordinaria considerando que en la delegación legislativa hay una ampliación del ámbito propio de la potestad reglamentaria; no puede sostenerse, según García de Enterría y T. R. Fernández que aun lege silente la Administración cuente siempre con la posibilidad de dictar reglamentos de las leyes, e interponer entre éstas y su aplicación una instancia normativa distinta (234). Por su parte Carro y Gómez Ferrer (235) admiten la posibilidad de una habilitación implícita cuando la ley se refiera a materias «administrativas», con lo que, podría deducirse que la excluyen cuando la reglamentación afecte a la libertad o a la propiedad de los justiciables. La posibilidad de un apoderamiento tácito deducido del texto de la ley es objeto también de una apreciación muy restrictiva por parte de la doctrina que considera que únicamente podría aceptarse en el caso de que se dedujese de otras habilitaciones expresamente reconocidas por la ley como una potestad concomitante o derivada de aquélla.

(234) *Op. cit.*, p. 269. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y Control judicial*, 2.ª edición 1981, p. 156 y ss.

(235) «La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución», *RAP*, núm. 87, p. 196.

En términos generales, y para concluir, nos parece difícil de aceptar que normas reglamentarias dictadas por el Ejecutivo en aplicación de reglamentos comunitarios puedan afectar por sí solas, sin habilitación legislativa expresa, al ámbito de derechos y deberes de los justiciables. Es éste, sin embargo, un tema en el que será necesario contrastar cuidadosamente distintas opiniones doctrinales antes de adoptar una posición firme.

Si se examina la praxis de los Estados miembros, el recurso a la teoría del reglamento comunitario como habilitante es francamente excepcional, sólo se dio en un momento determinado en Francia y muy ocasionalmente, y también en un primer momento, en Italia. En términos generales los Estados miembros adoptan las normas de aplicación respetando las reglas de reparto interno entre Legislativo y Ejecutivo, y en concreto, cuando se trata de normas de rango reglamentario, haciendo uso de habilitaciones legislativas, bien dictadas para otros supuestos pero aplicables a las normas comunitarias, bien creadas específicamente para éstas cuando incidan en el ámbito de la reserva de ley.

La misma argumentación que en el caso de los reglamentos nos lleva a pronunciarnos *en contra de la consideración de los tratados comunitarios como normas capaces de suplir la reserva material y formal de ley* de forma que pudiesen ser desarrollados directamente por normas internas de carácter reglamentario. Podría mantenerse, en efecto, que en virtud del artículo 96 de la Constitución que establece que los tratados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno, estaríamos ya ante una norma equivalente a la ley al menos en cuanto a satisfacer la reserva de ley establecida por la Constitución. De entrada, sería necesario hacer una precisión: la gran mayoría de las disposiciones contenidas en los tratados comunitarios, y en los tratados en general, contienen obligaciones para el Estado pero no son «self executing», es decir, no pueden ser aplicadas directamente por los jueces internos a los justiciables. Como es sabido la jurisprudencia del TJCE ha considerado que algunas disposiciones contenidas en los tratados comunitarios sí que producen efecto directo y conceden derechos e imponen obligaciones a los justiciables que las jurisdicciones internas deben declarar y exigir. Los criterios que el Tribunal comunitario ha utilizado para deslindar estas disposiciones dotadas de efecto directo han sido que impongan al Estado una obligación incondicional y suficientemente precisa.

Tras esta delimitación la cuestión se reduce a si estas disposiciones de los tratados dotadas de efectividad directa puede considerarse que satisfa-

cen la reserva de ley material y formal. Nosotros estimamos que esta posición es altamente discutible, primero porque una cosa es que el Juez interno pueda aplicar las disposiciones de los tratados internacionales, que forman parte de nuestro orden jurídico interno según el artículo 96 C.E., que sean estructuralmente completas, o que según la jurisprudencia del TJCE surtan efecto directo, y otra, que esas mismas disposiciones puedan entenderse como que suplen la reserva de ley.

Por una parte, a diferencia de los reglamentos, el Estado, en aplicación de disposiciones de los tratados, aun de aquéllas a que el TJCE ha reconocido la virtud de surtir efecto directo, está obligado a emanar normas internas de aplicación. También es difícil de concebir que estas disposiciones del tratado tengan per se el efecto de derogar las normas internas contrarias, de hecho el Tribunal comunitario ha exigido en algunos casos la derogación explícita de normas internas contrarias al tratado.

