

La evaluación de impacto medioambiental: su eficacia directa y las «situaciones triangulares»

(Comentario a la sentencia del TJCE en el asunto
Wells)

*Carmen Martínez Capdevila**

Doctora en Derecho
Profesora Asociada de Derecho Internacional
Público
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

1. LA DIRECTIVA 85/337: UNA PRESENTACIÓN SOMERA
 2. LOS HECHOS DEL ASUNTO *WELLS*
 3. LA SENTENCIA DEL TJCE
 4. NUESTRO COMENTARIO (I): EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS Y LAS «SITUACIONES TRIANGULARES»
 5. NUESTRO COMENTARIO (II): ¿ES *WELLS* UN CASO DE «EFECTO DIRECTO DE EXCLUSIÓN»?
-

* La autora desea manifestar su agradecimiento al profesor Javier Díez-Hochleitner (Universidad Autónoma de Madrid) por los comentarios efectuados a lo largo de la elaboración de este trabajo.

La Directiva 85/337 relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente exige de las autoridades nacionales competentes que, antes de autorizar ciertos proyectos, valoren las repercusiones que tendrán sobre el medio ambiente. Tal evaluación deben llevarla a cabo tomando en consideración la información que, en virtud de esta misma Directiva, determinadas instancias deben suministrarles. Uno de los interrogantes que plantea este instrumento jurídico es si es posible que un particular cuestione la autorización de un proyecto concedida por la autoridad competente sobre la base de que ésta no valoró el impacto medioambiental de aquél.

Esta pregunta, relativa a la eficacia directa de la Directiva 85/337 en el punto comentado, fue planteada al TJCE por la *High Court of Justice* británica al hilo del asunto *Wells*, del que estaba conociendo.

Hay que advertir desde un principio que la respuesta del Tribunal de Luxemburgo tiene un interés que trasciende el concreto ámbito medioambiental, pues en ella se aborda el tema del alcance del efecto directo de las directivas y, más concretamente, la cuestión de las consecuencias negativas que puede tener para un particular la invocación por parte de otra persona de las disposiciones de una directiva frente al Estado (único plano en el que, hasta la fecha, el TJCE ha admitido la eficacia directa de esta medida). Hablamos del denominado «efecto horizontal reflejo», «indirecto», «incidental» o «de rebote» de las directivas, que se plantea ante ciertas «situaciones triangulares». Además, el caso *Wells* permite reflexionar acerca del llamado «efecto directo de exclusión» de las directivas.

Antes de analizar y comentar la sentencia objeto del presente trabajo (puntos 3 y 5)¹, describiremos muy someramente el contenido de la Directiva 85/337 (punto 1) y los hechos que dieron lugar a este pronunciamiento (punto 2).

1. LA DIRECTIVA 85/337: UNA PRESENTACIÓN SOMERA

La Directiva 85/337 fue aprobada por el Consejo el 27 de junio de 1985². A falta de una base jurídica *ad hoc* en materia medioambiental en el Tratado

¹ STJCE de 7.1.2004, as. *Wells*, C-201/02, pendiente de publicación. Para un comentario, v. GARCÍA URETA, A., «Directivas comunitarias: definiciones autónomas, efecto directo en situaciones triangulares y deber de reparación. Comentarios al asunto C-201/02, *The Queen, a instancia de Delena Wells v. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, sentencia del TJCE de 7 de enero de 2004», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 68, 2004, pgs. 185-210.

² DOCE núm. L 175, de 5.7.1985, pg. 40; *EE* cap. 15, tomo 6, pg. 9. Esta directiva fue modificada por la Directiva 97/11 (DOCE, núm. L 73, de 14.3.1997, pg. 5).

CEE (base que sería introducida posteriormente por el Acta Única Europea), la actuación del Consejo encontró su fundamento en los entonces artículos 100 (hoy artículo 94) y 235 (actual artículo 308).

El principio inspirador de esta medida es el de prevención, que aconseja tener en cuenta, lo antes posible, las repercusiones sobre el medio ambiente de todos los procesos técnicos de planificación y decisión, más que combatir *a posteriori* sus efectos.

El artículo 2, apartado 1, de la Directiva exige que «los proyectos que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente (...) se sometan al requisito de autorización de su desarrollo y a una evaluación con respecto a sus efectos». Dicha evaluación debe ser llevada a cabo por la autoridad competente para conceder la autorización antes de otorgarla.

Los proyectos que requieren esta evaluación de impacto ambiental son los contemplados en el Anexo I de la Directiva, así como los previstos en el Anexo II con respecto a los cuales los Estados miembros consideren necesario que sean objeto de una evaluación como la prevista en la Directiva (artículo 4). A estos efectos, es indiferente que se trate de proyectos públicos o privados.

La Directiva indica distintas instancias que, según los casos, pueden o deben proporcionar a la autoridad que concede la autorización información acerca del impacto de cada proyecto en el entorno. Una de esas instancias es el promotor del proyecto en cuestión; pero también el público en general, las autoridades responsables en materia medioambiental e incluso otros Estados miembros. Las informaciones así recogidas «deberán tomarse en consideración en el procedimiento de autorización de desarrollo del proyecto» (artículo 8). Por otra parte, las autoridades competentes están obligadas a informar al público de la decisión adoptada, explicando las razones en las que se basa y, en su caso, describiendo las principales medidas para evitar, reducir y compensar los efectos negativos más importantes (artículo 9).

2. LOS HECHOS DEL ASUNTO *WELLS*

Los propietarios de la cantera Conygar Quarry obtuvieron en 1947 una licencia de explotación minera; en 1991 la extracción de minerales llevaba varios años suspendida.

De acuerdo con el ordenamiento británico (*Planning and Compensation Act*, de 1991), las licencias para las operaciones de extracción de minerales que hubiesen sido otorgadas bajo la normativa anteriormente vigente en este país debían registrarse ante la *Mineral Planning Authority*, a la que además debía solicitársele que determinara las nuevas condiciones de explotación a las que estaría sujeta la licencia. De no cumplirse ambos requisitos, la antigua licencia se entendería caducada. Por otra parte, en el caso de que no se hubiera llevado a cabo ninguna explotación significativa de la antigua

licencia desde el 1 de mayo de 1989, la Ley británica disponía que no podría reanudarse ninguna explotación hasta que las nuevas condiciones hubiesen sido definitivamente establecidas. Es importante destacar que la norma que nos ocupa no sometía la fijación de las nuevas condiciones de explotación a una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente.

En 1991 los dueños de la cantera Conygar Quarry solicitaron el registro de su licencia y la fijación de las nuevas condiciones de explotación. La *Mineral Planning Authority* autorizó el registro. Las condiciones de explotación fueron establecidas, en primer término, por el *Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions* y, en segundo término, por la *Mineral Planning Authority*, autorizada por aquél a desarrollar ciertos aspectos.

