

LA OBLIGACION DE DEROGAR O MODIFICAR EL DERECHO INTERNO INCOMPATIBLE CON EL DERECHO COMUNITARIO:

EVOLUCION JURISPRUDENCIAL

por Aracell MANGAS MARTIN (*)

S U M A R I O

I. INTRODUCCION: 1) Normas comunitarias directamente aplicables y mantenimiento formal de normas internas incompatibles. 2) Normas comunitarias no directamente aplicables y normas internas incompatibles.—II. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ENTRE 1970 Y 1974. LOS CASOS EXTREMOS: 1) Las infracciones potenciales (el caso del «Cacao»). 2) Las infracciones por ambigüedad e incertidumbre deliberadas (el caso del *Code français du Travail Maritime*).—III. LOS EFECTOS DE LA NORMA COMUNITARIA DIRECTAMENTE APLICABLE EN EL ORDEN INTERNO DE LOS ESTADOS MIEMBROS.—IV. LA INAPLICABILIDAD DE LA NORMA INTERNA CONTRARIA, UNA SOLUCION MINIMA E INSUFICIENTE.—V. LA EVOLUCION JURISPRUDENCIAL A PARTIR DE 1979. LA SENTENCIA COMISION CONTRA ITALIA (168-85) DE 15 DE OCTUBRE DE 1986: 1) El mero mantenimiento de normas internas incompatibles es en sí mismo una infracción. 2) Medios jurídicos para adaptar el derecho interno a la norma comunitaria directamente aplicable: A) El rechazo a la utilización de las circulares administrativas; B) La derogación expresa y formal del Derecho interno incompatible mediante normas del mismo rango jurídico.—VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCION

1. Normas comunitarias directamente aplicables y mantenimiento formal de normas internas incompatibles

En los años previos a la adhesión de España a las Comunidades Europeas la cuestión de la disyuntiva entre la inaplicación o la derogación de la norma nacional contraria a la norma comunitaria directamente aplicable se suscitaba con cierta frecuencia en las reuniones científicas y en los debates públicos sobre el alcance de la primacía y de la aplicabilidad directa del Derecho comunitario.

(*) Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca.

Preocupaba entonces (y mucho más ahora después de las últimas sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad) que el Derecho comunitario pudiera exigir que todas las normas internas contrarias al D.C., en vigor el 1.º de enero de 1986 y contrarias a las que fuesen cobrando vigor posteriormente, según los diferentes períodos transitorios, o se adoptasen a partir de entonces, debieran ser modificadas o eliminadas formalmente del orden jurídico nacional. Si no bastara el efecto de inaplicabilidad que sobre la norma nacional contraria produce la norma comunitaria directamente aplicable, hubiera supuesto en los meses inmediatamente anteriores y posteriores a la adhesión, un esfuerzo casi imposible dado el ingente número de disposiciones del D.C. y las correlativas normas internas que podrían verse efectuadas por la incompatibilidad.

El problema se suscita, pues, ante una previsión de un comportamiento contrario al D.C. en la norma nacional y un comportamiento o ejecución real conforme a la norma comunitaria. La doctrina clásica del Tribunal de Justicia comunitario respecto del conflicto entre D.C., directamente aplicable y norma interna anterior o posterior ha sido y sigue siendo la inaplicación de la norma nacional incompatible. Pero si hay inaplicación de ésta última y la práctica es conforme al D.C., ¿hay violación del D.C. por mantener formalmente en vigor la norma nacional contraria? A pesar de la aplicación directa y prioritaria del D.C., ¿hay obligación de derogar o modificar las normas nacionales contrarias al D.C.? Los Tratados establecen que los Estados miembros están obligados a adoptar las medidas adecuadas para asegurar el cumplimiento de los Tratados y del Derecho derivado: ¿esas medidas serán la inaplicación o la derogación, o ambas medidas a la vez?

En la mente de muchos planeaba la sentencia del Tribunal comunitario en el asunto del **Code français du Travail Maritime de 1974** (1), que constató la infracción por mantener esa legislación contraria al D.C., a pesar de que la práctica era conforme a las normas comunitarias directamente aplicables, si bien esa opción parecía condicionada por un conjunto de circunstancias. Sin embargo, en la medida que la jurisprudencia del Tribunal se ha ido reiterando sin tener en cuenta otras circunstancias (como el cumplimiento exacto de la norma comunitaria, la inaplicabilidad de la norma nacional contraria o la actitud favorable de las autoridades internas hacia la aplicación directa), era de esperar y de temer que la noción de infracción debida al mero mantenimiento en vigor de normas nacionales contrarias al D.C., directamente aplicable, se consolidase y se llegase a exigir su derogación o modificación.

Pero esta doctrina jurisprudencial ha sido tributaria de una natural evolución en la que inicialmente la posición del Tribunal era muy diferente y en la que se siguen observando ciertas contradicciones.

(1) T.J.C.E., sentencia 4 de abril de 1974 (Comisión c. Francia, 167-73). Rec. 1974, pp. 359 y ss.

2. Normas comunitarias no directamente aplicables y normas internas incompatibles

La cuestión de la infracción al D.C. por el mero mantenimiento en vigor de normas internas contrarias no tiene la misma importancia en relación con las normas no directamente aplicables del D.C.

Si la norma no directamente aplicable está contenida en los Tratados previsiblemente su desarrollo corresponderá a las Instituciones comunitarias y entre tanto ese desarrollo no se produzca no se planteará el problema que nos ocupa.

Si la norma no directamente aplicable corresponde al Derecho derivado, es decir, se trata de una directiva o una decisión, especialmente en el caso de una directiva mientras esté pendiente de transposición, durante el plazo previsto en la misma, obviamente aún no puede entrar en colisión ni con el derecho interno en vigor ni con la práctica que pudiera existir. Pero una vez transcurrido el plazo para su ejecución en el derecho interno, es decir, una vez adoptadas las medidas legislativas o reglamentarias internas, éstas conllevan la derogación o modificación de las normas legislativas y reglamentarias anteriores que pudieran entrar en contradicción con las nuevas normas internas adoptadas de conformidad con la directiva.

Esta es la razón por la que este problema, referido a las directivas, es menor, pues, como señala J. V. LOUIS, para su transposición «será necesario revisar el conjunto de las normas nacionales que rigen la materia con el fin de evitar toda posible ambigüedad sobre el alcance de las disposiciones aplicables» (2).

Pero, claro está, siempre que se hace referencia al carácter de norma no directamente aplicable en el D.C. planea la vidriosa cuestión del excepcional y condicionado efecto directo de la directiva, es decir, en los casos en que no fuera desarrollada mediante normas internas dentro del plazo fijado o hubiera sido incorrectamente ejecutada.

En esos casos en que hay inexecución o ejecución incorrecta o insuficiente, aquellas disposiciones de una directiva que fueran claras, precisas y no dejen márgenes de apreciación deberán tener aplicación directa, es decir, podrán ser invocadas por los particulares ante el Estado y frente a disposiciones legislativas o reglamentarias anteriores o posteriores eventualmente contrarias.

Ahora bien, el hecho de que una directiva pueda llegar a producir eficacia directa no justifica el mantenimiento por un Estado miembro en su legislación de disposiciones de las que la directiva exige la modificación o la supresión (3). A este respecto el Tribunal había declarado en 1980 el incumplimiento de Bélgica por no adoptar medidas jurídicas imperativas para ejecutar unas directivas a las que, según Bélgica, se reconoció aplicación directa a los particulares mediante circulares administrativas. Para el Tribunal esas circulares y esa práctica conforme, al no venir impuesta por normas obligatorias, podrían ser variadas por la Administración y carecían de publicidad adecuada y de seguridad jurídica (4).

(2) J. V. LOUIS: *El ordenamiento jurídico comunitario*, Comisión de las CE, Bruselas, 1980, p. 120.

(3) WAELBROECK, M.: «La Cour de Justice», en *Le Droit de la CEE* (J. Megret y otros), Editions de l'Université de Bruxelles, vol. 10, tomo 1, p. 53.

(4) T.J.C.E., sentencia de 6 de mayo de 1980 (Comisión c. Bélgica, 102-79), Rec. 1980, pp. 1486-1487.

Pero, a mi modo de ver, en ese y otros muchos casos semejantes la infracción reside en la falta de transposición o en su insuficiencia o incorrección; la infracción no procede de la existencia de normas internas anteriores o posteriores incompatibles con la norma comunitaria no directamente aplicable o con sus eventuales efectos directos. En decenas y decenas de sentencias referidas al cumplimiento de directivas el fallo se basó en el incumplimiento del mandato de la directiva: adoptar las disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas necesarios para dar cuerpo normativo a los principios y resultados exigidos por la directiva.

Así, pues, si la directiva es transpuesta correctamente al derecho interno, las medidas normativas de transposición derogarán y reordenarán el derecho interno afectado por la directiva.

Pero el problema estriba en el hecho de si con posterioridad a la transposición un Estado miembro adoptase normas internas modificativas no conformes con la directiva. Desde la perspectiva del Derecho comunitario la directiva produce un efecto dique sobre la legislación interna de modo que esa *lex posterior* de modificación no derogará o modificará en sentido contrario la norma anterior de transposición.

Pero el hecho mismo de la puesta en vigor de la norma interna posterior y contraria plantea la infracción a la primacía de la directiva e incluso, aunque no se aplicase esa norma posterior, plantearía un problema de violación de los tratados (5) y de inseguridad jurídica ante dos normas internas, una anterior de transposición y otra posterior que la modifica de manera no conforme con la directiva. El juez deberá dejar inaplicada la norma posterior pero esto no resuelve el problema de la existencia de la norma interna incompatible.