Pero, aun en el caso de que se estimase que las disposiciones del tratado, que forman parte del orden jurídico interno, y, que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades pueden producir derechos y deberes de los justiciables, suplen la reserva de ley, para considerar que habilitan al Ejecutivo para su desarrollo por normas reglamentarias sería necesario franquear el paso de interpretar tales disposiciones como que contienen una remisión normativa implícita, tesis que nos parece, como indicábamos en el caso de los reglamentos, muy difícilmente mantenible en nuestro sistema.

Delegaciones legislativas

Ahora bien, la conjunción del principio del reparto interno de competencias para la aplicación normativa de las normas comunitarias, con las circunstancias que hacen conveniente y aun necesario exonerar de esta carga al Legislativo, nos conduce a plantear la cuestión de las habilitaciones legislativas.

Aquí queremos plantearnos específicamente el tema de las habilitaciones legislativas para adoptar las normas internas de aplicación de las normas comunitarias que estén en vigor en el momento de la adhesión, porque las circunstancias de limitación de plazo y de volumen confieren a este bloque de legalidad unas características que hacen más patente la necesidad de acudir a delegaciones legislativas que en el caso del flujo ordinario de las normas comunitarias.

Dado que las habilitaciones legislativas pueden adoptar diferentes

fórmulas: delegaciones legislativas recepticias, remisiones legislativas y deslegalizaciones, parece conveniente examinar estas tres figuras para deducir cuál se adapta mejor a las características y exigencias de la aplicación del Derecho comunitario.

Por lo que se refiere a la delegación legislativa recepticia, esto es, aquella que confiere a los instrumentos adoptados por el Gobierno en su ejecución el rango o fuerza de Ley, supuesto previsto en el artículo 82 de la Constitución, a simple vista resulta perfectamente capaz de satisfacer la reserva de ley tanto material como formal, en aplicación de cualquiera de las diferentes categorías de normas comunitarias. Esta delegación se agota, como dice el número 3 del artículo 82 por «el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente». Esto quiere decir que el Gobierno no podría adoptar normas internas de aplicación de las frecuentísimas modificaciones de textos comunitarios, que a veces son meras adaptaciones, sin contar con una ley de delegación en cada caso.

La técnica de la remisión legislativa consiste en que la Ley reenvía a una normación ulterior, que ha de elaborar la Administración, la regulación de ciertos elementos que complementan la ordenación que la propia ley establece (236). Las normas que la Administración dicte en ejecución de la remisión tendrán únicamente el rango del instrumento del Ejecutivo que las contenga. El problema que se plantea es si esta técnica es utilizable para la adopción de normas internas de aplicación de aquéllas de las comunitarias que no están dotadas de la virtualidad de hacer inaplicables por sí mismas las normas internas que se les opongan. En otras palabras, ¿podría una ley atribuir al Ejecutivo el desarrollo por decreto (por simple decreto, no por decreto legislativo en cuyo caso estaríamos en el supuesto anterior) de una directiva comunitaria cuando este desarrollo exigiese la derogación o modificación de normas internas de rango legal? La cuestión no se plantea para los reglamentos porque éstos, por sí propios, tienen la virtud de hacer inaplicables los instrumentos internos de cualquier rango que se les opongan. No así las directivas y normas indirectas (ni, probablemente, tampoco las disposiciones dotadas de efecto directo de los tratados que, aunque pueden ser aplicadas directamente por el Juez interno en casos individuales, no puede decirse que hagan inaplicables erga omnes las disposiciones internas incompatibles), que deben integrar-

(236) GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 4.^a edición, p. 267.

se en el orden jurídico de los Estados miembros mediante normas internas del rango adecuado para apartar la aplicabilidad de las que se les opongan.

La cuestión puede reducirse a si la ley que autoriza a desarrollar por decreto las directivas, constituye el instrumento interno derogatorio de las normas que resulten incompatibles o bien si esta Ley no es suficiente y es necesario que los textos internos de aplicación tengan rango legal, en cuyo caso no bastaría con una remisión normativa sino que habría que acudir a la técnica anterior de la delegación recepticia o material.

La posibilidad de aceptar como técnica de habilitación la remisión normativa en el caso del desarrollo de normas comunitarias indirectas pasa pues por la cuestión previa de si la ley interna que efectúa la remisión a normas del Ejecutivo, y que para fijar su propio contenido normativo se remita a la norma comunitaria, presta a esta última su propio rango legal, la asume en su contenido.

Es éste un tema que requiere examen detenido que no hacemos aquí y por tanto preferimos mantener abierta por ahora la opción entre la delegación recepticia y la remisión normativa como técnicas de habilitación al Ejecutivo.

La delegación recepticia dotará a los textos internos de aplicación del derecho comunitario de mayor resistencia frente a normas internas posteriores pero también de una mayor rigidez que no corresponde bien con su contenido ordinario.