Delena Wells, propietaria de una casa situada en las proximidades de la citada cantera, solicitó del *Secretary of State* que revocara o modificara la licencia de explotación, para subsanar la falta de evaluación de las repercusiones medioambientales en el procedimiento de autorización. A este respecto, hay que indicar que la legislación británica permitía a las autoridades competentes llevar a cabo cualquiera de las dos actuaciones pretendidas por Wells cuando concurrieran motivos de planificación. La solicitud de esta mujer no obtuvo respuesta, razón por la cual interpuso un recurso ante la *High Court of Justice*.

De conformidad con el compromiso adquirido ante el citado órgano jurisdiccional, el *Secretary of State* respondió al escrito de la Wells denegando la revocación o la modificación pretendidas. El *Secretary of State* motivó su decisión aduciendo que el Derecho comunitario no le permitía actuar directamente contra los propietarios de la cantera y revocarles sus derechos de explotación.

La demandante modificó entonces la solicitud inicialmente presentada ante la *High Court of Justice* para incluir la impugnación de la decisión comentada.

En el marco del litigio así suscitado, la *High Court of Justice* consideró necesario plantear al Tribunal de Justicia distintas cuestiones prejudiciales.

3. LA SENTENCIA DEL TJCE

A través de su primera cuestión el órgano jurisdiccional británico preguntaba al TJCE si la fijación de nuevas condiciones de explotación minera aplicables a las antiguas licencias constituye o no una «autorización» a los efectos del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337, de forma que las autoridades competentes tienen la obligación de realizar una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de tal explotación. El Tribunal, vistas las circunstancias del caso y valorando especialmente que sin el establecimiento de esas nuevas condiciones el aprovechamiento de la cantera no podría retomarse, responde afirmativamente a la pregunta.

El segundo interrogante planteado era en qué momento debía efectuarse la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente en aquellos

casos en los que, como había sucedido en el asunto pendiente ante el tribunal *a quo*, la autorización no se contiene en un único acto, sino en dos (a la sazón, la decisión del *Secretary of State* y la posterior decisión de la *Mineral Planning Authority*). El TJCE tiene aquí presente que, según el artículo 2, apartado 1, de la Directiva tal evaluación debe llevarse a cabo «antes de la autorización» y que el primer considerando de dicha Directiva prevé que la autoridad competente ha de tomar en consideración el impacto medioambiental del proyecto de que se trate «lo antes posible» para concluir que cuando un procedimiento de autorización conste de varias etapas la evaluación del impacto medioambiental debe efectuarse tan pronto como sea posible identificar y evaluar todos los efectos que el proyecto pueda producir en el entorno.

La pregunta que a nosotros aquí más nos interesa de todas las formuladas por la *High Court of Justice* es la relativa al efecto directo del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337: ¿pueden los particulares invocar esta disposición frente a las autoridades nacionales o, por el contrario, los límites impuestos por el Tribunal de Luxemburgo al efecto directo de las directivas, en concreto, la afirmación de que las directivas no pueden crear obligaciones para los particulares y la negación del efecto directo horizontal impiden el reconocimiento de semejante derecho?

La pregunta tiene todo el sentido. Como de todos es sabido, en la sentencia de 1986 en el asunto *Marshall* el Tribunal de Justicia negó que las directivas pudiesen, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares³. Esta afirmación de principio le ha llevado a descartar la denominada «eficacia directa vertical inversa» y la llamada «eficacia directa horizontal»: ni el Estado (eficacia directa vertical inversa) ni otros particulares (eficacia directa horizontal) pueden exigir de un particular el cumplimiento de una obligación prescrita en una directiva⁴. El TJCE sí ha admitido, en cambio, que, cuando se den ciertas condiciones, una directiva pueda, por sí misma, atribuir derechos en favor de los particulares. Lo normal es que tales derechos accedan al patrimonio de los particulares a través de las normas nacionales de transposición, pero, cuando tales normas vienen a faltar o no reconocen en toda su extensión el derecho en cuestión, entonces cabe que el particular invoque directamente la directiva. La doble afirmación de que las disposiciones de una directiva pueden crear derechos para los particulares y de que no pueden imponerles obligaciones ha llevado al TJCE a aceptar sólo la «eficacia directa vertical»: el particular puede hacer valer los derechos que una directiva le venga a conceder únicamente frente al Estado⁵.

³ STJCE de 26.2.1986, 152/84, *Rec.* pgs. 723 y ss., FJ. 48.

⁴ V., *ex multis*, STJCE de 14.7.1994, as. *Faccini Dori*, C-91/92, *Rec.* pgs. I-3325 y ss., FJ. 24; STJCE de 7.3.1996, as. *El Corte Inglés*, C-192/94, *Rec.* pgs. I-1281 y ss., FJ. 20; STJCE de 11.6.1987, as. *Pretore di Sale*, 14/86, *Rec.* pgs. 2545 y ss., FJ. 19; STJCE de 8.10.1987, as. *Kolpinghuis Nijmegen*, 80/86, *Rec.* pgs. 3969 y ss., FJ. 10.

⁵ V., entre otras, STJCE de 26.2.1986, as. *Marshall*, cit., FFJJ 46 y 47; STJCE de 22.6.1989, as. *Costanzo*, 103/88, *Rec.* pgs. 1839 y ss., FJ. 29. Por lo que se refiere al concepto de «Estado» a efectos de la eficacia directa de las directivas en su aplicación al caso español, v. MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J., «La noción de Estado en relación al efecto directo

Decíamos que el interrogante de la *High Court of Justice* tenía todo el sentido, porque en el litigio que este órgano jurisdiccional tenía pendiente ante sí se enfrentaba a una de esas «situaciones triangulares» en las que la invocación de las disposiciones de una directiva contra el Estado por parte de una persona (Delena Wells) puede tener como consecuencia que el patrimonio jurídico de otras (los propietarios y titulares de la licencia de explotación de la cantera Conygar Quarry), beneficiadas por la actuación estatal impugnada, sufra un menoscabo evidente.

El TJCE empieza recordando que «el principio de seguridad jurídica se opone a que las directivas puedan crear obligaciones a cargo de los particulares» y que respecto de estos últimos «las disposiciones de una directiva sólo pueden crear derechos» (FJ. 56). Acto seguido añade que «[p]or consiguiente, un particular no puede invocar una directiva contra un Estado miembro cuando se trata de una obligación estatal que está directamente relacionada con la ejecución de otra obligación que incumbe a un tercero en virtud de esta directiva» (FJ. 56). Dicho esto, el Tribunal acepta que, «[e]n cambio, las meras repercusiones negativas sobre los derechos de terceros, incluso si pueden preverse con seguridad, no justifican que se niegue a un particular la posibilidad de invocar las disposiciones de una directiva contra el Estado miembro de que se trate» (FJ. 57).

