

## La implementación del Derecho de la Unión Europea mediante circulares y/o prácticas administrativas y su control judicial

Roberto GONZÁLEZ DE ZÁRATE LORENTE

**Cómo citar:** González de Zárate Lorente, Roberto. (2025). La implementación del Derecho de la Unión Europea mediante circulares y/o prácticas administrativas y su control judicial. En R. Alonso García y J. I. Ugartemendía Eceizabarrena (dirs.), *La implementación del Derecho de la Unión Europea y su control judicial* (European Inklings, n.º 28). Instituto Vasco de Administración Pública.

**Sumario:** Introducción.—I. La implementación del derecho de la Unión Europea mediante circulares y/o prácticas administrativas. 1. Referencia al sistema de fuentes del Derecho de la Unión y los principios de cooperación leal y de autonomía institucional y procedimental. 2. Acerca de las circulares y otras prácticas administrativas. 3. La implementación del Derecho de la Unión. 3.1. La ejecución del Derecho de la Unión. 3.2. La transposición de las directivas: una cuestión polémica. 4. La posición del TJUE prohibiendo acudir a las circulares y a las simples prácticas administrativas. 5. Los principios de cooperación leal y de autonomía institucional y procedimental en lo que a la implementación del Derecho de la Unión Europea por los Estados se refiere. 6. Consideraciones personales.—II. Control judicial. 1. Calificación de la actuación del Estado que acude a estos instrumentos a efectos de la implementación del Derecho de la Unión. 2. La eficacia directa de las directivas y el supuesto de contradicción entre el acto de implementación o ejecución de los Estados y el Derecho de la Unión. 3. Control jurisdiccional *stricto sensu*. 3.1. El recurso por incumplimiento. 3.2. La posibilidad de acudir a la cuestión prejudicial de interpretación. 3.3. La responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión.—III. Conclusiones.—IV. Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

El Derecho de la Unión Europea se integra con autonomía en el seno de los ordenamientos de los Estados miembros sin precisar, como regla general, de ninguna medida de ejecución por parte de estos. Ahora bien, en los actos jurídicos carentes de efecto directo resulta necesaria una labor de implementación por parte de los Estados y, asimismo, con respecto de las normas que gozan de efecto directo, incluso en el marco del Derecho originario, se impone la exigencia de eliminación de las normas internas incompatibles, y también, como veremos, en algunos reglamentos, serán necesarias medidas de ejecución.

De este modo, nos encontramos con la especial relevancia del principio de cooperación leal, *ex* artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE, en adelante) y, asimismo, del principio de autonomía institucional y procedimental (artículo 4.2 del TUE), que se ve matizado en cuanto el Derecho de la Unión y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) establezcan una serie de restricciones o requisitos que han de ser observados por los Estados en su labor de adaptación de su Derecho interno al Derecho de la Unión Europea. En este marco se ha de ubicar la implementación del Derecho de la Unión mediante el empleo de circulares y otras prácticas administrativas.

En el presente trabajo, tras referirnos a los caracteres del Derecho de la Unión y del sistema de fuentes, abordamos la importancia de los principios de cooperación leal y de autonomía institucional, y examinamos la cuestión relativa a la implementación del Derecho de la Unión a través de los referidos instrumentos, tras hacer un excursus acerca del régimen de las circulares y otras prácticas administrativas en nuestro ordenamiento, en el que, siguiendo la práctica del Derecho comparado, no hay una respuesta pacífica con relación a su naturaleza jurídica. El TJUE veda su utilización para implementar el Derecho de la Unión sobre la base de una consolidada doctrina que examinamos. Asimismo, nos referiremos a la más que limitada posibilidad de acudir a estos instrumentos sobre la base de la meritada doctrina del Tribunal de Luxemburgo y, que no obsta, en el marco del principio de autonomía institucional y procedimental, a la articulación de otros condicionamientos en los ordenamientos jurídicos internos.

Finalmente, nos referiremos a los mecanismos de impugnación posibles a efectos de hacer frente al empleo de tales instrumentos: recurso por incumplimiento, la posibilidad (más formal que real) de empleo de la cuestión prejudicial de interpretación, con las dificultades que conlleva, y finalmente, la reclamación por responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho de la Unión.

## I. LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA MEDIANTE CIRCULARES Y/O PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS

El Derecho de la Unión Europea es un ordenamiento jurídico que se caracteriza por una serie de notas o caracteres generales: eficacia directa<sup>1</sup>, primacía<sup>2</sup> y autonomía<sup>3</sup> con relación al de los Estados miembros, toda vez que se integra en el de estos, si bien de modo autónomo. Ello determina que, como señala el profesor Sarmiento<sup>4</sup>, no resulte necesaria la interiorización de las normas europeas en los propios sistemas jurídicos nacionales. La autonomía del Derecho de la Unión se señaló por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la más célebre de sus sentencias, *Van Gend & Loos*<sup>5</sup>.

La cuestión a la que nos estamos refiriendo se incardina, en lo que se refiere a nuestro ordenamiento, en el marco de la fase descendente, relativa a la ejecución del Derecho de la Unión, debiendo adoptar los Estados todas las medidas generales o particulares apropiadas a tal efecto (artículo 4.3 del TUE). Corresponde a los Estados el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión.

<sup>1</sup> Con relación a los Tratados, de modo paradigmático, Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, *Van Gend & Loos*.

La eficacia directa de los reglamentos resulta clara sobre la base de las determinaciones del artículo 288 del TFUE.

Con relación a las directivas, la doctrina del Tribunal de Justicia ha requerido que, a efectos de que puedan ostentar eficacia directa, las obligaciones en ellas establecidas sean precisas e incondicionales [Sentencia de 4 de diciembre de 1974, asunto 41/74, *Van Duyn*] y, asimismo, tal efecto directo queda circunscrito al marco de las relaciones verticales en sentido unidireccional (individuo frente al Estado) [Sentencia de 19 de enero de 1982, asunto 8/81, *Becker*]. Con ello se configura como una especie de efecto sancionador con relación al Estado que no ha transpuesto la directiva en el plazo establecido al efecto o bien no ha realizado correctamente la transposición de la directiva.

Respecto a las decisiones, el Tribunal de Justicia ha admitido la posibilidad de que puedan producir efectos directos, si bien es una cuestión casuística y habrá que examinar «en cada caso si la naturaleza, el sistema y el tenor literal de la disposición de que se trate pueden producir efecto directo en las relaciones entre el destinatario del acto y los terceros» [Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1970, asunto 9/70, *Franz Grad*].

<sup>2</sup> Con relación a la primacía, se han de tener en cuenta los pronunciamientos del Tribunal de Justicia contenidos en las Sentencias de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, *Costa v. Enel*; 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, *Simmenthal*; de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, *Kükükdeveci*; de 22 de junio de 2010, asunto C-188/10 y de 26 de febrero de 2013, C-189/10, *Melki y Abdeli*; asunto C-399/11, *Melloni*; de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10, *Akerberg*.

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, *Van Gend & Loos*.

<sup>4</sup> Sarmiento, D. (2014). *Curso de Derecho de la Unión Europea* (pág. 237). Marcial Pons.

<sup>5</sup> Así, señala el Tribunal de Justicia que

«(...) la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no solo los Estados miembros, sino también sus nacionales;  
Que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico; (...)».

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, *Van Gend & Loos*.

## 1. Referencia al sistema de fuentes del Derecho de la Unión y los principios de cooperación leal y de autonomía institucional y procedimental

Como bien es sabido, en el marco del Derecho de la Unión Europea, como en todo ordenamiento jurídico, se establece una prelación de fuentes a efectos de dotar de coherencia al sistema. Así, el Derecho de la Unión se caracteriza por tener en su cúspide el Derecho originario o primario [integrado por los Tratados, sus protocolos y la Carta de Derechos Fundamentales (artículo 6.1 del TUE)]; asimismo, el Tribunal de Justicia ha señalado que los principios generales tienen rango constitucional<sup>6</sup>. Inmediatamente después, podríamos ubicar los Acuerdos internacionales suscritos por la Unión<sup>7</sup>, y, a continuación, el Derecho derivado, integrado por actos legislativos y no legislativos. Dentro de estos últimos cabe señalar que podrán ser vinculantes (podrán adoptar la forma de reglamentos, directivas y decisiones, delegados/as y de ejecución) o no vinculantes (actos de *soft law*), típicos (recomendaciones y dictámenes) o atípicos (como las comunicaciones de la Comisión, memorándum o códigos de conducta). Asimismo, incardinado directamente en los Tratados se encuentran los actos dictados en el marco del poder no legislativo autónomo.

Queremos hacer hincapié en dos principios fundamentales que rigen en el ámbito del Derecho de la Unión Europea que consideramos de especial aplicación a la cuestión que nos ocupa: de un lado, el principio de cooperación leal y, de otro, el principio de autonomía institucional.

La actuación de los Estados tiene que estar regida por el *principio de cooperación leal*, que, en su dimensión vertical, se encuentra regulado en el artículo 4.3 del TUE<sup>8</sup> y que, como recuerda el profesor Alonso García<sup>9</sup>, tiene tres vertientes: positiva (párrafo segundo del apartado tres y, asimismo, primer inciso del párrafo tercero), negativa (inciso final del párrafo tres) y de comodín (párrafo primero). Este principio ha sido la

---

<sup>6</sup> Por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 15 de octubre de 2009, asunto Audio-lux SA C-101/08, y, asimismo, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 29 de octubre de 2009, asunto NCC Construction Danmark C-174/08.

<sup>7</sup> Acuerdos internacionales que se incardinan en el sistema de fuentes de la Unión de modo subordinado a los Tratados, *ex* artículo 218.11 del TFUE y, asimismo, con una posición de supremacía respecto al Derecho derivado, en la medida en que el artículo 216.2 del TFUE dispone que «los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros».

<sup>8</sup> «Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados.

Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».

Por su parte, con respecto a la vertiente horizontal, partiendo de un previo desarrollo jurisprudencial (Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988, asunto 204/86, República Helénica contra Consejo, apartado 16), su regulación se contiene en el artículo 13.2 del Tratado de la Unión Europea.

<sup>9</sup> Alonso García, R. (2014). *Sistema Jurídico de la Unión Europea* (pág. 143). Civitas Thomson Reuters.

base sobre la que el TJUE se ha inspirado para el desarrollo de gran número de principios (interpretación conforme, responsabilidad de los Estados por incumplimiento del Derecho de la Unión, etc.) como se desprende de los distintos pronunciamientos del Tribunal de Justicia en los que estos han quedado perfilados.

Asimismo, tenemos que tener presente que uno de los principios fundamentales que rigen en el ámbito del Derecho de la Unión es el *principio de autonomía institucional y procedimental*. Este principio de autonomía institucional conlleva que los Estados puedan elegir tanto la forma jurídica del acto, en nuestro ordenamiento, básicamente la ley orgánica, la ley o la norma foral (en la medida en que la reserva de ley en el marco de los territorios forales de Euskadi se transforma en reserva de norma foral), en función del ámbito material al que se refiera, o bien normas reglamentarias; así como el nivel territorial al que corresponda la implementación del Derecho de la Unión. El TJUE suele descartar las pretensiones de los Estados basadas en justificar sus propios incumplimientos sobre la base de las dificultades derivadas de la organización territorial de los Estados o del mecanismo de implementación elegido<sup>10</sup>.

De este modo, el Derecho de la Unión no prejuzga la forma jurídica del acto interno de implementación<sup>11</sup>, sin perjuicio de las exigencias establecidas por la doctrina del TJUE y que, básicamente, atienden a que el medio y la forma elegida a efectos de la que la ejecución del Derecho de la Unión sean las más apropiadas para asegurar el efecto útil de las directivas, así como «claridad y certeza de las situaciones jurídicas queridas por las Directivas<sup>12</sup>».

Evidentemente, nos encontramos con una sujeción al régimen constitucional de cada Estado. Así el artículo 81 de la CE establece un listado de materias cuya regulación se ha de realizar mediante LO. El artículo 53.1 de la CE se refiere a la reserva de ley con respeto al contenido esencial a efectos de la regulación del ejercicio de los derechos. En Francia, por ejemplo, existe la reserva de reglamento (artículo 37 de la Constitución Francesa de 4 de octubre de 1958). Asimismo, en el ámbito de los Territorios Forales de Euskadi, en el marco de la Disposición Adicional Primera de la CE, el Estatuto de Autonomía del País Vasco, aprobado por Ley Orgánica 3/1979 (cuyo artículo 37.3 establece las materias respecto de las cuales los órganos forales ostentan competencia exclusiva dentro de sus respectivos territorios) y las respectivas Normas

<sup>10</sup> Alonso García, R. *Sistema...*, *op. cit.*, pág. 135.

<sup>11</sup> En este sentido, el artículo 4.2 del TUE dispone que:

«La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro».

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 1976, asunto 48/75, Royer, apartado 75, y Sentencia de 6 de mayo de 1980, asunto 102/79, Comisión c. Bélgica, apartado 11.

Forales, existe la reserva de Norma Foral, con especial relevancia en el ámbito fiscal, y que constituye el instrumento al que corresponde la implementación del Derecho de la Unión con relación a las materias respecto de las que se ostenta competencia exclusiva por estos Territorios Forales<sup>13</sup>.

En lo que al nivel territorial se refiere, nos encontramos con un Estado políticamente descentralizado [art. 137 de la CE, en municipios, provincias (Territorios Históricos en Euskadi, ex artículo 2.2 del EAPV) y Comunidades Autónomas] y con los artículos 148 y 149 de la CE que establecen los listados materiales.

Sin embargo, se ha de tener presente que esa libertad de los Estados no es una libertad omnímoda, esto es, se encuentra condicionada a que el propio Derecho de la Unión no imponga una forma de intervención específica. En tal marco, por tanto, podemos ubicar la interdicción de que los Estados puedan llevar a cabo la implementación o transposición del Derecho de la Unión mediante circulares y prácticas administrativas, toda vez que la doctrina del TJUE resulta clara acerca de tal proscripción, que conlleva, fundamentalmente, impedir tal desarrollo normativo o transposición mediante los referidos instrumentos normativos con origen en la Administración.

---

<sup>13</sup> Artículo 8.1 a) de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos, LTH, en adelante, y artículo 7 a) de la LTH, donde se establecen las competencias exclusivas de los Territorios Históricos.

Así, en el plano fiscal, véase, artículo 7 de la Norma Foral 6/2005, de 28 de febrero, General Tributaria de Álava; artículo 7 de la Norma Foral 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia y artículo 7 de la Norma Foral 2/2005, de 8 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Gipuzkoa.

Las Normas Forales a juicio del TC ostentan naturaleza reglamentaria (STC 118/2016, de 23 de junio de 2016, F 2), si bien discrepamos de tal conceptualización en la medida en que las Juntas Generales ostentan libertad de configuración normativa en las materias respecto de las que los Territorios Históricos tienen competencia exclusiva y, asimismo, suponen la sustitución de la reserva de ley en reserva de norma foral [lo que se aprecia con mayor claridad en el ámbito fiscal, en el que, además, las Normas Forales fiscales son objeto de impugnación ante el TC a través del recurso y la cuestión introducidas por la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (Disposición Adicional Quinta)]. Acerca de esta cuestión, véase nuestro trabajo, González de Zárate Lorente, R. (2017). *El ordenamiento político-administrativo de los territorios forales de Euskadi* (págs. 441 a 450). Instituto Vasco de Administración Pública.

