

# **EL DERECHO COMUNITARIO Y SU APLICACIÓN EN ESPAÑA**

***Carlos Félix Molina del Pozo***

**Director del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Alcalá de Henares**

La primera cuestión que es necesario plantear es el hecho de que más del 50 de nuestro ordenamiento jurídico hoy en vigor se va a ver afectado como consecuencia de la realidad de la integración, hasta el punto de quedar derogado de hecho esta notable proporción de nuestro ordenamiento.

Esta situación, concretada a nivel de ejercicio libre de la profesión, quiere decir que aquellos despachos que hoy se dedican al derecho mercantil, administrativo, constitucional o incluso civil, fiscal y financiero, se ven abocados a la necesidad de conocer y adaptarse al derecho positivo comunitario o bien se quedan desfasados o inoperantes.

Sin embargo, existe en el momento actual escasa conciencia y mentalización entre los abogados españoles respecto a la necesidad de ponerse al día. Hasta ahora se han tratado los temas y políticas comunitarias casi exclusivamente en sus aspectos económicos, cuando existe un problema mucho más fundamental como es la base que sustenta y ordena todas las áreas, es decir, el ordenamiento jurídico comunitario. De aquí la imperiosa necesidad" de conocer esas normas jurídicas.

No olvidemos que todo proceso económico tiene un basamento jurídico previo que es el que establece que se pueda llevar a cabo el intercambio comercial. Pero aquí le hemos dado toda la importancia al intercambio comercial, pero hemos olvidado los aspectos jurídicos de la cuestión que son los fundamentales.

De modo que desde el 1 de Enero de 1986 nuestro ordenamiento jurídico está afectado, en primer lugar, porque van a quedar derogados una serie de disposiciones y normas en uso por mandato directo del Acta de adhesión.

El Acta de adhesión firmada en junio dice que todo el derecho comunitario, exceptuando unas cuantas normas concretas que afectan a varias cosas en concreto y que tienen un período transitorio para entrar en vigor, todas las normas del derecho comunitario van a entrar en vigor.

En cuanto a lo que es la tipología o las fuentes del derecho comunitario hasta la Constitución Española puede verse alterada por una disposición del derecho comunitario, porque el derecho comunitario es un conjunto de normas y de principios que propenden, que persiguen un proceso de integración.

Aquí se ha pensado siempre, o cuando menos en los últimos años, que el derecho comunitario era cosa de internacionalistas, que era un problema que afectaba a las relaciones internacionales o del país o del Estado, cuando realmente no es así. El derecho comunitario toca o incide en las distintas partes de nuestro ordenamiento jurídico desde el derecho constitucional, hasta el derecho procesal, pasando por el mercantil, administrativo, financiero etc., y el derecho comunitario que toma su base en unos tratados, en los tratados de Roma y de París, o de París en el año 51 con el CECA y Roma en el año 57 con el CEE y con el CEEA, los tres tratados fundacionales forman lo que se llama el derecho comunitario originario. El derecho originario son los tratados y se llama originario porque es el origen del derecho derivado que es la gran parte del ordenamiento comunitario. De modo que en las fuentes del derecho comunitario habría que distinguir, de una parte, lo que es el derecho comunitario, es decir, los tratados fundacionales de las comunidades europeas y, de otra parte, el derecho derivado, que estaría formado fundamentalmente por tres tipos de normas: los reglamentos, las directivas y las decisiones. Se llama derecho derivado porque se deriva del derecho originario, siendo las instituciones que se crean en los tratados las fuentes de un conjunto normativo de disposiciones caracterizadas por dos aspectos que trataremos más adelante.

¿Cuáles son entonces las instituciones capaces por los tratados de emanar normas jurídicas?. En nuestra propia Constitución, en su artículo 93, se especifica que el Estado, a través de las Cortes o el Gobierno, según los casos, son los que garantizan el cumplimiento de los tratados, de adhesión habría que poner entre paréntesis, puesto que el artículo 93 está dedicado a preparar la adhesión del Estado a la Comunidad Europea. Pues bien, las Cortes o el Gobierno, según los casos, garantizan el cumplimiento de los tratados, así como de las normas que emanen de las instituciones titulares de la cesión, ya que se produce una cesión de soberanía por parte del Estado español versus las instituciones comunitarias.

¿Qué son esas instituciones comunitarias? Se repite la trilogía de división de poderes que hemos estudiado siempre en las carreras: hay un poder legislativo, un poder ejecutivo y un poder judicial. El poder legislativo se residencia, curiosamente, en el Consejo de Ministros, y digo curiosamente, porque esto puede ver alterado nuestro sistema jurídico tradicional.