Centrándose en el asunto principal, el TJCE observa que «la obligación del Estado miembro de que se trata de garantizar que las autoridades competentes realicen una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de la explotación de la cantera de Conygar Quarry no está directamente relacionada con la ejecución de obligación alguna que incumba a los propietarios de esta cantera, en virtud de la Directiva 85/337» (FJ. 58). Aunque admite que «el hecho de que los trabajos de explotación minera deban paralizarse a la espera de los resultados de la evaluación es consecuencia del retraso de dicho Estado en el cumplimiento de sus obligaciones [de transposición]», cree que «esta consecuencia no puede calificarse, como pretende el Reino Unido, de “inverse direct effect” de las disposiciones de la citada Directiva respecto a los referidos propietarios» (FJ. 58).

Todo lo cual le lleva a responder a la *High Court of Justice* que, en circunstancias como las del litigio principal, «un particular puede invocar, en su caso, el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337» (FJ. 61).

La última cuestión sobre la que el órgano jurisdiccional que conocía del asunto principal interrogó al Tribunal de Luxemburgo era cómo debían las autoridades británicas subsanar la omisión de una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente en el marco del procedimiento que condujo a la fijación de las nuevas condiciones de explotación: si tenía que ser, según

vertical de las directivas: aplicación al caso español», *RDCE*, núm. 6, 1999, pgs. 465-496. Sobre los criterios para identificar las partes activa y pasiva de una relación y así determinar su carácter vertical, horizontal o inverso, v. de este mismo autor, «¿En qué medida los particulares pueden sufrir perjuicios derivados de una directiva?», *GJ*, núm. 204, 1999, pgs. 37-61, pgs. 48-59.

pretendía Delena Wells, mediante la revocación o la modificación de la autorización ya expedida o podía ser de otro modo.

Tras evocar distintos principios del ordenamiento comunitario (el principio de cooperación leal, el principio de autonomía procesal y, como límites a este último, los principios de equivalencia y de efectividad) el TJCE contesta que incumbe al juez nacional determinar si el Derecho interno prevé la posibilidad de revocar o suspender una autorización ya concedida con el fin de someter el proyecto de que se trate a una evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente, conforme a las exigencias de la Directiva 85/337, o con carácter alternativo, y siempre que el particular dé su consentimiento, la posibilidad de que este último reclame la reparación del perjuicio sufrido⁶.

4. NUESTRO COMENTARIO (I): EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS Y LAS «SITUACIONES TRIANGULARES»

Como anuncia el título del presente comentario, de los diversos temas abordados en la sentencia *Wells* vamos a centrar nuestra atención en la parte referida a la eficacia directa, entendida como invocabilidad, del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337.

Lo primero que podría sorprender es que el Tribunal se pronuncie acerca del alcance de esa eficacia directa (afirmando la invocabilidad en el plano vertical, por seguras que sean las repercusiones negativas para otros particulares), sin antes haber examinado la posibilidad misma de la invocabilidad de la disposición en cuestión.

Es cierto que ésta era una cuestión sobre la que el Tribunal ya se había pronunciado, las sentencias, en *Kraaijeveld*, y *WWF*, dándole una respuesta afirmativa⁷. Es asimismo cierto que, tal y como estaba formulada, la cuestión prejudicial planteada por la *High Court of Justice* parecía referirse al *alcance*

⁶ Dada esta remisión a las previsiones del ordenamiento interno de cada Estado miembro, digamos que, en el caso de España, la normativa de transposición de la Directiva 85/337 a nuestro ordenamiento interno (Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental y Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto Legislativo 1302/1986) no se pronuncia acerca de las consecuencias de la ausencia de la preceptiva evaluación de impacto ambiental. La línea jurisprudencial más asentada viene, sin embargo, atribuyendo a la declaración de impacto ambiental un carácter esencial, de modo que su ausencia o su tramitación defectuosa en procedimientos para la autorización de proyectos sujetos a evaluación de impacto ambiental puede dar lugar a que dicha autorización esté afectada por un vicio de nulidad de pleno derecho, en virtud del artículo 62.1.e) de la LRJ-PAC. A propósito de la legislación española en materia de evaluación de impacto ambiental, v., *per omnia*, QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.), *Comentario a la legislación de evaluación de impacto ambiental*, Civitas, Madrid, 2002.

⁷ STJCE de 24.10.96, C-72/95, *Rec.* pgs. I-5403 ss.

del efecto directo del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337⁸. Aun así, dada la notable libertad de la que disfruta el TJCE en el marco de la cuestión prejudicial (libertad que le permite, entre otras cosas, reformular las preguntas que se le someten, alterar su orden, agruparlas, transformar una cuestión prejudicial de interpretación en una cuestión prejudicial de validez y a la inversa), el Tribunal bien habría podido ampliar su contestación para abordar el tema omitido.

Por lo que concierne a la aceptación por parte del TJCE de la eficacia directa vertical de las directivas aun a sabiendas de que un tercero resultará indirectamente perjudicado, hay que apuntar que no es la primera vez que se produce. Entre las sentencias anteriores a *Wells* destacan las recaídas en los asuntos: *Costanzo*⁹, sobre contratación pública; *Pafitis*¹⁰, en materia de Derecho de sociedades; *CIA Security*¹¹ y *Unilever*¹², relativas a las reglamentaciones técnicas; y, *Smith & Nephew*¹³, que trata de la comercialización de especialidades farmacéuticas.

Tampoco cabe afirmar que la sentencia objeto del presente comentario constituya la primera ocasión que el TJCE acepta el efecto horizontal reflejo en el concreto ámbito medioambiental, ni, dentro de él, en relación con la Directiva 85/337. En 1999, en la sentencia *WWF*¹⁴, ante unos hechos similares a los de *Wells*¹⁵, el Tribunal ya reconoció la posibilidad de que los particulares invocaran frente al Estado los mismos preceptos luego en juego en la sentencia que nos ocupa.

Ante este estado de cosas, una primera aportación de este pronunciamiento consistiría en la afirmación expresa que efectúa el Tribunal de Luxemburgo de que la certeza de las consecuencias adversas que habrá de soportar un tercero a raíz de que otra persona haga valer un precepto de una directiva frente al poder público carece de incidencia en la aceptación del efecto directo vertical.

⁸ Literalmente la cuestión prejudicial planteada era: «¿i) Tienen derecho los particulares a recurrir el hecho de que el Estado no exija la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente, o ii) no lo tienen en virtud de las limitaciones impuestas por el Tribunal de Justicia a la doctrina del efecto directo, por ejemplo, por el “efecto directo horizontal” o por la imposición de cargas u obligaciones a los particulares por parte del Estado?».