En cualquier caso, el empleo de las Normas Forales a efectos de la implementación del Derecho de la Unión es una práctica habitual toda vez que es la expresión normativa de las Juntas Generales en los ámbitos materiales respecto de los que se ostentan competencias exclusivas por los Territorios Históricos. Como ejemplo de transposición de directivas podemos citar la Norma Foral 6/2020, de 15 de julio, de transposición de la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información, de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior y de la Directiva (UE) 2017/1852 del Consejo, de 10 de octubre de 2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea y de modificación de la Norma Foral 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio de Bizkaia y de la Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

## 2. Acerca de las circulares y otras prácticas administrativas

La cuestión relativa a estos instrumentos cabe ser examinada desde una perspectiva general y, asimismo, desde el ámbito de los sectores regulados.

En el plano general:

1) Con relación a las circulares administrativas, se ha de tener en cuenta que nos encontramos ante unas categorías que si bien son objeto de gran empleo en todos los ordenamientos jurídicos, como puso de manifiesto en su ya tradicional artículo acerca de las circulares administrativas Baena del Alcázar en la *Revista de Administración Pública*<sup>14</sup>, no resulta menos cierto que, asimismo, constituye una categoría no pacífica ni en lo que se refiere a la determinación de su naturaleza jurídica, ni en lo que respecta a su régimen impugnatorio, y ello no ya solo en nuestro ordenamiento como el citado profesor puso de manifiesto en su conocido trabajo. Buena prueba de lo inmediatamente antes señalado es que en nuestro ordenamiento jurídico, en el momento actual, en términos generales, los Tribunales, e incluso la doctrina (tanto desde la perspectiva general como en el ámbito de los sectores regulados)<sup>15</sup>, no distinguen en el empleo del término circular e instrucción. Y, como veremos, tampoco el TJUE<sup>16</sup>.

Con relación al fundamento, se han planteado en la doctrina una pluralidad de concepciones, lo que casa con la pluralidad de figuras que se pueden incardinar en el marco de este instrumento<sup>17</sup>: así, la relación jerárquica, la potestad de autoorganización, la relación de sujeción especial y una fundamentación más amplia, en la medida en que las anteriores teorías tienen la virtud de explicar las circulares e instrucciones que se encuentran en esos ámbitos, como recuerda Morote Sarrión, sin embargo, no explicarían aquellos que exceden de los mismos y, por tanto, tendrían eficacia res-

---

<sup>14</sup> Baena del Alcázar, M. (1965). Instrucciones y circulares como fuente del Derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, núm. 48, págs. 107-126. Asimismo, acerca de esta cuestión cabe citar, sin ánimo de exhaustividad: Coello Martín, C. y González Botija, F. (2007). Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: ¿meros actos internos, actos administrativos o reglamentos? Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio y 12 de diciembre de 2006. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 78, págs. 267-305.

<sup>15</sup> Santamaría Pastor, J. A. (2018). *Principios de Derecho Administrativo General* (tomo I, pág. 208). Iustel; o Álvarez González, E. M. (2020). Técnica legislativa y disfunciones de las técnicas normativas en España. Retos actuales. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 117, pág. 37. En lo que a los sectores regulados se refiere, por todos, véase, Esteve Pardo, J. (2023). Las fuentes del Derecho regulatorio y sus singularidades. En J. Esteve Pardo, *Principios de Derecho regulatorio: Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos* (pág. 75). Marcial Pons.

<sup>16</sup> Así, desde el TC (STC 47/1990, de 20 de marzo, F 4) al TS [STS Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª) de 14 de diciembre de 2015. Recurso de casación núm. 727/2015. F 2]. Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 1994, asunto C-383/92, Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, y Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 2006, asunto Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España.

<sup>17</sup> Morote Sarrión, J. V. *Las circulares normativas...*, op. cit., págs. 228 a 239.

pecto de la ciudadanía en general, no solo en las relaciones especiales de sujeción, sino en las relaciones de general sujeción<sup>18</sup>.

Dentro de las circulares e instrucciones, cabe destacar dos modalidades:

1) Las circulares reglamentarias que son dictadas por órganos de rango inferior al ministro o consejero en las CCAA y, en otros casos, por determinados organismos reguladores [Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV, en adelante) y Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC, en adelante)] a las que la ley atribuye esta potestad, tal y como más adelante aludiremos. Son auténticos reglamentos, como señala Santamaría Pastor<sup>19</sup>, dirigidos a categorías concretas de ciudadanos.

2) Las instrucciones o circulares internas que son aquellas que las autoridades administrativas superiores dictan y comunican internamente a los órganos y funcionarios a ellos subordinados (artículo 6.1 de la Ley 40/2015). Son estas las instrucciones o circulares que plantean los problemas<sup>20</sup>. Estas circulares e instrucciones administrativas se incardinarian, por lo común, en el marco del *soft law* público *ad intra*, sin perjuicio de la posibilidad de que produzcan efectos frente a terceros, lo que permitirían ubicarlas en el denominado *soft law* público *ad extra*, siguiendo la clasificación que al respecto realiza el profesor Sarmiento<sup>21</sup>.

De acuerdo con el artículo 6 de la Ley 40/2015

«Instrucciones y órdenes de servicio.

1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.  
Cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el boletín oficial que corresponda, sin perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir».

El artículo 6 de la Ley 40/2015, por su parte, se refiere a las instrucciones y órdenes de servicio. Existen dos interpretaciones, como recuerda el profesor Sarmiento<sup>22</sup>, respecto al ámbito de aplicación del artículo 6 de la Ley 40/2015. Así, la interpretación estricta se basa

<sup>18</sup> Morote Sarrión, J. V. *Las circulares normativas...*, *op. cit.*, pág. 235.

<sup>19</sup> Santamaría Pastor, J. A. *Principios...*, *op. cit.*, págs. 208 y 209.

<sup>20</sup> Santamaría Pastor, J. A. *Principios...*, *op. cit.*, pág. 209.

<sup>21</sup> Sarmiento, D. (2006). La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*. *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, págs. 231 y 232.

<sup>22</sup> Sarmiento, D. La autoridad del Derecho..., *op. cit.*, pág. 234.

en la literalidad del meritado precepto y, de acuerdo con ello, considera que no cabe ampliar las figuras a que se refiere (instrucciones y órdenes de servicio). La otra interpretación es que, junto a estos instrumentos, cabe la posibilidad de considerar otros como las circulares. Esta última, como señala el referido autor, es la que más acogida tiene en la práctica.

Por otra parte, de acuerdo con la literalidad del precepto transcrito:

- 1.º La rúbrica se refiere, única y exclusivamente, a «instrucciones y órdenes de servicio». Sin embargo, de la literalidad del párrafo primero del apartado 1 del artículo 6 se desprende su carácter opcional. Así, se establece la posibilidad de que los órganos administrativos puedan dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes, pero se establece de modo facultativo su adopción a tal efecto: «podrán». Por tanto, cabe la posibilidad de que se adopten estos instrumentos u otros con el propósito de dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes. Esta literalidad aboga por la interpretación amplia del precepto a que antes aludimos.
- 2.º Tampoco se establece la obligatoriedad de su publicación en todo caso. Así, únicamente, en los supuestos que enuncia el apartado 1 del artículo: «cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse».
- 3.º Finalmente, que el incumplimiento de estos instrumentos no afecte por sí solo a su validez incide en la ausencia de carácter vinculante en la medida en que solo podrá afectar a su validez, de acuerdo con la dicción literal, si se tienen en cuenta otros factores.

Desde el plano de la naturaleza jurídica de las circulares y otras prácticas administrativas, nos encontramos con unas expresiones amplias. Así, las circulares caben ser consideradas como instrumentos vinculantes<sup>23</sup> o no vinculantes, en función de los supuestos de que se trate.

De este modo, nos encontramos con una pluralidad de instrucciones o circulares, que Santamaría Pastor, de modo no exhaustivo, clasifica en cuatro tipos, según sean de carácter informativo (el superior transmite al inferior datos de relevancia para el ejercicio de su actividad), directivo (imponen a los inferiores objetivos concretos o estándares de eficacia a lograr y, en ocasiones, establecen objetivos concretos), preceptivo (son las órdenes de servicio en la Ley 40/2015, que conllevan a los subordinados líneas concretas de actuación en un momento determinado) y las interpretativas (que imponen a los subordinados criterios de resolución de un tipo específico de procedimientos o concretas opciones interpretativas de preceptos legales o reglamentarios que han de aplicar)<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Acerca de las circulares normativas, véase, por todos, Morote Sarrión, J. V. (2002). *Las circulares normativas de la Administración Pública*. Tirant monografías.

<sup>24</sup> Santamaría Pastor, *Principios...*, *op. cit.*, pág. 209.

Morote Sarrión considera que las circulares ostentan naturaleza normativa, si bien su objeto se encuentra circunscrito a la interpretación de un precepto legal o reglamentario y reducción de la discrecionalidad de las normas reglamentarias. Es por ello por lo que, señala este autor, no cabría la posibilidad de imposición a través de la circular de obligaciones *ex novo* a los ciudadanos ya que si ello aconteciera se invadiría el campo de actuación tradicional del reglamento. Tal objeto limitado constituiría la justificación, señala el citado autor, de que su procedimiento de elaboración sea más flexible<sup>25</sup>. Ahora bien, esta posición supone preterir que existen circulares que atienden a otras realidades, además de la interpretativa, en los términos señalados por el profesor Santamaría Pastor.

Con relación a la naturaleza jurídica, consideramos que se ha de estar, a efectos de su determinación, a la casuística, en función del diferente tipo de circular o instrucción. En este sentido, la jurisdicción ordinaria señala que se ha de atender «al contenido y no al *nomen*»<sup>26</sup>.

Para Santamaría Pastor, las informativas en ningún caso tienen carácter normativo; las de carácter directivo, sí; las órdenes de servicio, depende (si imponen conductas concretas, no; si imponen directrices abstractas y permanentes de actuación, sí) y, finalmente, con relación a las interpretativas, que son las más polémicas, hay distintos tipos y, por tanto, se ha de atender al caso concreto, pero, señala el citado autor, en la medida en que en general avanzan criterios acerca de cómo deberán interpretarse las normas jurídicas, tendrán que ser consideradas normas reglamentarias.

La profesora Moreno Rebato, tras analizar la jurisprudencia del TC y del TS, que varía en la consideración acerca de estos instrumentos como actos administrativos, reglamentos o incluso normas internas, entiende que la posición del TS acerca de las circulares e instrucciones como actos administrativos queda circunscrita a su impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la medida en que estas instrucciones carecen de las notas propias de aquellos. Así, señala la autora, no se notifican ni expresan los recursos que proceden frente a ellas y no son actos de trámite que permitan su impugnación, sino que se trata de un «acto terminal»<sup>27</sup>. Por otra parte, con relación a la posibilidad de su consideración por el TS como reglamentos, también discrepa de la misma, en la medida en que pueden ser dictados por cualquier órgano administrativo del que dependan órganos inferiores y, asimismo, sobre la base de que no se encuentran sujetos al procedimiento de elaboración de los reglamentos. Es por ello por lo que las califica de «normas internas»<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Morote Sarrión, J. V. *Las circulares normativas...*, *op. cit.*, pág. 224.

<sup>26</sup> STS Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª) de 14 de diciembre de 2015. Recurso de casación núm. 727/2015. F 2.

<sup>27</sup> Moreno Rebato, M. (1998). Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico. *Revista de Administración Pública*, núm. 147, pág. 199.

<sup>28</sup> Moreno Rebato, M. «Circulares...», *op. cit.* pág. 200.

En nuestra opinión, sin perjuicio de que las consideraciones de la profesora Moreno Rebato son absolutamente certeras y permiten entender que, efectivamente, en puridad, no se trata ni de actos administrativos ni de normas reglamentarias, no es menos cierto que la doctrina del Tribunal Supremo posibilita considerar que a efectos de su impugnación se puedan reputar como tales. En cualquier caso, aun cuando desde el plano de su régimen de publicidad y de los requisitos formales a efectos de su consideración como acto administrativo y como reglamento, como expone la citada profesora, no cabría tal entendimiento, sí podría, desde la perspectiva finalista y pragmática de estas figuras [(acto administrativo y reglamento), no ajustada, por tanto, a la exigencia de sus requisitos canónicos, y atendiendo a la aplicación del Derecho en el marco del ejercicio de una potestad administrativa (acto administrativo) y a la innovación del ordenamiento con notas de generalidad y abstracción (reglamento)], mantenerse su consideración como tales (acto administrativo y reglamento).

Distinta es la situación en el *ámbito regulatorio*. En concreto, en lo que se refiere a las circulares o instrucciones emanadas de los poderes reguladores. Así, en todo caso nos encontramos ante normas que tienen una eficacia externa, o *ad extra*, si bien tienen un ámbito de aplicación limitado sobre un grupo determinado, como señala el profesor Esteve Pardo, el de los operadores del sector de que se trate. Tienen, por tanto, carácter de norma jurídica respecto de los operadores, si bien, señala el citado autor, para los usuarios «no son normas vinculantes»,

«sin perjuicio de que puedan invocarlas en sus relaciones con los operadores si esas circulares se publican en boletines oficiales o a través de los medios que les dan publicidad en general. También podrían invocar los usuarios esas circulares en los recursos y acciones judiciales que en su caso puedan emprender en defensa de sus derechos e intereses<sup>29</sup>».

Especial interés reviste la potestad normativa de las Administraciones independientes u organismos reguladores. En particular, del Banco de España<sup>30</sup>, la CNMV<sup>31</sup> y la CNMC<sup>32</sup>. Podemos señalar con respecto a las circulares que pueden aprobar, y sin perjuicio de algún aspecto específico, una serie de notas comunes establecidas en sus respectivas Leyes reguladoras: la necesidad de una previa habilitación expresa en la norma<sup>33</sup>; se encuentran sujetas a las determinaciones del Título VI de la Ley 39/2015 (fundamentalmente, las contenidas en los artículos 129, 130 y 133 de esa Ley) que les resulten de

<sup>29</sup> Esteve Pardo, J. «Capítulo IV Las fuentes...», *op. cit.*, págs. 75 y 76.

<sup>30</sup> Artículo 3 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España;

<sup>31</sup> Artículo 22 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.

<sup>32</sup> Artículo 30 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

<sup>33</sup> Este aspecto ha sido subrayado por el Consejo de Estado. Así, véase, *Memoria del Consejo de Estado del año 2019*, pág. 198.

aplicación; su publicación en el *Boletín Oficial del Estado (BOE, en adelante)*; en cuanto a la implementación del Derecho de la Unión, como recuerda Jover, resulta preciso la consulta al Consejo de Estado<sup>34</sup>, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado<sup>35</sup>.

Con relación al procedimiento para su aprobación, en lo que se refiere a las circulares e instrucciones en términos generales, como hemos señalado, es más simple que el previsto para la aprobación de los reglamentos<sup>36</sup>. Sin embargo, desde una perspectiva amplia, finalista, consideramos la posibilidad de su entendimiento, en algunos supuestos, ya descritos, como normas jurídicas (y en otros como instrumentos de *soft law*), con indepen-

---

<sup>34</sup> Jover, J. M. (2020). La potestad normativa de la CNMC. *Revista de Administración Pública*, núm. 211, pág. 99.