Por su parte la remisión normativa también plantearía el problema de agotamiento en un solo acto, y por tanto no podría utilizarse para desarrollar las frecuentes modificaciones de los textos comunitarios, no por sí propia, como la delegación recepticia, sino por su contenido en el caso de la aplicación del derecho comunitario porque sólo podría remitirse para fijar éste a las normas en vigor en el momento de la adhesión pero no a las posteriores.

La tercera técnica, la deslegalización, al no poder operar en materias reservadas a la ley, no sería de uso general en la aplicación de las normas comunitarias que como veíamos inciden directa o indirectamente muy frecuentemente en estas áreas. Sólo ocasionalmente podría utilizarse para remover la reserva de ley formal en casos concretos.

Limites materiales de las habilitaciones legislativas

Una primera serie es la constituida por los límites impuestos por la Constitución en el número 1 del artículo 82, que establece la no delegabilidad de la potestad de dictar normas con rango de ley en las materias que deban ser reguladas por ley orgánica. Con mayor razón hay que considerar excluida también la remisión normativa en estas materias (237).

Otras limitaciones podrían deducirse del contenido de la norma comunitaria, pero éstas no vendrían impuestas por la norma comunitaria ni por la norma constitucional sino que serían objeto de una decisión política en el Estado miembro. Así podría entenderse que no es conveniente delegar en el Ejecutivo la adopción de normas de aplicación de aquellas comunitarias que dejen al Estado miembro la posibilidad de ejercitar una función auténticamente normativa, es decir, de optar discrecionalmente entre diferentes alternativas.

Este supuesto se plantea más claramente cuando la norma comunitaria no ofrece ni siquiera criterios de regulación sino que hace una remisión en bloque a las normas internas, como es el caso del reenvío en la norma comunitaria a las disposiciones sancionadoras y penales a adoptar por el Estado miembro para garantizar la ejecución de las normas comunitarias. En estos casos es donde jugaría su verdadero papel el Legislativo, agilizando en su caso su procedimiento a través del trabajo en una Comisión Permanente específica. Por otra parte, técnicamente sería posible, aunque muy difícil, llegar a redactar una sola norma interna para todas o al menos la mayoría de las sanciones por infracciones al Derecho comunitario.

También éste sería el camino a seguir con las directivas que dejan un ámbito efectivo de discrecionalidad para el desarrollo normativo por parte del Estado miembro. La delimitación de estas normas comunitarias a aplicar únicamente mediante ley interna sólo podría hacerse tras un examen detenido del derecho comunitario sector por sector.

Técnica de las habilitaciones

Para la delegación recepticia el artículo 82 exige que la Ley de delegación contenga las bases (cuando su objeto sea la formación de textos articulados) y que delimite con precisión el objeto y el alcance de la delega-

(237) M. BASSOLS: «Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución», *RAP*, núm. 8, p. 132.

ción y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio. Por su parte la ley que efectúe una remisión normativa a normas del Ejecutivo, cuando opere en materias de reserva legal, habrá de abordar por sí misma el núcleo esencial de dicha regulación y «cuando suponga entregar a la decisión reglamentaria regulaciones de fondo, la enunciación de los criterios y principios con los cuales puede llegarse a ella» (238).

La cuestión que ahora se plantea es si tanto una como otra pueden remitir para la fijación de su contenido normativo, digamos de primer grado, a las normas comunitarias que deben ser aplicadas por las normas del Ejecutivo que se dicten en ejercicio de la delegación o de la remisión. La cuestión no es pacífica, aquí sólo queremos señalar algunos de los problemas que hace surgir y que exigirían un examen más detallado. Unos de estos problemas serían de carácter temporal y otros de fondo. De los primeros señalamos dos, a saber: En tanto no se produzca la entrada en vigor de la adhesión, las normas comunitarias tanto directas como indirectas, respectivamente no forman parte del ordenamiento jurídico interno español, ni obligan al Estado (239). Ahora bien, como las delegaciones o remisiones tendrán que producir sus efectos precisamente antes de la entrada en vigor de la adhesión si se quiere cumplir el compromiso contraído en el Acta de Adhesión de tener disponibles las normas internas de aplicación de las comunitarias para que éstas puedan recibir plena aplicación a partir de este momento, resulta que las leyes de delegación deberán promulgarse lo antes posible a partir de la fecha de la firma del Tratado de Adhesión sin esperar a su entrada en vigor, con lo que estarían remitiéndose, para fijar su contenido, a normas que no forman parte por el momento del orden interno (240).

(238) GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 270.