⁹ STJCE de 22.6.1989, cit.

¹⁰ STJCE de 12.3.1996, C-441/93, *Rec.* pgs. I-1347 y ss.

¹¹ STJCE de 30.4.1996, C-194/94, *Rec.* pgs. I-2201 y ss.

¹² STJCE de 26.9.2000, C-443/98, *Rec.* pgs. I-7535 y ss.

¹³ STJCE de 12.11.1996, C-201/94, *Rec.* pgs. I-5819 y ss.

¹⁴ STJCE de 16.9.1999, cit.

¹⁵ Las autoridades de la provincia de Bolzano autorizaron el proyecto de reestructuración de un aeropuerto presentado por la sociedad Südtiroler Transportstrukturen sin haber previamente estudiado su impacto en el entorno y varios vecinos y asociaciones de defensa de la naturaleza presentaron un recurso solicitando del tribunal *a quo* la anulación de tal decisión.

Es evidente que en sus pronunciamientos anteriores el TJCE no pudo ignorar que la admisión del efecto directo vertical en cada uno de esos casos indirectamente afectaría de forma negativa a otros particulares (la empresa adjudicataria del concurso de obras del que Costanzo se vio excluido, las personas que adquirieron la condición de accionistas de un banco griego merced a la ampliación de capital impugnada por Pafitis y otros antiguos accionistas, la sociedad que obtuvo la autorización para la comercialización de un medicamento que ya comercializaba Smith & Nephew, los titulares de los proyectos autorizados sin antes valorar su impacto ambiental, etc.), pero la sentencia *Wells* es la primera en la que el TJCE expresamente descarta que tales efectos reflejos puedan llevar a rechazar la invocabilidad por los particulares frente al Estado de las disposiciones de una directiva.

Todo lo más que había hecho el Tribunal hasta la fecha era negar que la consecuencia que en las sentencias *CIA Security* y *Unilever* había atribuido a la invocación por parte de los particulares de los artículos 8 y 9 de la muy particular *Directiva 83/189 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas*, a saber, la inaplicación de las reglamentaciones técnicas nacionales no notificadas a la Comisión o notificadas pero aprobadas sin respetar la moratoria establecida en la citada directiva, todo lo más que había hecho el Tribunal, decimos, era declarar que esta consecuencia no entraba en contradicción con la jurisprudencia que niega el efecto directo horizontal de las directivas. En efecto, en *Unilever* el TJCE sostuvo que su afirmación de que una directiva no puede por sí sola crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada en su calidad de tal contra dicha persona no resultaba de aplicación en el caso de autos; «a diferencia del supuesto de no adaptación del Derecho interno a la directiva, al que se refiere la jurisprudencia mencionada (...)», sigue diciendo, «la Directiva 83/189 no define en absoluto el contenido material de la norma jurídica en la que debe basarse el juez nacional para resolver el litigio de que conoce. No crea ni derechos ni obligaciones para los particulares» (FFJJ 50 y 51)¹⁶.

Otro aspecto interesante de este pronunciamiento es que en él el Tribunal de Luxemburgo distingue dos tipos de situaciones triangulares, que son tales por darse en ellas la intervención de un primer particular, la autoridad nacional y un segundo particular¹⁷.

La primera situación triangular es la que hasta ahora hemos estado considerando: un particular exige del Estado el cumplimiento de una obligación

¹⁶ Para una lectura crítica de esta explicación, v. WEATHERILL, S., «Breach of Directives and Breach of Contract», *ELR*, 2001, núm. 2, pgs. 177-186..

¹⁷ En relación con los posibles casos de situaciones triangulares y la admisibilidad en cada uno de ellos del efecto directo de las directivas, v. LACKHOFF, K. y NYSSENS, H., «Direct Effect of Directives in Triangular Situations», *ELR*, 1998, núm. 5, pgs. 397-413. Yendo más allá de la eficacia directa, sobre los efectos negativos que las directivas pueden tener, de una u otra forma, sobre los particulares, v. TRIDIMAS, T., «Black, White, and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited», *YEL*, 2002, pgs 327-354.

que le impone una directiva y que acaba en él; lo que sucede es que el cumplimiento estatal tiene unas consecuencias adversas para otra persona, que se ve privada de los derechos o beneficios anteriormente concedidos por las autoridades públicas (asuntos *Costanzo*, *Pafitis*, *Smith & Nephew*, *WWF* o *Wells*) o que se encuentra en la imposibilidad de beneficiarse de una normativa (*CIA Security* y *Unilever*). Como observa C. TIMMERMANS, esta es una situación que se plantea cada vez que «the State, apart from its general obligation to transpose the directive, will have to carry out specific tasks and obligation *vis-à-vis* the citizen or economic operators of an administrative or executive nature»¹⁸. Este primer tipo de situación triangular se produce también cuando el primer particular invoca la directiva para reclamar del Estado no ya el cumplimiento de una obligación, sino que se atenga a los límites que este instrumento fija a su poder de apreciación. En efecto, esta invocación puede tener, también ella, efectos negativos para otros sujetos; pensemos, por ejemplo, en los beneficiados por unos actos que posteriormente son anulados al constatar los jueces que fueron dictados sobrepasando los límites trazados por la directiva (asuntos *WWF* y, en caso, *Wells*)¹⁹.

La segunda situación triangular es aquella en la que un particular exige del Estado el cumplimiento de una obligación que le impone una directiva y que está relacionada (aquí está la diferencia) con otra obligación que esa misma directiva establece a cargo de otro particular. A este segundo supuesto corresponden los hechos del asunto *Daihatsu*²⁰, en el que una asociación de empresas pretendía que, en aplicación del artículo 6 de la *Directiva 68/151*, *Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado para proteger los intereses de socios y terceros*, la autoridad alemana competente impusiese una multa coercitiva a la empresa *Daihatsu Deutschland* por no dar publicidad a sus cuentas anuales, tal y como se ordena en el artículo 2 de ese mismo instrumento.

En el primero de estos dos casos, tal y como acabamos de comprobar, el TJCE, en una jurisprudencia constante, acepta la eficacia directa, al entender que, pese a todo, la invocación de la directiva no deja de producirse en el plano vertical²¹. Por el contrario, en el segundo supuesto identificado, el

¹⁸ En el último punto de este comentario analizaremos más detenidamente la cuestión del doble título de la invocabilidad de las directivas.

¹⁹ «Community Directives Revisited», *YEL*, 1997, pgs. 1-28, pg. 17; «Rapport communautaire», *XVIII Congrès FIDE, Stockholm 3-6 juin 1998, (I) Les directives communautaires: effets, efficacité, justiciabilité*, pgs. 15-37, pg. 28.