<sup>35</sup> Las circulares del Banco de España pueden ser las denominadas «circulares monetarias», que tienen como objeto la definición y ejecución de la política monetaria [artículo 7.3.a) de la Ley 137/1994] o bien se dictan para el desarrollo de las funciones básicas del Sistema Europeo de Bancos Centrales, y las denominadas «circulares», aprobadas para el desarrollo de las normas que habilitan expresamente al efecto. Se precisa recabar los informes técnicos y jurídicos preceptivos y se publican en el *BOE*. Su impugnación se realiza ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Con relación a las circulares emanadas de la CNMV, se dictan para desarrollo y ejecución de los preceptos de la Ley 6/2023, reales decretos y de órdenes del titular del Ministerio de Asuntos Económicos, siempre que le habiliten de modo expreso para ello; se deben evacuar los informes técnicos jurídicos, la consulta pública (artículo 133 de la Ley 39/2015) y audiencia; se precisa de informe preceptivo del Consejo de Estado y se publicarán en el *BOE*.

Las circulares de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, se dictan tras un trámite de audiencia. Existen dos tipos de circulares de la CNMC: de un lado, las de desarrollo y ejecución de la normativa energética, en los aspectos contemplados en el artículo 7 de la Ley 3/2013, así como aquellas otras en desarrollo y ejecución de las leyes, reales decretos y órdenes ministeriales que se aprueben en relación con el sector energético, siempre que estas disposiciones las habiliten para ello; de otro, las circulares de petición de información, para el desarrollo de las funciones de supervisión y control en el sector energético (<https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/energia/informes-circulares#circulares>). Es por ello por lo que el empleo de las circulares de la CNMC a efectos de desarrollo y ejecución de normativa nacional con origen en el Derecho de la Unión es una práctica habitual (así, cabría citar como ejemplo, la Circular 1/2021, de 20 de enero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología y condiciones del acceso y de la conexión a las redes de transporte y distribución de las instalaciones de producción de energía eléctrica).

Con respecto a la transposición de directivas a través de circulares de la CNMC, además de la previa habilitación (toda vez que se trata de disposiciones de desarrollo y ejecución de leyes, reales decretos y órdenes ministeriales de los sectores sometidos a su supervisión, siempre que le habiliten expresamente para ello), se articula un procedimiento en el que se siguen las determinaciones ya no solo de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sino de la Ley 39/2015, destacando, como señala Jover [Jover, J. M. La potestad normativa..., *op. cit.*, pág. 83], la vigencia de las determinaciones contenidas en los artículos 129, 130 y 133 de esta última. Resulta necesario el dictamen preceptivo de la Comisión Permanente del Consejo de Estado (artículo 22.2 de la Ley 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado) y son objeto de publicación en el *BOE*.

<sup>36</sup> Cuyo régimen jurídico se integra en las disposiciones del Título VI de la Ley 39/2015 (específicamente, artículos 128 a 133), en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (Título V, artículos 22 a 28), en las respectivas leyes de gobierno y administración autonómicas y en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

dencia de que no se sigan todos los trámites establecidos para su aprobación como reglamentos. Por su parte, el procedimiento para la elaboración de las circulares en el ámbito de los organismos reguladores, tienen su propio régimen jurídico establecido en las normas respectivas que integran su regulación y que, de acuerdo con él, deben de respetar en mayor o menor medida las determinaciones del Título VI de Ley 39/2015.

Con relación a su control jurisdiccional, el TC ha considerado que son susceptibles de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa y ante la constitucional en amparo<sup>37</sup>. Como señala el magistrado Cudero Blas<sup>38</sup>, si nos encontramos ante relaciones de especial sujeción, cabrá la impugnación a través del procedimiento contencioso-administrativo ordinario (artículos 43 y siguientes de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, LJCA, en adelante) o bien mediante el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona (artículos 114 y siguientes de la LJCA) y, en el marco de las relaciones de sujeción general, cabrá la posibilidad de impugnación ante el TC si lesionan los derechos fundamentales, al menos cuando puedan producir efectos directos sobre los ciudadanos sin necesidad de que se dicten actos concretos de aplicación.

La doctrina del TS acerca de la cuestión es:

1. Desde el plano de las circulares o instrucciones de carácter interno, en el marco de la potestad organizatoria de la Administración, serían susceptibles de impugnación por sus destinatarios. Y solo cabría la impugnación por parte de los terceros que se pudieran ver afectados por los actos administrativos dictados sobre la base de tales circulares o instrucciones a través de la impugnación de tales actos de aplicación. Si se trata de instrucciones con destinatarios a los empleados de la Administración, única y exclusivamente, como señala Álvarez González, se trataría de «directrices de actuación, dictadas en el ejercicio del poder jerárquico» y, por tanto, de carácter interno, lo que determina que su impugnación solo es factible por parte de terceros si estos se ven afectados a través de los actos administrativos de aplicación que se puedan dictar. Única y exclusivamente, si la instrucción o circular tiene carácter normativo, cabría su impugnación directa mediante recurso contencioso-administrativo<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> El TC se ha manifestado con vehemencia acerca de esta cuestión, señalando que:

«la cuestión que plantea la presente demanda de amparo no consiste en saber si las instrucciones o circulares administrativas, en cuanto categoría general de actos jurídicos de la Administración en sentido lato, pueden o no impugnarse en la vía contencioso-administrativa y en sede de amparo constitucional, lo que admite fácilmente una respuesta afirmativa, pues se trata con toda evidencia de actuaciones jurídicas de la Administración sujetas al Derecho Administrativo y vinculadas también al respeto de los derechos fundamentales, tengan o no carácter normativo en sentido estricto» (STC 47/1990, de 20 de marzo, F 4).

<sup>38</sup> Cudero Blas, J. ¿Son impugnables las Circulares e Instrucciones de la Administración? *Revista de Jurisprudencia*, pág. 1.

<sup>39</sup> Álvarez González, E. M. Técnica legislativa..., *op. cit.*, págs. 36 a 43.

2. Si las circulares o instrucciones tienen eficacia *ad extra* de la organización: La admisión de la impugnabilidad directa de las instrucciones o circulares obedece a la consideración de que la instrucción bien tiene naturaleza materialmente reglamentaria o bien de acto administrativo<sup>40</sup>. Posteriormente, el TS señalaría que cabe la impugnación de las circulares o instrucciones cuando tengan eficacia *ad extra* y eficacia obligatoria, con independencia del *nomen* (circulares o instrucciones)<sup>41</sup>.

De este modo, resulta claro que se ha de prescindir de la denominación y atender a la realidad subyacente, esto es, si se producen efectos *ad extra* o no, si vinculan a terceros ajenos a la organización administrativa y, en tal caso, bien por tener naturaleza jurídica material de reglamento o bien de acto administrativo (no concebidos según sus requisitos canónicos), será, en todo caso, susceptible de impugnación. Esto determina, que habrá que estar a la casuística. Lo esencial, por tanto, como señala Cudero Blas, es atender al contenido<sup>42</sup>. Asimismo, y en coherencia con lo anterior, consideramos que si, atendiendo a la naturaleza jurídica, en supuestos concretos pueden considerarse materialmente reglamentos, cabría su impugnación no solo directa, sino también a través del recurso indirecto frente a reglamentos.

Finalmente, con relación al momento procesal de inadmitir el recurso: si a efectos de inadmitir un recurso contencioso-administrativo se acude al trámite de alegaciones previas, ha señalado el TS que no cabría la posibilidad de que el Tribunal proceda a la inadmisión por auto en ese momento procesal si, a tal efecto, resulta preciso un examen del fondo del asunto. En tal supuesto se deberá esperar a la sentencia, que realizará el examen del fondo del asunto<sup>43</sup>.

### 3. La implementación del Derecho de la Unión

#### 3.1. LA EJECUCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN

La ejecución ordinaria del Derecho de la Unión corresponde a los Estados miembros, tal y como se desprende de las determinaciones del artículo 291 del TFUE que establece que «los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión» y, de modo coherente con tal afirmación, limita la intervención de la Comisión y, en los casos específicos previstos en los artículos 24 y 26 del TFUE (en el ámbito de la Política

<sup>40</sup> STS Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª), de 18 de julio de 2012. Recurso de casación núm. 2601/2011, F 4.

<sup>41</sup> STS Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª) de 14 de diciembre de 2015. Recurso de casación núm. 727/2015, F 2.

<sup>42</sup> Cudero Blas, J., *op. cit.*, pág. 2.

<sup>43</sup> STS Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª) de 14 de diciembre de 2015. Recurso de casación núm. 727/2015, F 4.

Exterior y de Seguridad Común, PESC, en adelante) del Consejo<sup>44</sup>, a establecer condiciones uniforme de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, sujetas a las exigencias de comitología, ex artículo 291.3 del TFUE<sup>45</sup>.

La ejecución del Derecho de la Unión por parte de los Estados se puede llevar a través de los distintos instrumentos normativos y con los condicionantes, de un lado, con origen en el Derecho de la Unión, y, de otro, de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Estos últimos atienden, como señalamos anteriormente, a su sistema de fuentes del Derecho y a su organización territorial.

Si bien es cierto que la regulación del artículo 288 del TFUE resulta de una claridad meridiana respecto a la delimitación entre los reglamentos y las directivas, como señala el profesor Alonso García<sup>46</sup>, no es menos cierto que la aplicación práctica da lugar a una relativización de esa diferenciación. Así, nos encontramos con la cuestión de los reglamentos que precisan de medidas de ejecución y, del mismo modo, con la cuestión relativa a las directivas detalladas.

Con relación a los *reglamentos que precisan de medidas de ejecución*, esta posibilidad ha sido avalada por el TJUE, que ha señalado que la aplicabilidad directa del reglamento «no se opone a que el mismo reglamento faculte a una [i]nstitución comunitaria o a un Estado miembro a adoptar medidas de aplicación» [asunto Eridiana (1979)]. Asimismo, como recuerda el citado profesor, la posibilidad de actuar de los Estados no solo tiene que ser expresa, sino que puede ser implícita. En este sentido, el TJUE ha señalado que «cuando una normativa comunitaria no contenga disposición específica alguna que prevea una sanción en caso de infracción o cuando remita, en este aspecto, a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, el artículo 5 del Tratado [actual 4 TFUE] exige de los Estados miembros la adopción de todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario» (Asunto Comisión v. Grecia, 68/88). Es por ello por lo que el fundamento de la obligación de los Estados a efectos de la adopción de las medidas de aplicación radica en el principio de cooperación leal. Como ejemplo de reglamento que precise de la adopción de medidas de ejecución por los Estados podemos citar, la propuesta de Reglamento de inteligencia artificial, en cuyo artículo 99 se refiere a la necesidad de que los Estados adopten estas medidas<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Acerca de los actos de ejecución, cabe citar, sin ánimo de exhaustividad: Janer Torrens, J. J. (2012). Actos de ejecución y modalidades de control por parte de los Estados: la nueva regulación sobre la comitología. *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 42, págs. 9-24.

<sup>45</sup> Reglamento (UE) n.º 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión.

<sup>46</sup> Alonso García, R. y Andrés Sáenz de Santa María, P. *El sistema europeo de fuentes*, op. cit. págs. 36 a 40.

<sup>47</sup> En efecto, de acuerdo con el artículo 99 de la propuesta en tramitación de Reglamento de Inteligencia Artificial,

«Sanciones. 1. De conformidad con las condiciones previstas en el presente Reglamento, los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones y otras medidas de ejecución, como ad-

La cuestión relativa a las *directivas detalladas* se ha suscitado en la práctica. Aludiremos a ella al abordar las distintas modalidades de transposición de las directivas.

### 3.2. LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS: UNA CUESTIÓN POLÉMICA

Las notas definidoras de las directivas son, *ex artículo 288 del TFUE*: «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 los medios». Se trata, por tanto, de una obligación de resultado. Ahora bien, no es una libertad omnimoda toda vez que, como recuerda el profesor Sarmiento<sup>48</sup>, la transposición de los Estados se encuentra sujeta a controles tanto de la Comisión como del TJUE.

Por otra parte, la libertad de elección de la forma y de los medios se encuentra sometida a los condicionantes que establece no ya solo el Derecho de la Unión, sino, asimismo, los derivados de su propio sistema jurídico, anteriormente aludidos. En el marco de los condicionantes con origen en el Derecho de la Unión, podemos destacar aspectos tales como: la imposibilidad de que se fragmente el programa normativo, como recuerda el profesor Sarmiento<sup>49</sup>, si la transposición se realiza a través de una pluralidad de actos<sup>50</sup>; condicionantes derivados de la necesidad de cumplir con el plazo de transposición establecido en la propia directiva<sup>51</sup>; la exigencia de ajustarse a la regulación de la directiva (así, por ejemplo, se lesiona si no se respeta el estándar mínimo de protección contenido en el programa normativo que establece la directiva)<sup>52</sup> que se vulnera si no se adapta de modo completo o correcto el ordenamiento interno a las de-

---

vertencias o medidas no pecuniarias, aplicable a las infracciones del presente Reglamento que cometan los operadores y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que se aplican de forma adecuada y efectiva (...)»

[redacción de la posición del Parlamento Europeo en primera lectura, aprobada por Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024]. Se trata de un ámbito sujeto a reserva de ley (artículo 25 de la CE), sin perjuicio de la posibilidad de colaboración con el reglamento siempre que se respete la doctrina consolidada del TC (por todas, STC 42/1987, F.2).

<sup>48</sup> Sarmiento, D. *Curso...*, *op. cit.*, pág. 215.

<sup>49</sup> Sarmiento, D. *Curso...*, *op. cit.*, pág. 215.

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto 102/79, Comisión c. Reino de Bélgica.

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 25 de febrero de 2021, asunto C-658/19, Comisión Europea c. Reino de España.

<sup>52</sup> Así, en septiembre de 2016 la Comisión Europea emitió un dictamen motivado en el marco de la tramitación del recurso por incumplimiento, concluyendo que el Reino de España había transpuesto incorrectamente las directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE al ordenamiento jurídico español. Finalmente, tras la aprobación del Real Decreto-ley 1/2019, de medidas urgentes para adecuar las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a las exigencias derivadas del derecho comunitario en relación con las citadas directivas, el procedimiento acabó siendo archivado, mediante Decisión de 25 de julio de 2019. En cita de Jover, J. M. *La potestad...*, *op. cit.*, págs. 77 y 78. Se ha de tener en cuenta, como pronunciamiento del Tribunal que declara la existencia de un incumplimiento, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 28 de septiembre de 2023, asunto C-692/20, Comisión Europea c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

terminaciones de la directiva<sup>53</sup> o por no adaptar de modo suficientemente claro las determinaciones de la directiva<sup>54</sup>; el incumplimiento de la obligación de informar acerca de las medidas de transposición de una directiva<sup>55</sup> y, en particular, cuando se trata de una directiva adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo (supuesto específicamente previsto en el apartado 3 del artículo 260 del TFUE) o bien la necesidad de respetar el margen de apreciación que esta confiere<sup>56</sup>. Se trata de aspectos que han dado lugar a la mayoría de los supuestos de incumplimientos de los que ha conocido el TJUE a través del recurso por incumplimiento del Derecho de la Unión.