El problema así planteado es, si cabe, aún más delicado pues una buena parte de las autoridades administrativas y los propios particulares en las relaciones intersubjetivas en que pudiera aplicarse podrían entender que el conflicto es entre una norma anterior y otra posterior; y el conflicto entre normas de un mismo ordenamiento y con la misma jerarquía se resuelve por la regla clásica sobre sucesión de normas en el tiempo (*lex posterior derogat priori*). Sólo cuando el particular perjudicado acudiera ante los Tribunales nacionales tendrá algunas garantías de que el juez tenga por inaplicable la ley posterior y aplique la ley nacional primeramente adoptada en transposición de la directiva.

Como puede observarse el problema del mantenimiento en vigor de una disposición nacional contraria al D.C. también puede suscitarse respecto a las normas comunitarias no directamente aplicables en las circunstancias señaladas. Y la solución a la que ha llegado el Tribunal sirve para ambos tipos de normas de la «*summa divisio*» comunitaria.

(5) Dice GOFFIN que «si la norma comunitaria no es directamente aplicable, la ley nacional que la infringe constituye por sí misma una infracción a una obligación impuesta por el Tratado de hacer esta norma aplicable a los ciudadanos de los Estados miembros». «La infracción de un Estado miembro según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», RJE 1978-2, p. 399 (el subrayado es suyo) y traducción al francés «Le manquement d'un Etat membre selon la jurisprudence de la Cour de Justice des CE», en *Mélanges Dehousse, Nathan-Labor*, Bruselas, 1979, p. 213.

II. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ENTRE 1970-1974. LOS CASOS EXTREMOS

1. Las infracciones potenciales (el caso del «Cacao»)

La sentencia denominada del «Cacao» en el asunto Comisión contra Italia, de 15 de abril de 1970 (6), destaca entre los primeros casos en que el Tribunal aborda la cuestión de si existe infracción por el mero mantenimiento en vigor de una norma interna incompatible con una norma comunitaria de efecto directo pero sin ejecución real de aquella.

En un procedimiento judicial fundado en el artículo 169 CEE, la Comisión demandó a Italia por haber violado el artículo 95 CEE (no discriminación fiscal entre productos nacionales e importados de otros Estados miembros de la CE), al exigir un gravamen más elevado al consumo de productos elaborados a partir de la trituration del cacao en grano importado de otros Estados miembros frente a igual producto obtenido en Italia. Ahora bien, la legislación italiana exoneraba de ese impuesto si se utilizaban exclusivamente para la fabricación de productos farmacéuticos o como sucedáneos del café. Se hacía así antieconómica y se persuadía de cualquier otra utilización para la alimentación o eventuales falsificaciones alimentarias que se pudieran hacer a partir de los desechos o residuos de la trituration de la cáscara del cacao.

A pesar del impuesto superior la Comisión sostenía que la utilización de esos residuos del cacao para fines distintos de los exonerados era posible y concebible (así para imitaciones de chocolate, alimentos para animales, materias colorantes y aromáticas) (7).

Sin embargo, el Gobierno italiano probó que las importaciones procedentes de los Estados miembros de esos productos solo podrían por razones económicas y solo eran efectivamente empleados para los fines exonerados; luego, no se gravaba con un impuesto superior a los desechos del cacao importado, pues tanto el obtenido en Italia como el importado de otros Estados miembros para esos fines —y que eran los únicos— estaban exentos de impuestos (8). También para el Abogado General, señor Gand, la cuestión era teórica y técnica y había que conectarla con las realidades económicas, estimando así que no había violación al artículo 95 CEE (9).

En estas circunstancias el Tribunal concluyó que «la infracción alegada sólo podría existir en la medida en que la República Italiana importase efectivamente las 'pellures' y las 'pelliculles' destinadas a fines diferentes de los que se beneficiaban de la exención». Reconoce el Tribunal, además, que al prohibirse su utilización para los productos del cacao y el chocolate, se disuade su importación con un fuerte impuesto que hace imposible su utilización y comercialización para otros

(6) T.J.C.E., sentencia de 15 de abril de 1970 (Comisión c. Italia, 28-69), Rec. 1970, pp. 187 y ss.

(7) *Loc. cit.*, p. 193.

(8) *Ibidem.*

(9) *Loc. cit.*, p. 202.

finés que no sean los protegidos por la exención, por lo que no tenía interés indagar si en estos casos extremos podían tener otra utilización (10).

He expuesto con cierto detalle este litigio pues con frecuencia se pone como ejemplo esta sentencia de una tesis favorable a que la mera existencia de normas internas contrarias a obligaciones comunitarias no constituye una infracción sin una efectiva aplicación (11). Comparto la posición de M. WAELBROECK, de que esta sentencia contempla «la cuestión de saber si una discriminación teórica, no susceptible de tener efecto restrictivo en la práctica, puede constituir una infracción en el sentido del art. 169» (12).

En la argumentación del Abogado General y del Tribunal no se oculta el carácter meramente teórico que rodea a la discriminación, pues era prácticamente imposible por las circunstancias económicas que se produjera la aplicación de la ley interna discriminatoria. Esas circunstancias del caso y el consiguiente fallo del Tribunal no permiten hacer una fácil generalización a otros casos en que si bien no tiene lugar la aplicación efectiva de la ley interna, sin embargo, su ejecución es perfectamente factible y verosímil.

2. Las infracciones por ambigüedad e incertidumbre deliberadas (el caso del *Code français du Travail Maritime*)

El Tribunal de Justicia, en la conocida sentencia Comisión c. Francia (*Code Maritime*) (13), adoptó una postura distinta a la de la sentencia descrita sobre el Cacao.

Pero de nuevo fueron las circunstancias del caso las que motivaron una solución tan diferente. Esas actitudes extremas no deben llevar a pensar en la versatilidad del Tribunal o sobre la solidez y lógica de sus razonamientos y fallos. No hay, obviamente, discrecionalidad ni criterios de oportunidad que le lleven a soluciones distintas en casos que, en el esquema del problema (simultaneidad de normas comunitarias directamente aplicables y normas internas incompatibles), parecen similares. En realidad, el Tribunal no se pronuncia con carácter general, sino que resuelve en función del caso concreto, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias particulares y especiales que rodean cada controversia. Y ocurre que tanto en el asunto del cacao como en este del *Code Maritime* hay circunstancias tan especiales que creo no permiten extraer consecuencias generales válidas para todo conflicto así planteado.

Una ley francesa de 1926, el *Code du Travail Maritime*, establecía que el personal de un navío francés debe, en una determinada proporción, ser de nacionalidad francesa, detallándose en disposiciones reglamentarias de 1960 y 1969 que se reservan ciertos puestos importantes en los buques a ciudadanos franceses y

(10) *Loc. cit.*, pp. 195-196.

(11) Así P. PESCATORE afirmó que «es la ejecución de una obligación incompatible con el mercado común la que se contempla como el hecho constitutivo del incumplimiento» («Responsabilité des États membres en cas de manquement aux règles communautaires», *Il Foro Padano*, 1972, p. 12).

(12) WAELBROECK, M.: «La Cour de Justice», *Loc. cit.*, p. 54.

(13) T.J.C.E., sentencia de 4 de abril de 1974 (Comisión c. Francia, 167-73), *Rec.* 1974, pp. 359 y ss.

además tres de cada cuatro puestos en los empleos de servicio general. En opinión de la Comisión esas disposiciones violaban el artículo 48 CEE y el reglamento 1612/68 sobre libre circulación de trabajadores en el interior de la CEE.

El Gobierno francés presentó un proyecto de ley de modificación ante el Parlamento que justificó en consideraciones de oportunidad y sin fundamentar en las reglas generales del Tratado sobre libre circulación, pues según Francia el sector de los transportes, objeto de un título específico de los Tratados, no le son aplicables las reglas generales. Mientras, el Gobierno francés había cursado instrucciones verbales a los servicios marítimos franceses a fin de que no aplicaran esas medidas a ciudadanos de los Estados miembros, si bien alegaba que no estaba obligado a actuar así.

Para la Comisión las normas generales sobre libre circulación de trabajadores se aplicaban a los transportes marítimos; sostenía firmemente que «el mantenimiento en vigor, en la legislación de un Estado miembro, de disposiciones incompatibles con las disposiciones de un reglamento comunitario, constituye en sí mismo una infracción a las obligaciones comunitarias» (14) y consideraba que su interés en el reconocimiento de la infracción es independiente del hecho de que los justiciables hayan sido efectivamente víctimas de esas infracciones.

El Abogado General Reischl apoyó los argumentos de la Comisión y consideraba determinante el rechazo del Parlamento francés al proyecto de modificación de la Ley de 1926 por sostener la misma tesis que el Gobierno sobre la no aplicación de la libre circulación a los transportes marítimos. En esas circunstancias las instrucciones administrativas no podrán ofrecer las garantías que se obtendrían de una enmienda legislativa (15).

Se observa tanto en las posiciones de las partes como en las Conclusiones del Abogado General que la controversia esencial era saber si las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de trabajadores se extendían efectivamente a la navegación marítima. Por ello, esta sentencia no es suficientemente clarificadora de si realmente se precisaba una regulación formal del derecho positivo francés.

En efecto, toda vez que el Tribunal decide que la aplicación del artículo 48 CEE es obligatoria y no una facultad, es comprensible que considere que como Francia hace depender la no discriminación a los trabajadores de otros Estados miembros de su voluntad unilateral, el mantenimiento, **en esas condiciones**, del Code Maritime es un incumplimiento por Francia de las obligaciones impuestas por el artículo 48 CEE y por el reglamento 1612/68. Esa actitud de Francia da lugar a **una situación de hecho ambigua** que lleva a **un estado de incertidumbre** a los afectados en cuanto a las posibilidades que tienen de invocar el derecho comunitario. Esa **inseguridad** persiste a pesar de las instrucciones administrativas de carácter interno y verbales por lo que la inseguridad creada por el mantenimiento incambiado del texto del Code Maritime constituye un obstáculo a la libre circulación.

(14) Loc. cit., p. 364.

(15) Loc. cit., pp. 376-377.

En los considerandos que acabo de parafrasear resulta evidente que son «**las condiciones**» las determinantes de la infracción (16).