²⁰ STJCE de 4.12.1997, C-97/96, *Rec.* pgs. I-6843 y ss.

²¹ V. TRIDIMAS, «Black, White...» *op. cit.*, pg. 334. R. ALONSO GARCÍA alerta acerca de las complejidades conceptuales que genera la extensión de las posibilidades aplicativas de la eficacia directa de las directivas y sugiere como alternativa la vía indemnizatoria por los daños y perjuicios que ocasionen las infracciones por los Estados del Derecho comunitario (*El juez español y el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pg. 173). Sobre la verticalidad en *CIA Security* y *Unilever*, que podría resultar menos clara por cuanto que la invocación de la Directiva 83/189 se produce en el marco de un conflicto *inter privatos*, v. las conclusiones del Abogado General M. B. ELMER en el primero de los dos asuntos

TJCE descarta la eficacia directa, porque considera que atender la pretensión del primer particular supondría que la directiva se convertiría en fuente de obligaciones para las personas, algo que, como recordábamos, ha descartado²².

A pesar de que el TJCE en *Wells* no lo menciona, en su jurisprudencia se identifica un tercer tipo de situación triangular que vale la pena recordar: aquella en la que la invocación por parte de un particular frente al Estado del derecho que le reconoce una directiva genera directamente un perjuicio a una tercera persona. El Tribunal se enfrentó a esta situación en el asunto *Busseni*²³, en el que hubo de determinar si dos preceptos de la *Recomendación 86/198/CECA relativa al establecimiento de una preferencia en favor de los créditos por las exacciones sobre la producción del carbón y del acero* que venían a proclamar el carácter privilegiado en la masa de la quiebra de los créditos que tuviera la CECA en concepto de exacciones impagadas gozaban de eficacia directa. Tras poner en evidencia la equivalencia de las recomendaciones CECA con las directivas CE, el TJCE aplicó su jurisprudencia relativa al efecto directo de las directivas a la recomendación en cuestión. Esto le llevó a aceptar que la CECA (que en el caso en cuestión actuaba como un particular) podía invocar la recomendación frente al Estado, con una limitación: que el privilegio otorgado a esta Comunidad no redujese las posibilidades de cobro de los particulares acreedores de Busseni. La diferencia de este tercer supuesto con respecto al que se da, por ejemplo, en *Costanzo* es que en este último caso lo que hace el primer particular es requerir al Estado para que cumpla una obligación que le impone la directiva y de la que se deriva, indirectamente, en su caso, un derecho para aquél; en *Busseni*, en cambio, lo que hace la CECA, como primer particular, es invocar un derecho que le concede directamente la directiva. De igual modo, mientras que en casos como el de *Costanzo* el perjuicio para el segundo particular deriva de la ejecución por el Estado de la obligación que la directiva establece a su cargo, en *Busseni* es una consecuencia directa del derecho que el particular esgrime frente al Estado.

Ante un supuesto así caracterizado, el TJCE admite la eficacia directa vertical, pero, a diferencia de lo que sucede en el primer tipo de situaciones triangulares, rechaza los efectos adversos que la invocación de la directiva contra el Estado pueda acarrear para terceras personas: «si la recomendación de que se trata», se lee en *Busseni*, «presenta las características que permiten invocar ante los órganos jurisdiccionales una directiva a la que no se haya adaptado el Derecho interno, la CECA puede invocar tal recomendación en contra de un Estado sin perjuicio de que el reconocimiento del carácter preferente de los créditos de la CECA sólo tenga eficacia frente a

citados (punto 69). J. MAILLO GONZÁLEZ-ORUS ofrece una explicación distinta («¿En qué medida los particulares...?». *op. cit.*, pgs. 48-61).

²² En *Daihatsu* el Abogado General G. COSMAS calificó la situación de «horizontal» (puntos 27-32); en cambio P. LEGER, el Abogado General que intervino en *Wells*, parece que se inclina por considerarla «vertical inversa» (punto 69).

²³ STJCE de 22.2.1990, C-221/88, *Rec.* pgs. I-495 y ss.

dicho Estado (...). Por el contrario, la preferencia que se reconoce a la CECA no puede reducir los derechos de los acreedores distintos del Estado, tal como resultarían de la aplicación de las normas nacionales que regulan los procedimientos de ejecución universal si no existiera la recomendación» (FJ. 26).

En casos como el de *Costanzo, Smith & Nephew o Wells* los terceros han de soportar los perjuicios porque proceden de la actuación del Estado, que, a instancias de otro particular, se ve obligado a retirarles un derecho o un beneficio que, de acuerdo con el Derecho comunitario, nunca debió atribuirles (Logiani no debió resultar adjudicataria de un concurso de obras del que fue excluida la oferta de Costanzo; Primecrown no debió recibir el permiso para la comercialización de la especialidad farmacéutica en cuestión; los propietarios de la cantera Conygar Quarry y la sociedad Südtiroler Transportstrukturen no debieron conseguir la autorización para la realización de sus respectivos proyectos sin que antes las autoridades competentes evaluaran su impacto en el entorno; Securitel y Signalson, por un lado, y Central Food, por otro, no podían beneficiarse de una reglamentación técnica incorrectamente aprobada; la ampliación de capital del banco griego que dio entrada a los nuevos accionistas no debió decidirla el administrador provisional). En situaciones como las de *Busseni*, por el contrario, los efectos adversos para los terceros derivan, de forma inmediata, del derecho que invoca un particular, como lo hacen cuando las directivas (o las recomendaciones CECA) se invocan en el plano horizontal²⁴. Dada la negativa del TJCE a reconocer el efecto directo horizontal de las directivas, es lógico que en *Busseni* rechazara los efectos reflejos de la verticalidad sobre los particulares.

No es aquí lugar para discutir si las directivas deberían verse reconocida una eficacia directa plena equivalente a la que tienen los Tratados y los reglamentos, pero lo que es innegable es que la negativa de su operatividad en los planos horizontal e inverso ha dado lugar a una jurisprudencia que, por más que se intente sintetizar de algún modo, resulta tan compleja y particularizada como la que aquí hemos analizado²⁵. Lo realmente preocupante es que parece difícil que un particular pueda prever si una determi-

²⁴ Aludiendo a la sentencia *Busseni*, C. TIMMERMANS habla del «inextricable linkage between vertical and horizontal direct effect» («Community Directives...», *op. cit.*, pg. 19; «Rapport communautaire», *op. cit.*, pg. 29).

