

OTRA VIRTUALIDAD DE LAS DIRECTIVAS: SU “EFECTO DIRECTO DE EXCLUSIÓN”

Carmen Martínez Capdevila*

Sumario: I. EL “EFECTO DIRECTO DE EXCLUSIÓN” DE LAS DIRECTIVAS. II. *CIA SECURITY* Y *UNILEVER*: UN “EFECTO DIRECTO DE EXCLUSIÓN” *SUI GENERIS*. III. ¿CABE EL “EFECTO DIRECTO DE EXCLUSIÓN” EN LOS PLANOS HORIZONTAL E INVERSO? IV. *QUID* DE LOS EFECTOS REFLEJOS DEL “EFECTO DIRECTO DE EXCLUSIÓN” EN EL PLANO VERTICAL? V. LA (DISCUTIBLE) AFIRMACIÓN DEL TJCE DE QUE LA INAPLICACIÓN DE LAS REGLAMENTACIONES TÉCNICAS NACIONALES SE PRODUCE TAMBIÉN EN LAS RELACIONES *INTER PRIVATOS*. VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. EL “EFECTO DIRECTO DE EXCLUSIÓN” DE LAS DIRECTIVAS

Desde hace algunos años se viene hablando del “efecto directo de exclusión” para identificar aquel supuesto en el que las directivas comunitarias se invocan por los particulares para argumentar que los Estados, en la transposición o en la aplicación, han rebasado el margen de apreciación que aquéllas les dejaban y pretender la inaplicación de la normativa o de la medida interna resultante, que sería así *ultra vires*¹.

La diferencia de este “efecto directo de exclusión” con respecto al efecto directo tradicionalmente concebido radica en que en este último las disposiciones de la directiva se invocan para hacer valer algún derecho que reconocen al particular en cuestión y en que la consecuencia de tal invocación sería, al menos potencialmente, la inaplicación de la normativa estatal y la subsiguiente aplicación de la disposición comunitaria. De ahí que se hable del “efecto directo de sustitución”.

Entre uno y otro tipo de efecto directo habría, pues, dos elementos de distinción. Por un lado, el *casus operandi*: violación del margen de discrecionalidad dejado al Estado *versus* violación de un derecho que la directiva viene a reconocer de forma suficientemente precisa e incondicional a un individuo. Por el otro, la consecuencia de

* Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Público (Universidad Autónoma de Madrid).

© Carmen Martínez Capdevila. Todos los derechos reservados.

¹ En relación con este tipo de efecto directo de las directivas, v.: LENZ, M.; SIF TYNES, D.; y, YOUNG, L., “Horizontal What? Back to Basics”, *ELR*, 2000, n° 5, pp. 509-522, pp. 517-522; PRECHAL, S., “Does Direct Effect Still Matter?”, *CMLR*, 2000, n° 5, pp. 1047-1069; TRIDIMAS, T., “Black, White, and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited”, *YEL*, 2002, pp. 327-354; ALONSO GARCIA, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 158-166; DUBOS, O., “L’invocabilité d’exclusion des directives: une autonomie enfin conquise”, *Revue française de droit administrative*, 2003, pp. 568-575; y, HILSON, C., “Legality Review of Member State Discretion Under Directives”, en TRIDIMAS, T. y NEBBIA, P. (eds.), *European Union Law for the Twenty-First Century. Rethinking the New Legal Order*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2004, vol. 1, pp. 223-238.

la invocación: mera inaplicación de una medida estatal *versus* inaplicación de esa misma medida seguida de la aplicación de la disposición de la directiva.

El segundo elemento diferencial apuntado no siempre tiene ocasión de manifestarse, pues puede suceder: i) que el *petitum* del particular que esgrime un derecho derivado de la directiva y que supuestamente habría sido violado se limite a solicitar la inaplicación de una disposición interna; ii) que, tratándose de la impugnación de actos administrativos nacionales que conculcan derechos atribuidos por una directiva, el ordenamiento procesal interno no permita a los tribunales más que proceder a la anulación de las actuaciones de otros órganos, sin contemplar la aprobación por su parte de una medida sustitutoria; o, iii) que con la mera inaplicación del Derecho interno se alcance el resultado prescrito por la Directiva. En todo caso, al menos en potencia, la diferencia en cuanto a las consecuencias de uno y otro tipo de invocabilidad existe².

Es evidente que el *casus operandi* y las consecuencias de uno y otro tipo de efecto directo están íntimamente relacionados entre sí. Como sostiene O. DUBOS: “s’il s’agit d’un contentieux de type subjectif, la norme communautaire qui est invoquée doit être effectivement suffisamment inconditionnelle et précise pour permettre au juge national d’appliquer les droits qu’elle confère à l’une des parties au procès. Lorsque le contentieux est de type objectif, seul un effet d’éviction est recherché, une telle exigence ne paraît pas pertinente car il s’agit d’apprécier la compatibilité d’une norme nationale au regard du droit communautaire. Quel que soit le pouvoir discrétionnaire laissé aux Etats membres, le juge national doit pouvoir apprécier si les autorités étatiques sont bien restées dans le cadre de la marge d’appréciation qui leur était conférée”³.

El “efecto directo de exclusión” ha pasado muy desapercibido en la doctrina, porque la jurisprudencia del TJCE ha insistido menos en él que en cualquiera otra de las posibles virtualidades reconocidas a las directivas⁴. Lo curioso es que, como advierte R. ALONSO GARCIA, lo más conforme con la tipificación de la figura de la directiva que realiza el artículo 249 del Tratado CE es que deje un margen de apreciación a los Estados a la hora de establecer cómo alcanzar el objetivo que aquella marca⁵.

Fue en la sentencia en el asunto *Verbond van Nederlandse Ondernemingen*, de 1 de febrero de 1977, cuando el TJCE proclamó por vez primera que los particulares podían invocar una directiva que dejaba un margen de apreciación a los Estados miembros al objeto de que los órganos nacionales verificaran si las autoridades del país habían rebasado los límites a tal apreciación. En este pronunciamiento el Tribunal declaró que “sería incompatible con el efecto imperativo que el artículo 189 [actual

² Al respecto, v. PRECHAL, “Does Direct Effect...”, *op. cit.*, pp. 1059-1063.

³ “L’invocabilité d’exclusion...”, *op. cit.*, p. 571.

⁴ Como es sobradamente conocido, además de ser fuente de derechos y parámetro de aplicación del ordenamiento interno, las directivas pueden actuar como canon de interpretación de este último y pueden igualmente servir de fundamento para reclamar la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros. Como consecuencia del desconocimiento del “efecto directo de exclusión”, son frecuentes las sentencias de tribunales nacionales que aplican esta doctrina sin citar ni ampararse en la jurisprudencia del TJCE que la avala. Como botón de muestra, podría referirse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) nº 536/2004, de 23 de junio de 2004.

⁵ *El juez español... op. cit.*, p. 159.

artículo 249] reconoce a la directiva excluir, en principio, que la obligación que ésta impone pueda ser invocada por los interesados. En particular, en los casos en los que, a través de una directiva, las autoridades comunitarias hayan obligado a los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de tal acto quedaría debilitado si se impidiera al justiciable invocarlo ante los tribunales y si los órganos jurisdiccionales nacionales no pudieran tomarlo en consideración, como elemento de Derecho comunitario, para verificar si, dentro de los límites de la facultad de que dispone en cuanto a la forma y los medios de ejecutar la directiva, el legislador nacional ha respetado los límites del margen de apreciación trazado por la directiva”; añadiendo que “incumbe a la jurisdicción nacional ante la cual se invoca la directiva comprobar si la medida nacional litigiosa se sitúa fuera del margen de apreciación de los Estados miembros”⁶.

Este pronunciamiento quedó, sin embargo, sin continuidad. Hubo que esperar hasta la segunda mitad de la década de los noventa para que el Tribunal de Luxemburgo volviera a retomarlo. Fue, especialmente, al hilo de la Directiva 85/337 relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente⁷. En los asuntos *Kraaijeveld*, *WWF* y *Linster* el TJCE reconoció el derecho de los particulares a invocar los preceptos de las directivas ante los órganos jurisdiccionales nacionales, la facultad de estos últimos de verificar si las autoridades legislativas o administrativas nacionales habían respetado los límites fijados al margen de apreciación y, caso de que concluyeran que tales límites habían sido sobrepasados, la obligación de inaplicar las correspondientes medidas nacionales⁸.

En la sentencia *Brinkmann* el Tribunal de Justicia añadiría a esta jurisprudencia la aclaración de que cuando la disposición de una directiva invocada por un particular deja un margen a la discrecionalidad del Estado no cabe que el juez nacional aplique, en lugar de la medida nacional inaplicada, lo dispuesto en la directiva: si lo hiciera, estaría suplantando al legislador, a quien le corresponde acotar tal margen de apreciación. En esta resolución el Tribunal de Justicia declaró que, al elegir una fórmula impositiva para el tabaco que no se correspondía con ninguna de las tres fórmulas entre las que el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 93/80 permitía escoger a los Estados, Alemania había vulnerado el margen de apreciación que le dejaba la Directiva y que, en consecuencia, “un sujeto pasivo puede invocar dicha disposición para que no se le aplique [la] fórmula impositiva [alemana] que excede el margen de apreciación de que dispone el legislador nacional” (f.j. 33). El Tribunal rechazó, en cambio, la pretensión de *Brinkmann* de que el juez nacional aplicara una de las tres modalidades de tributación contempladas en el apartado 1 del artículo 3: “la fórmula *ad valorem* [aquella cuya aplicación pretendía *Brinkmann*] sólo corresponde a una de las opciones previstas por la Directiva, y ésta no puede, por tanto, interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional a sustituir al legislador nacional a quien corresponde exclusivamente elegir la fórmula impositiva que considere apropiada, en el marco definido por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva” (f.j. 38); “dicha disposición”,

⁶ As. 51/76, ff.jj. 22 a 24 y 29.