Por otra parte, el nivel de ejecución por parte de los Estados puede variar. El Tribunal de Justicia ha señalado que «según la jurisprudencia de este Tribunal, la adaptación del Derecho interno a una Directiva no exige necesariamente una reproducción formal y textual de sus disposiciones en una disposición legal expresa y específica y puede ser suficiente, en función de su contenido, un contexto jurídico general, siempre y cuando este garantice efectivamente la plena aplicación de la Directiva de una manera suficientemente clara y precisa, para que, si la Directiva persigue crear derechos en favor de los particulares, los beneficiarios estén en condiciones de conocer todos sus derechos y ejercerlos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales<sup>57</sup>».

El TJUE se ha referido a las distintas posibilidades respecto a las obligaciones que pueden imponer a los Estados miembros. Así, en el asunto *Comisión v. Luxemburgo*, de 2006, como recuerda el profesor Alonso García, el Tribunal de Justicia señaló que «la práctica legislativa comunitaria demuestra que pueden existir grandes diferencias en cuanto a los tipos de obligaciones que las directivas imponen a los Estados miembros y, por tanto, en cuanto a los resultados que se deben alcanzar (...). En efecto, algunas directivas exigen que se adopten disposiciones legales a nivel nacional y que su cumplimiento esté sometido a un control judicial o administrativo (...). Otras directivas establecen que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se cumplan determinados objetivos formulados de manera general y que no son cuantificables, dejándoles, sin embargo, un cierto margen de apreciación en cuanto a la naturaleza de las medidas que se deben adoptar (...). Además, otras direc-

---

<sup>53</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de marzo de 2002, asunto C-145/99, *Comisión c. República Italiana* o Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de marzo de 2006, asunto C-332/04, *Comisión c. Reino de España*.

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 27 de abril de 2006, asunto C-441/02, *Comisión c. República Federal de Alemania*.

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de julio de 2020, asunto C-549/18, *Comisión Europea c. Rumanía*, o, asimismo, en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 25 de febrero de 2021, asunto C-658/19, *Comisión Europea c. Reino de España*.

<sup>56</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 1996, asunto C-72/95, *Kraaijeveld*.

<sup>57</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno), de 28 de febrero de 1991, asunto *Comisión contra la República Federal de Alemania*, C-131/88, apartado 6.

tivas exigen de los Estados miembros que alcancen resultados muy precisos y concretos después de un determinado plazo<sup>58</sup>».

Finalmente, con relación a la cuestión relativa a las directivas detalladas, anteriormente aludida, ha sido abordada por el TJUE en su asunto Kortas, de 1999, y ha señalado que su legitimidad si bien cabe ser puesta en duda cuando el Tratado obliga a utilizar una Directiva, no cabe cuestionarla en el caso en que el Derecho primario no imponga el empleo de tal acto jurídico. Para zanjar la cuestión, el profesor Alonso García relativiza las dudas respecto a la legitimidad de las directivas detalladas sobre la base de la existencia de la doctrina de los poderes implícitos y la deferencia al legislador europeo<sup>59</sup>.

#### 4. La posición del TJUE prohibiendo acudir a las circulares y a las simples prácticas administrativas

La posición del Tribunal de Justicia es palmaria acerca de esta cuestión. No deja lugar a dudas acerca de la prohibición de estos instrumentos a efectos de la implementación del Derecho de la Unión. El Tribunal de Justicia se ha referido a esta cuestión tanto en lo que atiene al Derecho de la Unión que goza de efecto directo como en lo que respecta al plano de las directivas.

1) Desde la perspectiva de las normas dotadas de efecto directo, así con los *reglamentos*, el TJUE se ha referido a las prácticas administrativas. En concreto, a las «instrucciones, puramente administrativas».

En efecto, en la sentencia de 4 de abril de 1974, asunto Comisión contra Francia<sup>60</sup>, el TJCE consideró a estos instrumentos de la administración como insuficientes a efectos de generar una situación de certidumbre respecto a las posibilidades que tienen los sujetos de derecho afectados de invocar el Derecho comunitario<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera), de 30 de noviembre de 2006, asunto Comisión v. Luxemburgo, C-32/05, apartados 37 a 40.

<sup>59</sup> Alonso García, R. y Andrés Sáenz de Santa María, P. *El sistema europeo de fuentes*, op. cit., págs. 38 a 40.

<sup>60</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de abril de 1974, asunto 167/73, Comisión c. República Francesa, apartado 41.

<sup>61</sup> El caso de autos era el siguiente: la regulación europea se contenía en el Reglamento (CEE) n.º 1612/68, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad y frente a ella, la ley francesa establecía una regulación incompatible (el personal de un buque debe de ser de nacionalidad francesa en una proporción definida por Orden del Ministro de la Marina Mercante). Es por ello por lo que se consideró por la Comisión que la no eliminación de tal disposición interna suponía una vulneración de las obligaciones que incumben a la República francesa en virtud del Tratado sobre la libre circulación de los trabajadores y de los artículos 1, 4 y 7 del mencionado Reglamento.

El Gobierno de la República francesa señaló, en su argumentación a efectos de lograr la desestimación del recurso, que «las instrucciones dadas verbalmente a los administradores de los servicios ma-

De esta sentencia cabe apreciar que la simple práctica administrativa, desde el plano de los reglamentos (empleo de las instrucciones verbales con el fin de lograr la inaplicación de una normativa nacional, en el caso de autos una ley nacional) resulta lesiva de la certidumbre necesaria. Pese a tratarse de una norma de aplicación general y directa (el reglamento), en la medida en que contienen derechos que las autoridades nacionales deben respetar y salvaguardar, es precisa la eliminación de las normas internas incompatibles.

Por otra parte, la regulación interna francesa se encontraba en una ley, y las instrucciones verbales constituyen una simple práctica administrativa, incardinable en uno de los niveles más bajos del sistema de fuentes del Derecho. Resulta absolutamente incuestionable la situación de inseguridad jurídica existente si no se procede a la derogación de la ley en la medida en que cualquier otra actuación, ya la pasividad absoluta (ni prácticas administrativas) o la actuación absolutamente insuficiente (empleo de prácticas administrativas) solo puede generar oscuridad.

---

rítimos ordenan «tratar a los nacionales de la Comunidad como a los franceses», de manera que estos nacionales no están «obligados a iniciar un procedimiento ni a someterse a plazos para obtener, como excepción, el derecho de ocupar un empleo».

Pese a que el Gobierno francés señaló su intención de proceder a la revisión del párrafo segundo del artículo 3 del Código de trabajo marítimo (apdo. 36), y se presentó proyecto de ley ante el Parlamento (apartado. 39), sin embargo, el Tribunal de Justicia señaló que:

«según resulta, tanto de los debates ante este Tribunal como de las posiciones manifestadas en el curso de los trabajos parlamentarios, en el actual estado de cosas, la libre circulación de los trabajadores en el sector de que se trata continúa siendo considerada por las autoridades francesas dependiente de su voluntad unilateral y no jurídicamente obligatoria» (apartado. 40).

Prosigue el Tribunal señalando:

«que de ello se desprende que, si bien la situación jurídica objetiva es clara, en el sentido de que el artículo 48 y el Reglamento n.º 1612/68 son directamente aplicables en el territorio de la República Francesa, no es menos cierto que el mantenimiento en esas condiciones del texto del Código de trabajo marítimo da lugar a una situación de hecho ambigua al mantener, para los sujetos de derecho afectados, un estado de incertidumbre en cuanto a las posibilidades de que disponen de invocar el Derecho comunitario (apartado. 41).

Que esta inseguridad resulta reforzada por el carácter interno y verbal de las instrucciones, puramente administrativas que excluyen la aplicación de la ley nacional» (apartado. 42).

El Tribunal, tras referirse a que la libre circulación de personas y, en particular, de los trabajadores, constituye uno de los fundamentos de la Comunidad [letra c) artículo del TCEE y del lugar que ocupan en el mismo los artículos 48 a 51] (aptdo. 43) y al carácter general de prohibición de discriminaciones contempladas en el artículo 48 y el objetivo perseguido por su abolición (apartado 46), señala:

«que la inseguridad creada por el mantenimiento sin modificación del texto del artículo 3 del Código de trabajo marítimo constituye un obstáculo de esa clase; (apartado. 49)

Que de ello se desprende, que al mantener sin modificación, en estas circunstancias, en lo que respecta a los nacionales de otros Estados miembros, las prescripciones del párrafo segundo del artículo 3 del Código de trabajo marítimo, la República francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 48 del Tratado y del artículo 4 del Reglamento n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968» (apartado. 50).

2) En esta misma línea, el Tribunal de Justicia se ha referido a las *disposiciones de los Tratados*. Así, la Sentencia del tribunal de 26 de octubre de 1995<sup>62</sup>, asunto Comisión contra Luxemburgo, ha señalado que:

«Es jurisprudencia reiterada que la incompatibilidad de disposiciones nacionales con las disposiciones del Tratado, aun cuando sean directamente aplicables, solo puede eliminarse definitivamente por medio de disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo rango jurídico que las que deban modificarse. Las simples prácticas administrativas, por naturaleza modificables a discreción de la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada, no pueden ser consideradas como constitutivas de un cumplimiento válido de las disposiciones del Tratado, al mantener, para los sujetos de Derecho afectados, un estado de incertidumbre en cuanto a las posibilidades de que disponen para invocar los derechos garantizados por el Tratado<sup>63</sup>».

3) Desde el plano de las *directivas*, la doctrina del TJUE, definida ya en el asunto Comisión contra Bélgica, de 6 de mayo de 1980, parte de la necesidad de que se dé «claridad y certeza» a las «situaciones jurídicas queridas por las Directivas» de que se trate. Es por ello por lo que:

«no cabe considerar que constituyen un cumplimiento válido de la obligación que incumbe a los Estados miembros destinatarios de las Directivas en virtud del artículo 189 (actual artículo 288 del TFUE), las simples prácticas administrativas, modificables por naturaleza a criterio de la Administración y carentes de una adecuada publicidad<sup>64</sup>».

Por tanto, ya no solo cabe hablar de prohibición de empleo de las circulares y otras prácticas administrativas a efectos de la implementación de los actos de la Unión, sino incluso, con respecto a la eliminación de las normas internas incompatibles con el Derecho originario.

Con relación a la explicación de por qué el TJUE repudia el empleo de las instrucciones, circulares o de las simples prácticas administrativas, se ha de tener en cuenta que el Tribunal de Justicia no hace una distinción entre unas y otras. Así, se alude de modo indistinto a instrucciones y prácticas administrativas (como en la Sentencia Comisión contra Reino Unido, de 1994<sup>65</sup>, donde equipara las instrucciones a las prácticas

---

<sup>62</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 1995 (Sala Sexta), asunto C-151/94, Comisión de las Comunidades Europeas c. Gran Ducado de Luxemburgo.

<sup>63</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala tercera) de 26 de octubre de 1995, asunto C-151/94, apartado 19, que cita, asimismo, las sentencias de 24 de marzo de 1994, Comisión/Bélgica, C-80/92, Rec. P. I-1109, apartado 20, y de 11 de junio de 1991, Comisión/Francia, C-307/89, Rec. P. I-2903, apartado 13.

<sup>64</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de mayo de 1980 (asunto 102/79), apartado 11. En sentido similar, como consecuencia del empleo de simples prácticas administrativas y su no consideración como instrumentos adecuados a efectos del cumplimiento válido de las obligaciones del Tratado, cabe citar, asimismo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24 de marzo de 1994 (asunto C-80/92), aptdo. 20; o la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta), asunto C-311/95, Comisión de las Comunidades Europeas v. República Helénica, apartado 7.

<sup>65</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 1994, asunto C-80/92, Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino Unido, apartados 19 y 20.

administrativas, o en la Sentencia Comisión contra España, de 2006<sup>66</sup>, en la que identifica las instrucciones y circulares con tales prácticas) y establece una misma doctrina para fundamentar la proscripción de su empleo a efectos de la implementación del Derecho de la Unión, cual es la posibilidad de su modificación a discreción de la administración y, asimismo, la ausencia de publicidad adecuada.

El profesor Arzoz Santisteban se refiere a la carencia de fuerza jurídica vinculante de la *praxis administrativa*. Recuerda el citado profesor que los ordenamientos jurídicos suelen atribuir relevancia jurídica a la praxis administrativa, toda vez que «produce un efecto de autolimitación de la propia administración» que se encuentra obligada a tener en cuenta tales prácticas. El carácter vinculante de estas prácticas se desprende del hecho de que la Administración podrá apartarse del criterio seguido con anterioridad, única y exclusivamente, cuando se motive. Así, como recuerda el citado autor, el artículo 35.1.c) de la Ley 39/2015 establece la exigencia de la motivación en tal supuesto<sup>67</sup>. De este modo, como señala el profesor Arzoz, «si la motivación no es arbitraria o discriminatoria, el cambio de criterio resultará válido<sup>68</sup>».

Por su parte, respecto de las *circulares administrativas*, en algunos ordenamientos como en Alemania, como recuerda el profesor Arzoz, son objeto de empleo para «concretizar conceptos jurídicos indeterminados con carácter vinculante y como derecho administrativo con efectos *ad extra*»<sup>69</sup>. Por su parte, en nuestro Derecho, como se ha expuesto con anterioridad, se trata de una categoría que no cabe reconducir a un único régimen jurídico. Es por ello por lo que, como señala este autor, dependerá de la regulación que respecto de las circulares administrativas se establezca en los distintos ordenamientos la posibilidad de determinar si la circular administrativa constituye un cauce adecuado a efectos de realizar la implementación o ejecución del Derecho de la Unión<sup>70</sup>.

En cualquier caso, en los años ochenta el TJCE vedó el empleo de las circulares administrativas a efectos de transponer las directivas<sup>71</sup>. En el momento actual, con independencia del régimen existente en cada Estado con relación a las circulares, la doctrina del TJUE no ha cambiado<sup>72</sup>. Se trata, por tanto, de una doctrina absolutamente consolidada.

---

<sup>66</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 12 de enero de 2006, asunto C-132/04, Comisión de las Comunidades Europeas c. España, apartado 35.

<sup>67</sup> «Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: (...) c) los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos».

<sup>68</sup> Arzoz Santisteban, X. (2013). Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos. En X. Arzoz Santisteban (Dir.), *Transposición de directivas y autogobierno: El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico* (pág. 82). Institut d'Estudis Autonòmics.

<sup>69</sup> Arzoz Santisteban, X. Métodos de transposición..., *op. cit.*, pág. 83.

<sup>70</sup> Arzoz Santisteban, X. Métodos de transposición..., *op. cit.*, pág. 84.

<sup>71</sup> Arzoz Santisteban, X. Métodos de transposición..., *op. cit.*, pág. 85.

<sup>72</sup> Cabe citar gran número de pronunciamientos del Tribunal de Justicia, tales como: Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de mayo de 1980, asunto 102/79, Comisión c. Bélgica; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de mayo de 1996, asunto C-311/95, Comisión c. República Helénica; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 27 de febrero de 2003, asunto C-415/01, Comisión c. Bélgica.