²⁵ C. TIMMERMANS resume la doctrina jurisprudencial del TJCE relativa a las situaciones triangulares de la siguiente manera: «The test to limit the possibility to invoke obligations of the State under a directive (vertical direct effect) should only be whether allowing such direct effect would necessarily entail imposing a corresponding obligation upon a private party. However consequences of a more general nature for the legal position of a private party falling short of imposing an obligation provided for by a directive, such as the annulment of an environmental licence, should not be sufficient to restrict vertical direct effect to be invoked in triangular relationships» («Community Directive...» *op. cit.*, pg. 19; «Rapport communautaire», *op. cit.*, pgs. 29-30).

nada directiva le será o no aplicada, directa o indirectamente, algo que choca frontalmente con el principio de seguridad jurídica²⁶.

5. NUESTRO COMENTARIO (II): ¿ES WELLS UN CASO DE «EFECTO DIRECTO DE EXCLUSIÓN»?

De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, los particulares pueden invocar las directivas ante los órganos nacionales a un cuádruple efecto: bien para hacer valer un derecho que ésta les reconoce y que tiene como obligado al Estado, bien para argumentar que este último, al ejecutar la directiva, ha rebasado los límites que aquélla establece a su facultad de apreciación, bien para reclamar una indemnización por los daños sufridos a consecuencia del incumplimiento estatal de la directiva, bien para instar a interpretar el ordenamiento nacional a la luz de aquélla.

Centrándonos en los dos primeros supuestos, habría que añadir que para que una persona pueda invocar un derecho que, directa o indirectamente, le reconoce una directiva es preciso que la disposición en cuestión sea suficientemente precisa e incondicional y que haya transcurrido el plazo que marca la directiva para su transposición al Derecho interno sin que tal transposición haya tenido lugar o haya sido incorrecta²⁷. Dándose estas condiciones, los órganos nacionales y, en particular, los tribunales deberán salvaguardar el derecho de que se trate.

Cuando la directiva deja, en cambio, un margen de apreciación al Estado en su ejecución, un individuo puede hacerla valer ante los órganos jurisdiccionales nacionales para que éstos comprueben si el Estado ha sobrepasado los límites a los que está sometida su discrecionalidad.

Este segundo tipo de invocabilidad, la que tiene por objeto la «reviewability of discretion»²⁸, es bastante menos conocida que la primera (o que cualquiera de las otras dos), porque la jurisprudencia ha insistido menos en ella²⁹. Lo curioso es que, como advierte R. ALONSO GARCÍA, lo más conforme con la tipificación de la figura de la directiva que realiza el artículo 249 del

²⁶ En este sentido, v. CRAIG, P. y DE BURCA, G., *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2003 (3ª ed.), pg. 226.

²⁷ Las condiciones para el reconocimiento de la eficacia directa de las directivas, tal y como ha sido tradicionalmente entendida, fueron establecidas por el TJCE, por vez primera, en la sentencia en el asunto *Becker* (STJCE de 19.1.1982, 8/81, Rec. pgs. 53 ss., f.j. 25). Desde entonces la postura del Tribunal se ha mantenido constante; así: STJCE de 4.12.1997, as. *Kampelmann*, C-253 a 258/96, Rec. pgs. I-6907 y ss., f.j. 37; STJCE de 11.7.2002, as. *Marks & Spencer*, C-62/00, Rec. pgs. I-6325 y ss., f.j. 25; o, STJCE de 10.4.2003, as. *Steffensen*, C-276/01, Rec., pgs. I-3735 y ss., f.j. 38.

²⁸ TRIDIMAS, T., «Black, White...» op. cit., pg. 329.

²⁹ En relación con la invocabilidad de las directivas a estos efectos, v., además del autor citado en la nota anterior: LENZ, M.; SIF TYNES, D. y, YOUNG, L., «Horizontal What? Back to Basics», *ELR*, 2000, n° 5, pgs. 509-522, pgs. 517-522; PRECHAL, S., «Does Direct Effect Still Matter?», *CMLR*, 2000, n° 5, pgs. 1047-1069; y, ALONSO GARCÍA, R., *El juez español... op. cit.*, pgs. 158-166.

Tratado CE no es que no deje un margen de apreciación a los Estados en su ejecución (margen cuya ausencia permitiría afirmar que los derechos que la directiva en su caso vengan a reconocer a favor de las personas son incondicionales), sino que lo correcto es que la directiva deje un margen de apreciación a los Estados a la hora de establecer cómo alcanzar el objetivo que aquélla marca³⁰.

La primera afirmación por parte del Tribunal de Luxemburgo de que los particulares pueden invocar una directiva que deja un margen de apreciación a los Estados al objeto de que los órganos verifiquen si se han rebasado los límites fijados por la propia directiva se produjo en la sentencia de 1 de febrero de 1977 en el asunto *Verbond van Nederlandse Ondernemingen*. En este pronunciamiento el Tribunal declaró que «sería incompatible con el efecto imperativo que el artículo 189 [actual artículo 249] reconoce a la directiva excluir, en principio, que la obligación que ésta impone pueda ser invocada por los interesados. En particular, en los casos en los que, a través de una directiva, las autoridades comunitarias hayan obligado a los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de tal acto quedaría debilitado si se impidiera al justiciable invocarlo ante los tribunales y si los órganos jurisdiccionales nacionales no pudieran tomarlo en consideración, como elemento de Derecho comunitario, para verificar si, dentro de los límites de la facultad de que dispone en cuanto a la forma y los medios de ejecutar la directiva, el legislador nacional ha respetado los límites del margen de apreciación trazado por la directiva»; añadiendo que «incumbe a la jurisdicción nacional ante la cual se invoca la directiva comprobar si la medida nacional litigiosa se sitúa fuera del margen de apreciación de los Estados miembros»³¹.

Esta jurisprudencia, que claramente contribuye a fortalecer la primacía del Derecho comunitario y hace efectivo el carácter vinculante de las directivas, volvería a ser retomada en la segunda mitad de la década de los noventa, al hilo, fundamentalmente, de nuestra Directiva 85/337³².

Centrándonos en el asunto que nos ocupa, hemos de confesar que no tenemos claro si, al esgrimir el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337, Delena Wells estaba haciendo valer un derecho que este precepto habría engendrado para ella o, más sencillamente, la vulneración por parte del Reino Unido de los límites que esta disposición traza al margen de discrecionalidad que el artículo 4, apartado 2, deja a los Estados miembros³³.

³⁰ *El juez español... op. cit.*, pg. 159.

³¹ As. 51/76, ff.jj. 22 a 24 y 29.

³² Así, STJCE de 24.10.1996, as. *Kraaijeveld*, cit., ff.jj. 56 y 59; STJCE de 16.9.1999, as. *WWF*, cit., ff.jj. 69 a 71; y, STJCE de 19.9.2000, as. *Linster*, C-287/98, ff.jj. 32, 37 y 38, Rec. pgs. I-6917 y ss.