(239) Las normas comunitarias no sólo no serán obligatorias hasta la entrada en vigor de la adhesión sino que es probable que no se disponga de su versión auténtica en castellano antes de esa fecha. El mismo problema surgió en Grecia y el Consejo de Estado helénico dictaminó que el retraso en la publicación no debería poner en cuestión la elaboración autónoma de los decretos (por delegación) de aplicación. YATAGANAS, *op. cit.*, p. 474.

(240) Podría pensarse que estamos aquí ante un supuesto de aplicación anticipada de un tratado pero éste no es estrictamente el caso previsto en el artículo 25 del Convenio de Viena y en los artículos 20.2 y 30 del Decreto de 24 de marzo de 1972, sino una actividad del Estado preparatoria de la aplicación del Tratado de Adhesión cuando entre en vigor. No obstante, en el Acta de Adhesión se suele prever (art. 152 en la primera y 145 en la de Grecia) que:

«Les nouveaux Etats membres mettent en vigueur les mesures qui leur sont nécessaires pour se conformer dès l'adhésion aux dispositions des directives et des décisions, au sens de l'article 189 du traité CEE et de l'article 161 du traité CEEA, ainsi que des recommandations et des décisions au sens de l'article 14 du traité CECA, à moins qu'un délai ne soit prévu dans la liste figurant à l'annexe ... ou dans d'autres dispositions du présent acte.»

lo que materialmente configuraría a esta actividad normativa del Estado como un cumplimiento de una obligación asumida en el tratado, antes de su entrada en vigor. Para mejor delimitar su naturaleza convendría exa-

La otra cuestión polémica que se refiere a un elemento temporal, sería que si la ley de delegación o de remisión normativa contuviese un reenvío a las normas comunitarias en vigor en el momento de la adhesión, estarían configurando una habilitación en blanco respecto a las normas que se adoptasen por las instituciones comunitarias en el período entre su promulgación y la entrada en vigor del Tratado de Adhesión. Así lo hace expresamente la Ley de Adhesión de Grecia. En nuestro sistema no cabe tal delegación y por tanto habría que limitarla a los que estuviesen en vigor a la promulgación de la ley de delegación. De hecho, las que se publiquen posteriormente, si se trata de directivas concederán un período para su aplicación que se extenderá hasta bien después de la entrada en vigor de la adhesión.

Aparte de este problema de carácter general las normas comunitarias indirectas, directivas, decisiones y recomendaciones CECA, plantean también la dificultad de su no inclusión en el orden interno pero ya no sólo temporal sino permanente ya que, como veíamos al exponer su naturaleza jurídica, constituyen obligaciones para el Estado miembro, que debe proceder a dictar las normas que las apliquen, pero mientras no se adopten estas normas internas, que operen su integración, no puede entenderse que forman parte del ordenamiento interno. (La doctrina del «efecto directo» de algunas de sus disposiciones en casos muy específicos y puntuales, no salva esta objeción.) Como ya adelantábamos en su momento, en este caso habría que entender que la ley de delegación recepticia o de remisión normativa, que atribuyesen el desarrollo de las normas comunitarias indirectas a normas del Ejecutivo, tienen también el efecto de integrar a estas normas comunitarias en el orden jurídico interno.

Por otro lado el reenvío que las leyes de delegación o de remisión normativa efectúen a las normas comunitarias para que cumplan el papel de bases que delimiten el objeto y alcance de la delegación, en el caso de la delegación recepticia, o para, por así decir, rellenar su contenido normativo, en el caso de la remisión normativa, sólo sería efectivo en el supuesto de que las normas comunitarias contuviesen disposiciones lo suficientemente completas para jugar este papel. Este es el supuesto general tanto en el caso de los reglamentos, normas de ordinario completas, como en el caso de las directivas que, como veíamos, tienden a regular su materia

minar en detalle la institución de la aplicación provisional de los tratados internacionales en el derecho español para lo que nos remitimos al artículo que con este título publicó M. PAZ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA en el núm. 1 de 1982 de la *REDI*, p. 31.

con gran detalle. Los supuestos excepcionales en que la norma comunitaria contiene una delegación en blanco al Estado miembro, en el caso habitual de las normas sancionadoras, son precisamente los que hemos acotado como materia más adecuada para la regulación directa por el Legislativo.

Conviene señalar que la técnica de reenvío por las leyes de delegación a las normas comunitarias que deben ser completadas o desarrolladas por normas del Ejecutivo en ejercicio de la delegación o remisión normativa, se utiliza con mucha frecuencia por los Estados miembros de las Comunidades (241).