Si en la sentencia de 1970 en el asunto sobre el cacao la no declaración de la infracción tenía cierta lógica pues, como señalara R. KOVAR, «una infracción no existe si es únicamente potencial» (17), en el caso contra Francia había una verdadera contestación jurídica de la aplicación directa y de la primacía de los Tratados y de los reglamentos.

GOFFIN estima que la enseñanza de la sentencia sobre el cacao es que una legislación contraria al D.C. no constituye una infracción desde el momento en que su aplicación es «prácticamente imposible», en cambio, en la sentencia Code Maritime el Tribunal decidió «sin equívoco», según el citado autor, que existe infracción en el mantenimiento de la legislación nacional, a pesar de la no aplicación de éste, por la situación de ambigüedad y de inseguridad favorecida por el Gobierno francés, aunque no comparte esa argumentación (18).

También desde un examen comparativo A. BARAV cree que la actitud del Tribunal se centra en la aplicación efectiva de la legislación interna considerada incompatible, si bien su posición personal es que la infracción existe por «el mantenimiento en vigor de legislación incompatible con las normas comunitarias», estimando más convincente la argumentación de la Comisión en el caso Code Maritime que el fallo del Tribunal bajo las condiciones que lo determinaron (19).

Una posición diferente a los dos autores anteriormente citados es la defendida por J. V. LOUIS: en los casos en que simultáneamente hay una legislación contraria a los Tratados y una práctica conforme a los mismos la infracción sólo puede ser declarada si se dan circunstancias de ambigüedad e Incertidumbre creadas por el Gobierno, como ocurría en la causa contra Francia (20).

Ciertamente, la comparación de las soluciones dadas al problema en las sentencias sobre el cacao en 1970 y sobre el Code Maritime en 1974 parecen abonar ésta última posición. También M. DIEZ DE VELASCO estima que el Tribunal «trata de ponderar los intereses afectados. La mera existencia de una legislación formalmente contraria al Derecho comunitario no implica infracción si su aplicación efectiva es una mera hipótesis posible en casos extremos, pero sí, en cambio, en el supuesto de que dé lugar a una situación que amenaza los intereses de los titulares de derechos basados en las normas comunitarias» (21).

Creo que el fallo del Tribunal constatando la infracción se basaba en la actitud gubernamental y parlamentaria francesa de no reconocer la aplicación del artículo 48 CEE al ámbito del transporte marítimo, por lo que en tales condiciones el

(16) Loc. cit., pp. 369-373.

(17) KOVAR, R.: «Chronique de la jurisprudence de la Cour de Justice des CE», *Journal de Droit International*, 1971, p. 389.

(18) GOFFIN, F.: Loc. cit., pp. 398-399 y en la versión francesa p. 213.

(19) BARAV, A.: «Failure of Members States to Fulfil their obligations under Community Law», *CMLR*, 1974, p. 374.

(20) J. V. LOUIS: «Observations» a la sentencia de 4 de abril de 1974, en *Cahiers de Droit European*, 1974-5, p. 589.

(21) DIEZ DE VELASCO, M.: *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 49.

mantenimiento Incambiado del Code de Travail Maritime constituía una infracción a los Tratados. Así pues, tratándose de una oposición frontal a una norma fundamental del D.C., es irrelevante para el Tribunal tomar en consideración la inaplicación de las normas nacionales contrarias. Tal inaplicación no tenía una base sólida y segura en un reconocimiento de la aplicabilidad directa del Tratado y del reglamento.

De nuevo, por las circunstancias que se combinan, en este caso, esta sentencia no revela aún una posición nítida del Tribunal sobre el problema de la concurrencia de la norma comunitaria directamente aplicable y la ley nacional incompatible, en vigor formalmente, pero no aplicada.

III. LOS EFECTOS DE LA NORMA COMUNITARIA DIRECTAMENTE APLICABLE EN EL ORDEN INTERNO DE LOS ESTADOS MIEMBROS

A la noción de la aplicabilidad directa del D.C. se suelen atribuir con toda una gama de matices, una serie de características y efectos, entre los que destacan la recepción o inserción directa e inmediata en el orden interno de los Estados miembros por sí misma, sin necesidad de transformación (22). Produce derechos y obligaciones en el patrimonio jurídico de los particulares que pueden ser invocados ante los Tribunales y que estos tienen la obligación de proteger (23). También de la norma de aplicación directa se dice que es jurídicamente perfecta, que es clara, precisa y no deja margen de apreciación discrecional para los Estados (24). Este último criterio, la ausencia de un poder discrecional es el criterio decisivo.

En efecto, se piensa que si una norma de los Tratados es clara, precisa e incondicional, tiene efecto directo y, desde luego, el reglamento por su naturaleza y su posición en el sistema de fuentes es, por excelencia, la norma directamente aplicable (25). La incondicionalidad significa que no precisan de otras normas que las desarrollen o complementen: no están condicionados en su aplicación efectiva a otra norma jurídica. Pero es importante subrayar que esa incondicionalidad y ese carácter perfecto de su régimen jurídico no significa que los Estados se vean imposibilitados de adoptar algún complemento normativo de ejecución (de reorganización administrativa interna, señalamiento del órgano interno competente, cuestiones de procedimiento...).

Pues bien, esas medidas indispensables de ejecución no desvirtúan el carácter de norma comunitaria directamente aplicable; sin embargo, si se dejaran márgenes de apreciación que exigiesen un desarrollo de las facultades que otorga la norma comunitaria, entonces ahí habría que situar la frontera entre la norma directamente aplicable y la norma no directamente aplicable. Afirma J. V. LOUIS que «si la necesidad de estas medidas de ejecución no es en sí determinante, por el contrario, el rôle de esas medidas y en particular, la discreción dejada a

(22) T.J.C.E., sentencia de 10 de octubre de 1973 (Variola, 34-73), Rec. 1973, p. 990.

(23) T.J.C.E.; sentencia de 5 de febrero de 1963 (Van Gend en Loos, 26-62), Rec. 1963, pp. 23-25.

(24) T.J.C.E., sentencia de 24 de octubre de 1973 (Schlüter, 9-73), Rec. 1973-7, p. 1158.

(25) T.J.C.E., sentencia de 14 de diciembre de 1971 (Pohl, 43-71), Rec. 1971, p. 1049.

los Estados miembros y a las instituciones» pueden ser un criterio útil de distinción (26).

En correlación con sus características, la norma comunitaria directamente aplicable despliega sus efectos en el orden interno sin que pueda encontrar obstáculos normativos en su inserción y en su aplicación: tiene aplicación preferente frente a las normas internas incompatibles, incluso aunque el Estado no haya adoptado las medidas necesarias para modificar o derogar el derecho interno incompatible.

En su relación frente a la norma interna anteriormente aplicable la norma comunitaria de aplicación directa tiene primacía. L. J. CONSTANTINESCO ha afirmado que esa prioridad tiene lugar «en virtud de la regla *lex posterior*» (27). Pero ese viejo principio rige la sucesión de normas en el tiempo y en un mismo ordenamiento. Por el contrario, es la primacía del D.C. como condición existencial de la Comunidad la que hace inaplicable la norma interna incompatible, ya sea anterior o posterior.

Aunque en la sentencia *Costa c. ENEL* de 1964 el Tribunal hablaba de medidas unilaterales que no podrían ser «oponibles» (28), en posteriores sentencias el Tribunal se inclina, frente a la noción de inoponibilidad, por la noción de inaplicabilidad; así en la sentencia *Gebrüder Lück* de 1968 afirma que la aplicabilidad directa «excluye la aplicación de toda medida de orden interno incompatible» (29), declaración de inaplicación que se confirma en la sentencia *Marimex* (30).

Así pues, para el Tribunal de la Comunidad la inaplicación es el efecto que produce la norma comunitaria directamente aplicable sobre el derecho interno contrario. No dejan lugar a dudas los términos del Tribunal en el asunto *Comisión c. Italia* de 1972 en el que declaró que la primacía implica «para las autoridades nacionales competentes la prohibición de pleno derecho de aplicar una prescripción nacional reconocida incompatible con el Tratado» (31). En la tantas veces citada sentencia *Code du Travail Maritime* de 1974 insistía en que «... teniendo el Derecho comunitario primacía sobre los derechos nacionales... toda disposición contraria del derecho interno le es, por ese hecho, inaplicable» (32).

Pero sería en la sentencia *Simmenthal* de 1978, cuando desglosase el alcance de la inaplicación. El Tribunal declaró que la norma comunitaria de efecto directo hace «inaplicable de pleno derecho, desde su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional existente». Respecto de la norma interna posterior e incompatible el efecto que se produce es que la vigencia de la norma comunitaria impide «la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que fueran incompatibles con las normas comunitarias» (33).

(26) J. V. LOUIS: *Les Règlements de la Communauté Economique Européenne*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1969, p. 259.

(27) CONSTANTINESCO, L. J.: *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, LGDJ, Paris, 1970, p. 39.

(28) T.J.C.E., sentencia de 15 de julio de 1964 (*Costa c. ENEL*, 6-64), Rec. 1964, p. 1160.

(29) T.J.C.E., sentencia de 4 de abril de 1968 (*Gebrüder Lück*, 34-67), Rec. 1968, p. 370.

(30) T.J.C.E., sentencia de 7 de marzo de 1972 (*Marimex*, 84-71), Rec. 1972, p. 96.

(31) T.J.C.E., sentencia de 13 de julio de 1972 (*Comisión c. Italia*, 48-71), Rec. 1972, p. 534.

(32) Sentencia citada, Rec. 1974, p. 371.

(33) T.J.C.E., sentencia de 9 de marzo de 1978 (*Simmenthal*, 106-77), Rec. 1978, pp. 643-644.

J. V. LOUIS, analizando el sentido de estos controvertidos considerandos de la sentencia *Simmenthal*, estima que «la primacía paraliza en sus efectos la norma anterior o posterior pero no le niega necesariamente toda existencia pues aquella recobrará su vigor después de la duración de la validez de la norma comunitaria... Fuera del campo de la legislación comunitaria la regla nacional será «válida» y llegará a serlo también para las relaciones regidas por la norma comunitaria en caso de desaparición de ésta» (34).