³³ La sentencia del TJCE no es en este punto de ninguna ayuda, pues, como ya hemos puesto de manifiesto, el Tribunal no se pronuncia acerca de si artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337 es invocable y de cuál es el fundamento o el título de esa invocabilidad, sino que se limita a responder a la pregunta que le había planteado el juez *a quo* y que tenía por objeto el alcance de la invocabilidad.

Sí estamos relativamente seguros de que, en el caso de los proyectos que figuran relacionados en el Anexo I de la Directiva, la obligación que impone a los Estados el artículo 2, apartado 1, de efectuar un estudio de impacto ambiental previo a su autorización (obligación de la que se deriva el consiguiente derecho para los particulares de que tales estudios se lleven a cabo), además de ser suficientemente precisa, es incondicional, y de que, en el caso de los proyectos referidos en el Anexo II, en cambio, esa obligación/derecho no cumple el requisito de la incondicionalidad, sino que deja un margen de apreciación a los Estados³⁴.

A pesar de que la extracción de materiales de construcción (actividad a la que se dedicaba la cantera Conygar Quarry) es un proyecto del Anexo II³⁵, no estamos convencidos de que en *Wells* nos enfrentemos a un caso de vulneración por parte del Reino Unido de los límites que el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337 marca al margen de apreciación que deja el artículo 4, apartado 2, a los Estados miembros³⁶. A diferencia de lo acontecido en *Kraaijeveld* o en *WWF* o de los hechos que, en 1996 y 1998, dieron lugar a las condenas de, respectivamente, Bélgica y Alemania³⁷, en *Wells* no tenemos un caso en el que el legislador británico, extralimitándose en el ejercicio de su poder de apreciación, hubiese decidido excluir de la necesidad de evaluación de impacto ambiental a toda una categoría de proyectos del Anexo II sin plantearse siquiera su eventual incidencia en el entorno. En *Wells* el legislador británico estableció la necesidad de realizar tales estudios antes de conceder las licencias de explotación minera, el problema fue que no consideró que la renovación de las *old mining permissions* mereciera la consideración de «autorización» en el sentido del artículo 2, apartado 1, de nuestra Directiva y, en consecuencia, no la sometió a la previa evaluación. ¿Ha rebasado el Reino Unido los límites al margen de apreciación que le permite el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 85/337?, ¿esta-

³⁴ Recordemos que, a tenor del artículo 4 de la Directiva 85/337, «los proyectos pertenecientes a las clases enumeradas en el Anexo I se someterán a una evaluación» (apartado 1), mientras que «los proyectos pertenecientes a las clases enumeradas en el Anexo II se someterán a una evaluación (...) cuando los Estados miembros consideren que sus características lo exigen».

³⁵ El Anexo II, punto 2, letra c), de esta Directiva se refiere a los proyectos de «extracción de minerales diferentes a los metálicos y energéticos, como mármol, arena, grava, pizarra, sal, fosfatos, potasa».

³⁶ Según el TJCE, «aunque el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 4 de la Directiva confiere a los Estados miembros un margen de apreciación para especificar determinados tipos de proyectos que deban someterse a una evaluación o para establecer criterios y/o umbrales necesarios, dicho margen de apreciación está limitado por la obligación, enunciada en el apartado 1 del artículo 2, de someter a un estudio de sus repercusiones los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular, debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización» (STJCE de 24.10.1996, as. *Kraaijeveld*, cit., f.j. 50; STJCE de 22.10.1998, as. *Comisión c. Alemania*, C-301/95, f.j. 45, *Rec.*, pgs. I-6135 y ss.; STJCE de 21.9.1999, as. *Comisión c. Irlanda*, C-392/96, f.j. 64, *Rec.* pgs. I-5901 y ss.; y, STJCE de 16.9.1999, as. *WWF*, cit., f.j. 35).

³⁷ STJCE de 2.5.1996, as. *Comisión c. Bélgica*, C-133/94, *Rec.* pgs. I-2323 y ss. y, STJCE de 22.10.1998, as. *Comisión c. Alemania*, cit.

mos ante la violación de un derecho de Delena Wells que los órganos nacionales están obligados a proteger? La verdad es que la cuestión no nos parece evidente. Afortunadamente no es un tema que afecte a lo que vamos a ver a continuación en relación con los efectos de un tipo y otro de invocabilidad.

La doctrina viene sosteniendo que las consecuencias de la invocabilidad de las directivas y, en general, de cualquier fuente del Derecho comunitario son distintas según lo que se alegue sea un derecho o los límites trazados al margen de discrecionalidad dejado a los Estados miembros³⁸. En el primer caso, los órganos nacionales, en especial, los jurisdiccionales inaplicarían la medida nacional y aplicarían la directiva («efecto de sustitución»). En el segundo supuesto, los jueces se limitarían a dejar a un lado la norma nacional, sin aplicar en su lugar la directiva («efecto de exclusión»)³⁹.

Esta argumentación resulta excesivamente simplificadora. Quizás por ello no sea cierta en todos los casos. Pensemos, por un momento, qué habría sucedido si los hechos de *Kraaijeveld* o de *WWF* y, en su caso, de *Wells* se hubiesen producido en nuestro país: tras comprobar la vulneración del margen de apreciación fijado en la Directiva 85/337, el juez español de lo contencioso-administrativo ante el que se hubiesen impugnado las licencias concedidas por la autoridad competente las habría anulado ¿Y qué habría ocurrido si se hubiese impugnado ante ese mismo juez una licencia autorizando un proyecto del Anexo I de la Directiva 85/337? Exactamente lo mismo: se habría anulado el acto impugnado. Como puede verse, a pesar de que en el primer caso el juez estaría controlando la discrecionalidad y en el segundo protegiendo un derecho, el resultado habría sido idéntico.

Esta constatación pone en evidencia la necesidad de efectuar un análisis más detallado acerca de los efectos de la invocabilidad de un derecho y de la invocabilidad de los límites a la discrecionalidad de los Estados.

Siguiendo a S. PRECHAL⁴⁰, pensamos que puede sostenerse que cuando lo que se hace valer es un derecho derivado de una directiva, puede producirse, en efecto, el «efecto de sustitución», ya que el grado de precisión de la directiva en ese punto permite al juez nacional aplicar la previsión de que se trate. Ahora bien, cuando la pretensión de las partes se limite a la anulación de la medida nacional conculcadora del derecho o cuando el ordenamiento interno (como sucede en el Derecho español) sólo permita la anulación de los actos sin contemplar la aprobación por parte del juez de una medida sustitutoria, el efecto se limitará a la inaplicación, por tanto, a la «exclusión» de la norma nacional⁴¹.