El profesor Arzoz Santisteban distingue el supuesto aludido, esto es, la transposición de las directivas mediante circulares administrativas y la posibilidad del empleo de las circulares administrativas en ámbitos materiales cubiertos por una directiva, si bien prescindiendo del propósito de ser el instrumento dirigido a la transposición de la norma<sup>73</sup>. El profesor Alonso García se refiere a la posibilidad de utilización del empleo de las prácticas administrativas, y tras recordar que en nuestro ordenamiento, la invocación del TJUE no ha lugar, esto es, la argumentación del Tribunal de Luxemburgo que veda el empleo de las prácticas administrativas atendiendo a que son modificables a voluntad de la Administración, señala que «es el limitado alcance de tales prácticas (pues solo cubren la actividad con participación administrativa) y, sobre todo, la *ausencia de publicidad*, los caracteres que determinan su falta de idoneidad como instrumento para proceder a una correcta integración normativa del Derecho europeo en el Derecho interno<sup>74</sup>».

Coincidimos plenamente, la ausencia de publicidad es el aspecto fundamental y que, en última instancia, redundaría en la violación del principio general de la seguridad jurídica. La motivación, como hemos expuesto con anterioridad, se exige *ex artículo 35.1.c)* de la Ley 39/2015. Es por ello por lo que solo se producirá una lesión de la doctrina del TJUE, a nuestro juicio, si se produce, como señalara el profesor Arzoz, una falta de motivación o bien se produce una motivación arbitraria, en contravención con el meritado precepto de la Ley 39/2015.

Lo que resulta claro es que se trata de instrumentos vedados a efectos de la implementación del Derecho de la Unión, atendiendo a los razonamientos dados por el Tribunal de Justicia. Ello tanto en lo que se refiere a la transposición de las directivas, como en lo que se refiere a las normas dotadas de efecto directo.

## **5. Los principios de cooperación leal y de autonomía institucional y procedimental en lo que a la implementación del Derecho de la Unión por los Estados se refiere**

La *cooperación leal*, en su vertiente vertical, tiene aplicación en un plano general de las relaciones Unión Europea-Estados<sup>75</sup>, y uno de los ámbitos en los que tiene que guiar la actuación de los Estados es el desarrollo efectivo del sistema de fuentes. Ello tanto en relación con las normas dotadas de efecto directo, como respecto a las normas carentes de dicho efecto.

<sup>73</sup> Arzoz Santisteban, X. Métodos de transposición..., *op. cit.*, pág. 86.

<sup>74</sup> Alonso García, R. *Sistema...*, *op. cit.*, pág. 140. La cursiva es del profesor Alonso García.

<sup>75</sup> Incluso en el ámbito de la PESC, cabría la posibilidad de apreciar su existencia. Así, en el artículo 31.1 en su segundo párrafo, cuando determina que «(...) En aras de la solidaridad mutua, el Estado miembro de que se trate se abstendrá de cualquier acción que pudiera obstaculizar o impedir la acción de la Unión basada en dicha decisión y los demás Estados miembros respetarán su posición».

1) En lo que se refiere a las normas dotadas de efecto directo, tanto con relación con los Tratados como respecto a las normas de Derecho derivado, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia señalando que se deben eliminar las normas Estatales que se opongan a las disposiciones dotadas de efecto directo con origen en el Derecho de la Unión y, asimismo, en lo que se refiere a los reglamentos que precisen medidas de ejecución, entendemos que la doctrina que veda la implementación a través de circulares y prácticas administrativas ha de ser de aplicación.

El TJUE se ha referido a esta cuestión, tanto en lo que afecta a la no eliminación de las normas internas incompatibles con los Tratados, como con relación a la no eliminación de las normas internas incompatibles con los reglamentos, entendiendo que supone un incumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de los Tratados. Y, en consecuencia, estimando absolutamente procedente la impugnación de tal comportamiento del Estado ante el TJUE a través de la vía del recurso por incumplimiento (artículos 258 y 259 del TFUE).

2) Es en el terreno de las directivas donde resulta necesaria una actuación por parte de los Estados en la medida en que en estas normas la obligación se dirige a los Estados y no obligan en medios y resultados (como los reglamentos), sino solo en los fines, careciendo, asimismo, de efectos directos como regla general, y sin perjuicio de la posibilidad de que se produzcan tales efectos en el marco de la consolidada doctrina del TJUE, que demanda, a tal efecto: claridad, precisión e incondicionalidad (respecto a la precisión e incondicionalidad, asunto Van Duyn<sup>76</sup>, de 1974) y en el marco de las relaciones verticales y, únicamente, en sentido unidireccional (individuo frente al Estado) [asuntos Ratti, de 1979<sup>77</sup> y Becker, de 1982, con relación a la totalidad de los requisitos<sup>78</sup>].

Aquí, el principio de cooperación leal obligará a los Estados a efectuar una transposición, en el contexto de la adopción de «todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión».

En concreto, en lo que respecta a la concreción del principio de cooperación leal en el marco de la transposición de las directivas, el Tribunal de Justicia señaló, en el asunto Von Colson y Kamann, de 1984<sup>79</sup>, que la obligación de los Estados miembros, derivada de la directiva, de conseguir el resultado en ella previsto, y su deber, con-

---

<sup>76</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 1974, asunto 41/74, Van Duyn, apartados 6 y 13. Asimismo, el Tribunal de Justicia señaló que «es preciso examinar en cada caso, si la naturaleza, el sistema general y los términos de la disposición de que se trata pueden producir efectos directos en las relaciones entre los Estados miembros y los particulares» (apdo. 12).

<sup>77</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 1979, asunto 148/78, Ratti, apartados 18 a 24.

<sup>78</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 1982, asunto 8/81, Becker, apartados 17 a 26.

<sup>79</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 1984, asunto 14/1983, Von Colson y Kamann, apartado 26.

forme al artículo 5 TCE (actual 4.3 TFUE), de adoptar todas las medidas apropiadas, generales o particulares, para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, vincula a todas las autoridades de los Estados miembros incluidos, en materia de su competencia, los Tribunales, en el marco de la configuración de la interpretación conforme con el Derecho de la Unión, idea que sería objeto de reproducción literal en la ulterior sentencia *Marleasing*, de 1990 y en *Kükükdeveci*, de 2010<sup>80</sup>.

Esta referencia que realiza el Tribunal de Justicia con relación a los Estados, relativa a la necesidad de alcanzar el resultado previsto en la directiva, atiende, de un lado, a «la obligación de los Estados miembros, derivada de la directiva», que tiene su pleno anclaje en lo dispuesto en el artículo 288 del TFUE (que como señala el meritado precepto, al referirse a las directivas, «obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse») y, asimismo, de otro, al respeto del principio de cooperación leal (artículo 4.3 del TUE).

Es por ello por lo que los Estados deberán utilizar el mecanismo adecuado de transposición para garantizar el cumplimiento del programa normativo contenido en la Directiva.

En definitiva, en lo que se refiere a la implementación del Derecho de la Unión, la utilización de los mecanismos vedados por el Tribunal de Justicia (circulares y simples prácticas administrativas) constituye una vulneración del principio de cooperación leal. Ello es así toda vez que supone el incumplimiento de la obligación establecida a los Estados en el ámbito del artículo 288 para las directivas<sup>81</sup> y, con relación a los actos dotados de eficacia directa, con el empleo de estos instrumentos normativos prohibidos por el Tribunal de Justicia se dificulta, si no impide, el conocimiento efectivo de la norma europea por parte de los operadores jurídicos, económicos y de los ciudadanos y, a la postre, la vigencia efectiva de tales normas, lo que no es sino el incumplimiento de los mandatos que establece el artículo 4.3 del TUE, en su vertiente activa<sup>82</sup>. Finalmente, se ha de recordar que el TJUE, tiene una doctrina consagrada acerca de que «un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni situaciones de

---

<sup>80</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1990, asunto C-106/89, *Marleasing*, apartado 8.

<sup>81</sup> El propio Tribunal de Justicia determinó ya en la sentencia *Comisión contra Bélgica*, de 6 de mayo de 1980, asunto 102/79, que «un Estado miembro no habrá cumplido la obligación que le impone el párrafo tercero del artículo 189 del Tratado, si se limitó a atender a las exigencias que dimanaban de las Directivas controvertidas por medio de una práctica de hecho, o de una simple tolerancia administrativa» (apartado 10). Doctrina reiterada en otros asuntos. Así, véase, entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, *Kükükdeveci*, apartado 47.

<sup>82</sup> Con relación al supuesto de no eliminación de las normas internas incompatibles con un reglamento y, simplemente la adopción de instrucciones internas y verbales, «puramente administrativas, que excluyen la aplicación de la ley nacional», consideró que constituye un incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado de la Comunidad Económica Europea (artículo 48) y del Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968 (Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de abril de 1974, asunto 167/73, *Comisión c. República Francesa*, apartados 42 y 48).

su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión»<sup>83</sup>.

En lo que respecta al *principio de autonomía institucional*, se ha de tener en cuenta que los límites a este principio derivados del Derecho de la Unión se refieren, fundamentalmente, a la necesidad de que los Estados elijan los medios y las formas más apropiadas para asegurar el efecto útil de las directivas, así como a la salvaguarda de la claridad y certidumbre necesaria.<sup>84</sup> En lo que a este trabajo importa, sin perjuicio de otros condicionantes aludidos con anterioridad, nos encontramos con la prohibición de implementación del Derecho de la Unión a través de circulares y otras prácticas administrativas.

## 6. Consideraciones personales

Ha quedado evidenciado que por la doctrina del TJUE se prohíbe, a efectos de la implementación del Derecho de la Unión, el empleo de las circulares, instrucciones u otras prácticas administrativas, cuando carecen de toda publicidad o son modificables libremente por la administración [supuesto que no concurre en ordenamientos como el nuestro, *ex artículo 35.1.c*) de la Ley 39/2015] o bien existe una motivación arbitraria, al constituir una lesión del principio de seguridad jurídica.

La admisión de la posibilidad de la ejecución o implementación del Derecho de la Unión a través de estos instrumentos administrativos dependerá del ordenamiento jurídico del Estado de la Unión de que se trate, toda vez que entendemos que existe una doctrina clara acerca de la prohibición de su empleo cuando concurren las dos notas a que se refiere el TJUE. Sin embargo, aunque tales notas no concurren, se ha de tener en cuenta que el TJUE ha exigido que el medio empleado para la implementación otorgue «claridad y certeza de las situaciones jurídicas queridas por las Directivas» (asunto Comisión c. Bélgica, de 1980) y que sean los más adecuados para asegurar el efecto útil de las directivas (asunto Royer, de 1976), lo que, nuevamente dificulta su empleo.

Si acudimos a los condicionantes derivados de los ordenamientos internos, en el marco del principio de autonomía institucional y procedimental, el panorama no mejora. Así, si el ordenamiento del Estado miembro de que se trate no impone más condicionamientos, entendemos que cabría su empleo, cumpliendo la doctrina del Tribunal de Luxemburgo. Sin embargo, si establece otras exigencias, como es el caso del

---

<sup>83</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 28 de septiembre de 2023, asunto C-692/20, Comisión c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, apartado 105.

<sup>84</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 1976, asunto 48/75, Royer, apartado 75, y, asimismo, Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de mayo de 1980, asunto 102/79, Comisión c. Bélgica, apartado 11.

nuestro (la necesidad de consulta al Consejo de estado, *ex* artículo 22.2 de su Ley Orgánica reguladora, o bien, si se trata de una norma dictada en una Comunidad Autónoma, la exigencia de acudir al órgano consultivo equivalente<sup>85</sup>), la posibilidad de su empleo, brilla por su ausencia.

Por otra parte, su admisión respecto de aquellos ordenamientos en los que se cumplieran los condicionantes derivados del Derecho de la Unión y de los Estados miembros, se ha de matizar, en el sentido de circunscribir la posibilidad del empleo de estos instrumentos a cuestiones específicas o de detalle y en los que se trate de mera transcripción del texto de la directiva en el ordenamiento interno. Así, en los supuestos en que se pudiera llevar a cabo una ejecución del Derecho de la Unión en el que cupiera un margen de apreciación<sup>86</sup>, no sería recomendable su utilización, en aras a la salvaguarda del principio de seguridad jurídica<sup>87</sup>.

Existiría cierta apoyatura para admitir su empleo. Así, si bien es cierto que no existe, o no hemos encontrado, un amparo del TJUE acerca de la posibilidad de la utilización de estos instrumentos cuando ostentan publicidad o bien no resultan modificables a voluntad de la Administración, no lo es menos que existen supuestos, tales como en la Sentencia de 18 de junio de 1998, asunto Comisión *v.* Francia, en el que la Comisión (tras la alegación realizada por Francia en la fase administrativa resultante de la tramitación del recurso por incumplimiento, acerca de que se había adaptado el ordenamiento jurídico interno por vía de una instrucción administrativa), dio por buena la implementación, al decidir no continuar el procedimiento acerca de esa cuestión<sup>88</sup>. Esto es, no se pasó a la fase jurisdiccional con relación a la implementación del Derecho de la Unión mediante una instrucción, no considerándola inadecuada<sup>89</sup>. Ahora bien, como recuerda el propio Morote Sarrión, en Francia se es proclive a la consideración de las instrucciones como normas.

Cuestión distinta ocurre, a nuestro juicio, en el ámbito relativo a las Administraciones independientes y organismos reguladores, toda vez que el cumplimiento de los requisitos establecidos en sus normas reguladoras (habilitación ex-

---

<sup>85</sup> Así, por ejemplo, en el caso de Euskadi, de acuerdo con el artículo 3.1.e) de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.

<sup>86</sup> Se ha de tener en cuenta la doctrina del Tribunal de Justicia acerca de la transposición de directivas en la que existe un margen de apreciación por parte de los Estados, que estos deberán respetar tal margen y el objeto de tales márgenes será objeto de control jurisdiccional. Por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 1996, asunto C-72/95, Kraaijeveld, apartados 60 y 61.

<sup>87</sup> Véase, en este sentido, Pascua Mateo, F. *Derecho comunitario...*, *op. cit.* págs. 332 y 333. Por su parte, el profesor Arzo Santisteban se refiere a que «cierta presencia marginal de circulares para la transposición de directivas parece existir». En Arzo Santisteban, X. *Métodos de transposición...*, *op. cit.*, pág. 86.

<sup>88</sup> Supuesto recogido por Morote Sarrión, J. V. *Las circulares...*, *op. cit.*, p. 314.

<sup>89</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala sexta) de 18 de junio de 1998, asunto C-43/96, Comisión *v.* República Francesa, apartados 9 a 11.

presa de una norma, dictamen del Consejo de Estado, publicación en el *BOE*, etc.), que, asimismo, asumen las exigencias contenidas en el Título VI a efectos de la aprobación de los reglamentos y disposiciones administrativas, permiten concluir que cabría su empleo para la implementación del Derecho de la Unión en aspectos específicos. De hecho, a través de las circulares del Banco de España se está realizando la ejecución de las normas y orientaciones emanadas del Banco Central Europeo, cauce que, por otra parte, considera el profesor Pascua Mateo, resulta especialmente propicio. Finalmente, en lo que respecta a las circulares de la CNMV a efectos de la incorporación de actos de la Unión, está siendo un instrumento muy utilizado<sup>90</sup>.