El Tribunal dirige un mandato claro al juez nacional enfrentado a una norma nacional contraria, ya sea esta anterior o posterior: tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de la disposición comunitaria «dejando inaplicada toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional, ya sea anterior o posterior a la regla comunitaria» (35). Se trata de una solución mínima que se genera por el hecho mismo de la entrada en vigor de la norma comunitaria «sin que para ello tenga que pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional» (36), aunque naturalmente ese efecto, la inaplicación, «no limita, sin embargo, la capacidad de las jurisdicciones nacionales competentes para aplicar, entre los diversos procedimientos del orden jurídico interno, los que sean adecuados para salvaguardar los derechos individuales conferidos por el Derecho comunitario» (37).

BARAV cree que la inaplicación es una consecuencia mínima respecto del derecho interno anterior, pero estima que esa solución no es aceptable para el derecho interno posterior incompatible, pues de la transferencia de poderes a la Comunidad «resultaría, para los Estados miembros, una **incapacidad absoluta** de intervenir en materias de competencia comunitaria o de actuar de modo contrario al Derecho comunitario» (38). Apoyándose en diversos autores y en las sentencias *Walt Wilhelm* (39) y *Bollmann* (40), sostiene que la medida nacional contraria estaría viciada de una «**incompetencia externa**. Su sanción consistiría en la **inexistencia** de la medida adoptada» (41) y considera superfluo que la sentencia *Simmenthal* declarase también la inaplicación de la legislación posterior (42).

La inaplicación ha sido la solución defendida por los principales Tribunales de los Estados miembros como el Tribunal de Casación de Bélgica en su sentencia «*Fromagerie franco-suisse le SKI*» de 27 de mayo de 1971, de Francia en el asunto «*Cafés Jacques Vabre*» de 25 de mayo de 1975, el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 9 de junio de 1971 y el Tribunal Constitucional italiano en su sentencia «*Granital*», de 8 de junio de 1984.

(34) J.V. LOUIS: «Les actes des Institutions», en *Le Droit de la CEE* (Megret y otros), Ed. Université de Bruxelles, 1983, vol. 10, tomo 1, p. 525.

(35) Sentencia *Simmenthal*, cit., p. 644.

(36) *Ibidem*.

(37) Sentencia *Gebrüder Lück*, cit., p. 370.

(38) BARAV, A.: «Les effets du Droit communautaire directement applicable», *Cahiers de Droit Européen*, 1978, p. 275 (el subrayado es suyo).

(39) T.J.C.E., sentencia de 13 de febrero de 1969 (*Walt Wilhelm*, 14-68), Rec. 1969, p. 15.

(40) T.J.C.E., sentencia de 18 de febrero de 1970 (*Bollman*, 40-69), Rec. 1970, p. 80.

(41) BARAV, A.: *Loc. cit.*, p. 276 (el subrayado es suyo).

(42) BARAV, A.: *Loc. cit.*, p. 279.

Además se sostiene por diversos autores que una consecuencia del efecto directo de la norma comunitaria es la derogación de las disposiciones incompatibles de la norma interna.

J. V. LOUIS refiriéndose al reglamento afirma que «tiene siempre una eficacia directa en virtud de la cual las leyes contrarias son automáticamente abrogadas» (43). También R. KOVAR cree que «la regla de aplicación directa posee ante todo un efecto abrogatorio respecto de las normas estatales que le fueran contrarias. Si la ejecución de una regla en el orden interno no necesita de ninguna medida nacional, se entiende que tampoco podría estar subordinada a la abrogación expresa del Derecho comunitario. Esta conclusión no es más que la consecuencia lógica del efecto directo» (44). L. PLOUVIER se pronuncia en términos parecidos (45) y A. BARAV afirma que la norma comunitaria directamente aplicable deroga implícitamente la norma interna contraria (46).

También he sostenido en otro lugar que las normas comunitarias de aplicación directa tienen un efecto abrogatorio **material** sobre las normas internas incompatibles sin necesidad de un acto interno posterior que las abrogue (47). Ahora bien, creía que podría tener interés «la declaración expresa de la derogación o modificación a fin de alejar cualquier duda sobre cuál es el derecho aplicable y sería de cierta utilidad práctica en determinados casos muy complejos de cara a los funcionarios y jueces y, en especial, de cara a los particulares (48).

IV. LA INAPLICABILIDAD DE LA NORMA INTERNA CONTRARIA UNA SOLUCION MINIMA E INSUFICIENTE

Sin duda, la inaplicación de la norma nacional incompatible, tantas veces exigida por el Tribunal es la solución que se requiere en el marco de un proceso judicial en que se plantee tal situación de conflicto, ya que cuando los particulares invocan una norma de efecto directo, el deber del juez es proteger los derechos que se desprenden de la norma comunitaria sin plantearse, pues no es su competencia, por lo general, la eliminación de la norma ni puede detener ese proceso en espera de que lo haga el órgano judicial competente (por ejemplo, el Tribunal Constitucional) o la autoridad normativa de la que emanó el acto. Tampoco tiene el juez o la autoridad administrativa que condicionar la inaplicación de la norma interna

(43) J. V. LOUIS: *Les règlements...*, op. cit., p. 273.

(44) KOVAR, R.: «L'applicabilité directe du Droit communautaire», *Journal de Droit International*, 1973, p. 293.

(45) PLOUVIER, L.: *Les décisions de la Cour de Justice des Communautés Européennes et leurs effets juridiques*, Bruylant, Bruselas, 1975, p. 208.

(46) BARAV, A.: *Loc. cit.*, p. 271.

(47) MANGAS MARTIN, A.: *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 187. En la segunda edición de esta obra he modificado esa posición a la luz de la evolución jurisprudencial (Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1987, pp. 190-192).

(48) *Ibidem*. En el asunto *Simmenthal* la Comisión (que apoyaba la competencia del juez de instancia para dejar inaplicada la Ley nacional) objetó que esta solución servía para casos concretos, mientras que la eliminación total por el Tribunal Constitucional —como se planteaba en aquel caso— podría ser útil para casos complejos, aunque en ningún caso debería considerarse como la vía obligatoria (Rec. 1978, pp. 638-639).

a la existencia de una sentencia que constate la infracción (art. 169 CEE) o que ponga de relieve la incompatibilidad (art. 177 CEE, cuestión prejudicial en interpretación). Pero la inaplicación de la norma nacional contraría es una garantía mínima que deja en pie la infracción del Estado.

Un Estado miembro que mantiene una norma nacional contraría a la norma comunitaria directamente aplicable, aún probando la aplicación de ésta última, está incumpliendo su obligación 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» (art. 5 CEE, 192 CEEA, 86 CECA) y desde luego la inaplicación de la norma interna, como afirmara el Tribunal en la sentencia de 20 de marzo de 1986, no asegura la plena aplicación de la norma comunitaria (49).

El hecho de que el comportamiento real del Estado se conforme a la norma comunitaria en cuestión, que ésta pueda desplegar su eficacia plena y que quedan salvaguardados los derechos de los particulares no evita la calificación de infracción al D.C. la «otra» conducta del Estado: el mantenimiento formalmente en vigor de la norma interna incompatible con la norma comunitaria.

Según una excelente descripción de A. BARAV «la infracción al cumplimiento de las obligaciones comunitarias comprende cualquier violación a las reglas obligatorias o a los principios contenidos en el arsenal de las normas comunitarias» (50). El Estado miembro que mantiene en su ordenamiento interno una norma interna incompatible incumple la obligación citada del art. 5 CEE. Se trata de una obligación exigible en el plano del Derecho Internacional: es una obligación internacional asumida por el Estado frente a la Comunidad y a los otros Estados miembros y que podría ser exigida judicialmente por la Comunidad a través del procedimiento del artículo 169 CEE (a iniciativa de la Comisión) o por los Estados miembros a través del artículo 170 CEE (inusual). A este respecto resulta interesante la reflexión de J. V. LOUIS expresada fuera del estricto problema que nos ocupa, sobre el alcance del artículo 169 CEE: «el procedimiento de infracción sanciona la inejecución de obligaciones contraídas por los Estados, en materias que pueden no concernir —al menos directamente— la esfera de los intereses individuales, sino que dependen exclusivamente de las relaciones entre la Comunidad y los Estados miembros» (51).

Precisamente, en el caso **Code Maritime** la Comisión adujo la violación del artículo 5 CEE, separando la infracción por el mero mantenimiento en vigor de las particulares circunstancias del caso (la rebeldía de Francia sobre el fondo del asunto). Para la Comisión «el mantenimiento en vigor, en la legislación de un Estado miembro, de disposiciones incompatibles con las disposiciones de un reglamento comunitario, constituye en sí una infracción a las obligaciones comunitarias. Este mantenimiento, contrario a la obligación formulada en el artículo 5 del Tratado, crearía en cualquier situación, un equívoco en el ánimo de los justiciables

(49) T.J.C.E., sentencia de 20 de marzo de 1986 (Comisión c. Países Bajos, 72-85), aún no publicada.

(50) BARAV, A.: «Failure of Member States...», cit., CMLR, 1975, p. 372.

(51) J. V. LOUIS: «Ordre public communautaire et Interêts des Etats dans la procédure en constatation de manquements», *Miscellanea W. Ganshof Van der Meersch*, Bruylant, Bruselas, 1972, p. 235.

y les obligaría a emprender procedimientos judiciales ante los jueces nacionales...» (52).

Esa firmeza de la Comisión en 1974 ha sido compartida por importantes autores como A. BARAV, para quien «la ambigüedad, la incertidumbre y las dudas son necesariamente productos derivados de una situación en la que simultáneamente la legislación de un Estado miembro está en conflicto con las obligaciones de los Tratados y la práctica es conforme al Derecho comunitario...» (53). En términos muy parecidos se manifestó GOFFIN frente a los condicionamientos con que el Tribunal revistió su sentencia *Code Maritime*: «El mantenimiento por un Estado miembro de una norma contraria de derecho interno ¿no es en cualquier caso fuente de ambigüedad y, por tanto, de inseguridad jurídica?» (54).