Delimitación del ámbito de la delegación o remisión normativa

A continuación nos debemos plantear la posible fórmula para instrumentar una o varias delegaciones recepticias o remisiones normativas a utilizar para la adopción por el Ejecutivo de las normas internas de aplicación del bloque de derecho comunitario en vigor en el momento de la adhesión. En otras palabras lo que se plantea es la delimitación del campo de esta delegación o remisión normativa.

Como se sabe, el artículo 82 exige que la delegación recepticia se otorgue «de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio». Por su parte la ley de remisión normativa para ser eficaz debe contener también una precisión, bien directa bien por remisión a las normas comunitarias, del ámbito normativo cuyo desarrollo atribuye al Ejecutivo.

Tomando el bloque de derecho comunitario en vigor en el momento de la adhesión habría que realizar un primer deslinde de las normas para cuya aplicación se estima necesaria u oportuna la intervención directa del Legislativo. Quedaría así un corpus de normas comunitarias cuyas normas internas de aplicación pueden ser adoptadas por el Ejecutivo en uso de delegaciones o de remisiones normativas.

Las exigencias de forma expresa y de plazo para su ejercicio no plantean mayores problemas. El plazo podría fijarse bien hasta el momento de entrada en vigor de la adhesión, es decir, durante lo que en la jerga comunitaria se llama período provisional (*interimaire*) bien a un plazo más largo como, por ejemplo, en las leyes de delegación griegas.

(241) LOUIS: *Les reglements ...*, op. cit., p. 360. RAMBOW, «L'exécution des directives de la CEE en République Fédérale d'Allemagne», *CDE*, 1970, p. 399. Para ejemplos de remisiones globales véanse los textos de las leyes de Adhesión que citamos en la nota 242.

La mayor dificultad consiste en si la precisión de «materia concreta» exigida por el artículo 82 para las delegaciones recepticias, o por la propia naturaleza de la ley que contenga la remisión normativa, puede entenderse cumplida por el acotamiento de la delegación o remisión a la aplicación de los tratados y de las normas comunitarias en vigor en el momento de la adhesión. No cabe duda de que este corpus normativo es un conjunto extensísimo pero no por ello menos estrictamente delimitado y concreto.

Si se quisiera evitar utilizar una fórmula genérica habría que recurrir a enumerar en una lista las disposiciones comunitarias para cuyo complemento o desarrollo se concede la delegación o la remisión normativa. Sin embargo este procedimiento podría suscitar dos clases de problemas: uno, la lista de disposiciones comunitarias en vigor, sólo la lista, ocupa dos gruesos volúmenes; por otra parte en alguna de las normas comunitarias aparecen tanto disposiciones cuyo desarrollo se podría atribuir al Ejecutivo como otras que en uso de los criterios que exponíamos antes deberían reservarse para el Legislativo. Nosotros estimamos más factible combinar una delegación, o remisión normativa (vamos a mantener la opción entre ambas fórmulas abierta) al conjunto del derecho comunitario en vigor, con una reserva específica de determinadas materias al Legislativo.

También esta delimitación de las materias reservadas al Legislativo suscita dificultades. Efectivamente algunas son fáciles de deslindar, por ejemplo si se opta por reservarle todas las normas internas que tengan carácter sancionador o las que supongan la imposición de nuevas cargas económicas. Pero el segundo criterio de delimitación a que nos referíamos antes, esto es cuando la norma comunitaria permita el juego de una discrecionalidad que configure la actividad interna del Estado como realmente normativa, sólo podría aplicarse tras un análisis sector por sector y norma por norma, análisis que, dada la exigüidad del período «provisional», no debería retrasar la promulgación de la ley de delegación o remisión.

La praxis de los Estados que se adhirieron a las Comunidades cuando éstas ya estaban en funcionamiento, muestra que han recurrido a fórmulas de delegación genéricas (242).

(242) La European Communities Act de 1972, del Reino Unido, declara en las secciones (2) y (4) del artículo 2:

«(2) Subject to Schedule 2 to this Act, at any time after its passing Her Majesty may by Order in council, and any designated Minister or department may by regulations, make provision
(a) for the purpose of implementing any Community obligation of the United Kingdom...»

Respecto al momento de promulgación de la ley de delegación o de remisión normativa estimamos que debería producirse lo antes posible, pero, evidentemente, no antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Autorización de la Adhesión, por ser éste el acto definitivo en que el Parlamento da su aquiescencia a la adhesión.