El Consejo de Ministros, que tiene la potestad legislativa; la Comisión, que tiene poder ejecutivo y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que tiene el poder Judicial, y ante el que hay que descubrirse. Porque el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, que es donde tiene su sede, funciona con una independencia y con una magistralidad verdaderamente lucra de la normalidad. Es un órgano imprescindible en la conformación del derecho comunitario, ya que su labor es interpretar el Tratado y las normas que emanen de las instituciones; pero con ese afán de ir construyendo la Europa unida, la Europa política, el Tribunal de Justicia aprovecha la mínima ocasión que tiene para ahondar más en el crecimiento del derecho comunitario, en abarcar zonas hasta ahora no tocadas ni por los tratados ni por la legislación; en definitiva, en cubrir las célebres lagunas del Derecho. Se van cubriendo todas, y cada vez el derecho comunitario abarca más cuestiones, más amplitud de temas. Por hoy, menos el derecho canónico, el resto de las asignaturas que hemos estudiado en nuestra carrera, más o menos se ven afectadas por el derecho comunitario; incluso ya se empieza a hablar de un incipiente derecho penal comunitario, que hasta ahora tampoco se había hablado de

él. De modo que no resultaría extraño que de aquí a unos años hubiera una especie de Código Penal de la Comunidad. Ya de hecho empieza a haber fracturación de lo que son las normas, por ejemplo, en materia de consumidores y en materia fiscal.

Pues bien, existen estos tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, sin hablar del Parlamento Europeo porque hoy por hoy no tiene ninguna potestad legislativa. En consecuencia, es un órgano político de carácter consultivo, que no tiene ninguna competencia legislativa, aunque con el tratado de unión política europea que se aprobó por el Parlamento Europeo el año pasado en el mes de febrero, se intenta poner en marcha esa reforma de las instituciones que dará lugar a que en algún momento el Parlamento tenga un poder de co-decisión con el Consejo de Ministros en la órbita de la toma de decisiones, y sea otro su papel. Hoy por hoy, no es así.

Los tres poderes, recepcionados por estas tres instituciones. Consejo, Comisión y Tribunal, ponen en marcha todo un juego de toma de decisiones. Las normas jurídicas van a empezar a originarse, normalmente, en la Comisión. La Comisión es quien tiene la iniciativa legislativa, y empieza o crea, en sus reuniones de los miércoles, un proyecto de norma jurídica. Cuando hablamos de normas jurídicas comunitarias me estoy refiriendo, fundamentalmente, a reglamentos, directivas y decisiones. Pero cuando utilizamos esas denominaciones, estamos ya aceptando que hay disposiciones en el derecho comunitario que no tienen una equiparación con el derecho español, porque cuando hablamos de reglamento, para nosotros el reglamento es una cosa y en la Comunidad el reglamento es una ley, una especie de ley, pero además una ley que puede modificar la constitución de cualquier país. Lo mismo ocurre con una directiva; en definitiva, existe una nomenclatura distinta para designar los términos de las normas jurídicas. Y en su contenido y en su valor normativo es diferente a lo que nosotros entendemos que es un reglamento en nuestro ordenamiento jurídico.

Vamos a analizar el proceso de toma de decisiones para poder estudiar a continuación las distintas normas jurídicas que existen.

La Comisión es el órgano ejecutivo, que es quien tiene la iniciativa legislativa. La Comisión prepara un proyecto de disposición y lo primero que hace es mandarlo a los órganos consultivos para que emitan su informe acerca de ese proyecto de disposición. Por otra parte, y siguiendo un esquema expositivo de arriba a abajo, nos encontramos con los siguientes órganos: el Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social, los comités, los grupos de trabajo, sobre todo los comités consultivos, etc., es decir, todos los órganos consultivos. Cada uno de estos órganos comunitarios, se reúnen para discutir el proyecto. Ahí tendrán cabida todos los funcionarios de los distintos departamentos ministeriales del Estado español y de sus Comunidades Autónomas, a mi modo de ver. Existen multitud de comités y grupos de trabajo y los que se vean afectados por esa disposición o por ese proyecto de disposición emitirán su información y lo mandarán al COREPER de suplentes, el cual lo remite al COREPER de Embajadores, ya que el COREPER está formado por los embajadores acreditados por los estados miembros ante las comunidades europeas.

Y bien, ya está la norma o el proyecto de disposición informado por estos órganos y comités y en manos del COREPER titular, de los embajadores, el cual reúne y hace dos listas, la lista A mayúscula y la lista B mayúscula. En la lista A mayúscula introducen todos aquellos proyectos de disposición sobre los que, una vez discutidos entre ellos,

entre los embajadores, hay acuerdo. Entonces, como ellos no lo pueden aprobar pero han llegado a un acuerdo de que esa norma salga adelante, el COREPER lo remite al Consejo de Ministros, que es quien tiene la potestad legislativa, y quien puede aprobar las disposiciones normativas. De modo que los temas de la lista A llegan al Consejo de Ministros y automáticamente, sin necesidad ninguna de discusión ni de debate, se aprueban por éste órgano.