## II. CONTROL JUDICIAL

### 1. Calificación de la actuación del Estado que acude a estos instrumentos a efectos de la implementación del Derecho de la Unión

La utilización por un Estado de circulares u otras prácticas administrativas a efectos de la implementación del Derecho de la Unión constituye, además de la infracción de una doctrina consolidada del TJUE, como hemos expuesto, una conculcación del principio de cooperación leal (artículo 4.3 del TUE), y de la obligación que incumbe a los Estados en virtud del artículo 288 del TFUE, si se trata de la implementación o ejecución de directivas; es una lesión del principio de seguridad jurídica, e incluso puede impedir la plena eficacia del Derecho de la Unión.

Así, si como señaló el Tribunal de Justicia en el asunto Becker, de 1982, que en la medida en que los Estados destinatarios están obligados, en virtud de la Directiva, a conseguir un resultado (obligación que debe cumplir al expirar el plazo fijado por la propia Directiva), «de ello se deriva que, en todos los casos en que una Directiva se ejecuta correctamente, sus efectos llegan a los particulares a través de las medidas de aplicación adoptadas por el Estado miembro de que se trate<sup>91</sup>». Es por ello por lo que con el empleo de las circulares u otras prácticas administrativas para la implementación del Derecho de la Unión, si carecen de la publicidad adecuada, difícilmente van a poder llegar sus efectos a los particulares.

El Tribunal de Justicia ha señalado que el principio de seguridad jurídica «exige no solo que todo acto de las Instituciones que produzca efectos jurídicos sea claro y preciso, sino también que sea notificado al interesado de forma que este pueda conocer con certeza el momento a partir del cual el citado acto existe y comienza a surtir efec-

---

<sup>90</sup> PASCUA MATEO, F. *Derecho comunitario y calidad del ordenamiento español estatal, autonómico y local*. Thomson Civitas, Madrid, 2006, págs. 335 a 339.

<sup>91</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 1982, asunto 8/1981, Becker, apartados 18 y 19.

tos jurídicos<sup>92</sup>». El Tribunal de Justicia de la Unión se ha referido a este principio en gran número de pronunciamientos<sup>93</sup> y ha señalado que conlleva que «la legislación comunitaria debe ser precisa y su aplicación previsible para los justiciables<sup>94</sup>».

El profesor Ugartemendia ha afirmado que este principio vincula no solo a las instituciones de la Unión, sino también a los Estados cuando entran dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y con una fuerza vinculante superior que la que ostenta el principio de seguridad jurídica en el plano nacional<sup>95</sup>. De acuerdo con ello, prosigue el profesor Ugartemendia, «en un hipotético supuesto de contradicción entre las obligaciones derivadas de uno y otro principio, la autoridad nacional debería atender a las derivadas del principio comunitario<sup>96</sup>».

El profesor Alonso García considera, a efectos de rebatir la doctrina que petrifica a estos principios al considerarlos constitucionales, que tienen una virtualidad que puede ir desde su simple consideración como desiderátum y, por tanto, de su incumplimiento no extraer consecuencias jurídicas (así, por ejemplo, cuando aconseja la adopción de textos consolidados), a la posibilidad de su empleo como parámetro de interpretación o validez de un acto<sup>97</sup>.

Estos principios, siguiendo la doctrina del TJUE, contenida en las sentencias anteriormente citadas, ostentan rango constitucional<sup>98</sup>, lo que no deja de ahondar en la

---

<sup>92</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta) de 22 de enero de 1997, asunto T-115/94, apartados 124 y 132.

<sup>93</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1981, *Gondrand Frères y Garancini*, 169/80, Rec. P. 1931, apartado 17; de 22 de febrero de 1984, *Kloppenburg*, 70/83, Rec. P. 1075, apartado 11, y de 15 de diciembre de 1987, *Irlanda/Comisión*, 325/85, Rec. p. 5041, apartado 18, así como la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de febrero de 1991, *Tagaras / Tribunal de Justicia*, asuntos acumulados T-18/89 y T-24/89, Rec. p. II-53, apartado 40.

<sup>94</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1987, asunto 239/86, *Comisión c. Irlanda*, apartado. 17.

<sup>95</sup> El TC ha señalado en su doctrina consolidada que:

«Solo si, en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica» (STC 104/2000, de 13 de abril, F 7)

<sup>96</sup> Ugartemendia Eceizabarrena, J. I. (2006). El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado. *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, pág. 39.

<sup>97</sup> Alonso García, R. *Sistema...*, *op. cit.*, págs. 177 y 178. Asimismo, véase, Alonso García, R. y Andrés Sáenz De Santa María, P. *El sistema europeo de fuentes*, *op. cit.*, págs. 71 a 74.

<sup>98</sup> El profesor Alonso García, una de las voces más autorizadas acerca de esta cuestión, en la medida en que su tesis doctoral, dirigida por el profesor Fernández Rodríguez, versó acerca de los principios generales del Derecho de la Unión, se muestra muy crítico con esta doctrina y adopta una postura que podríamos calificar pragmática, toda vez que considera que la categoría de los principios generales del Derecho de la Unión es mucho más amplia y rica y permite considerar, por tanto, que el rango normativo que ostenten dependerá de la norma que lleve a cabo su positivización. Así, en función de ello, podrán ostent-

gravedad del incumplimiento y es por ello por lo que la implementación de un Estado a través de las circulares y otras prácticas administrativas, cuando carecen de publicidad y sean modificables a voluntad de la Administración, o bien cuando la motivación dada sea arbitraria o insuficiente, constituye una lesión de un principio general del Derecho y, asimismo, puede impedir la eficacia de las normas de la Unión.

De acuerdo con ello, el Tribunal de Justicia podrá conocer de los supuestos de implementación o ejecución del Derecho de la Unión mediante estos instrumentos: a través del recurso por incumplimiento (deberá declarar el incumplimiento) y en el marco de la cuestión prejudicial de interpretación, determinando que la implementación a través de estos instrumentos se opone al deber derivado del principio de cooperación leal (artículo 4.3 del TUE), a la obligación de alcanzar el resultado impuesta en el artículo 288 del TFUE si se trata de una implementación de una directiva, y al principio general del Derecho de la Unión de seguridad jurídica. Por su parte, a los órganos jurisdiccionales nacionales, en el marco de una posible impugnación relativa a la infracción por un Estado del Derecho de la Unión, les corresponderá determinar la responsabilidad del Estado.

Por otra parte, se ha de tener en cuenta que el Tribunal de Justicia, sobre la base de la transgresión del principio general de seguridad jurídica, en el marco de recursos de anulación, ha anulado actos de la Unión<sup>99</sup>. Del mismo modo, cabría la declaración de invalidez de un acto por contravenir el principio de seguridad jurídica, en la medida en que cabe la posibilidad de que el principio general (seguridad jurídica, en nuestro caso) sea utilizado como parámetro de interpretación y validez. Ahora bien, al tratarse de una actuación de un Estado miembro lo que examinamos en el presente trabajo, no habría lugar a la impugnación a través del recurso de anulación y de la cuestión prejudicial de validez.

## **2. La eficacia directa de las directivas y el supuesto de contradicción entre el acto de implementación o ejecución de los Estados y el Derecho de la Unión**

En el caso de incorrecta transposición de una directiva, del mismo modo que acontece con respecto de la ausencia de transposición, si se reúnen los requisitos establecidos por la doctrina del TJUE: claridad, precisión, incondicionalidad y, en el marco de las relaciones verticales (individuo frente al Estado), cabría la posibilidad de eficacia directa de la directiva.

---

tar rango constitucional si su plasmación normativa se ha realizado en el Derecho originario o bien, rango de Derecho derivado, si su positivización se ha efectuado mediante actos jurídicos. Alonso García, R. y Andrés Sáenz de Santamaría, P. *El sistema europeo de fuentes*, op. cit., págs. 72 a 74

<sup>99</sup> Así, anuló una decisión en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1987, asunto 239/86, Irlanda v. Comisión, apartado. 19.

Asimismo, en el caso de que la directiva que se haya indebidamente implementado a través de circulares o simples prácticas administrativas se refiera a un principio general del Derecho, en este supuesto, como recuerda el profesor Sarmiento<sup>100</sup>, el TJUE, en el asunto Mangold<sup>101</sup>, indica que se deberá inaplicar la normativa nacional contraria. Esta doctrina del Tribunal de Luxemburgo se ha trasladado al plano de los derechos fundamentales. Así, como recuerda el profesor Alonso García, el Tribunal de Justicia ha establecido una doctrina para el supuesto de directivas de concreción de derechos incluidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en la que serían estos últimos en cuanto tales, interpretados de manera integradora, los llamados a despegar en caso de ausencia de transposición o de transposición incorrecta, plenos efectos. No obstante, para ello se precisa que los derechos de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE sean plenamente «autosuficientes»<sup>102</sup>.

Esta doctrina no puede tener otro origen que la establecida por el Tribunal de Justicia en el supuesto de contradicción entre el acto nacional de ejecución del Derecho de la Unión. Si la norma de la Unión goza de eficacia directa, se habrá de aplicar la doctrina consagrada por el TJUE, con origen en la Sentencia del Tribunal de Justicia Costa c. Enel, de 1964<sup>103</sup> y, fundamentalmente, contenida en la Sentencia Simmenthal, de 1978<sup>104</sup>. Esto es, se debe proceder a la inaplicación de la norma nacional contraria, con independencia de si es anterior o posterior al acto del Derecho de la Unión y, de modo correlativo, la aplicación del Derecho de la Unión<sup>105</sup>.

En caso de imposibilidad de interpretación conforme del Derecho nacional con el Derecho de la Unión, se debe intentar aplicar directamente el acto europeo, si es que se cumplen los requisitos establecidos a tal efecto por la doctrina del Tribunal de Lu-

---

<sup>100</sup> Sarmiento, D. *Curso...*, *op. cit.*, pág. 259.

<sup>101</sup> «En estas circunstancias, corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación por razón de la edad, garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho comunitario a los justiciables y la eficacia plena de este, dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la Ley nacional eventualmente contrarias (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. P. 629, apartado 21, y de 5 de marzo de 1998, Solred, C-347/96, Rec. P. I-937, apartado 30)».

[Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, Werner Mangold, apartado 77]. Asimismo, tal circunstancia acontecía en el asunto Kükükdeveci (C-555/17), de 19 de enero de 2010 (apartados 50 y siguientes).

<sup>102</sup> Alonso García, R. y Andrés Sáenz de Santa María, P. *El sistema europeo de fuentes*, *op. cit.*, pág. 58.

<sup>103</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, Costa c. Enel,

<sup>104</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, Simmenthal, apartado 21.

<sup>105</sup> Los principios generales del Derecho de la Unión, como hemos apreciado con anterioridad, gozan de rango constitucional, conforme a la doctrina del TJUE y, asimismo, los derechos fundamentales contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales, cuando no precisen la *interpositio legislatoris* (artículo 52.5 de la Carta de Derechos Fundamentales, *a sensu contrario*), podrán ser susceptibles de tener eficacia directa.

xemburgo, y, finalmente, en su defecto, el único cauce posible a seguir sería que la parte perjudicada por la no conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión pueda invocar la doctrina del TJUE para obtener, en su caso, la reparación del daño causado<sup>106</sup>.

### 3. Control jurisdiccional *stricto sensu*

Son dos los mecanismos impugnatorios a través de los cuales cabe controlar el TJUE la actuación de los Estados en lo que se refiere al cumplimiento del Derecho de la Unión o de su conformidad con este: el recurso por incumplimiento y, por otro lado, la cuestión prejudicial de interpretación.

#### 3.1. EL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO

En lo que se refiere a las consecuencias de la implementación del Derecho de la Unión mediante circulares y otras prácticas administrativas, en la medida en que supone una transgresión del deber derivado del principio de cooperación leal (artículo 4.3 del TUE), de la obligación de alcanzar el resultado al que se refiere el artículo 288 del TFUE si se trata de la implementación o ejecución de una directiva, además de conllevar una lesión del principio general del Derecho de la Unión de seguridad jurídica, y poder impedir la plena eficacia de las normas de la Unión, sin ninguna duda, tal conducta sería susceptible de impugnación a través del recurso por incumplimiento (artículos 258 y 259 del TFUE). De hecho, este es el cauce procesal al que se acude ordinariamente.

El presupuesto habilitante de tal mecanismo de impugnación no es otro que el incumplimiento de las obligaciones que incumben a los Estados en virtud de los Tratados (artículos 258 y 259 del TFUE).

El ámbito fundamental de impugnación a través del recurso por incumplimiento se encuentra relacionado con la transposición de las directivas (la falta de transposición de la norma europea una vez transcurrido el plazo previsto a tal efecto en la propia norma europea, la transposición incompleta o incorrecta, o bien el incumplimiento de la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo, supuesto este último, expresamente previsto en el artículo 260.3 del TFUE, y sin perjuicio de los demás supuestos aludidos con anterioridad). Tampoco se pueden olvidar los supuestos relativos a la ausencia de adaptación del Derecho interno a las determinaciones de los Tratados o de los Reglamentos, anteriormente referidos o incluso con respecto a la utilización de las circula-

---

<sup>106</sup> Es doctrina consolidada del TJUE, por todas, Sentencia de 24 de enero de 2012 (Gran Sala), asunto C-282/10 Maribel Domínguez, apartado 44.

res, instrucciones o prácticas para la ejecución de reglamentos europeos que precisen de la adopción de medidas de ejecución<sup>107</sup>.

### 3.2. LA POSIBILIDAD DE ACUDIR A LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DE INTERPRETACIÓN

Desde el plano de una posible impugnación por vía indirecta, se plantea la posibilidad del empleo de la cuestión prejudicial de interpretación. Como recuerda el profesor

---

<sup>107</sup> En el marco de la tramitación del recurso por incumplimiento, recordemos, cabe la iniciación por la Comisión (supuesto de mayor frecuencia en la práctica) o bien por los Estados, y nos encontramos con dos fases: una fase administrativa y una fase jurisdiccional (artículos 258 y 259 del TFUE)

Si se inicia por la Comisión (en la fase administrativa), esta institución envía una carta de emplazamiento; el Estado tiene la posibilidad de formular o no sus alegaciones; si el Estado no contesta o bien la contestación no convence a la Comisión, esta emitirá un dictamen motivado en el que se le vuelve a conminar para que cese la infracción en el plazo que se le conceda; transcurrido el referido plazo sin que el Estado haya cesado en la infracción, la Comisión puede recurrir al Tribunal de Justicia y es en este momento cuando comienza la fase jurisdiccional.

Con relación al inicio por parte de un Estado, este debe acudir a la Comisión a efectos de que esta institución proceda de la misma forma que hemos descrito antes: envío de la carta de emplazamiento; trámite de las alegaciones del Estado, y, finalmente, se emite dictamen motivado. En el supuesto de que la Comisión en el plazo de tres meses no haya emitido dictamen motivado, la falta de dictamen no será obstáculo para recurrir al Tribunal, como señala el artículo 259 del TFUE.

A efectos de describir el procedimiento, véase, sin ánimo de exhaustividad: Díez Moreno, F. (2023). *Manual de Derecho de la Unión Europea* (págs. 335 a 337). Civitas, Aranzadi. Asimismo, véase, Alonso García, R. *Sistema...*, *op. cit.*, págs. 252 a 259, Sarmiento, D. *Curso...*, *op. cit.* págs. 315 a 322.