Respecto al plazo de la delegación, convendría no reducirlo exclusivamente al llamado período transitorio, es decir, hasta la fecha de entrada en vigor de la adhesión, por la imposibilidad material de concluir en ese momento toda la tarea de adaptación del orden interno al derecho comunitario en vigor, y prorrogarlo al menos un año más; por lo que se refiere a las materias de derecho comunitario que no entren en vigor inmediatamente sino que estén sometidas al período transitorio, la habilitación al Ejecutivo debería acomodarse a estos períodos transitorios en cada caso.

Si se utiliza la fórmula de la delegación recepticia, el artículo 82,4. exi-

«(4) The provision that may be made under subsection (2) above includes, subject to Schedule 2 to this Act, any such provision (of any such extent) as might be made by Act of Parliament...»

En la disposición adicional 2 excluye de esta delegación general las normas que consistan en

«(a) to make any provision imposing or increasing taxation; or... (d) to create any new criminal offence punishable with imprisonment for more than two years or punishable on summary conviction with imprisonment for more than three months or with a fine of more than £400 (if not calculated on a daily basis) or with a fine of more than £5 a day».

La ley del mismo título de la República de Irlanda contiene la siguiente delegación general en su artículo 3:

«(1) A Minister of State may make regulations for enabling section 2 of this Act to have full effect.

(2) Regulations under this section may contain such incidental, supplementary and consequential provisions as appear to the Minister making the regulations to be necessary for the purposes of the regulations (including provisions repealing, amending or applying, with or without modification, other law, exclusive of this Act).

(3) Regulations under this section shall not create an indictable offence.»

Por su parte el artículo 5 de la ley de adhesión de Dinamarca establece una delegación limitada a determinados sectores de derecho comunitario:

«The competent Minister may lay down provisions to the effect that legal requirements as to nationality residence and domicile in Denmark be set aside where necessary in consequence of Denmark's obligations under the Communities' rules on rights of establishment, exchange of services and the free movement of workers.»

La ley griega de ratificación de la adhesión, de 27 de julio de 1979, establece en su artículo 2.º que por medio de Decretos Presidenciales dictados a propuesta de los ministros competentes hasta el final de diciembre de 1981 podrán regularse todas las cuestiones referentes a la aplicación de los actos adoptados por las Instituciones previstas en el artículo 1 de la Ley así como de todos los actos que se dicten hasta la adhesión según el artículo 1, así como la adaptación a estos mismos actos de la legislación en vigor, según los principios generales y el espíritu del derecho comunitario. Como puede observarse la duración de la habilitación se prorrogaba hasta un año después de la fecha de la adhesión. Otra particularidad de la Ley de delegación griega es que no se refería expresamente a las adaptaciones internas como consecuencia de la aplicación de los tratados, lo que llevó al Consejo de Estado a estimar que tales adaptaciones debían ser objeto de ley lo que retrasó considerablemente la adaptación de las normas internas a las disposiciones de los tratados en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios. Leyes posteriores, la 1338/83 y la 1440/84, han conferido de nuevo al ejecutivo la posibilidad de actuar mediante Decretos presidenciales para adoptar las normas internas de desarrollo de las abundantísimas directivas que aún no habían sido objeto de aplicación normativa en Grecia.

ge que las leyes de delegación delimiten con precisión no sólo el objeto y alcance de ésta sino también los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio. Estimábamos que el objeto y alcance quedarían suficientemente precisados mediante reenvío a las normas comunitarias que debieran desarrollarse; en cuanto a los principios y criterios no deberían ser otros que los exigidos por la correcta aplicación del derecho comunitario y así debía preverlo en una fórmula genérica la ley de delegación o remisión normativa.

Hasta el momento, cuando hablábamos de la delegación recepticia, nos hemos referido exclusivamente a una de sus formas que es la Ley de Bases. La posibilidad de utilizar la técnica de textos refundidos en la aplicación normativa del derecho comunitario merece un comentario específico.

Es evidente que el derecho comunitario, tanto el directamente aplicable como las normas indirectas, incide no sólo sobre las normas internas incompatibles *strictu sensu* con su aplicación sino en un amplio conjunto de normas internas conexas, que pueden no responder a los mismos principios normativos y generar por tanto inseguridad y disfunciones en su aplicación. Es necesario, sin embargo, dejar claro que la actuación normativa del Estado para «regularizar, aclarar y armonizar» estos textos normativos internos que no pueda considerarse se oponen a la aplicación de las normas comunitarias, no viene exigida por el derecho comunitario sino por imperativos de coherencia interna y seguridad jurídica de su propio ordenamiento. Es evidente que en este supuesto puede ser muy útil utilizar la técnica de los textos refundidos en su versión más amplia, es decir, como autorización al Ejecutivo para «regularizar, aclarar y armonizar» los textos legales que hayan de ser refundidos. Es preciso sin embargo hacer una salvedad importante que tenga en cuenta la diferente incidencia de las normas comunitarias directas y de las indirectas sobre las normas internas.