⁷ DOCE, nº 175, de 5.7.1985, p. 40; *EE* cap. 15, tomo 6, p. 9.

⁸ STJCE de 24.10.1996, as. *Kraaijeveld*, C-72/95, ff.jj. 56-61, *Rec.* pp. I-5403 ss.; STJCE de 16.9.1999, as. *WWF*, C-435/97, ff.jj. 69-70, *Rec.* pp. I-5613 ss.; y, STJCE de 19.9.2000, as. *Linster*, C-287/98, ff.jj. 32 y 37, *Rec.* pp. I-6917 ss.

sigue argumentando el Tribunal, “no confiere a los sujetos pasivos, en un caso como el controvertido en el procedimiento principal, el derecho a invocarla ante un órgano jurisdiccional nacional con la única finalidad de evitar que se les aplique el derecho específico mínimo y de ser gravados únicamente con un impuesto *ad valorem*” (f.j. 39)⁹.

En la sentencia *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee*, de 7 septiembre de 2004, el TJCE terminaría de perfeccionar su doctrina sobre el “efecto directo de exclusión”, añadiendo que el control por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales del respeto de los límites fijados por una directiva al margen de apreciación de las autoridades nacionales puede llevarse a cabo “incluso aunque el ordenamiento jurídico del Estado miembro no haya sido adaptado a ésta pese a la expiración del plazo fijado”¹⁰.

Con el reconocimiento de esta nueva invocabilidad de las disposiciones comunitarias el Tribunal de Justicia ha extraído nuevas consecuencias del principio de primacía del Derecho comunitario, ahondando en la vía que abriera con la afirmación del “principio de la interpretación conforme”¹¹. En virtud de este último principio, cuando no sean aplicables a un asunto (por carecer de las condiciones de las que depende la “eficacia directa de sustitución” o por tratarse de una directiva y de un litigio entre particulares), las disposiciones comunitarias han de servir de parámetro de interpretación del Derecho interno. Con la afirmación del denominado “efecto directo de exclusión”, esas mismas normas comunitarias en las que no concurren las condiciones para convertirse en fuente de derechos para los particulares desempeñan una nueva función: sirven como parámetro para determinar la aplicabilidad de las disposiciones nacionales. Medidas de Derecho interno que resulten *ultra vires*, porque rebasen los márgenes al poder de apreciación que un acto comunitario dejaba a los Estados, no podrán ser aplicadas por los órganos estatales. El Derecho comunitario opera, como digo, como parámetro de aplicabilidad.

⁹ STJCE de 15.6.2000, C-365/98, *Rec.* pp. I-4619 ss. En contra de la posición del TJCE en este punto, R. ALONSO GARCÍA propugna que los jueces nacionales “deberían, en el marco de los litigios concretos en que intervienen, proceder a una integración judicial de la directiva aun en presencia de margen de apreciación siempre que el resultado a conseguir aparezca perfectamente delimitado, sin perjuicio de que dicha integración judicial sea posteriormente sustituida a través de la correspondiente ejecución normativa (según exige, como sabemos, una completa y correcta ejecución de las directivas) y sin que tenga en tal caso por qué existir coincidencia entre ambas, bien entendido que tanto la una como la otra deberán en todo caso moverse dentro del margen permitido” (*El juez español..., op. cit.*, p. 164).

¹⁰ C-127/02, f.j. 70, pendiente de publicación.

¹¹ STJCE de 13.11.1990, as. *Marleasing*, C-106/89, f.j. 8, *Rec.* pp. I-4135 ss.; STJCE de 16.12.1993, as. *Wagner Miret*, C-334/92, f.j. 20, *Rec.* pp. I-6911 ss.; STJCE de 14.7.1994, as. *Faccini Dori*, C-91/92, f.j. 26, *Rec.* pp. I-3325 ss.

En relación con el “efecto directo de exclusión” como una nueva virtualidad de la primacía del Derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales, v., en particular, las conclusiones de A. SAGGIO en el asunto *Océano Grupo Editorial*, presentadas el 16 de diciembre de 1999 (STJCE de 27.6.2000, C-240 a 244/98, *Rec.* pp. I-4941 ss.); y, LENZ, SIF TYNES y YOUNG, “Horizontal What?..”, *op. cit.*, pp. 520-521.

II. CIA SECURITY Y UNILEVER: UN “EFECTO DIRECTO DE EXCLUSIÓN” SUI GENERIS

Algunos de los autores que han teorizado sobre el “efecto directo de exclusión” incluyen entre los pronunciamientos en los que el Tribunal de Justicia habría admitido esta nueva virtualidad de las directivas las sentencias *CIA Security* y *Unilever*¹².

Como se recordará, ambos pronunciamientos están relacionados con la Directiva 83/189¹³, que establece un procedimiento para la aprobación de las reglamentaciones técnicas nacionales. De acuerdo con este instrumento, los Estados deben comunicar a la Comisión las reglamentaciones técnicas que proyectan adoptar y han de aplazar su aprobación definitiva un cierto tiempo. Ese período de aplazamiento es, como mínimo, de tres meses, pero puede ampliarse a un período suplementario de tres a nueve meses, según que se hayan presentado objeciones o que la Comunidad pretenda asumir competencias legislativas en el ámbito en cuestión (artículos 8 y 9). En *CIA Security* lo que estaba en juego era una reglamentación técnica que había sido aprobada por Bélgica sin haber sido notificada a la Comisión. En *Unilever* se trataba de una reglamentación que, habiendo sido notificada, había sido aprobada por Italia antes de que finalizara el plazo de espera correspondiente.

Tanto en uno como en otro pronunciamiento el TJCE decretó la inaplicación de las correspondientes normas técnicas nacionales. “Los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189”, se lee en *CIA Security*, “deben interpretarse en el sentido de que los particulares pueden ampararse en ellos ante el Juez nacional, al que incumbe negarse a aplicar un reglamento técnico nacional que no haya sido notificado con arreglo a la Directiva” (f.j. 55). En *Unilever* el Tribunal extendió esta conclusión a las normas técnicas notificadas, pero aprobadas antes del final del plazo de suspensión previsto: “Incumbe al Juez nacional (...) negarse a aplicar un reglamento técnico nacional adoptado durante un período de aplazamiento de la adopción previsto en el artículo 9 de la Directiva 83/189” (f.j. 52)¹⁴.

¹² STJCE de 30.4.1996, as. *CIA Security*, C-194/94, *Rec.* pp. I-2201 ss.; y, STJCE de 26.9.2000, as. *Unilever*, C-443/98, *Rec.* pp. I-7535 ss. Entre los autores que presentan estos casos como supuestos de “efecto directo de exclusión”, LENZ, SIF TYNES y YOUNG, “Horizontal What?...”, *op. cit.*, p. 520.

¹³ Directiva 83/189/CEE del Consejo por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (*DOCE*, nº L 109, de 26.4.1983, p. 8). Este instrumento fue sustituido por la Directiva 98/34 (*DOCE*, nº L 204, de 21.7.1998, p. 37). A los efectos del presente trabajo, interesa destacar que el contenido de los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189 es retomado, en términos muy similares, por los artículos 8 y 9 de la Directiva 98/34.

¹⁴ En estos dos pronunciamientos el TJCE hace suya la posición que venía defendiendo la Comisión desde el año 1986 (Comunicación relativa al incumplimiento de determinadas disposiciones de la Directiva 83/189 -*DOCE*, nº C 245, de 1.10.1986, p. 4-).

F. JACOBS, en sus conclusiones en el asunto *Unilever*, se había declarado contrario a que un órgano jurisdiccional nacional tuviera que excluir la aplicación de un reglamento técnico comunicado a la Comisión, pero adoptado antes de que finalizara el período de *statu quo* previsto en la Directiva. A su modo de ver, la sanción de la inaplicabilidad debería limitarse al incumplimiento de la obligación de comunicación de los proyectos, prevista en el artículo 8 (puntos 106 a 109).

Por su parte, el Abogado General G. COSMAS se ha pronunciado en contra de la inoponibilidad a los particulares de los reglamentos técnicos aprobados, indistintamente, sin la previa notificación a la Comisión o sin respetar el período de *statu quo* previsto (v., en particular, sus conclusiones en el asunto *Colim*, C-33/97, puntos 68 ss. -STJCE de 3.6.1999, pp. I-3175 ss.-).