La sentencia del Tribunal de Justicia en los procesos por incumplimiento es meramente declarativa, si bien ello no obsta a que el Estado se encuentre obligado a la adopción de las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal (artículo 260.1 del TFUE). Si la Comisión considera que el Estado ha incumplido la sentencia, podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de formular sus observaciones. Y si el Tribunal de Justicia declara que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva (artículo 260.2 del TFUE). El Tribunal de Justicia ha señalado la compatibilidad de ambas medidas atendiendo a la distinta naturaleza de una y otra Sentencia del Tribunal de Justicia (asuntos Comisión v. Irlanda, 2012 y Comisión v. España, de 2014), en cita de Alonso García, R. *Sistema...*, *op. cit.*, pág. 259.

Asimismo, se prevé el supuesto de incumplimiento por un Estado de la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo (artículo 260.3 del TFUE). En ese supuesto, la Comisión:

«podrá, si lo considera oportuno, indicar el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por dicho Estado y que considere adaptado a las circunstancias. Si el Tribunal comprueba la existencia del incumplimiento, podrá imponer al Estado miembro afectado el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva dentro del límite del importe indicado por la Comisión. La obligación de pago surtirá efecto en la fecha fijada por el Tribunal en la sentencia».

El Tribunal de Justicia, en el asunto Comisión v. Francia, de 2005, señaló que si bien es cierto que la Comisión puede establecer directrices con el objetivo de establecer criterios para el cálculo de los importes de las sumas a tanto alzado o de las multas coercitivas que decida proponer al Tribunal de Justicia, la intervención del Tribunal no se encuentra sujeta al requisito de que la Comisión adopte tales directrices que, por lo demás, no le vinculan. La competencia del Tribunal de Justicia es de plena jurisdicción, por lo que puede apartarse o ir más allá de la propuesta de la Comisión. Alonso García, R. *Sistema...*, *op. cit.*, págs. 256 a 258.

Alonso García<sup>108</sup>, el TJUE ha señalado que no es competente a efectos de la determinación de la compatibilidad de la norma nacional con el Derecho de la Unión, sobre la base de que «en el marco del procedimiento previsto en el artículo 267 TFUE, no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la compatibilidad de disposiciones nacionales con el Derecho de la Unión». Sin embargo, «es competente para facilitar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación de dicho Derecho que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para la resolución del asunto de que conoce<sup>109</sup>». De acuerdo con ello, en la práctica, son frecuentes los pronunciamientos del TJUE determinando, de modo indirecto, la compatibilidad de la norma nacional con el Derecho de la Unión.

El profesor Sarmiento<sup>110</sup> afirma que en la mayoría de los supuestos «las cuestiones prejudiciales de interpretación se plantean como cuestiones de compatibilidad entre dos normas, una europea y otra nacional». Ello acontece, por tanto, en gran número de pronunciamientos del TJUE<sup>111</sup> en los que se refiere explícitamente a la interpretación de la norma europea [ya «Tratados» ya Derecho derivado («actos»), ex artículo 267 del TFUE] y determina la incompatibilidad con el Derecho de la Unión con relación a una legislación nacional que no se cohoneste con aquel, lo que conlleva, en definitiva, la no conformidad de la regulación nacional con el Derecho de la Unión. De este modo, la práctica ha determinado que buena parte de las cuestiones prejudiciales «se asemejen, desde la perspectiva del control judicial europeo sobre el derecho nacional, a las acciones por incumplimiento<sup>112</sup>».

---

<sup>108</sup> Alonso García, R. *Sistema...*, *op. cit.*, p. 261.

<sup>109</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 27 de enero de 2011, asunto C-489/09, *Vandorno*, apartado 25.

<sup>110</sup> Sarmiento, D. *Curso...*, *op. cit.*, pág. 326.

<sup>111</sup> Así, por ejemplo, en lo que a nuestro ordenamiento jurídico afecta, en el asunto *Marina del Mediterráneo* [Sentencia del TJUE de 5 de abril de 2017 (Sala Cuarta), asunto C-391/15, *Marina del Mediterráneo* y otras empresas], en el que se determinó la incompatibilidad de la normativa nacional indirectamente. En el caso de autos se trataba de la normativa española en materia de contratos (Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público), que no posibilitaba la impugnación independiente del acto de admisión de un licitador (única y exclusivamente cabía el recurso frente al acto de adjudicación del contrato). Sin embargo, la denominada Directiva Recursos (89/665/CEE) se refería genéricamente a decisiones de los poderes adjudicadores, sin distinguir entre ellas en función del contenido o del momento de su adopción. El TJUE consideró que las determinaciones en ese sentido de la Directiva europea 89/665/CEE del Consejo (la conocida como Directiva recursos), en su versión modificada por la Directiva 2007/66, permitían su aplicación directa, al reunir los requisitos establecidos en su doctrina a tal efecto (claridad, precisión e incondicionalidad y, asimismo, en el marco de las relaciones de carácter vertical en sentido unidireccional) y declaró incompatible con el Derecho de la Unión la normativa nacional en la que no cabe la impugnación frente al acto de admisión a un licitador por parte de un poder adjudicador en el procedimiento de adjudicación. Más recientemente, véase, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 14 de septiembre de 2023, asunto C-113/22 Dx contra Instituto Nacional de la Seguridad Social.

<sup>112</sup> Alonso García, R. *Sistema...*, *op. cit.*, pág. 261.

En concreto, en lo que a la cuestión a que se refiere nuestro trabajo, cabe apreciar que si bien es cierto que el cauce a través del cual se han producido los pronunciamientos del TJUE vedando la implementación del Derecho de la Unión mediante circulares y otras prácticas administrativas ha sido el recurso por incumplimiento, a nuestro juicio, no cabe negar la posibilidad de que en el marco de una cuestión prejudicial de interpretación, instada durante la tramitación de un litigio previo ante un órgano jurisdiccional nacional, pudiera producirse un pronunciamiento del TJUE determinando, indirectamente, la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de tal cauce de implementación. Así, por ejemplo, durante la tramitación de un previo recurso en el que se discrepe del contenido de la regulación nacional y se invoque, asimismo, la no conformidad con el Derecho de la Unión del cauce normativo para la transposición elegido; o bien se trate de la tutela de algún derecho concreto y, en el marco del procedimiento, se considere que la ausencia de conocimiento del justiciable del régimen jurídico vigente se deba al empleo de estas prácticas administrativas, en vulneración de la seguridad jurídica (así, por ejemplo, la preclusión de un plazo, en lo que supondría, asimismo, una lesión del principio de efectividad del Derecho de la Unión), y se considere preciso un pronunciamiento del TJUE al respecto.

Es importante tener en cuenta que si, única y exclusivamente, cupiera la posibilidad de recurso por incumplimiento, los particulares carecerían de vía de impugnación ante los Tribunales a efectos de la tutela de sus derechos e intereses<sup>113</sup> como consecuencia de la inadecuada transposición o implementación del Derecho de la Unión. Es por ello por lo que consideramos que cabría considerar la posibilidad de planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación en la que en la sentencia, indirectamente, se determine la no conformidad de las medidas de implementación del Derecho de la Unión adoptadas.

No obstante, se ha de tener en cuenta que el órgano jurisdiccional nacional puede considerar improcedente el planteamiento de la cuestión prejudicial si considera que «la cuestión suscitada es materialmente idéntica a una cuestión que fue ya objeto de decisión con carácter prejudicial en un supuesto análogo. El mismo efecto en lo que afane a los límites de la obligación formulada por el párrafo 3 del artículo 177 (actual 267 del TFUE), puede derivar de la jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia que hubiera resuelto la cuestión de derecho de que se trata, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que dieron lugar a dicha jurisprudencia, incluso en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas<sup>114</sup>». Se trata de la denominada doctrina del acto aclarado, de acuerdo con la cual se permite que el órgano

---

<sup>113</sup> En este sentido, véase, la célebre Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, Van Gend & Loos.

<sup>114</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81, Cilfit *et al.*, apartados 13 y 14.

jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso no se vea obligado al planteamiento de la cuestión prejudicial si concurren tales supuestos. También podría concurrir el supuesto conocido como de «acto claro»<sup>115</sup> (doctrina contenida en el asunto Cilfit, de 1982). Consideramos que, en la medida en que existe una doctrina palmaria del Tribunal de Justicia acerca de la proscripción de empleo de tales instrumentos, el órgano jurisdiccional nacional podría perfectamente así entenderlo y no plantear la cuestión.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la posibilidad de acudir a la cuestión prejudicial de interpretación, es una posibilidad más formal que real.

Lo que sí que es cierto es que, a nuestro juicio, cabría la posibilidad, en caso de que se hubiera sufrido un daño por los particulares, personas físicas o jurídicas, derivado de la utilización de estos instrumentos para la implementación del Derecho de la Unión (en supuestos tales como los que nos acabamos de referir para examinar la viabilidad de acudir a la cuestión prejudicial de interpretación), aquellos podrían acudir a los órganos jurisdiccionales nacionales a efectos de la obtención de la correspondiente reparación de la lesión conforme a la doctrina del TJUE relativa a la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión. En este sentido, el profesor Sarmiento<sup>116</sup> señala que «el único cauce del que disponen los particulares y demás instituciones para atacar directamente una conducta estatal contraria al Derecho de la Unión, son las vías de recurso ante los tribunales nacionales<sup>117</sup>».

### 3.3. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Cabría la posibilidad de control a través de los órganos jurisdiccionales nacionales si concurrieran los requisitos establecidos por el TJUE para la existencia de responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión.

La doctrina acerca de esta cuestión del TJUE ha sido referida por este Tribunal tanto en términos de infracción proveniente de la conducta del Estado en términos generales, relativo a la violación de «normas jurídicas» (asunto Brasserie du Pêcheur y Factortame, de 5 de marzo de 1996<sup>118</sup>) y, específicamente, en lo que se refiere a la transgresión del deber que incumbe a los Estados de adoptar todas las medidas ne-

---

<sup>115</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81, Cilfit e.a., apartados 16 a 21.

<sup>116</sup> SARMIENTO, D. *Curso...*, op. cit., pág. 317.

<sup>117</sup> La negrita es nuestra.

<sup>118</sup> «El Derecho comunitario reconoce un derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada, y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas». Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas asunto Brasserie du Pêcheur y Factortame, de 5 de marzo de 1996 (C-46/93 y C-48/93), apartado 51.

cesarias para conseguir el resultado prescrito por una directiva, comprendido en el artículo 4.3 del TUE (asunto Francovich *et al.* de 19 de noviembre de 1991<sup>119</sup>).

De acuerdo con la sentencia del TJUE en el asunto Francovich: «Cuando, como ocurre en el presente asunto, un Estado miembro incumple la obligación que le incumbe, en virtud del párrafo tercero del artículo 189 del Tratado, de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva, la plena eficacia de esa norma de Derecho comunitario impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurren tres requisitos.

«El primero de estos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de los particulares. El segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas. Estos requisitos son suficientes para generar, en favor de los particulares, un derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho comunitario».

En los asuntos acumulados *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*, de 1996, el Tribunal de Justicia señaló que:

«El criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es el de la inobservancia manifiesta y grave, por parte tanto de un Estado miembro como de una institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación. A este respecto, entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar, debe señalarse el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario<sup>120</sup>».

---

<sup>119</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *Francovich e. a.*, de 19 de noviembre de 1991 (C-6/90 y 9/90).

<sup>120</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas asunto *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*, de 5 de marzo de 1996 (C-46/93 y C-48/93), apartados 55 y 56. A efectos de:

«apreciar si la violación del artículo 52 cometida de esta forma por el Reino Unido era suficientemente caracterizada, el órgano jurisdiccional nacional podría tener en cuenta, entre otros aspectos, las controversias jurídicas derivadas de las particularidades de la política común de la pesca; la actitud de la Comisión, que dio a conocer su posición al Reino Unido a su debido tiempo, y las apreciaciones sobre el estado de certeza del Derecho comunitario emitidas por los órganos jurisdiccionales nacionales en el marco de los procedimientos de medidas cautelares instados por los particulares afectados por la aplicación de la *Merchant Shipping Act*» (apartado 63).

A mayor abundamiento, a efectos de permitir entender la concurrencia de una violación del Derecho de la Unión suficientemente caracterizada, el Tribunal de Justicia, en los asuntos acumulados *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*, de 1996, señaló que:

«en cualquier caso, una violación del Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido<sup>121</sup>».

Bien es cierto que la doctrina del TJUE acerca de la proscripción del empleo de circulares y otras prácticas administrativas para la implementación del Derecho de la Unión se encuentra plenamente consolidada, pero no por ello tal supuesto deja de acontecer en la práctica. Sin ninguna duda, consideramos que si un Estado hace caso omiso y, a efectos de su transposición, utiliza tales instrumentos administrativos, además de contravenir la doctrina del Tribunal Europeo, dificulta el conocimiento del texto de la norma de la Unión de que se trate por los particulares, con una clara lesión al principio de seguridad jurídica; se produce una conculcación, asimismo, del deber derivado del principio de cooperación leal, en su vertiente vertical (artículo 4.3 del TUE)<sup>122</sup>; se incumple la obligación que le incumbe en virtud del artículo 288 del TFUE, si se trata de la implementación o ejecución de una directiva y, finalmente, se impide la plena eficacia de las normas de la Unión. Es por ello, por tanto, por lo que entendemos que podría dar lugar a la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión si concurren los tres requisitos establecidos al efecto, referidos con anterioridad.

Como ha señalado el Tribunal de Justicia:

«el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad. En efecto, a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protec-

---

<sup>121</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas asunto *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*, de 5 de marzo de 1996 (C-46/93 y C-48/93), apartado 57.

<sup>122</sup> Principio de cooperación leal, aludido en la propia Sentencia *Francovich*: después de indicar que el principio de responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado (apartado 35), señala que:

«la obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado, en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario (véase, en lo que respecta a la disposición análoga del artículo 86 del Tratado CECA, la sentencia de 16 de diciembre de 1960, *Humblet*, 6/60, Rec., p. 1125)».

Sentencia *Francovich et al.*, de 19 de noviembre de 1991 (C-6/90 y 9/90), apartado. 36.

ción de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario<sup>123</sup>».

Será, por tanto, en nuestro ordenamiento, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el competente para conocer de las reclamaciones fundadas en esta posible responsabilidad del Estado<sup>124</sup>. Lo único que prejuzga el Tribunal de Justicia es la necesidad de respetar los principios de equivalencia y efectividad<sup>125</sup>. En concreto, en nuestro ordenamiento, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 106.2 de la CE<sup>126</sup>, es la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la que establece el régimen jurídico vigente en su artículo 32. Se ha de tener en cuenta que el TJUE, en su reciente sentencia de 28 de junio de 2022<sup>127</sup>, asunto Comisión Europea c. Reino de España, declaró que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben con relación al principio de efectividad en su régimen de responsabilidad patrimonial, sobre la base de exigir unos requisitos, que someten la indemnización de los daños ocasionados a los particulares por el legislador español derivados de la infracción del Derecho de la Unión, más onerosos que los exigidos para la obtención de

---

<sup>123</sup> Sentencia de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, Francovich *et al.*, apartado 42. Asimismo, véanse, las sentencias de 22 de enero de 1976, Russo, 60/75, Rec., p. 45; de 16 de diciembre de 1976, Rewe, 33/76, Rec., p. 1989, y de 7 de julio de 1981, Rewe, 158/80, rec., p. 1805.

<sup>124</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa,

«el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: (...) e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad».