Los reglamentos, como hemos venido repitiendo, hacen inaplicables por sí mismos las normas internas que se les opongan. Por otra parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha declarado repetidamente que es contraria al derecho comunitario toda práctica legislativa que consista en incluir el texto del reglamento en el contenido de una norma interna. De ahí que los textos refundidos que eventualmente se adopten para regularizar áreas normativas afectadas por un reglamento comunitario deban limitarse únicamente a operar sobre las normas internas que se estime

oportuno refundir pero sin introducir en esa refundición las disposiciones del reglamento.

Las directivas y otras normas comunitarias indirectas no están dotadas de esta virtud de hacer inaplicables por sí propias las disposiciones del orden interno que resulten incompatibles, sino que es la norma que el Estado deba adoptar en su desarrollo la que debe tener el rango necesario para producir este efecto. De ahí se deduce que nada impide que esta norma interna que aplique la directiva sea precisamente un texto refundido de toda la normativa interna afectada por la directiva y de las propias disposiciones de ésta cuando sean lo suficientemente precisas. En este supuesto la ley de delegación debería prever expresamente que la autorización no sólo es para el desarrollo de las directivas sino para la elaboración de un texto refundido de todo el derecho interno en el sector que resulte afectado por éstas.

Control del ejercicio de las habilitaciones normativas

En nuestro derecho interno las delegaciones pueden ser objeto de tres tipos de controles: legislativo, constitucional y judicial.

El control legislativo es el previsto en el número 6 del artículo 82 con carácter potestativo. Este control parlamentario suele instrumentarse mediante una intervención del legislativo, o de una de sus comisiones, bien a título informativo, con posibilidad de suspender su promulgación, bien exigiendo la aprobación expresa. La doctrina comunitaria señala que de establecerse con excesivo rigor este control parlamentario se estaría dando al traste con las ventajas de la delegación normativa al Ejecutivo, que en el caso del derecho comunitario son precisamente las de facilitar y expedir la tarea de ejecución normativa del derecho comunitario, objetivos que quedarían obstaculizados si la intervención del Parlamento adoptase la forma de una ratificación o convalidación (243). El artículo 153 del Reglamento del Congreso de los Diputados prevé la posibilidad de un procedimiento de control adicional de la legislación delegada, pero establece expresamente en su número 5 que los efectos jurídicos del control serán los previstos en la Ley de Delegación.

Respecto al control constitucional, si se utiliza la técnica de la delegación recepticia, los decretos legislativos podrán ser objeto de recurso de

(243) LOUIS: «L'adhésion de la Grèce et les problèmes posés par la mise en oeuvre du droit dérivé», en *La Grèce et les Communautés Européennes...*, IEE, Universidad de Bruselas, 1978, p. 306 y ss.

inconstitucionalidad y de cuestión de constitucionalidad según los artículos 161,a) y 163 de la Constitución y 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El posible control judicial de los decretos legislativos es discutido por alguna doctrina, pero parece que también sea posible el control «ultra vires» y de los posibles vicios de competencia y de forma. Lo mismo puede decirse, con mayor razón, de los decretos emanados en ejercicio de una remisión normativa. La única peculiaridad del control, tanto constitucional como judicial de las normas del Ejecutivo dictadas en ejercicio de delegación o remisión normativa para la aplicación de normas de derecho comunitario, es que este control es resultado de un doble apoderamiento de los órganos judiciales y en su caso del Tribunal Constitucional, porque la actuación de estos no sólo viene exigida por el ejercicio de la delegación sino que el derecho comunitario también les apodera para juzgar la adecuación a las normas comunitarias de las normas internas que las aplican. En este caso los dos criterios de control estarán también fundidos en el mismo instrumento al hacer la ley de delegación o de remisión normativa un reenvío a la legislación comunitaria a aplicar. En este proceso de control tanto el Tribunal Constitucional como las jurisdicciones internas deberán recurrir al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuando se les planteen cuestiones de interpretación o de validez de la legislación comunitaria.

Intervención del Consejo de Estado

El artículo 21 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado establece:

«El Consejo de Estado deberá ser consultado en los siguientes asuntos:

...

2. Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales.
3. Dudas y discrepancias que surjan en la interpretación o cumplimiento de tratados, convenios o acuerdos internacionales en los que España sea parte.
4. Problemas jurídicos que suscite la interpretación o cumplimiento de los actos y resoluciones emanados de Organizaciones internacionales o supranacionales.»