A pesar de que es evidente que en ambas sentencias el Tribunal de Luxemburgo proclama la inaplicación de los reglamentos nacionales aprobados en infracción de los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189¹⁵, no creo que pueda afirmarse que en *CIA Security* y en *Unilever* nos enfrentemos a un supuesto al uso de “efecto directo de exclusión”. En efecto, en ninguno de los dos casos el Tribunal decreta la inaplicación del Derecho interno tras haber constatado la violación por parte de Bélgica e Italia del margen de apreciación que les dejaban, respectivamente, el artículo 8 y el artículo 9 de la Directiva 83/189. No se trata, en ninguno de los dos casos, de la “reviewability of discretion”¹⁶.

Es más, el Tribunal, lejos de admitir que estos preceptos dejan algún margen de apreciación a los Estados en su aplicación, proclama su carácter incondicional: “Los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189”, afirma en *CIA Security*, “prescriben una obligación precisa para los Estados miembros de notificar a la Comisión los proyectos de reglamentos técnicos antes de su adopción. Por consiguiente, al ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisos, dichos artículos pueden ser invocados por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales” (f.j. 44).

Ya no es sólo que, a juicio del TJCE, ninguno de estos preceptos deje lugar a la discrecionalidad de los Estados, sino que el Tribunal aprecia en ambos la concurrencia de todas y cada una de las condiciones que normalmente dan lugar al calificado como “efecto directo de sustitución”. En este sentido, considera que, desde el punto de vista de sus contenidos, los artículos 8 y 9 no sólo son, como acabamos de ver, “incondicionales y suficientemente precisos” (f.j. 44 *CIA Security*), sino que, además, engendran derechos a favor de los particulares (ff.jj. 49 y 50 *CIA Security*).

En relación con este último aspecto, el TJCE explica con cierta profusión en qué condiciones una disposición que contiene una norma puramente procedimental para los Estados puede ser fuente de derechos para los particulares¹⁷. El criterio parece residir en si la norma comunitaria supedita la entrada en vigor de la normativa nacional de que se trate a la aprobación o a la no oposición de la Comisión, una circunstancia que concurre en los artículos considerados de la Directiva 83/189 y en el apartado 3 del artículo 88 del Tratado CE, en materia de ayudas públicas¹⁸, y que, en cambio, no se daba en el artículo de la Directiva 75/442 sobre el que se pronunció el TJCE en el asunto *Enichem*

¹⁵ En la sentencia *Lemmens* el Tribunal de Luxemburgo aclararía que la inaplicación de los reglamentos técnicos nacionales aprobados sin respetar el procedimiento prescrito en ambas disposiciones se produce “en la medida en que [tales reglamentos] obstaculizan la utilización o la comercialización de un producto que no se ajusta a [ellos]” y que no es ilegal toda utilización de un producto que no se ajuste a tales reglamentos (STJCE de 16.6.1998, C-226/97, f.j. 35, *Rec.* pp. I-3711 ss.).

¹⁶ Así denominada por T. TRIDIMAS (“Black, White...”, *op. cit.*, p. 329).

¹⁷ Para una explicación aún más detallada, v. las conclusiones del Abogado General M.B. ELMER en *CIA Security*.

¹⁸ En relación con el efecto directo del apartado 3 del artículo 88 del Tratado CE, v., por ejemplo, STJCE de 11.12.1973, as. *Lorenz*, 120/73, *Rec.* pp. 1471 ss.; y, STJCE de 9.8.1994, as. *Namur-Les assurances du crédit*, C-44/93, *Rec.* pp. I-3829 ss. Para una crítica a la extensión de la jurisprudencia sobre el efecto directo del apartado 3 del artículo 88 del Tratado CE a los incumplimientos de la Directiva 83/189, v. LÓPEZ ESCUDERO, M., “Efectos del incumplimiento del procedimiento de información aplicable a las reglamentaciones técnicas (Directiva 83/189/CEE) (Comentario a la Sentencia del TJCE de 30 de abril de 1996, *CIA Security International*)”, *RIE*, 1996, nº 3, pp. 839-861, pp. 853-859.

*Base*¹⁹, ni en los preceptos de la Directiva 80/987 analizados en la sentencia *Dumon*²⁰ o en la Decisión objeto de la sentencia *Bulk Oil*²¹.

Lo que habrían hecho las compañías *CIA Security* y *Unilever* en los procedimientos principales fue, por tanto, invocar *un derecho* que se desprendía para ellas de los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189, con la particularidad de que tal invocación no dio lugar al “efecto de sustitución”, sino a la mera inaplicación de las normativas técnicas belga e italiana.

Lo que sucede en el caso de las normas comunitarias de procedimiento es que, precisamente porque “no define[n] en absoluto el contenido material de la norma jurídica en la que debe basarse el Juez nacional para resolver el litigio del que conoce” (f.j. 51 *Unilever*), no pueden nunca producir el “efecto de sustitución” que generan las disposiciones comunitarias dotadas de eficacia directa que, además, contienen una regulación sustantiva²². Las normas que, como los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189, regulan el procedimiento que debe seguirse para la aprobación de una medida estatal sólo pueden dar lugar a la inaplicabilidad y, por tanto, a la inoponibilidad de las medidas internas cuya adopción no haya seguido el cauce prescrito²³. Con esta sola consecuencia este tipo de normas comunitarias ven cumplido, por lo demás, su objetivo y despliegan, pues, plenos efectos.

A propósito de esto último, debe observarse que la inaplicación de las normativas estatales aprobadas sin respetar el procedimiento previsto por el Derecho comunitario es el equivalente a la aplicación de las previsiones comunitarias que confieren derechos materiales a los particulares. En ambos supuestos se trata de que el juez nacional subsane, en el litigio concreto del que está conociendo, el incumplimiento cometido por otros órganos del Estado: cuando la infracción haya consistido en la falta de notificación previa de la normativa estatal, el juez la subsanará inaplicando esta última; cuando la

¹⁹ STJCE de 13.7.1989, 380/87, *Rec.* pp. 2491 ss.

²⁰ STJCE de 16.7.1998, C-235/95, *Rec.* pp. I-4531 ss.

²¹ STJCE de 18.2.1986, 174/84, *Rec.* pp. 559 ss.

²² El Abogado General F. JACOBS, en sus conclusiones en el asunto *Unilever*, reflexiona en los siguientes términos acerca de la particular naturaleza de la Directiva 83/189: “El objeto de las directivas consiste, por lo general, en la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas en una materia concreta. Obligan a los Estados miembros a adoptar medidas normativas dentro de un plazo determinado e imponen requisitos relativos al contenido de dichas medidas. En principio, dejan al Estado miembro la elección de la forma y de los medios de adaptación del ordenamiento jurídico nacional a la directiva” (punto 76). “La Directiva 83/189”, sigue diciendo, “tiene una naturaleza radicalmente diferente. Su objetivo no es la aproximación de las legislaciones, sino la protección de la libre circulación de las mercancías mediante un mecanismo de control preventivo. Establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas. La obligación de los Estados miembros no consiste en legislar, sino en comunicar los proyectos legislativos y a continuación esperar y tener en cuenta las posibles reacciones de los demás Estados miembros o de la Comisión. En lo que respecta al procedimiento previsto en los artículos 8 y 9 de la Directiva, la utilización de conceptos tales como ‘transposición al Derecho nacional’ o ‘no transposición en el plazo aplicable’ no son, evidentemente, de ninguna ayuda” (punto 79).

²³ En este sentido, es muy elocuente que en ni en *CIA Security* ni en *Unilever* los tribunales *a quo* nacionales interrogaran al Tribunal acerca de la posibilidad de que los artículos 8 y 9 pudiesen ser aplicados en lugar de la reglamentación técnica indebidamente aprobada por Bélgica e Italia y que sólo le preguntaran sobre la existencia de una obligación para ellos de inaplicar tal reglamentación.

infracción haya consistido en la falta de transposición de una directiva que venía a conferir derechos sustantivos a los particulares, la remediará aplicando directamente la directiva y salvaguardando esos derechos. Si la invocabilidad de las directivas se concibe como una sanción frente al Estado (de ahí que el TJCE haya admitido su eficacia directa sólo en el plano vertical), cabría decir que de los dos modos apuntados se produce el referido efecto sancionador para las autoridades públicas nacionales, que ven cómo la normativa incorrectamente adoptada es sistemáticamente inaplicada *ad casum* y que los derechos derivados de una directiva y no incorporados al ordenamiento interno son, pese a todo, tutelados.

Insistiendo en la idea de que la inaplicabilidad de las reglamentaciones técnicas indebidamente aprobadas afirmada por el Tribunal en *CIA Security* y en *Unilever* no es consecuencia de la apreciación por parte del TJCE de la concurrencia del *casus operandi* propio del “efecto directo de exclusión”, conviene añadir a lo ya dicho que el Tribunal fundamenta tal inaplicabilidad en la finalidad de la Directiva 83/189 y no en otro tipo de consideraciones. “El objetivo de la Directiva es la protección de la libre circulación de mercancías mediante un control preventivo y (...) la obligación de notificación constituye un medio esencial para la realización de ese control comunitario. La eficacia de dicho control se verá tanto más reforzada en la medida en que la Directiva se interprete en el sentido de que el incumplimiento de la obligación de notificación constituye un vicio sustancial de procedimiento que puede dar lugar a la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos controvertidos a los particulares” (f.j. 48 *CIA Security*). En *Unilever* hará extensiva esta conclusión al incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 9 de la Directiva 83/189 de aplazar la adopción de los reglamentos técnicos debidamente notificados (f.j. 44).