Ciertamente confiar que un juez protegerá los derechos conferidos por la norma comunitaria no soluciona el problema de la **aplicación efectiva** de la norma comunitaria. La protección jurisdiccional, mediante largos y costosos procesos, es una garantía para las situaciones límite; pero la norma comunitaria debe tener una aplicación ordinaria, pacífica e incontestada en las relaciones intersubjetivas como en las relaciones con la Administración sin necesidad de llegar ante el juez.

Puede ser que el comportamiento de los funcionarios y de los particulares frente a la norma nacional incompatible sea la de paralizar su efecto, dejarla inaplicada, pero no siempre se reconocerá ese efecto bloqueante al Derecho comunitario. Con realismo observa G. BEBR que «el peligro de que una autoridad nacional pueda un día aplicar el derecho formalmente en vigor no debe ser subestimado» (55).

Para que el D.C. se imponga y rija las relaciones para las que fue previsto, para que **arralgue en el tejido social** no puede correr el riesgo de verse confrontado con normas nacionales que prevean otros derechos y obligaciones diferentes, las cuales obstaculizan, por su derogación expresa y formal, la normal aplicación de la norma comunitaria. La invocación ante el juez de la aplicabilidad directa revela **la falta de eficacia real de la norma comunitaria frente a la norma nacional incompatible**. Una norma jurídica obligatoria y revestida de primacía debe imponerse por sí misma y solo de manera excepcional ver sancionada por la acción judicial su fuerza y protegidos los derechos que confiere. No se puede hablar de un **patrimonio jurídico** de los ciudadanos de los Estados miembros **logrado a golpe de proceso judicial**.

Son razones de seguridad jurídica las que hacen de la inaplicación una solución insuficiente (56). Con frecuencia se alega en favor de la solución de la inaplica-

(52) Sentencia *Code Maritime*, cit., Rec. 1974, p. 364.

(53) BARAV, A.: art. cit., CMLR, 1975, p. 376.

(54) GOFFIN, L.: *Loc. cit.*, p. 400 y en la traducción francesa p. 213 (el subrayado es suyo).

(55) BEBR, G.: *Development of Judicial control of the European Communities*, Nijhoff, La Haya, 1981, p. 292.

(56) La tesis de la inaplicación sí es muy útil en los casos extremos en que el obstáculo a la norma comunitaria de efecto directo proviene de la Constitución. Aquí realmente la inaplicación de la disposición constitucional afectada es la solución implícita en la disposición constitucional que permitió la atribución de competencias derivadas de la Constitución. Es el caso del artículo 93 de la Constitución española que prevé el ejercicio de competencias constitucionales por las Institu-

ción que la norma nacional podría seguir aplicándose a otros supuestos no contemplados en la norma comunitaria, por ejemplo, a nacionales de terceros países. Este argumento de que la ley nacional podría tener su interés para situaciones no sometidas al Derecho comunitario en las que el Estado miembro tenga plena competencia normativa es una razón importante a tener en cuenta por el Estado, pero, a mi entender, en orden a decidir el alcance de la modificación o adecuación de la ley nacional.

V. LA EVOLUCION JURISPRUDENCIAL A PARTIR DE 1979. LA SENTENCIA COMISION C. ITALIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1986

1. El mero mantenimiento de normas internas incompatibles es en sí mismo una infracción

En buena medida la actitud del Tribunal a partir de 1979, confirmada por la reciente sentencia de 15 de octubre de 1986, tiene su raíz propiamente en la sentencia *Code Maritime*, ya que el fallo de esta sentencia aparece despojado de la expresión «en estas condiciones» sobre las que gira la *ratio decidendi* del Tribunal (57).

Pues bien, en la sentencia de 1979, *Comisión c. Italia* (58), el Tribunal prescinde de las condiciones que había esgrimido en la causa *Code Maritime* y abre su doctrina a la declaración de infracción por el simple hecho de la no modificación del derecho interno en el sentido establecido por normas comunitarias de aplicación directa.

La demanda de la Comisión se basaba en la violación del artículo 52 CEE (sobre libre establecimiento) por el «Texto único» de las leyes aduaneras de Italia de 1973, el cual preveía que la licencia de expedidor de aduana no sería accesible a los extranjeros salvo condición de reciprocidad. La Comisión reconocía, sin embargo, que la aplicación del artículo 52 CEE era en la práctica conforme a las exigencias de los Tratados pero, a pesar de ello, ese artículo debía ser modificado. Por su parte, el Gobierno italiano expresaba su voluntad de modificar el texto litigioso, si bien insistirá en que tal condición de reciprocidad sólo se exigía a países terceros, pues mediante circulares administrativas se había asimilado a las nacionales de los Estados miembros a los fines del trato nacional.

Para el Abogado General, considerando exclusivamente el texto de la legislación italiana, este era incompatible con el Tratado y no se podía absolver a Italia de la acusación por el hecho de que mediante circulares la práctica fuera conforme

ciones entendiéndose que ese ejercicio se hará conforme a los principios, procedimientos y efectos previstos en los Tratados para los que se concede la autorización.

(57) Según G. VANDERSANDEN y A. BARAV en la sentencia *Code Maritime* hay «un esbozo de una concepción según la cual la existencia de una legislación incompatible con el Derecho comunitario podría en sí constituir un incumplimiento en el sentido del Tratado» *Contentieux communautaire*, Bruylant, Bruselas, 1977, p. 104.

(58) T.J.C.E., sentencia de 25 de octubre de 1979 (*Comisión c. Italia*, 159-78), Rec. 1979, p. 3247.

a) Tratado ni por su intención de modificarlo próximamente. Mientras subsistiese esa condición en la ley Italiana, las nacionales de los Estados miembros son extranjeros, que ignorando la existencia de las circulares pueden verse disuadidos a que soliciten la licencia.

Al juzgar esta situación el Tribunal recuerda su propia doctrina en el asunto Code Maritime, aunque no de forma exacta, pues ya no incluye la referencia «en estas condiciones» que hacían tan peculiar la causa contra Francia. Ahora, para el Tribunal «el mantenimiento, en la legislación de un Estado miembro, de un texto incompatible con el Tratado da lugar a una situación de hecho ambigua, teniendo a los sujetos de derecho afectados en un estado de incertidumbre en cuanto a las posibilidades que tienen de invocar el Derecho comunitario. El mantenimiento incambiado de las disposiciones en causa constituye así un obstáculo a la libertad de establecimiento» (59). Ya no es, pues, la ambigüedad del Estado y las circunstancias en que éste opera la que da lugar a la infracción, sino que mantener normas internas contrarias al D.C., incluso directamente aplicable, es una infracción.

En otras dos sentencias posteriores, de 1981 y 1986, el Tribunal ha declarado el incumplimiento de los Tratados por parte de Bélgica (60) y de los Países Bajos (61) al no haber adaptado su legislación interna al Estatuto de Funcionarios de las Comunidades Europeas (62), aún siendo éste un Reglamento en el sentido del artículo 189-2 y, por tanto, directamente aplicable en todo Estado miembro. A raíz de la primera sentencia, la Comisión pensó que los Países Bajos reaccionarían modificando su legislación. Pero ante el retraso en el proceso legislativo en los Países Bajos, la Comisión presentó una demanda contra este país (63).

Pero es importante subrayar que en estos dos casos la práctica no se conformaba al Estatuto de Funcionarios de las Comunidades Europeas; la legislación nacional tampoco era compatible y no bastaba con dejar inaplicada la legislación nacional, sino que cada Estado debía adaptar su normativa interna para permitir al funcionario nacional, que pasase a ser funcionario comunitario, ejercer unas opciones en materia de derechos adquiridos.

La Comisión alegaba que, además de los efectos en el ordenamiento interno, el Estatuto como Reglamento comunitario obligaba igualmente a los Estados miembros, en virtud del artículo 5 CEE, a prestar su concurso en todo lo necesario para su ejecución. Resulta interesante esta mención al artículo 5 como fundamento de la obligación del Estado para poner los medios concretos que exija la aplicación directa de un reglamento, de los que un Estado no se vería dispensado ante una norma de efecto directo. El Tribunal hizo suyo este argumento de la Comisión y añadió que «la facultad de los justiciables de invocar ante las jurisdicciones nacio-

(59) Rec. 1979, p. 3263.

(60) T.J.C.E., sentencia de 20 de octubre de 1981 (Comisión c. Bélgica, 137-80), Rec. 1981, p. 2393.

(61) T.J.C.E., sentencia de 20 de marzo de 1986 (Comisión c. Países Bajos, 72-85). Aún no publicada.

(62) Esas medidas de adaptación tenían por objeto permitir la transferencia de los derechos de pensión por antigüedad adquiridos al servicio de la anterior administración.

(63) Ante esas excusas presentadas por los dos gobiernos, el Tribunal eludió a su constante jurisprudencia, según la cual «un Estado miembro no puede excusarse en disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento interno para justificar el no respeto de obligaciones resultantes de un reglamento comunitario» (Rec. 1981, p. 2409; y considerando núm. 19 de la sentencia de 1986).

nales no constituye más que una garantía mínima y no basta para garantizar por sí sola la aplicación plena y completa de esta disposición destinada a permitir una coordinación entre los regímenes nacionales y el régimen comunitario de pensiones». No se ha ponderado suficientemente bien este párrafo (considerando núm. 20) con el que el Tribunal reteniendo su actitud sobre la inaplicación reconoce la **Insuficiencia** de esta solución, cuando a pesar de la norma comunitaria de efecto directo no puede ser inmediatamente aplicada haciéndose necesario el complemento normativo interno.