<sup>125</sup> «Con esta reserva, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad. En efecto, a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario (véanse las sentencias de 22 de enero de 1976, Russo, 60/75, Rec., p. 45; de 16 de diciembre de 1976, Rewe, 33/76, Rec., p. 1989, y de 7 de julio de 1981, Rewe, 158/80, Rec., p. 1805.)

Debe señalarse, además, que las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan, prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (véase, en lo que respecta a la materia análoga del reembolso de gravámenes percibidos en contra de lo dispuesto por el Derecho comunitario, especialmente la sentencia de 9 de noviembre de 1983, San Giorgio, 199/82, Rec., p. 3595)»

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Francovich *et al.*, de 19 de noviembre de 1991 (C-6/90 y 9/90), apartados 42 y 43.

<sup>126</sup> «Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

<sup>127</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 28 de junio de 2022, asunto C-278/20, Comisión c. Reino de España.

una indemnización de los daños provocados a los particulares por el legislador ocasionados por una infracción del Derecho interno<sup>128</sup>.

Los pronunciamientos aludidos con anterioridad del Tribunal de Justicia se refieren a supuestos de ausencia de adaptación o bien adaptación incorrecta del Derecho interno a las directivas y actos jurídicos de la Unión, y el Tribunal de Justicia entendía que ante tal conducta del Estado cabía la posibilidad de solicitar la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión cuando concurrieran los tres requisitos definidos en la doctrina del Tribunal de Justicia (asuntos Francovich, de 1991, y en los acumulados Brasserie du Pêcheur y Factortame, de 1996). En ellos el Tribunal de Justicia se refería a casos en que el marco jurídico que confería derechos a los particulares era exclusivamente el Derecho derivado.

El Tribunal de Justicia ha abordado, asimismo, el supuesto en que los derechos que se confieren a los particulares provengan de los Tratados. Así, en concreto, en el asunto *Danske Slagterier*, de 2009<sup>129</sup>, el Tribunal se refirió a directivas si bien, como señalaron las partes en el procedimiento, el artículo 28 del Tratado de la Comunidad Europea (artículo 34 del TFUE, libertad de circulación de mercancías) es la norma que confiere los derechos. En este sentido, en ese asunto el Tribunal de Justicia examinó si en caso de adaptación incorrecta del Derecho interno a las directivas o de aplicación incorrecta de las mismas, cabe una posición jurídica que permita ejercer un derecho a indemnización generado por la responsabilidad del Estado por razón de la infracción del Derecho comunitario y si, en estas circunstancias, pueden alegar la infracción del artículo 28 del TCE para fundamentar un derecho a indemnización debido a esta responsabilidad del Estado. El Tribunal respondió afirmativamente:

«los particulares que hayan sufrido un perjuicio a consecuencia de la adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 64/433 y 89/662 y de la aplicación incorrecta de dichas Directivas pueden invocar el derecho a la libre circulación de

---

<sup>128</sup> En concreto, el Tribunal de Justicia señaló que tales requisitos son:

- «— al requisito de que exista una sentencia del Tribunal de Justicia que haya declarado el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley aplicada;
- al requisito de que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, sin establecer ninguna excepción para los supuestos en los que el daño deriva de un acto u omisión del legislador, contrarios al Derecho de la Unión, cuando no exista una actuación administrativa impugnable;
- a un plazo de prescripción de un año desde la publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de la sentencia del Tribunal de Justicia que declare el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley aplicada, sin abarcar aquellos supuestos en los que no exista tal sentencia, y
- al requisito de que solo son indemnizables los daños producidos en los cinco años anteriores a la fecha de dicha publicación, salvo que la sentencia disponga otra cosa».

<sup>129</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala), asunto *Danske Slagterier*, de 24 de marzo de 2009.

mercancías para que se genere la responsabilidad del Estado derivada de la infracción del Derecho comunitario<sup>130</sup>».

Los supuestos que han definido la doctrina del TJUE acerca de la posibilidad de acudir a la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión atendían a la ausencia de adaptación o adaptación incorrecta del Derecho interno al Derecho de la Unión. Consideramos que la utilización como cauces de implementación del Derecho de la Unión de circulares y otras prácticas administrativas podría incardinarse en tal supuesto, dando lugar a la consecuencia de responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión. Así, a nuestro juicio, se trataría de una violación del Derecho de la Unión suficientemente caracterizada, al transgredir una doctrina consolidada del Tribunal de Justicia<sup>131</sup>.

Por otra parte, como se ha señalado con anterioridad, no se puede pasar por alto que el empleo de las circulares y, más específicamente, las prácticas administrativas, constituye, asimismo, una transgresión del principio de cooperación leal (artículo 4.3 del TUE); se produciría también un incumplimiento de la obligación que incumbe a los Estados en virtud del artículo 288 del TFUE en el supuesto de implementación o ejecución de directivas; se conculcaría el principio general de seguridad jurídica que, en la consideración del TJUE, ostenta rango constitucional, y, finalmente, se dificultaría o impediría la plena eficacia de las normas de la Unión.

En cualquier caso, resulta precisa la concurrencia de los tres requisitos de la doctrina del Tribunal de Justicia, anteriormente reproducida, a efectos de que pueda concurrir la responsabilidad del Estado. No es suficiente la declaración de incumplimiento, por tanto, al tratarse de una resolución declarativa<sup>132</sup>. Esto es, la declaración del Tribunal de Justicia de la existencia de un incumplimiento podrá ayudar a entender que la violación es suficientemente o manifiestamente caracterizada, si bien se precisa de la concurrencia de los otros dos requisitos establecidos por la doctrina del TJUE a efectos de poder considerar que existe la responsabilidad del Estado derivada de la infracción del Derecho de la Unión.

Finalmente, se ha de tener en cuenta la otra cara de la moneda: no se puede supe- ditar la reparación del daño a la exigencia de que el Tribunal de Justicia haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable al Estado miembro. Ello sería contrario al principio de efectividad del Derecho comunitario, puesto que excluiría todo derecho a indemnización mientras el presunto incumpli-

---

<sup>130</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala), asunto *Danske Slagterier*, de 24 de marzo de 2009, apartado 26.

<sup>131</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93 *Brasserie du pêcheur y Factortame*, apartado 57.

<sup>132</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93 *Brasserie du pêcheur y Factortame*, apartado 57.

miento no hubiera sido objeto de un recurso interpuesto por la Comisión en virtud del artículo 169 del Tratado (actual artículo 258 del TFUE) y de una condena por parte del Tribunal de Justicia<sup>133</sup>. Así lo ha señalado el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia consolidada.

### III. CONCLUSIONES

**Primera.**— El TJUE veda la implementación del Derecho de la Unión a través del empleo de circulares y otras prácticas administrativas, atendiendo a dos consideraciones: de un lado, la ausencia de publicidad y, de otro, la libre modificabilidad de estos instrumentos por las Administraciones Públicas.

**Segunda.**— La cuestión relativa a la naturaleza de estos instrumentos es diferente en el ámbito del Derecho comparado y no es tampoco pacífica en nuestro ordenamiento. Sin embargo, en el nuestro, siguiendo a la jurisdicción ordinaria, en una postura pragmática, serán objeto de control jurisdiccional, atendiendo al caso concreto, en función de su contenido (reglamentos o actos administrativos).

**Tercera.**— La prohibición de implementación del Derecho de la Unión mediante estos instrumentos trasciende de la transposición de las directivas. El TJUE se ha referido a la prohibición de su empleo para la eliminación de las normas internas incompatibles con normas dotadas de efecto directo, y ello tanto en el ámbito de los Tratados como en lo referente de los actos jurídicos como los reglamentos. Asimismo, se ha de tener en cuenta, con relación a este último tipo de acto jurídico vinculante, que cabe la posibilidad de que se precisen medidas de aplicación, ya no solo de las instituciones sino también de los Estados, lo que, asimismo, determinará atender a la doctrina del TJUE acerca de las circulares y otras prácticas administrativas, a efectos del desarrollo de esa labor de ejecución.

---

<sup>133</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93 *Brasserie du pêcheur y Factortame*, apartados 93 a 96. Asimismo, esta doctrina fue reproducida en otros importantes pronunciamientos del Tribunal de Justicia. Véase, más recientemente, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de marzo de 2009, asunto C-445/06, *Danske Slagterier*, apartados 37 y 38:

«no se puede supeditar la reparación del daño a la exigencia de que el Tribunal de Justicia haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable al Estado. En efecto, la declaración de incumplimiento es un elemento determinante, pero no indispensable para comprobar que se cumple el requisito de que la violación del Derecho comunitario esté suficientemente caracterizada. Además, los derechos a favor de los particulares no pueden depender de la apreciación de la Comisión de la oportunidad de actuar, con arreglo al artículo 226 CE, en contra de un Estado miembro, ni de que un Tribunal de Justicia dicte una eventual sentencia en la que se declare el incumplimiento (véase la sentencia *Brasserie du pêcheur y Factortame*, antes citada, apartados 93 y 95)».

Y, asimismo, véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de octubre de 1996, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94 y C-190/94, *Dillenkofer* y otros, apartado 28.

**Cuarta.**— Ahora bien, si tales instrumentos se encuentran vedados, de acuerdo con tal justificación del Tribunal de Luxemburgo, ¿cabría su empleo si tales notas no concurrieran? En lo que se refiere a circulares o instrucciones en términos generales, si gozan de publicidad, y no son libremente modificables a voluntad de la administración o mediante una motivación no arbitraria, consideramos que si existe claridad y certidumbre (asunto Comisión c. Bélgica, de 1980) y no se lesiona el efecto útil de la norma europea (asunto Royer, de 1976), cabría su admisión en términos estrictamente europeos. Ahora bien, tales condicionantes darían lugar, a nuestro juicio, a una posibilidad de su empleo muy limitada: así, en ámbitos muy específicos y fuera de aquellos en los que exista cierto margen de apreciación por los Estados, a efectos de la salvaguarda de la seguridad jurídica.

En el supuesto de que se respeten las exigencias del Derecho de la Unión, no se puede preterir que nos encontraremos con los condicionantes de los ordenamientos de los Estados miembros. En el nuestro, por ejemplo, la exigencia del dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente en las Comunidades Autónomas dificulta, si no impide, tal posibilidad.

Distinto será el caso en el ámbito de los sectores regulados. Así, las circulares emanadas de las Administraciones independientes y organismos reguladores, en la medida en que para su aprobación se siguen trámites como la expresa habilitación normativa, el dictamen del Consejo de Estado, o la publicidad en el *BOE*, entre otros, y las garantías que contienen (Título VI de la Ley 39/2015), permitirían afirmar la posibilidad de su empleo para la implementación del Derecho de la Unión, y la práctica lo confirma.

**Quinta.**— De acuerdo con la doctrina del TJUE, el empleo de las circulares y otras prácticas administrativas a efectos de la implementación del Derecho de la Unión constituye una violación del artículo 4.3 del TUE; es una conculcación del artículo 288 del TFUE, si se trata de la implementación o ejecución de una directiva; impide la vigencia del principio general del Derecho de la Unión de seguridad jurídica en los particulares y operadores jurídicos y económicos; conlleva una transgresión de una doctrina consolidada del TJUE y, finalmente, consideramos que impide la plena eficacia de las normas de la Unión. Es por ello por lo que ninguna duda cabe acerca de la posibilidad de la interposición del recurso por incumplimiento (artículos 258 y 259 del TFUE).

Consideramos, asimismo, que en el plano indirecto cabría la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial de interpretación, el otro mecanismo establecido a efectos del control del respeto del Derecho de la Unión por los Estados. No obstante, quizás, se trataría de una posibilidad más formal que real toda vez que ante la existencia de una doctrina consolidada del TJUE acerca de la cuestión, los órganos jurisdiccionales nacionales podrían considerar improcedente su planteamiento sobre la base de la doctrina del acto aclarado, establecida en el asunto Cilfit, de 1982, anteriormente reproducida.

Finalmente, y, como ha señalado el TJUE, solo si concurren los tres requisitos señalados en la doctrina del TJUE acerca de la responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho de la Unión (asuntos Francovich, de 1991 y Braserie du Pêcheur y Factor-tame, de 1996) podrá existir responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión. En particular, con relación a la violación suficientemente caracterizada, en la medida en que existe una doctrina clara del TJUE acerca de la imposibilidad de empleo de tales instrumentos, cabe considerar que se cumpliría este requisito. La determinación de tal responsabilidad, como hemos señalado con anterioridad, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales (jurisdicción contencioso-administrativa, en nuestro ordenamiento), y deberán respetarse, en todo caso, en las determinaciones normativas que establezcan el régimen procesal en el Estado de que se trate, los principios de equivalencia y efectividad, como ha señalado el TJUE en los meritados asuntos.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- Alonso García, R. (2018). La inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español (Informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008). *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 29, págs. 7-17.
- Alonso García, R. (2014). *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Civitas Thomson Reuters.
- Alonso García, R. y Andrés Sáenz de Santa María, P. (2022). *El sistema europeo de fuentes*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Álvarez González, E. M. (2020). Técnica legislativa y disfunciones de las técnicas normativas en España. Retos actuales. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 117.
- Arzo Santisteban, X. (2013). Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos. En X. Arzo Santisteban (Dir.), *Transposición de directivas y autogobierno: El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico* (págs. 75-146). Institut d'Estudis Autonòmics.
- Baena del Alcázar, M. (1965). Instrucciones y circulares como fuente del Derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, núm. 48, págs. 107 a 126.
- Coello Martín, C. y González Botija, F. (2007). Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: ¿meros actos internos, actos administrativos o reglamentos? Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio y 12 de diciembre de 2006. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 78, págs. 267-305.
- Cudero Blas, J. ¿Son impugnables las Circulares e Instrucciones de la Administración? *Revista de Jurisprudencia*, págs. 1-3.
- Esteve Pardo, J. (2023). *Principios de Derecho regulatorio: Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos*. Marcial Pons.
- Janer Torrens, J. J. (2012). Actos de ejecución y modalidades de control por parte de los Estados: la nueva regulación sobre la comitología. *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 42, págs. 9-24.
- Jover, J. M. (2020). La potestad normativa de la CNMC. *Revista de Administración Pública*, núm. 211.

- López Bofill, H. (2013). La transposición de directivas de la Unión Europea en el Estado autonómico una aproximación de Derecho comparado. En X. Arzo Santisteban (Coord.), *Transposición de directivas y autogobierno: el desarrollo normativo del derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico* (Capítulo IV, págs. 185-230). Institut d'Estudis Autonòmics.
- Moreno Rebato, M. (1998). Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico. *Revista de Administración Pública*, núm. 147, págs. 159-200.
- Morote Sarrión, J. V. (2002). *Las circulares normativas de la Administración Pública*. Tirant lo Blanch.
- Pascua Mateo, F. (2006). *Derecho comunitario y calidad del ordenamiento español estatal, autonómico y local*. Thomson Civitas.
- Santamaría Pastor, J. A. (2018). *Principios de Derecho Administrativo General* (tomo I). Iustel.
- Sarmiento, D. (2006). La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*. *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, págs. 221 y 266.
- Sarmiento, D. (2014). *Curso de Derecho de la Unión Europea*. Marcial Pons.
- Ugartemendia Eceizabarrena, J. I. (2006). El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado. *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, págs. 17-54.