III. ¿CABE EL “EFECTO DIRECTO DE EXCLUSIÓN” EN LOS PLANOS HORIZONTAL E INVERSO?

Todos los pronunciamientos en los que el Tribunal de Luxemburgo ha admitido el derecho de los particulares a invocar una directiva al objeto de que los tribunales de los Estados miembros comprueben si las autoridades nacionales han respetado los límites a su discrecionalidad han tenido su origen en otras tantas cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales que tenían pendiente ante sí un litigio que enfrentaba a un particular (reclamante) con el Estado (reclamado). Ha sido, por tanto, en el marco de relaciones verticales donde se ha gestado y desarrollado la doctrina jurisprudencial objeto del presente trabajo.

En algunos de estos casos, en los que se daba una relación triangular, todo lo más que podía suceder es que, a resultas de la inaplicación de una determinada medida nacional en el plano vertical, un segundo particular pudiera verse indirectamente perjudicado. Así sucedía, más concretamente, en los asuntos *WWF* y *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee*.

El primero tiene su origen en un recurso de anulación que interponen un grupo de vecinos y dos asociaciones de protección de la naturaleza contra sendos actos administrativos de las autoridades de la provincia de Bolzano por los que se autorizó la reestructuración de un aeropuerto. Si, en el ejercicio de la facultad que le viene a reconocer el TJCE en la sentencia que comentamos, el órgano jurisdiccional *a quo*

llegara a la conclusión de que las autoridades competentes no habían valorado correctamente la importancia de las repercusiones sobre el medio ambiente del proyecto controvertido y terminara anulando los actos impugnados, es evidente que la empresa titular del proyecto, la sociedad *Südtiroler Transportstrukturen*, iba a verse indirectamente afectada.

La misma afectación sufriría la cooperativa a la que el Secretario de Estado de Agricultura holandés concedió unas licencias para la recogida mecánica de berberechos en el Waddensee, si el juez nacional, a instancias de dos asociaciones de defensa medioambiental, entendiera que, al actuar de este modo, el Secretario de Estado no respetó los límites al margen de apreciación fijados en la Directiva 92/43 sobre hábitats y anulara las resoluciones de concesión de las licencias.

A pesar de que, como digo, no hay pronunciamientos del TJCE admitiendo el “efecto directo de exclusión” en relaciones inversas u horizontales y sólo hay casos de efecto horizontal reflejo, tiendo a pensar que el Tribunal, más que probablemente, estaría dispuesto a aceptarlo²⁴. Por lo menos en el plano horizontal.

A este respecto, hay que tener presente que, en materia de reglamentaciones técnicas, tal y como tendremos ocasión de comprobar, el TJCE ha admitido la inaplicación en litigios *inter privatos* de los reglamentos técnicos nacionales cuya aprobación no haya respetado los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189. Aunque en este caso la inaplicación de la normativa estatal es consecuencia de la vulneración del procedimiento establecido, mientras que en los supuestos de “efecto directo de exclusión” la inaplicación trae causa del abuso por parte del Estado de la discrecionalidad que se le reconoció, lo cierto es que el resultado en ambos supuestos es el mismo: la inaplicación de una disposición nacional. Si en el asunto *Unilever*, en el que estaba en juego una directiva que imponía obligaciones de carácter procedimental a los Estados miembros, el Tribunal de Justicia entendió que nada, ni siquiera el principio de seguridad jurídica, se oponía a la inaplicación de una normativa técnica estatal en procedimientos en los que fueran partes dos o más particulares, parece lógico presumir que tampoco verá mayores problemas en admitir la inaplicación, en ese mismo plano, de otro tipo de normativas estatales, en aplicación, esta vez, del “efecto directo de exclusión”. Sobre todo, aunque no sólo, cuando el margen de apreciación rebasado por el Estado se refiriera a una disposición de una directiva que imponga obligaciones, si bien no perfectamente delimitadas (recordemos que hay un margen a la discrecionalidad de los Estados), a cargo de los particulares.

Un planteamiento semejante por parte del TJCE no parecería, sin embargo, excesivamente coherente ni con el fundamento empleado por el propio Tribunal para

²⁴ Esta es la posición de A. SAGGIO, que el Abogado General justifica mencionando la primacía del Derecho comunitario sobre los ordenamientos internos y la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario (conclusiones en el asunto *Grupo Océano Editorial*, cit., puntos 30 ss.). A favor de la inaplicación de disposiciones nacionales contrarias a una directiva en conflictos horizontales, v. asimismo las conclusiones del Abogado General D. RUIZ-JARABO COLOMER, presentadas el 6 de mayo de 2003 y el 27 de abril de 2004, en el asunto *Pfeiffer* (STJCE de 5.10.2004, C-297 a 403/01, pendiente de publicación). De la misma idea participan LENZ, SIF TYNES y YOUNG, “Horizontal What?...”, *op. cit.*, p. 521; y, entre nosotros, muy destacadamente, R. ALONSO GARCÍA, quien considera que, a efectos puramente reaccionales, es decir, cuando se invocan para obtener la inaplicación del Derecho interno contrario, las directivas deberían poder operar en todos los planos, vertical, horizontal e incluso inverso (*El juez español...*, *op. cit.*, pp. 158 ss.).

reconocer el “efecto directo de exclusión” de las directivas, ni con su jurisprudencia relativa al “efecto directo de sustitución” y al “efecto bloqueo” de este mismo instrumento.

La jurisprudencia relativa al “efecto directo de exclusión” de las directivas se fundamenta en el carácter vinculante que el artículo 249 del Tratado CE reconoce a esta figura: “sería incompatible con el efecto imperativo que el artículo 189 [actual artículo 249] reconoce a la directiva excluir, en principio, que la obligación que ésta impone pueda ser invocada por los interesados”, se dice en la sentencia *Verbond van Nederlandse Ondernemingen* y en los pronunciamientos que la siguen. Dado que el carácter obligatorio de las directivas se circunscribe a los Estados miembros destinatarios, el Tribunal de Justicia incurriría en una contradicción interna si admitiera que la inaplicación de una medida nacional pudiera producirse en contra no de los Estados miembros destinatarios, sino de un particular.

En su doctrina acerca del “efecto directo de sustitución” y del “efecto bloqueo” (entendiendo por tal la jurisprudencia *Inter-Environnement Wallonie*²⁵) no se aprecia una incongruencia semejante. El TJCE basa el reconocimiento de uno y otro tipo de eficacia también en el carácter obligatorio de las directivas y esto le lleva a negar que el primero pueda producirse en los planos horizontal e inverso²⁶ y que el segundo pueda extender sus efectos hasta los particulares²⁷.

Por lo mismo, el Tribunal debería descartar el reconocimiento del “efecto directo de exclusión” de las directivas en litigios que enfrenten a dos o más particulares entre sí o al Estado con uno o más particulares²⁸.

²⁵ STJCE de 18.12.1997, C-129/96, f.j. 45, *Rec.* pp. I-7411 ss.

²⁶ “Según el artículo 189 [actual, 249] del Tratado, el carácter obligatorio de una directiva sobre el que se basa la posibilidad de invocar ésta ante un órgano jurisdiccional nacional sólo existe respecto a ‘todo Estado miembro destinatario’. De ello resulta que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona” (STJCE de 26.2.1986, as. *Marshall*, 152/84, f.j. 48, *Rec.* pp. 723 ss.).

²⁷ “Dicha obligación [la de abstenerse, durante el plazo de transposición de una directiva, de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por esta última], que resulta aplicable a los Estados miembros según la sentencia del Tribunal de Justicia *Inter-Environnement Wallonie*, no puede extenderse a los particulares. En efecto, su fundamento reside en el artículo 5, párrafo segundo, del Tratado CE (actualmente artículo 10, párrafo segundo), que dispone que los Estados miembros ‘se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines’ del Tratado, y en el artículo 189, párrafo tercero, del Tratado CE (actualmente artículo 249 CE, párrafo tercero), que señala que ‘la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios’ (sentencia *Inter-Environnement Wallonie*, apartado 45), y, por tanto, en disposiciones cuyos destinatarios son únicamente los Estados miembros, con exclusión de los particulares. Extender a los particulares la solución adoptada en la sentencia antes mencionada equivaldría a reconocer a la Comunidad la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando sólo tiene dicha competencia en aquellos supuestos en que se le atribuye la facultad de adoptar Reglamentos (sentencia *Faccini Dori*, apartado 24)” (STJCE de 27.6.2000, as. *Salamander y otros c. Parlamento Europeo y Consejo de la UE*, T-172 y 175-177/98, f.j. 57, *Rec.* pp. II-2487 ss.).