También es importante subrayar que la alegación de los Países Bajos de que precisaban una ley formal para la plena ejecución no fue contestada ni por la Comisión ni por el Tribunal. Quizá otra enseñanza importante de esas sentencias es que el Tribunal considera que las instrucciones administrativas no son un instrumento eficaz para el cumplimiento del Derecho comunitario y el organismo competente las había desconocido aplicando la legislación en vigor.

A modo de síntesis no se negaba la invocabilidad directa del Estatuto de Funcionarios pero lo que juzgaba el Tribunal era el comportamiento de esos dos Estados en relación con la adaptación del derecho interno, constando en ambos casos el incumplimiento de las obligaciones que les incumbían en virtud de los Tratados.

La última palabra del Tribunal, en esta materia, se contiene en la sentencia de 15 de octubre de 1986, **Comisión c. Italia** (causa 168-85) (64). La Comisión demandó a Italia por incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 48, 52 y 59 CEE, al mantener en vigor disposiciones que subordinaban a la condición de reciprocidad o a la posesión de la nacionalidad italiana el acceso a diferentes profesiones en el ámbito del turismo, del periodismo y de las oficinas de farmacia. Cuando inicialmente la Comisión le pidió explicaciones a Italia, el Gobierno en una serie de circulares del Ministerio de Justicia recordó a los Colegios Profesionales correspondientes y a otras autoridades el deber de respetar esos preceptos de los Tratados. Para la Comisión tales circulares «no constituyen un medio suficiente para remediar esa incompatibilidad». Es sintomático que la Comisión, en apoyo de su demanda, invocó la sentencia de 25 de octubre de 1979, ya comentada (65), sobre el **Texto Unico de las Leyes aduaneras** y no la de 1974 sobre el **Code Maritime**.

El Gobierno italiano reconoció la incompatibilidad formal de las disposiciones alegadas con el D.C., pero basando su defensa en que tales textos internos no constituían un obstáculo real a la libre circulación de personas y de servicios. Como los preceptos que se le imputaban haber violado son de aplicación directa en el ordenamiento jurídico italiano, el Gobierno estimaba que esas normas internas que se les oponían debían ser consideradas como modificadas en favor de las nacionales de los Estados miembros.

A pesar de los argumentos bien utilizados por el Gobierno italiano, el Tribunal reconoció sin paliativos que Italia había incumplido sus obligaciones al mantener en vigor disposiciones internas incompatibles. El Tribunal ya no toma en conside-

(64) Aún no publicada en la Compilación.

(65) Rec. 1979, p. 3243.

ración la práctica efectiva o la potencialidad de la infracción sino que considera que la inseguridad jurídica se provoca por ese **hecho simultáneo** de mantener disposiciones internas incompatibles con normas comunitarias de aplicación directa, aún siendo éstas respetadas. El Tribunal exige de forma clara y rotunda la **derogación o modificación formal de la legislación interna incompatible**. Así pues, un Estado miembro no puede alegar que la práctica efectiva es conforme a la norma comunitaria y que por tanto los derechos de los particulares no resultan afectados; tal situación no privaría de interés a la Comisión en que se respete, incluso formalmente, el Derecho comunitario.

Al adoptar esta posición el Tribunal simplemente sigue su jurisprudencia anterior (66), que reitera desde 1979 en las cuatro sentencias citadas, de que no acepta que los Estados miembros excusen en la eficacia directa de la norma comunitaria la falta de adaptación del derecho interno.

Claro que tampoco se puede decir con exactitud que es a partir de la sentencia de 1979 cuando el Tribunal delimita la noción de infracción en torno al mero mantenimiento en vigor de una norma interna incompatible si tener en cuenta otras circunstancias, pues en el asunto **Humblet** de 1960 ya se señala que aprobar o mantener disposiciones contrarias al Tratado sería incumplir las obligaciones aceptadas por los Tratados (67); también son dignas de evocación alguna definición de infracción como la del Abogado General Gand: «ya sea establecer, ya sea mantener una legislación o reglamentación juzgada incompatible con las disposiciones del Tratado o de los actos adoptados para su ejecución» (68).

2 Medios jurídicos para adaptar el derecho interno a la norma comunitaria directamente aplicable

El Tribunal rechazó las alegaciones del Gobierno italiano basadas en el efecto que la norma comunitaria de aplicación directa produce sobre el derecho interno: para ese Gobierno «las disposiciones directamente aplicables de los Tratados se sustituyen a las normas jurídicas nacionales incompatibles, y sería inútil y fastidioso abrogar o modificar formalmente todas estas disposiciones nacionales; con la evolución del tiempo todo ciudadano comunitario habría adquirido certeza en cuanto a los derechos que puede hacer valer en los diferentes Estados miembros. En consecuencia, el hecho de no abrogar expresamente esta legislación nacional no podría tener el efecto de mantener una situación de inseguridad jurídica».

Esta es la verdadera **dimensión práctica de la cuestión**: si cada norma comunitaria, de aplicación directa, exige reexaminar la legislación y reglamentación interna y llevar a cabo las derogaciones o modificaciones necesarias.

También se plantea si el Estado miembro debe actuar por propia iniciativa, examinando las incompatibilidades que surgen a partir de cada norma comunitaria que entre en vigor o bien la adaptación de su ordenamiento solo vendría impuesta por una sentencia del Tribunal de Justicia que declare esa incompatibilidad

(66) T.J.C.E., sentencia de 3 de abril de 1968 (**Molkerei**, 28-67), Rec. 1968, p. 215.

(67) T.J.C.E., sentencia de 16 de diciembre de 1960 (**Humblet**, 6-60), Rec. 1960, p. 1145.

(68) Conclusiones, sentencia de 17 de febrero de 1970 (**Comisión c. Italia**, 31-69), Rec. 1970, p. 42.

(art. 169 ó 170 CEE) o lo ponga de manifiesto en virtud de un procedimiento prejudicial del artículo 177 CEE. Parece lógico que esa obligación de adaptar el derecho interno le viene impuesta al Estado miembro en virtud del compromiso adquirido por el artículo 5 CEE de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados y a esa operación de «limpieza» de su orden jurídico debe proceder con regularidad, a ser posible, simultáneamente a la entrada en vigor de la norma comunitaria.

Ciertamente sucede lo mismo con el efecto de inaplicación que produce la norma comunitaria directamente aplicable sobre la norma interna incompatible, ya que ese efecto se debe al carácter de norma directamente aplicable y no a su eventual constatación de la infracción por el Tribunal. Precisamente, dado que el D.C. se integra en el orden jurídico nacional, la esencia de la aplicación directa es «que los particulares pueden invocar [los reglamentos] sin que les sean oponibles disposiciones o prácticas del derecho interno» (69).

Naturalmente, si una sentencia del Tribunal de Justicia constatase la infracción al Tratado sería un caso bastante indiscutible en cuanto a la obligación de actuar a fin de eliminar la incompatibilidad. G. BEBR llega a afirmar que el propósito del artículo 169 CEE «no es tanto determinar una infracción como asegurar una efectiva observancia del D.C.» (70). La sentencia aunque no provoca una modificación inmediata y efectiva del ordenamiento interno del Estado miembro, sin embargo, produciría, como observa L. PLOUVIER, «efectos tangibles en aquel» (71). En la sentencia **Humblot** de 1960 ya se afirmaba entonces que «si el Tribunal constata en una sentencia que un acto legislativo o administrativo emanado de las autoridades de un Estado miembro es contrario al Derecho comunitario, este Estado está obligado, en virtud del artículo 86 CECA, tanto a revocar el acto de que se trate como a reparar los efectos ilícitos que hubiera podido producir» (72). También en otra sentencia de 1973 atribuye al procedimiento en constatación de infracción el efecto de que tiende «a la eliminación efectiva de la infracción y de sus consecuencias pasadas y futuras» (73).

De todos modos no se deben exagerar los términos de la sentencia **Humblot**, pues las sentencias del Tribunal en los procedimientos en constatación de infracción son declaratorias y cada Estado deberá decidir las medidas teniendo en cuenta la violación constatada (74). Pero la sentencia no será irrelevante ni la dis-

(69) T.J.C.E., sentencia de 17 de mayo de 1972 (**Leonesio**, 93-71), Rec. 1972, p. 297.

(70) BEBR, G., *op. cit.*, p. 293.

(71) PLOUVIER, L., *op. cit.*, p. 204.

(72) Sentencia citada, Rec. 1960, p. 1146.

(73) T.J.C.E., sentencia de 12 de julio de 1973 (**Comisión c. R.F. de Alemania**, 70-72), Rec. 1973, p. 813.

(74) EYNARD, S. F.: «L'article 169 du traité de Rome: douze ans d'application de la procédure d'infraction à l'égard des Etats membres de la CEE», *Riv. Dir. Eur.* 1970-2, p. 121. Como observa Ph. Cahler ese carácter declarativo de la sentencia es «la consecuencia lógica de la concepción que el Tribunal tiene de las relaciones entre el ordenamiento jurídico comunitario y el orden jurídico de los Estados miembros» («Les articles 169 et 171 du Traité CEE à travers la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour», *Cahiers de Droit Européen*, 1974, 1-2, p. 28).

crecionalidad absoluta, pues «la naturaleza y la clase de medidas a tomar se pueden deducir del razonamiento en que se apoya el fallo» (75).

Por otro lado, el Tribunal de Justicia tampoco ha recibido de los Estados la atribución de anular o abrogar las disposiciones del derecho interno de los Estados. Ya hace muchos años que reconoció él mismo que «el Tribunal no puede por su propia autoridad anular o derogar leyes nacionales de un Estado miembro o actos administrativos de sus autoridades que violasen los Tratados». Es evidente que la negativa a tal atribución tiene su fundamento, según el Tribunal, en «una separación rigurosa de las competencias de las Instituciones comunitarias y las de los órganos de los Estados miembros» (76); pero esta posición jurisprudencial ha sido duramente criticada pues «no es satisfactorio en el marco de un Tratado que busca establecer un 'ordenamiento jurídico nuevo' y autónomo frente al Derecho internacional clásico y que persigue un propósito de Integración» (77).