Por otra parte el 22 del mismo texto dispone:

«La Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos:

...

2. Disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales.»

...

«El dictamen será preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos por esta ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes.»

El dictamen preceptivo del Consejo o de su Comisión Permanente se establece por tanto para disposiciones de rango legal o de carácter reglamentario dictadas en ejecución, cumplimiento o desarrollo de convenios internacionales.

Ahora bien, las normas nacionales que son aplicación directa de los tratados comunitarios son escasas; el supuesto normal es la aplicación de normas dictadas por las instituciones comunitarias. Las disposiciones nacionales resultan así ser de ejecución de los tratados comunitarios pero una ejecución de segundo grado, mediata, porque entre el tratado y la norma nacional se interpone la disposición adoptada por las instituciones comunitarias, disposición equivalente a los «actos y resoluciones emanados de organizaciones internacionales o supranacionales» cuya interpretación y cumplimiento según el artículo 21.4 del mismo texto orgánico, será objeto de dictamen preceptivo cuando susciten «problemas jurídicos».

Es evidente que la exigencia de dictamen en caso de que el cumplimiento de estas resoluciones y actos plantee problemas jurídicos no debe entenderse como que implica que su cumplimiento sin problemas no precisa dictamen, porque el número 2 y 3 del mismo artículo requieren el dictamen tanto para la mera ejecución como para las dudas y discrepancias en la ejecución de tratados.

Lo que sí puede mantenerse es que el legislador distingue entre cumplimiento de tratados y cumplimiento de resoluciones emanadas de organizaciones internacionales (la pertenencia a las cuales se establecerá lógicamente en un tratado) y que no considera automáticamente equivalente el cumplimiento de éstas al de aquéllos, porque les dedica una regulación específica que es la contenida en el número 4, sin considerarlas subsumidas en el número 3. Podría así mantenerse que la Ley Orgánica exige dictamen del Consejo o de la Comisión Permanente para las normas internas legales o reglamentarias dictadas en cumplimiento de disposiciones de

derecho comunitario derivado únicamente cuando tal cumplimiento plantee problemas jurídicos.

Tal vez ayudarían a esclarecer la situación las consideraciones que venimos haciendo sobre la naturaleza y contenido de la operación de aplicación normativa del derecho comunitario. Cuando los órganos nacionales, Legislativo, Ejecutivo, del Estado o de las Comunidades Autónomas, adoptan normas para la ejecución de las dictadas por las instituciones comunitarias ejercen una competencia «subordinada», «ejecutiva», de la que ha desaparecido toda discrecionalidad porque debe estar encuadrada en los márgenes generalmente muy estrechos que los textos comunitarios permiten (bien por la exigencia de que se limiten a regular únicamente lo estrictamente necesario para la aplicación de los Reglamentos, bien por la redacción muy detallada de las Directivas que no deja virtualmente lugar a su desarrollo sino a su mera transposición), «subordinación» que se traduce en que los textos internos están sometidos al escrutinio de las instituciones comunitarias y al control de su adecuación a la norma que desarrollan o ejecutan por el Tribunal de Justicia de las Comunidades.

También aquí debemos hacer referencia al volumen de la legislación secundaria comunitaria que los órganos de un Estado miembro deben aplicar adoptando normas internas de desarrollo, para que el derecho comunitario derivado en vigor en el momento de la adhesión entre en vigor al mismo tiempo que el tratado de adhesión salvo que en éste se establezcan aplazamientos para materias específicas.

Estas consideraciones abogarían por una interpretación restrictiva de la intervención del Consejo de Estado en el proceso de aplicación del derecho comunitario derivado que esté en vigor en el momento de la adhesión, que podría apoyarse en el tenor literal de la Ley Orgánica como antes avanzábamos.

Ahora bien, esta interpretación restrictiva no puede mantenerse ante la exigencia del número 1 del artículo 21 y del número 3 del artículo 22 de la misma ley orgánica que exigen respectivamente dictamen del Consejo de Estado en pleno y de la Comisión Permanente para los proyectos de decretos legislativos y para los reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones.

Dado que venimos propugnando que la aplicación de las normas de derecho comunitario originario y derivado en vigor en el momento de la adhesión, que incidan en materias de reserva legal debe ser objeto de una

habilitación legislativa, bien en forma de delegación recepticia bien de remisión normativa, es evidente que ambos supuestos exigirán la intervención del Consejo de Estado. De esta forma esta intervención, que resultaría excluible tomando en cuenta la naturaleza de las normas comunitarias y el contenido de las normas internas de aplicación, vendría impuesta por el instrumento en particular utilizado en su aplicación.