²⁸ T. TRIDIMAS considera que la seguridad jurídica se opone a la exclusión de las normativas estatales en las relaciones horizontales cuando obedezca al incumplimiento por parte del Estado de una obligación de naturaleza puramente procedimental que le imponga una directiva (como es el caso de la Directiva

IV. *QUID* DE LOS EFECTOS REFLEJOS DEL “EFECTO DIRECTO DE EXCLUSIÓN” EN EL PLANO VERTICAL?

Una pregunta que queda en el aire es si las mismas consideraciones que me han conducido a afirmar que el efecto directo de uno y otro tipo puede operar únicamente en el plano vertical deberían igualmente llevar a rechazar los efectos perjudiciales que un particular pueda sufrir en su esfera jurídica a consecuencia de la invocación de una directiva por otro sujeto frente al Estado. ¿Cabe argumentar que, en casos como los de *WWF* y *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee*, a los que me referí anteriormente, la anulación de la autorización y de la licencia concedidas a sendas empresas para, respectivamente, la remodelación del aeropuerto de Bolzano y la recogida mecánica de berberechos (anulación que se produciría si los tribunales *a quo* entendieran que las autoridades nacionales habían rebasado los márgenes a su poder de apreciación) no encaja con el hecho de que las directivas únicamente sean obligatorias para los Estados? ¿Cabría decir lo mismo en los supuestos en los que un individuo invoca una directiva frente al Estado para hacer valer un derecho que aquélla le reconoce y eso conduce a la revocación de una medida estatal beneficiosa para otro particular (como sucedía en los asuntos *Costanzo*²⁹, *Pafitis*³⁰ o *Smith & Nephew*³¹)? ¿Habría entonces que rechazar el efecto directo vertical (de exclusión o de sustitución) cuando produce estos resultados perjudiciales en otro sujeto?³²

El Tribunal de Justicia ha declarado expresamente que “las meras repercusiones negativas sobre los derechos de terceros, incluso si pueden preverse con seguridad, no justifican que se niegue a un particular la posibilidad de invocar las disposiciones de una directiva contra el Estado miembro de que se trate”³³. Comparto con el Tribunal la apreciación de que la circunstancia de que la invocación de una directiva en el plano vertical pueda acarrear efectos negativos para un tercero implicado en la situación triangular no puede llevar a negar tal invocación. La incidencia en la esfera jurídica de ese segundo particular es un efecto secundario. Siendo esto así, sería desproporcionado negar a un particular la posibilidad de invocar en sus relaciones con el Estado un derecho derivado de una directiva o la superación de los márgenes de apreciación fijados por ella, por esa incidencia indirecta que dicha invocación pueda tener en el patrimonio jurídico de otro individuo.

83/189). En cambio, no ve motivos que deban impedir el “efecto directo de exclusión” *inter privatos* cuando la directiva en cuestión establezca a cargo del Estado obligaciones sustantivas: “Where a Directive imposes a substantive obligation on a public authority, a private party may be able to rely on it in civil proceedings to set aside a national measure” (“Black, White...”, *op. cit.*, p. 346).

²⁹ STJCE de 22.6.1989, 103/88, *Rec.* pp. 1839 ss.

³⁰ STJCE de 12.3.1996, C-441/93, *Rec.* pp. I-1347 ss.

³¹ STJCE de 12.11.1996, C-201/94, *Rec.* pp. I-5819 ss.

³² Sobre el efecto directo de las directivas en situaciones triangulares, v., en particular, LACKHOFF, K. y NYSSSENS, H., “Direct Effect of Directives in Triangular Situations”, *ELR*, 1998, pp. 397-413; y, MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., “La evaluación de impacto medioambiental: su eficacia directa y las ‘situaciones triangulares’”, *REDE*, nº 12, 2004, pp. 629-646, pp. 637-641.

³³ STJCE de 7.1.2004, as. *Wells*, C-201/02, f.j. 57, pendiente de publicación.

Ello no empece para que considere que la anulación de la autorización concedida a Südtiroler Transportstrukturen para la remodelación del aeropuerto o de la licencia concedida a una cooperativa para la captura por medios mecánicos de berberechos en el Waddensee menoscaba su seguridad jurídica. De la misma forma que se verá menoscabada la seguridad jurídica de la empresa que inicialmente resultó adjudicataria del concurso de obras del que Costanzo quedó excluida, de las personas que adquirieron la condición de accionistas de un banco griego merced a la ampliación de capital decidida por un administrador provisional nombrado por las autoridades nacionales e impugnada por Pafitis o de la sociedad que obtuvo de la Autoridad de Control de Medicinas británica la autorización para la comercialización de un medicamento que ya comercializaba Smith & Nephew.

El menoscabo que esos efectos reflejos o indirectos suponen para la seguridad jurídica del sujeto afectado no me parece que sea, sin embargo, razón suficiente para negar el derecho de un particular a invocar una directiva en el plano vertical con la pretensión que sea (exclusión o sustitución de la normativa nacional). La negativa de este derecho por los efectos no directos, sino colaterales que pueda tener en un tercero me resulta excesiva. Sobre todo, porque al final la existencia o no del citado derecho dependería de las circunstancias particulares de cada caso; en concreto, de si hubo o no un tercero beneficiado por la actuación estatal impugnada.

Cuestión distinta es si ese tercero, inicialmente beneficiado por la actuación (ilegal) del Estado y luego perjudicado por su anulación, podría obtener de éste una indemnización por los daños que la anulación de la medida nacional la haya producido. A la vista de los requisitos establecidos por el TJCE, lo veo difícil. Es evidente que la seguridad jurídica es una norma que atribuye derechos al particular que reclamara la reparación de los perjuicios sufridos; desde este punto de vista, no habría ningún problema. Pero me resulta difícil sostener que la violación de ese derecho cometida por el Estado constituya una “violación suficientemente caracterizada”, en el sentido de la jurisprudencia *Francovich*. Me cuesta creer que, al corregir una actuación contraria al Derecho comunitario, pueda decirse que un Estado ha violado de manera grave y manifiesta los límites impuestos al ejercicio de la facultad de apreciación que le deja la seguridad jurídica...³⁴

³⁴ La aproximación de T. TRIDIMAS a esta cuestión es diferente. Tras aceptar que la invocación de una directiva en el plano vertical puede afectar negativamente a la posición de un tercero, añade que “the extent to which directives may give rise to adverse effects on third parties, however, may be limited by general principles, such as the protection of legitimate expectations and the doctrine of abuse of rights”. A partir de ahí, lo que se plantea es la posibilidad de que el titular de un derecho que una directiva le reconoce frente al Estado y que aquél no puede ejercitar en virtud de los límites señalados pudiera reclamar del Estado una indemnización por los perjuicios derivados del incumplimiento del Derecho derivado (“Black, White...”, *op. cit.*, p. 340).

V. LA (DISCUTIBLE) AFIRMACIÓN DEL TJCE DE QUE LA INAPLICACIÓN DE LAS REGLAMENTACIONES TÉCNICAS NACIONALES SE PRODUCE TAMBIÉN EN LAS RELACIONES *INTER PRIVATOS*

Como adelantaba, en *CIA Security* y, más claramente aún, en *Unilever*, el TJCE ha admitido que la inaplicación de las reglamentaciones técnicas nacionales puede producirse en litigios entre particulares.

Cuando en el primero de estos dos pronunciamientos el Tribunal declaró la inaplicabilidad de las reglamentaciones técnicas como consecuencia del incumplimiento de la obligación de notificación lo hizo en respuesta a varias cuestiones prejudiciales planteadas en el marco de un procedimiento entre empresas competidoras. Sin embargo, no se consideró que esta sentencia zanjara definitivamente la cuestión a favor del reconocimiento de la inaplicabilidad de las reglamentaciones técnicas nacionales en el marco de litigios *inter privados*. En primer lugar, porque el TJCE no se detuvo a examinar hasta qué punto la solución que proponía colisionaba con su jurisprudencia tradicional por la que se negaba el efecto directo de las directivas en el plano horizontal³⁵. En segundo lugar, porque las particulares circunstancias del caso podían hacer dudar acerca de si la conclusión proclamada en la sentencia *CIA Security* podía extenderse a procedimientos horizontales en los que faltara el elemento de “orden público” que, según algunos, concurría en este asunto³⁶.

El Abogado General F. JACOBS fue uno de los que entendió que no era posible interpretar la sentencia del Tribunal de Justicia en el sentido de que la sanción de la inaplicabilidad debía extenderse a todo tipo de procedimientos entre particulares. A su juicio, la sentencia *CIA Security* debía “interpretarse a la luz de las circunstancias procesales específicas del asunto. Si los competidores solicitan la aplicación de un reglamentación técnica basándose en normas nacionales sobre prácticas comerciales desleales, el posible resultado de dicho procedimiento, como por ejemplo una orden de cesación de una determinada actividad o la imposición de una multa coercitiva, no es muy distinto del posible resultado de un procedimiento coercitivo incoado por un Estado miembro en la misma materia cuando actúa a través del ministerio fiscal o de una autoridad administrativa”³⁷.

³⁵ El Abogado General M.B. ELMER, en cambio, sí analizó esta cuestión (puntos 68 a 74 de sus conclusiones).

³⁶ Debe recordarse que la sentencia *CIA Security* tuvo su origen en el litigio que enfrentaba a, por una parte, *CIA Security* y, por la otra, *Signalson* y *Securitel*, a raíz de que la primera solicitara ante el *Tribunal de commerce* de Lieja que se condenara a las segundas a poner fin a sus actividades comerciales desleales, consistentes en difamarla, pretendiendo especialmente que un sistema antirrobo comercializado por ella no cumplía los requisitos establecidos por la legislación belga en materia de sistemas de seguridad.