Ahora bien, aunque en caso de declaración de incumplimiento en virtud del procedimiento del artículo 169 CEE, el Tribunal agote su competencia en la constatación, «el Estado miembro está obligado a tomar las medidas necesarias a su ejecución, es decir, poner fin a la infracción», no solo para el futuro sino que le incumbe también hacer desaparecer jurídicamente los efectos pasados del incumplimiento (78).

A) El rechazo a la utilización de las circulares administrativas.

En una conocida sentencia de 1980, **Comisión c. Bélgica**, el Tribunal rechazó la utilización de las circulares administrativas como medio para hacer aplicables unas directivas que al no haber sido transpuestas legislativamente por Bélgica debido a dificultades internas se dictaron una serie de circulares para facilitar su aplicación directa. Para el Tribunal «simples prácticas administrativas, por naturaleza modificables al gusto de la administración y desprovistas de una publicidad adecuada, no podrían, en estas condiciones, ser consideradas como constitutivas de una ejecución válida de la obligación que incumbe en virtud del artículo 189 a los Estados miembros destinatarios de las directivas» (79).

El Tribunal marcaba una vinculación estrecha entre el rango y la clase de norma interna afectada por la directiva y la norma interna de transposición. Esa transposición debía estar asegurada mediante medidas «de aplicación adecuadas al objeto de cada directiva» y debiendo consistir «en disposiciones equivalentes a éstas que se aplican en el orden jurídico interno con el fin de imponer el respeto de prescripciones calificadas como imperativas» (80).

(75) BEBR, G., *op. cit.*, p. 293.

(76) Sentencia **Humblet**, *cit.*, p. 1145.

(77) BELLESCIZE: «L'article 169 du Traité de Rome et l'efficacité du contrôle communautaire sur les manquements des Etats membres», **RTDE**, 1977, p. 200.

(78) AMPHOUX, J.: «Recours en constatation des manquements des Etats: les Traités CEE et Euratom», en **Le Droit des Communautés européennes. Les Nouvelles**, Larcler, Bruselas, 1969, parag. 1086.

(79) T.J.C.E., sentencia de 6 de mayo de 1980 (**Comisión c. Bélgica**, 102-79), Rec. 1980, p. 1486.

(80) Sentencia citada, p. 1487.

Pues bien, en el caso Comisión c. Italia sobre libertad de establecimiento de 15 de octubre de 1986, el Tribunal extiende esas mismas coordenadas basadas en la equivalencia entre la norma existente e incompatible y la norma que debe eliminarlas a fin de dar aplicación plena a una norma directamente aplicable. El Tribunal reitera los mismos términos que en la sentencia de 1980, **Comisión c. Bélgica**. En realidad, el rechazo de las instrucciones administrativas, de carácter meramente interno, ya había sido manifestado por el Tribunal de Justicia en el asunto del Code Maritime de 1974.

Pero cabe preguntarse si las circulares administrativas publicadas en el Boletín Oficial del Estado (BOE) serían un medio válido de adecuación formal del derecho interno respecto del D.C. A raíz de la sentencia Code Maritime, las instrucciones dadas a las autoridades administrativas fueron publicadas en Diario Oficial de la República Francesa (J.O.R.F.). En mi opinión, la publicación oficial es un medio fácil, rápido y seguro en la medida que, a través de la publicidad, todos los ciudadanos de los Estados miembros tendrían acceso a una información que diese claridad y certeza en cuanto al derecho aplicable.

Las instrucciones o circulares publicadas oficialmente serían particularmente útiles en el caso de que se trate de comunicar oficialmente que tal o cual Ley o disposición administrativa o preceptos concretos han quedado **materialmente «derogados»** por disposiciones comunitarias directamente aplicables; pero es evidente que las circulares, incluso publicadas oficialmente, no podían modificar formalmente disposiciones legislativas o administrativas, pues a tal fin se requeriría la adopción de disposiciones de rango equivalente.

También las instrucciones podrían ser un medio pertinente de información sobre la adecuación del derecho interno al D.C., en el caso de previa declaración de infracción por el Tribunal de Justicia. A mí me parece un caso evidente, pues además del efecto modificador que per se tiene una norma comunitaria de aplicación directa, la incompatibilidad ha quedado constatada judicialmente con el consiguiente mandato de inaplicación. La circular publicada en el BOE daría la necesaria publicidad y seguridad a la inaplicación de la norma interna. Pero aunque esta fue la solución dada en el caso Code Maritime el Tribunal ya no parece aceptarla.

Es verdad que siempre quedaría una cierta inseguridad jurídica ante las circulares por ser un procedimiento expeditivo y autoritario, proveniente de una fuente y por procedimientos distintos de los que emanó el acto afectado. Realmente un juez se sentiría más inclinado a aceptar la inaplicación de la norma interna por incompatibilidad con el D.C. que por mandato de una instrucción de funcionamiento interno incluso publicada oficialmente. Claro que también la circular tendría más credibilidad sobre el resto del funcionariado, por su carácter sumiso —que no disciplinado—, que el principio de la primacía y del efecto directo del D.C.

Pero a pesar de que las circulares publicadas oficialmente no debieran ser —en mi opinión— un medio totalmente descartable para permitir la plena ejecución del D.C. directamente aplicable, sin embargo, hay que aceptar que el Tribunal de Justicia en las recientes sentencias comentadas no da ninguna alternativa de viabilidad jurídica a las circulares para esa finalidad.

B) La derogación expresa y formal del derecho interno incompatible mediante normas del mismo rango jurídico.

Una alternativa a las circulares y a la derogación formal fue sugerida hace tiempo por J. V. LOUIS: «es el gobierno el que deberá recibir el poder de abrogar los textos legislativos nacionales contrarios al Derecho comunitario. No se concibe, en efecto, que el Parlamento sea, en todos los casos, requerido de la cuestión...» (81). Pero entonces se suscita la base jurídica interna de ese poder de derogación de las leyes: ¿en una delegación legislativa? (art. 82 de la Constitución). Si de lo que se trata es de derogaciones formales y expresas, posiblemente esa sería la base jurídica. O ¿se podría sustentar sobre fundamentos jurídico-comunitarios? Creo que la atribución de competencias a las Comunidades Europeas no altera el sistema constitucional de distribución de competencias entre el ejecutivo y el legislativo como tampoco le estará permitido al Gobierno de la Nación declarar derogadas normas autonómicas que hubieran quedado inaplicadas en virtud de disposiciones comunitarias directamente aplicables.

Desde luego, hasta ahora era habitual creer que «si el efecto modificador es propio de la norma comunitaria, la norma interna que lo constata no es necesario que tenga el mismo rango que la disposición nacional que se modifica porque se trata de un acto declaratorio» (82). Dejando aparte lo sorprendente que sería dictar una orden ministerial para derogar leyes, el sistema que se ha utilizado preferentemente han sido las circulares administrativas para confirmar la inaplicación, pero como ya he dicho la reciente sentencia de 15 de octubre de 1986 parece descartar este sistema.

En efecto, el Tribunal en esta reciente sentencia solo aceptó la **derogación o modificación expresa y formal** de la norma interna contraria al D.C., como única forma válida de cumplir un Estado miembro con sus obligaciones y de evitar la infracción a los Tratados. De una forma que no deja lugar a equívocos, sin ninguna transacción o alternativa, el Tribunal requiere la derogación o modificación de la norma interna incompatible mediante una norma del mismo rango: «La incompatibilidad de la legislación nacional con las disposiciones del Tratado, incluso directamente aplicables, no puede ser definitivamente eliminada más que por medio de disposiciones internas del carácter obligatorio teniendo el mismo valor jurídico que las que deben ser modificadas» (83).

Esta posición tan clara por parte del Tribunal ya había sido preconizada por la Comisión y el Abogado General Reisch en el asunto Code Maritime: «la regularización en buena y debida forma de la situación jurídica» (84), y era apoyada ya hace años por una buena parte de la doctrina citada (BARAV, VANDERSANDEN,

(81) J. V. LOUIS: art. cit., *Cahiers de Droit Européen*, 1974, p. 580.

(82) SANTAOLALLA, F.: «La aplicación del Derecho Comunitario en España», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo* (Coordinado por E. García de Enterría, J. González Campos y S. Muñoz Machado), Civitas, Madrid, 1986, p. 414.

(83) Sentencia de 15 de octubre de 1986, considerando 13. Aún no publicada en la compilación.

(84) Sentencia citada, Rec. 1974, pp. 337 y 381.

GOFFIN...) que veía en el mero mantenimiento en vigor de normas nacionales contrarias una infracción al D.C.

Ahora bien si la incompatibilidad proviniera de normas administrativas, el problema tendría solución factible dados los hábitos expeditivos de los gobiernos y las administraciones y podrían en poco tiempo, mediante decretos y órdenes ministeriales acondicionar la reglamentación interna eliminando o adaptándola a la normativa comunitaria.

Pero, y *¿si la norma incompatible es una Ley?* Al precisarse su derogación, pedirle a las Cortes la abrogación de una ley o de algunas disposiciones de una ley, puede ser muy enojoso tanto desde el punto de vista del procedimiento técnico-parlamentario como desde el punto de vista político, ya que las Cortes se verían obligadas a aprobar una ley que elimina su anterior o posterior expresión de soberanía. Será difícil comprender —al menos políticamente— para esos parlamentarios, especialmente si su ley era posterior al acto comunitario, que eran incompetentes para adoptar esa ley y también será una situación delicada para el Gobierno que preparó y presentó el correspondiente proyecto de ley del que luego deba pedir su abrogación.

Los parlamentos son llamados muy selectivamente a intervenir en la aplicación del D.C., a fin de dar complementos normativos que desarrollen la norma comunitaria, y si, ahora a raíz de la precisa y reiterada posición del Tribunal Comunitario, tuvieran que intervenir con cierta frecuencia solo para declarar «la ruina», mediante leyes de artículo único, de su propio edificio jurídico, podría llevar a la frustración o, lo que es aún peor, a la «resistencia» frente a estas tareas que algunos parlamentarios podrían entender que les relega en el proceso de la integración europea a tareas de derribo.