³⁸ Aunque nuestro discurso se refiere a las directivas, es extensible a todas las fuentes del ordenamiento comunitario.

³⁹ LENZ, SIF TYNES y YOUNG, «Horizontal What...» op. cit., pgs. 517-522; y, TRIDIMAS, «Black, White...» op. cit.

⁴⁰ «Does Direct Effect...» op. cit., pgs. 1059-1063.

⁴¹ La Directiva 83/189, en materia de reglamentaciones técnicas, es un caso sumamente particular. Pese a que, tal y como pareció reconocer el TJCE en el asunto *CIA Security*, sus artículos 8 y 9 son fuente de derechos para los individuos (STJCE de

En cambio, cuando lo que un individuo invoca es la vulneración de los límites a la discrecionalidad que una directiva permite a los Estados, el «efecto de exclusión», arguye S. PRECHAL, es el único posible: el juez podrá controlar la legalidad de las medidas nacionales a la luz de los límites fijados a esa discrecionalidad, inaplicando la legislación interna trasgresora y anulando los actos dictados en aplicación de aquélla o los que son per se vulneradores del margen de apreciación, pero no podrá aplicar en su lugar lo dispuesto en la directiva («efecto de sustitución»), precisamente porque ésta deja un margen de apreciación que sólo el legislador puede acotar.

La sentencia de 15 de junio de 2000 en el asunto *Brinkmann*⁴² parece corroborar el planteamiento de esta autora en el sentido de que la eficacia de la disposición de una directiva que deja un margen a la discrecionalidad de los Estados miembros puede ser sólo «reaccional» (expresión que tomamos de R. ALONSO GARCÍA)⁴³ y de que el juez nacional no podría sustituir al poder normativo de los Estados miembros en la concreción del margen de apreciación permitido. En esta resolución el Tribunal de Justicia declaró que, al elegir una fórmula impositiva para el tabaco que no se correspondía con ninguna de las tres fórmulas entre las que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/80 permitía escoger a los Estados, Alemania había vulnerado

30.4.1996, cit., ff.jj. 44 y 49), su invocación por parte de éstos ante los tribunales internos sólo puede dar lugar a la inaplicación de las reglamentaciones técnicas nacionales no notificadas a la Comisión o notificadas pero aprobadas sin respetar la moratoria establecida. No cabe el «efecto sustitución», por la sencilla razón de que la Directiva 83/189 se limita a establecer un procedimiento para la aprobación de reglamentaciones técnicas, sin dar cabida a una regulación sustantiva susceptible de ser aplicada en lugar de las normativas nacionales contrarias a ella. Como declara el propio Tribunal en el asunto *Unilever*, «la Directiva 83/189 no define en absoluto el contenido material de la norma jurídica en la que debe basarse el juez nacional para resolver el litigio de que conoce» (STJCE de 26.9.2000, cit., f.j. 51).

En consecuencia, si bien en *CIA Security* y en *Unilever* el TJCE proclama que la consecuencia de la alegación ante los tribunales internos de los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189 es la «exclusión» de la normativa nacional, no creemos que pueda citarse ninguno de estos dos asuntos como paradigmas del efecto de exclusión *derivado de la vulneración del margen de apreciación*. Los dos preceptos en cuestión son atributivos de derechos en favor de los individuos (del mismo modo en que lo es, por ejemplo, el artículo 88 del Tratado CE, en materia de ayudas públicas); además, como ya hemos indicado, por su propio contenido no se prestan a dar lugar a un «efecto de sustitución», ya que no contienen una regulación material; por último, en ambos pronunciamientos el TJCE afirma la inaplicación de la reglamentación técnica no notificada por Bélgica o aprobada por Italia sin respetar la moratoria establecida por el artículo 9 como fruto de una interpretación teleológica de la Directiva 83/189, en concreto, entendiéndose que esta solución es la que permite garantizar la eficacia del mecanismo de control que establece este instrumento. Son, por tanto, las características intrínsecas de esta Directiva las que abocan a la inaplicación de la legislación nacional emanada al margen de los establecidos en sus artículos 8 y 9. Sobre las singularidades de la Directiva 83/189 frente a las directivas que él mismo califica de «normales», v. las conclusiones de F.G. JACOBS en el asunto *Unilever* (puntos 79-80).

⁴² C-365/98, *Rec.*, pgs. I-4619 y ss.

⁴³ *El juez español...* op. cit., pgs. 158-166.

el margen de apreciación que le dejaba la Directiva y que, en consecuencia, «un sujeto pasivo puede invocar dicha disposición para que no se le aplique [la] fórmula impositiva [alemana] que excede el margen de apreciación de que dispone el legislador nacional (f.j. 33). El Tribunal rechazó, en cambio, la pretensión de Brinkmann de que el juez nacional aplicara una de las tres modalidades de tributación contempladas en el artículo 3, apartado 1: «la fórmula *ad valorem* [aquella cuya aplicación pretendía Brinkmann] sólo corresponde a una de las opciones previstas por la Directiva, y ésta no puede, por tanto interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional a sustituir al legislador nacional a quien corresponde exclusivamente elegir la fórmula impositiva que considere apropiada, en el marco definido por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva» (f.j. 38); «dicha disposición», sigue argumentando el Tribunal, «no confiere a los sujetos pasivos, en un caso como el controvertido en el procedimiento principal, el derecho a invocarla ante un órgano jurisdiccional nacional con la única finalidad de evitar que se les aplique el derecho específico mínimo y de ser gravados únicamente con un impuesto *ad valorem*» (f.j. 39).

R. ALONSO GARCIA critica este planteamiento del TJCE, que entiende contradictorio con la doctrina de esta institución, según la cual «todas las autoridades de los Estados miembros, incluidos, en materia de su competencia, los tribunales» están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de la obligación de los Estados miembros de conseguir el resultado previsto en una directiva. «Si la expresión “en materia de su competencia”», arguye, «se interpreta, como creo que debe hacerse, en el sentido de competencia para conocer y resolver los asuntos ante ellos planteados, los tribunales nacionales deberían, en el marco de los litigios concretos en que intervienen, proceder a una integración judicial de la directiva aun en presencia de margen de apreciación siempre que el resultado a conseguir aparezca perfectamente delimitado, sin perjuicio de que dicha integración judicial sea posteriormente sustituida a través de la correspondiente ejecución normativa (según exige, como sabemos, una completa y correcta ejecución de las directivas) y sin que tenga en tal caso por qué existir coincidencia entre ambas, bien entendido que tanto la una como la otra deberán en todo caso moverse dentro del margen permitido»⁴⁴. A nosotros nos suena bien, pero ya veremos si al Tribunal de Luxemburgo le sucede lo mismo....

⁴⁴ *El juez español...* op. cit., pg. 164.