³⁷ Conclusiones en el asunto *Unilever*, punto 98. Entre los autores que han hecho referencia a la concurrencia de un elemento de orden público para justificar la solución del asunto *CIA Security*, v. STUYCK, *CMLR*, 1996, pp. 1261-1272, p. 1271. S. WEATHERILL alude igualmente a este factor (“Breach of Directives and Breach of Contract”, *ELR*, 2001, pp. 177-186, pp. 180-181). Para una crítica a estos enfoques, LENZ, SIF TYNES y YOUNG, “Horizontal What?...” , *op. cit.*, pp. 515-516.

Las dudas sobre el alcance de la proclamación jurisprudencial realizada en *CIA Security* fueron despejadas por el propio TJCE cuatro años más tarde, en la sentencia *Unilever*. En un proceso civil en materia contractual, en el que no era posible atisbar la presencia de elemento alguno de “orden público”, el Tribunal declaró la inaplicación de las reglamentaciones técnicas viciadas procedimentalmente³⁸. Es más, teorizó sobre la cuestión de esta inaplicación en recursos que enfrentaran a dos particulares:

“50. Si bien es cierto (...) que una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada en su calidad de tal contra dicha persona (...), dicha jurisprudencia no se aplica en el caso de autos, en el que el incumplimiento del artículo 8 o del artículo 9 de la Directiva 83/189, que constituye un vicio sustancial de procedimiento, da lugar a la inaplicabilidad del reglamento técnico adoptado en infracción de uno de los referidos artículos.

51. En tal situación, y a diferencia del supuesto de no adaptación del Derecho interno a la Directiva (...), la Directiva 83/189 no define en absoluto el contenido material de la norma jurídica en la que debe basarse el Juez nacional para resolver el litigio de que conoce. No crea ni derechos ni obligaciones para los particulares.

52. Habida cuenta del conjunto de consideraciones que anteceden, procede responder a la cuestión que incumbe al juez nacional, en un proceso civil entre particulares sobre derechos y obligaciones contractuales, negarse a aplicar un reglamento técnico nacional adoptado durante un período de aplazamiento de la adopción previsto en el artículo 9 de la Directiva 83/189”.

De acuerdo con el Tribunal, la jurisprudencia relativa al “efecto directo de sustitución”, según la cual las directivas no pueden por sí solas crear obligaciones a cargo de los particulares y, por consiguiente, no pueden ser invocadas contra ellos, no resultaría de aplicación cuando lo que está en juego es una reglamentación técnica cuya adopción no se ha atendido a la Directiva 83/189. Y ello porque, en este supuesto, la directiva no estaría actuando como fuente de obligaciones para el particular, sino que sólo determinaría la inaplicabilidad de un reglamento nacional viciado procedimentalmente.

En el asunto *Sapod* el Tribunal de Justicia volvería a reafirmarse en que “la inaplicabilidad de un reglamento técnico que no ha sido notificado de conformidad con el artículo 8 de la Directiva 83/189 puede invocarse en un litigio entre particulares, en especial, sobre derechos y obligaciones contractuales”³⁹. Precizando que las consecuencias de la inaplicabilidad de las reglamentaciones técnicas cuya aprobación no se haya atendido a los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189 sobre los contratos

³⁸ Los hechos que dieron lugar a este pronunciamiento prejudicial del TJCE fueron los siguientes: en virtud de un contrato previamente celebrado, Unilever suministró a Central Farm unas partidas de aceite de oliva virgen. Esta se negó a pagar aduciendo que no estaban etiquetadas según lo exigido por una ley italiana e instó a Unilever a retirar la mercancía servida. Unilever alegó entonces que la ley en cuestión constituía una reglamentación técnica, que Italia la había aprobado sin respetar el período de suspensión previsto en la Directiva 83/189 y que, por tanto, era inaplicable. Ante la negativa de Central Farm a aceptar estos argumentos y a efectuar el pago, Unilever presentó una demanda ante el *Pretore* de Milán para obtener una orden conminatoria en este sentido.

³⁹ STJCE de 6.6.2002, C-159/00, f.j. 50, *Rec.* pp. I-5031 ss.

celebrados entre particulares (su nulidad o su inoponibilidad) se registrará por lo que resulte del Derecho nacional⁴⁰.

Debo señalar que, en sus conclusiones en el asunto *Unilever*, F. JACOBS había sugerido al Tribunal de Justicia que, en contra de lo que finalmente hizo, dictaminara que “un particular no debe poder invocar ante otro particular el incumplimiento por parte de un Estado miembro de los requisitos de la Directiva 83/189 con el fin de excluir la aplicación de un reglamento técnico” (punto 103).

El Abogado General británico partía de la constatación de que la inaplicación de un reglamento técnico en un procedimiento que enfrenta a dos particulares ocasionaría consecuencias perjudiciales para el particular favorecido por la aplicación de tal reglamento técnico o que simplemente contaba con dicha aplicación. Tales efectos perjudiciales, argumentaba, resultarían difíciles de explicar a la luz, en primer lugar, del principio seguridad jurídica: “En la actividad comercial cotidiana, debe poder reconocerse claramente y sin dificultad la aplicabilidad o inaplicabilidad de los reglamentos técnicos relativos a la venta de mercancías. (...). Con el fin de evitar dificultades en sus relaciones contractuales, el operador privado debería tener conocimiento de la existencia de la Directiva 83/189, conocer la sentencia *CIA Security*, identificar un reglamento técnico como tal y determinar con seguridad si el Estado miembro de que se trata ha cumplido o no todos los requisitos procedimentales de la Directiva. Este último extremo, en particular, podría resultar enormemente difícil, dada la falta de publicidad del procedimiento previsto en la Directiva” (punto 100). Pero, además, apuntaba que existe el riesgo de que se produzca una doble injusticia: “si la falta de notificación ocasiona la inaplicabilidad de un reglamento técnico en procedimientos civiles, un particular no perdería el procedimiento relativo a tal reglamento a causa de su propio incumplimiento de una obligación derivada del Derecho comunitario, sino como consecuencia del comportamiento del Estado miembro”; por otra parte, “tampoco existe razón alguna para que la otra parte del procedimiento se aproveche, de forma completamente fortuita, del incumplimiento de la Directiva por un Estado miembro” (punto 101).

Las anteriores consideraciones le llevaron a concluir que “la correcta resolución de los procedimientos entre particulares tiene carácter sustantivo”, es decir, que “la aplicabilidad de un reglamento técnico a procedimientos entre particulares debería depender únicamente de su compatibilidad con el artículo 30 [hoy, 28] del Tratado” (punto 102). Si la reglamentación nacional en cuestión es conforme con el actual artículo 28 del Tratado CE, no hay razón para su inaplicación. Si, por el contrario,

⁴⁰ Esta última remisión a los ordenamientos internos está sujeta a los dos límites habituales, representados por los “principios de equivalencia” y “de efectividad”: “la cuestión de saber qué conclusiones cabe extraer, en el asunto principal, de la inaplicabilidad del artículo 4, párrafo segundo, del Decreto 92-377, respecto del tipo de sanción prevista en estos casos por el Derecho nacional aplicable (la nulidad o inoponibilidad del contrato celebrado entre Sapod y Eco-Emballages), se rige por el Derecho nacional, en concreto por lo que respecta a las normas y principios del Derecho de contratos que limitan o matizan dicha sanción con el fin de adecuarla a las particularidades del vicio constatado. Sin embargo, dichas normas y principios no pueden ser menos favorables que los correspondientes a reclamaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia), ni pueden estar articulados de tal manera que hagan imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)” (f.j. 52).

vulnera ese precepto, el órgano jurisdiccional nacional debería estar obligado a denegar la aplicación de tal reglamentación por tal motivo (*ibid.*)⁴¹.

He de confesar que comparto la opinión de F. JACOBS de que la inaplicación, en procedimientos puramente horizontales, de una normativa técnica nacional por el mero hecho de que su aprobación haya vulnerado los artículos 8 ó 9 de la Directiva 83/189 atenta contra la seguridad jurídica. Y ello en atención a dos circunstancias: i) que los Estados son los únicos destinatarios formales de la Directiva 83/189; y, ii) que son también los únicos obligados por su contenido.

Quisiera destacar el segundo aspecto referido, porque, a diferencia del primero, que los Estados sean también los únicos obligados por el contenido sustantivo de una determinada directiva es algo que no tiene por qué ser intrínsecamente así. De hecho, no suele ser así. Dependerá del contenido de cada directiva. Es evidente que en el artículo 5 de la Directiva 85/577, en el que se viene a reconocer a los consumidores el derecho a rescindir los contratos celebrados fuera de un establecimiento comercial en un plazo determinado, la circunstancia que apunto no concurre: la regulación que contiene genera una obligación no para el Estado, sino para los particulares, más concretamente, para quienes ocupan la posición de parte vendedora en un contrato celebrado fuera de un establecimiento comercial. En la Directiva 83/189 y, en particular, en los artículos 8 y 9, en cambio, sí que se produce esta circunstancia: la Directiva instaura un procedimiento aplicable a la emanación de las reglamentaciones técnicas nacionales, que, lógicamente, tiene como únicos obligados a los Estados.