Claro que recurrir a la modificación o derogación expresa y formal mediante disposiciones imperativas de igual rango tiene riesgos evidentes sobre el alcance de la *eficacia directa* de la norma comunitaria y su naturaleza misma (85). El Tribunal ha advertido que «los Estados miembros no podrán adoptar, ni permitir a los organismos nacionales teniendo un poder normativo, adoptar un acto por el que la naturaleza comunitaria de una regla jurídica y los efectos que de ella derivan se ocultasen a los justiciables» (86).

Ya hace años que el Tribunal sintió ese peligro, pues «tratándose de una regla comunitaria directamente aplicable, la tesis según la cual no podría ponerse fin a su violación más que por la adopción de medidas constitucionales apropiadas para abrogar la disposición que creó la tasa, llevaría a la afirmación de que la aplicación de la regla comunitaria esté subordinada al derecho de cada Estado miembro y más precisamente que esta aplicación sería imposible en tanto que una ley nacional se opusiera» (87). Desde luego, el hecho de que la sentencia de 15 de octubre de 1986 exija la derogación o modificación por medios formales no supone tampoco un giro brusco a la doctrina anteriormente transcrita en el caso sobre exportación de obras de interés artístico. Un Estado, sus autoridades ad-

(85) J. V. LOUIS: *El ordenamiento jurídico...*, op. cit., p. 119.

(86) T.J.C.E., sentencia de 2 de febrero de 1977 (*Amsterdam Bulb*, 50-76), Rec. 1977, p. 147.

(87) T.J.C.E., sentencia de 13 de julio de 1972 (*Comisión c. Italia*, 48-71), Rec. 1972, p. 534.

administrativas y judiciales no pueden subordinar la aplicación del D.C. a la derogación o modificación de las normas internas contrarias; estas quedarían inmediatamente inaplicadas, como se decía en esa sentencia de 1972 y en tantas otras. Pero lo que añade el Tribunal en esta otra sentencia de 15 de octubre de 1986 sobre libertad de establecimiento de diferentes profesiones es que el Estado no puede mantener simultáneamente normas internas contrarias al D.C., incluso aunque esté obligado a dejarlas inaplicadas; reitera que esa es «una garantía mínima», lo que significa que siendo una garantía **la inaplicación sería una solución extrema en defecto de la obligación de derogar o modificar el derecho interno incompatible.**

Pero además de que la eficacia de la norma directamente aplicable no está subordinada a la derogación o modificación expresa, el órgano legislativo o gubernamental que lleve a cabo la derogación o modificación formal «debe evitar que esta operación de clarificación legislativa y reglamentaria cree un equívoco respecto al momento en que la norma comunitaria sustituye a la nacional» (88).

Por ello, se debe tener especial cuidado en la redacción de la norma de derogación o modificación y en la **fecha de publicación y de entrada en vigor**, deseablemente el mismo día que la norma comunitaria, pero si esto ya no fuera posible se retrotraerán sus efectos al día en que entró en vigor la norma comunitaria directamente aplicable. Importa mucho que la modificación o la derogación no sea únicamente para el futuro sino que tales efectos se desplieguen en el pasado y desde la fecha misma de entrada en vigor de la norma comunitaria que la hizo inaplicable y que fue el momento en que comenzó la infracción. En realidad, el valor jurídico de esa norma interna de modificación o derogación es meramente **declaratorio**, pues es la eficacia directa de la norma comunitaria la que actúa paralizando la norma interna y también la que lleva a cabo en ese ordenamiento jurídico interno la modificación o derogación material; si bien solo la derogación o modificación formal, mediante una norma interna del mismo rango a la que originaba la incompatibilidad, elimina la ambigüedad e incertidumbre que originan dos normas contradictorias en un mismo ordenamiento jurídico. Y desde luego es la única forma que permite al Estado miembro cumplir el imperativo jurídico del artículo 5 CEE.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Pocas veces ha ido el Tribunal tan lejos en su precisión de lo que debe ser el comportamiento de los Estados miembros en un procedimiento por incumplimiento (art. 169 CEE).

Pero esta jurisprudencia y, en particular, esta sentencia de 15 de octubre de 1986 han puesto en evidencia **la frágil operatividad del principio de la aplicabilidad directa del Derecho comunitario**, pues si bien tiene cierta eficacia por sí mismo —la inaplicación— frente a la norma nacional incompatible, sin embargo, precisa de la acción normativa interna para desplegar plenamente sus efectos sin trabas potenciales.

(88) J. V. LOUIS: *El ordenamiento jurídico...*, op. cit., p. 121.

Pero, ¿es previsible que los Estados miembros se empleen en esa labor de «limpieza» de su ordenamiento interno? A los gobiernos les resultará difícil persuadir a los legislativos para que abroguen o modifiquen leyes contrarias, anteriores o posteriores, cuando ya el derecho comunitario los ha hecho inaplicables. Los actos de modificación o de derogación formales, si llegasen a tener un carácter sistemático revelarían una **contradicción** con el principio de aplicación directa.

El Tribunal ha llevado muy lejos el valor de la primacía y cuando el tiempo haga sentir los efectos de esta jurisprudencia puede crear agobiantes problemas a los legislativos y a los ejecutivos de los Estados miembros, especialmente a los Estados que se han adherido recientemente.

Los próximos años aguardan expectantes el cumplimiento de esta sentencia. Y viene al recuerdo una reflexión premonitrice sobre la influencia de la jurisprudencia del Tribunal en la práctica de los Estados miembros: «su jurisprudencia dinámica lleva a cuestionar hasta qué punto le es posible arriesgarse a no ser seguida» (89).

(89) J. V. LOUIS, G. VANDERSANDEN y M. WAELBROECK: «Les états membres et la jurisprudence de la Cour», en *La Cour de Justice des Communautés européennes et les états membres*, Ed. Université de Bruxelles, 1981, p. 75.

**L'OBLIGATION D'ABROGER OU DE MODIFIER LE DROIT INTERNE INCOMPATIBLE
AVEC LE DROIT COMMUNAUTAIRE: ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE**

RÉSUMÉ

L'inapplication d'une norme interne incompatible avec une norme communautaire d'application directe est une ligne jurisprudentielle très réitérée et consolidée par son acceptation dans la doctrine et la pratique des Tribunaux nationaux. Elle exprime, dans une bonne mesure l'essence des principes de la primauté, de l'application directe et de l'autonomie du droit communautaire.

Mais le fait même que l'application directe de la norme communautaire n'est pas toujours assurée face à la norme nationale contraire, formellement en vigueur, a mené la Cour communautaire d'une jurisprudence basculante, au commencement (comme dans les cas du cacao en 1970 et du Code maritime en 1974), à une affirmation ferme et évidente à partir de 1979; une infraction du droit communautaire est constituée par le fait même qu'on maintient sans changement la législation ou la réglementation interne contraire au droit communautaire, même s'il existe une pratique conforme à celui-ci et si la norme nationale contraire n'est pas appliquée. Il naît toujours de cette antinomie une ambiguïté et une insécurité juridique pour les particuliers; et l'Etat membre ne respecte pas les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 5 CEE (192 EURATOM et 86 CECA).

Mais, en outre, l'arrêt du 15 octobre 1986, **Commission contre Italie** ajoute un mandat clair et catégorique: L'inapplication ne suffit pas, il y a l'obligation de modifier ou d'abroger le droit national contraire au droit communautaire d'application directe. Et cette adaptation ne peut pas se faire moyennant des instructions ou des circulaires administratives, mais il faut que la modification ou que l'abrogation se fasse moyennant une norme juridique impérative du même rang juridique que celle qu'on veut modifier ou abroger.

Les conséquences pratiques de cette jurisprudence, qui exige qu'on abroge ou qu'on modifie le droit national contraire au droit communautaire moyennant de nouveaux actes du législatif ou de l'exécutif, selon les cas, peut créer des problèmes délicats aux Etats membres, en particulier aux Etats ayant récemment adhéré aux Communautés européennes et une méfiance pour le principe de la primauté et de l'application directe du droit communautaire.

THE OBLIGATION TO REPEAL OR AMEND DOMESTIC LAW INCOMPATIBLE WITH COMMUNITY LAW: TRENDS IN JURISPRUDENCE

ABSTRACT

The non-application of domestic regulations that are incompatible with directly applicable Community regulations is an aspect of jurisprudence that has been often repeated and which has become consolidated by means of its acceptance into the doctrine and practice of the national courts. It largely expresses the essence of the principles of the primacy, direct application and autonomy of Community law.

However, the very fact that the direct application of Community law has not always been ensured against contrary domestic law formally in force has led the Community Court of Justice to move from an initially hesitant jurisprudence (the cases of cocoa in 1970 and the Code Maritime in 1974) to a firm and unequivocal affirmation since 1979: Community law is infringed by the very fact of maintaining unchanged domestic legislation or regulations contrary to Community law, even when practice follows Community law and domestic regulations are not applied. This antinomy always gives rise to ambiguity and legal insecurity for private individuals. The member State is thereby failing to fulfil the obligations incumbent upon it by virtue of Article 5 of the EEC treaty (192 EURATOM and 86 ECCS).

What is more, the judgement to 15 Octobre 1986, the Commission v. Italy, adds a clear and categorical imperative: non-application is insufficient; there is an obligation to modify or repeal the domestic law contrary to directly applicable Community law. This adaptation cannot be made by means of administrative instructions or circulars. The modification or repeal must be carried out by means of an imperative legal ruling of the same legal status as the one it is intended to modify or repeal.

The practical consequences of this jurisprudence, by demanding the repeal or modification of domestic law contrary to Community law by means of further acts of the legislative or the executive, as the case may be, may involve the member States in awkward problems (especially member States who have recently joined the European Communities) and provoke mistrust of the principle of the primacy and direct application of Community law.