Esta circunstancia supone que, aunque la regulación del proceso de adopción de las reglamentaciones técnicas nacionales se hubiese recogido no en una directiva, sino en un reglamento, tampoco habría sido admisible la inaplicación de las reglamentaciones viciadas en conflictos entre particulares⁴². Como de todos es sabido, la eficacia directa de los reglamentos comunitarios puede, en principio, jugar en todos los planos (vertical, inverso y horizontal). Ahora bien, en qué plano juegue la eficacia directa de una disposición concreta de un reglamento determinado depende del contenido de aquélla, más en particular, de quiénes sean sus obligados. Dado que los únicos obligados por las disposiciones de un eventual reglamento que regulara el proceso de adopción de las reglamentaciones técnicas nacionales seguirían siendo los Estados, atentaría (seguiría atentando) contra la seguridad jurídica que aquéllas se inaplicaran en contra de los particulares.

Puesto que la Directiva 83/189 tiene como únicos obligados, tanto desde un punto de vista formal como desde un punto de material, a los Estados (y no a los particulares), estoy con F. JACOBS en que vulnera la seguridad jurídica de estos últimos que el marco normativo en el que operan se vea súbitamente alterado, porque una

⁴¹ En las conclusiones que este mismo Abogado General presentó en el asunto *Lindberg* volvió a recordar sus reticencias a la inaplicabilidad de las reglamentaciones técnicas no notificadas en procedimientos entre particulares (conclusiones presentadas el 16 de diciembre de 2004, C-267/03, puntos 89 a 93).

⁴² F. JACOBS pone de manifiesto que la Directiva 83/189 prevé un procedimiento comparable a los establecidos por el (derogado) Reglamento nº 17 de aplicación de los artículos 85 y 86 (hoy, 81 y 82) del Tratado CE o por el Reglamento 659/1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 (actual, artículo 88) y considera que las disposiciones de la Directiva 83/189 podrían haber quedado recogidas en un reglamento, en lugar de en una directiva (v. sus conclusiones en el asunto *Unilever*, punto 80).

reglamentación técnica nacional plenamente vigente y con cuya aplicación contaban en las relaciones contractuales que establecen con otros sujetos termine quedando inaplicada, por mor de una directiva que en nada les atañe⁴³.

Por otra parte, no deja de ser paradójico que en la sentencia *Faccini Dori* el TJCE negara el efecto directo en el plano horizontal de una directiva que tiene como obligados materiales a los particulares (la Directiva 85/577 sobre contratos celebrados fuera de un establecimiento mercantil) y admita, en cambio, la incidencia, en ese mismo plano, de la Directiva 83/189⁴⁴.

Además, y por último, la inaplicación en conflictos *inter privados* de una reglamentación técnica nacional derivada de la invocación de los artículos 8 o 9 de la Directiva 83/189 no es consistente con el argumento utilizado por el TJCE en las sentencias *CIA Security* y *Unilever* para fundamentarla. Como he tenido ocasión de señalar, el Tribunal basa la inaplicación de las reglamentaciones técnicas no notificadas o aprobadas antes de que finalice el plazo de espera establecido en la finalidad de la Directiva 83/189. Tras constatar que el objetivo de la Directiva es la protección de la libre circulación de mercancías mediante la instauración de un control preventivo, el TJCE llega a la conclusión de que la eficacia de dicho control se verá tanto más reforzada en la medida en la Directiva se interprete en el sentido de que el incumplimiento de las obligaciones de notificación (artículo 8) o de espera (artículo 9) constituyen vicios sustanciales de procedimiento que dan lugar a la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos nacionales.

Como puede observarse, la construcción es similar a la que utiliza el TJCE para fundamentar la invocabilidad de las disposiciones de las directivas no transpuestas o incorrectamente transpuestas que vienen a reconocer derechos sustantivos a los particulares. En este último caso, se trata de que el Estado no saque ventaja de su propio incumplimiento⁴⁵. En el supuesto que nos ocupa, se trata de que no tenga alicientes para vulnerar los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189.

En ambos casos, el Tribunal de Justicia busca un efecto “sanción” para el Estado. La consecuencia lógica de este planteamiento es (o debería ser), en el primer supuesto, que el contenido de una directiva no transpuesta o incorrectamente desarrollada sólo es oponible al Estado y, en el segundo, que la inaplicación de las reglamentaciones técnicas sólo puede producirse en las relaciones verticales.

⁴³ T. TRIDIMAS comparte la opinión de que la jurisprudencia sentada en *Unilever* es criticable en términos de seguridad jurídica, considerando que lo que impone la Directiva 83/189 a los Estados miembros son obligaciones de carácter procedimental y no sustantivas (“Black, White...”, *op. cit.*, pp. 345-346). Quien insiste más en la crítica a la sentencia *Unilever* en términos de seguridad jurídica es WEATHERILL, S., “Breach of Directives...”, *op. cit.*, pp. 181-185. Cabría preguntarse hasta qué punto el argumento de la seguridad jurídica no podría extenderse a la inaplicación en litigios *inter privados* de medidas estatales distintas a las reglamentaciones técnicas y derivada de la superación de los márgenes fijados a la discrecionalidad del Estado; es decir, cabría preguntarse hasta qué punto la seguridad jurídica no se opondría a una eventual jurisprudencia que viniese a reconocer el “efecto directo de exclusión” en relaciones horizontales.

⁴⁴ V., al respecto, DOUGAN, M., “The ‘Disguised’ Vertical Direct Effect of Directives?”, *CLJ*, 2000, pp. 586-612, pp. 606-608.

⁴⁵ STJCE de 26.2.1986, as. *Marshall*, cit., f.j. 49; STJCE de 14.7.1994, as. *Faccini Dori*, cit., f.j. 22, *Rec.* pp. I-3325 ss.; STJCE de 7.3.1996, as. *El Corte Inglés*, cit., f.j. 16, *Rec.* pp. I-1281 ss.; y, STJCE de 26.9.1996, *Arcaro*, C-168/95, f.j. 36, *Rec.* pp. I-4705 ss.

La seguridad jurídica de los operadores económicos, la coherencia con la jurisprudencia *Faccini Dori* y con la jurisprudencia relativa al alcance (sólo con respecto al Estado) de la jurisprudencia *Inter-Environnement Wallonie* y, en tercer lugar, la propia razón de ser de la jurisprudencia *CIA Security* se oponen, pues, a mi juicio, a la inaplicación en los conflictos *inter privatos* de los reglamentos técnicos nacionales cuya promulgación no se haya atendido al procedimiento prescrito en los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189. La inaplicación se daría, como apunta F. JACOBS, si la reglamentación técnica en cuestión constituyera una medida de efecto equivalente, en el sentido del artículo 28 del Tratado CE. Pero, entonces, la inaplicación se produciría como consecuencia no de un defecto en su procedimiento de aprobación (por tanto, de la invocación de la Directiva 83/189), sino de su contenido material, en concreto, de la violación del artículo 28 del Tratado CE (por tanto, de la invocación de este precepto al que el TJCE ha reconocido, en incontables ocasiones, eficacia directa)⁴⁶.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Con el reconocimiento del denominado “efecto directo de exclusión” de las directivas aumenta la virtualidad de esta figura, que podrá operar a cuatro efectos: i) como fuente de derechos; ii) como canon de interpretación del Derecho interno; iii) como fuente para reclamar la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros; pero también, iv) como parámetro de aplicación del Derecho interno.

El incremento de las funciones que puede desempeñar este instrumento debe ser, sin duda, bien recibido. Porque las potencia como normas jurídicas que son⁴⁷. Porque contribuye a hacer efectiva su primacía y, en general, la primacía del Derecho comunitario sobre los ordenamientos internos. Porque refuerza el carácter de “comunidad de Derecho” de la CE, un carácter que implica que “*ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional que constituye el Tratado*”⁴⁸. Y porque potencia la participación de los órganos nacionales y, en particular, de los tribunales nacionales en la aplicación del Derecho comunitario.

A propósito de esto último, debe tenerse en cuenta que, con el reconocimiento del “efecto directo de exclusión”, los órganos jurisdiccionales nacionales habrán de garantizar no sólo que las medidas estatales no vulneran derechos reconocidos por una directiva, sino también que tales medidas tampoco sobrepasan los límites de apreciación

⁴⁶ Esta es la solución que defiende M. LÓPEZ ESCUDERO con carácter general, esto es, sin distinguir según el plano (vertical, horizontal o inverso) en el que se suscite la cuestión. A su juicio, es la postura que impone la delimitación competencial CE-Estados miembros aplicable en el ámbito de la producción y la comercialización de mercancías (“Efectos del incumplimiento...”, *op. cit.*, pp. 859-860). En todo caso, debe tenerse presente que el artículo 28 del Tratado CE sólo es operativo cuando haya una afectación al comercio intracomunitario de mercancías (sobre este punto insiste M. DOUGAN en su comentario a las sentencias *Canal Satellite Digital* y *Sapod*, *CMLR*, 2003, pp. 193-218, p. 210). Acerca del tema de la relación entre las reglamentaciones técnicas y la libre circulación de mercancías, es interesante el trabajo de VOINOT, D., “Le droit communautaire et l’inopposabilité aux particuliers des règles techniques nationales”, *RTDE*, 2003, pp. 91-112, pp. 99-102.

⁴⁷ Una potenciación por la que aboga R. ALONSO GARCÍA, *El juez español...*, *op. cit.*

⁴⁸ STJCE de 23.4.1986, as. *Los Verdes*, 294/83, f.j. 23, *Rec.* pp. 1339 ss.; énfasis añadido.

dejados al Estado. En este sentido, el control del respeto del Derecho comunitario que efectúan los tribunales nacionales se aproxima al que lleva a cabo el TJCE: del mismo modo que éste podrá condenar a un Estado cuando considere que ha rebasado los límites fijados por una directiva a su discrecionalidad, los jueces nacionales podrán constatar, aunque sea *ad casum*, esa misma vulneración. Al igual que el TJCE declarará el incumplimiento del Derecho comunitario por parte de un Estado al margen de que la previsión violada de una directiva tenga o no efecto directo (en sentido clásico), los tribunales nacionales podrán contrastar la conformidad de las disposiciones de Derecho interno con las disposiciones de una directiva, tengan éstas o no ese efecto directo, para, como mínimo, dejarlas inaplicadas y, en su caso, sustituirlas por aquéllas⁴⁹.

Desde el punto de vista de los particulares es ciertamente muy ventajoso que los órganos internos puedan llevar a cabo este control. No sólo por el mero hecho de ser un control más, adicional al del TJCE, sino también, y sobre todo, porque, a diferencia del que ejerce el Tribunal de Luxemburgo, es un control al que tienen acceso directo y que produce resultados inmediatos. En este sentido, ha sido puesto de manifiesto que una sentencia del TJCE *ex* artículos 226 ó 227 del Tratado CE no conduciría automáticamente a la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos aprobados en violación de las obligaciones procedimentales establecidas por la Directiva 83/189, que sólo dejarían de desplegar efectos para los particulares en el Derecho interno cuando el Estado miembro infractor proceda a su derogación o modificación⁵⁰.

Sin embargo, por encima de todos estos efectos beneficiosos creo que habría que reclamar del Tribunal de Justicia consistencia en su doctrina jurisprudencial relativa a las distintas funciones que pueden desempeñar las directivas. Y ello en un doble sentido.

Por una parte, debería haber más congruencia entre los argumentos que utiliza el Tribunal para reconocer una determinada virtualidad a las directivas y el alcance que luego le da a la misma. En este sentido, pienso que el TJCE es coherente al fundamentar el “efecto directo de sustitución” y el “efecto bloqueo” en el carácter vinculante que tienen las directivas para los Estados miembros destinatarios y al atribuir a ambas funciones sólo un alcance vertical. Pero esa coherencia viene a faltar cuando el TJCE basa la inaplicación de las reglamentaciones técnicas nacionales en la finalidad de la Directiva 83/189 de prevenir la aparición de nuevos obstáculos al comercio intracomunitario de mercancías, admitiendo al mismo tiempo que dicha inaplicación se puede producir en conflictos que enfrentan a dos particulares entre sí. Tampoco sería

⁴⁹ Sobre el control de la discrecionalidad de los Estados en la transposición de directivas por parte del TJCE y de los tribunales nacionales, v. HILSON, C., “Legality Review of Member States...”, *op. cit.*; y, DUBOS, O., “L’invocabilité d’exclusion...”, *op. cit.*, p. 572.

⁵⁰ LÓPEZ ESCUDERO, M., “Efectos del incumplimiento...”, *op. cit.*, p. 845. Ha de saberse que en todos los recursos *ex* artículo 226 del Tratado CE interpuestos por la Comisión con anterioridad a la sentencia *CIA Security* aquélla había pedido al TJCE que, de estimar que el Estado miembro demandado había incumplido la Directiva 83/189, el Tribunal explicitara las consecuencias de tal constatación por lo que se refería a la aplicabilidad de la reglamentación técnica nacional no notificada y que el Tribunal se negó a hacerlo. De este modo, el TJCE se alineó, como apunta M. LÓPEZ ESCUDERO, con las opiniones de sus Abogados Generales M. DARMON, VAN GERVEN y D. RUIZ-JARABO COLOMER, quienes habían considerado que el recurso por incumplimiento era un marco inadecuado para pronunciarse sobre esa interpretación, porque las consecuencias de una declaración de incumplimiento en los ordenamientos internos deben ser establecidas por los órganos jurisdiccionales nacionales (*ibid.*).

consistente que el TJCE, que invoca como razón de ser del “efecto directo de exclusión” el valor obligatorio que tienen las directivas para los Estados miembros destinatarios, admitiera que tal eficacia puede producirse en ese mismo plano horizontal.

Junto a la congruencia interna, está la congruencia de toda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a las directivas. Teniendo en cuenta que, con independencia de la función que desempeñe (fuente directa de obligaciones, parámetro de aplicación del Derecho interno, etc.), la figura siempre es la misma, una de dos: o el TJCE admite que las directivas pueden desempeñar todas y cada una de las funciones mencionadas sin importar el plano al que corresponda un litigio o el TJCE restringe el alcance de todas y cada una de tales funciones al plano vertical. Lo que no parece de recibo es que para ciertas funciones sea lo primero y para otras lo segundo.

Está, además, la cuestión de la seguridad jurídica, un bien que el Tribunal de Justicia ha tenido siempre en mente cuando ha analizado la figura de las directivas como fuente de obligaciones (“efecto directo de sustitución”) y que, en cambio, parece haber olvidado por completo al tratar de la Directiva 83/189 como parámetro de aplicación del ordenamiento de los Estados miembros (“efecto directo de exclusión”)⁵¹.

Para finalizar, cabría preguntarse si debe utilizarse la expresión “efecto directo de exclusión” para aludir a este empleo de las directivas por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales para comprobar que los Estados se mantuvieron dentro de los límites que aquéllas establecen a su discrecionalidad. Es cierto que la expresión es muy gráfica, sobre todo, cuando se contrapone al “efecto directo de sustitución”. Sin embargo, nos debería llevar a revisar la definición que tradicionalmente se da de la eficacia directa, pues ya no sería posible seguir diciendo que la eficacia directa atiende a

⁵¹ La seguridad jurídica no debería, a mi modo de ver, impedir que un tribunal nacional se decantara, merced a la aplicación del principio de interpretación conforme, por una interpretación del Derecho interno perjudicial para un particular, sobre todo, en el marco de conflictos horizontales. Como sabemos, a lo que obliga el citado principio es a que, de todas las interpretaciones que puedan hacerse de una disposición nacional, los jueces acojan aquella que mejor encaja con la finalidad de la directiva de que se trate. La directiva no da lugar a una interpretación del Derecho interno; a lo que lleva es a privilegiar una de las interpretaciones que, *con o sin la Directiva*, habrían podido realizarse. De hecho, si, de no existir la directiva, la lectura a lo que conduce la aplicación del principio de interpretación no hubiese sido posible, estaríamos ante una interpretación *contra legem*, excluida por el propio TJCE. En este sentido, discrepo de F. JACOBS, cuando afirma que el principio de interpretación conforme “puede conducir a generar la responsabilidad civil de un particular o a imponerle una obligación civil, que, *de otro modo*, no hubiera existido” (Conclusiones en el asunto *Centrosteeel*, C-456/98, punto 35; STJCE de 13.7.2000, *Rec.* pp. I-6007 ss.).

Lo que ha podido suceder, en alguna ocasión, con el principio de interpretación conforme es que el TJCE haya forzado al juez *a quo* a llegar a lecturas de su ordenamiento interno que éste no admite. Tal sería claramente el caso de la sentencia en el asunto *Marleasing*, en la que el TJCE impone al juzgado español remitente de la cuestión prejudicial el resultado final de la operación interpretativa (“la exigencia de una interpretación del Derecho nacional conforme al artículo 11 de la Directiva 68/151... impide interpretar las disposiciones del Derecho nacional sobre sociedades anónimas de manera tal que pueda declararse la nulidad de una sociedad anónima por motivos distintos de los que se enumeran taxativamente en el artículo 11 de la Directiva 68/151” -STJCE de 13.11.1990, cit., f.j. 9-), siendo éste un resultado sin cabida en nuestro ordenamiento. Como observa G. BETLEM, en casos como éste la doctrina de la interpretación conforme “goes further than a general spur to ‘reconciling interpretation’” (“The Doctrine of Consistent Interpretation”, en PRINSSSEN, J.M. y SCHRAUWEN, A., *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, Groningen, 2002, pp. 77-104, p. 82). Lo que deberá criticarse, entonces, es el uso concreto que hace el TJCE en un asunto determinado del principio de interpretación conforme, pero no el principio en cuanto tal, ni su aplicación en el plano horizontal.

la capacidad de una disposición comunitaria de crear derechos en la esfera jurídica de los particulares. La noción de eficacia directa comprenderá, sí, la creación de derechos, pero también otros efectos, en particular: la invocabilidad de una directiva como parámetro de aplicabilidad del Derecho interno⁵².

⁵² Al respecto, v. los interesantísimos trabajos de S. PRECHAL, “Does Direct Effect...”, *op. cit.*; y, “Direct Effect Reconsidered, Redefined and Rejected”, en PRINSSEN, J.M. y SCHRAUWEN, A., *Direct Effect...*, *op. cit.*, pp. 15-41. En este último, la autora utiliza incluso la frase “The concept has become broad, diluted and leads to more confusion than assistance in addressing to relevant issues” como título de uno de los apartados del trabajo.