En esta fase del proceso descrito el Consejo de Ministros dispone la publicación del proyecto de disposición en el DOCE, serie L, es decir, el Diario Oficial de la Comunidad Europea. El DOCE tiene tres series, la L que es legislación, la C, que son actos cuya publicación no implica la entrada en vigor, es decir, cuestiones que se han preguntado por los parlamentarios a los comisarios, o a los ministros, informes que emite el Parlamento e informes que emite el Comité Económico y Social, y por último, existe un Diario Oficial de la Comunidad Europea, serie S, que incluye lo que son los anuncios en el BOE español, las subastas y otros asuntos de carácter similar.

Hay dos directivas comunitarias, una del 68 y otra de 73, que se refieren a materia de contratación y que afectan sustancialmente a la Ley de Contratos del Estado, resultando que todos aquellos contratos de obra pública y servicio público que superen los 135 millones de pesetas, habrán de publicarse en el Diario Oficial de la Comunidad Europea, serie S, porque nada impide que una empresa holandesa o alemana le apetecza concursar para llevarse la construcción de una auto-pista, de una carretera o de un edificio o de un servicio público determinado y habrá de publicarse en el DOCE, hasta el punto de que si no se publica, ese acto está viciado desde su origen y cualquiera podrá impugnarlo. Por lo tanto, tiene su importancia el Diario Oficial, serie S.

Volviendo al imaginario esquema que estamos esbozando, además de la lista A, existe la lista B, en la que se incluyen los temas, disposiciones o proyectos de disposición sobre los que el comité ha discutido y no ha logrado ponerse de acuerdo y los embajadores no han logrado ponerse de acuerdo. Los proyectos que integran la lista B son los que constituyen el orden del día de las reuniones del Consejo de Ministros, de modo que éste, cuando se reúne, estudia, debate y, en su caso, aprueba el proyecto de disposición sometido a cuestión. Pueden pasar dos cosas, que el Consejo de Ministros, una vez que debata el tema lo apruebe, en cuyo caso lo manda publicar al DOCE, Serie D, o que no lo apruebe y entonces lo devuelva a su origen, es decir a la Comisión, para que de nuevo, la Comisión elabore un nuevo proyecto de disposición. Esto es a grandes rasgos el esquema del proceso de toma de decisiones de la Comunidad Europea. De esta manera se agotan los reglamentos, las directivas y las decisiones. Pero pudiera ocurrir, porque eso es lo habitual, además de autorizarlo así el Tratado CEE, que la Comisión pueda dictar directivas, reglamentos, decisiones de motu proprio y en algunos casos. y puede ocurrir también que el Consejo de Ministros, sin necesidad de que la Comisión le haya propuesto nada, y también de motu proprio, pueda adoptar reglamentos, directivas y decisiones. Y está ocurriendo a nivel nacional, que el Consejo de Ministros español, como órgano ejecutivo, tenga iniciativa legislativa y mande un proyecto de ley a las Cortes para que sean las Cortes las que lo aprueben, pero también en ocasiones, el Consejo de Ministros puede mediante el decreto-ley aprobar una disposición con rango de ley, lo cual es una fórmula ordinaria de nuestro ordenamiento jurídico, al igual que sucede con la Comisión, que tiene la facultad de dictar disposiciones sin intercecer procedimientos de la administración. Y también ocurre que el Consejo de Ministros, lo

mismo que las Cortes, elaboren una proposición de ley y la aprueben sin necesidad de que venga la iniciativa legislativa de nadie, de motu proprio.

Hay una cuestión que puede hacer tambalear la estructura de la división de poderes: El Consejo de Ministros está formado por los ministros de los estados miembros, los cuales son poder ejecutivo en sus países, nombrados en la mayor parte de ellos, ni siquiera elegidos. Pues ese órgano, que forma el poder legislativo de la Comunidad, puede dictar un reglamento que acabe con un precepto constitucional de cualquier país miembro, precepto que ha sido establecido mediante una ley constitucional, que ha sido aprobado en un Parlamento, y que ha sido sometido en este caso a referéndum. Es decir, el Consejo de Ministros lo puede modificar. No es que lo vaya a hacer ni que lo haya hecho con frecuencia, pero sí es cierto que en países como Italia, como Bélgica, como Irlanda, han modificado sus Constituciones en determinado momento histórico para adaptarlas a los mecanismos del derecho comunitario. Luego, tampoco habría de extrañarse si aquí en algún momento se hiciese necesario modificar la Constitución lo prevé en el artículo 96 cuando dice que el Tribunal Constitucional dirá si hay que modificar o no.

Para encuadrar lo que es un reglamento, una directiva y una decisión, el artículo 189 del Tratado de Roma dice que para el cumplimiento de su misión, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones, formularán recomendaciones y emitirán dictámenes en las comisiones previstas en el presente Tratado. El reglamento tendrá alcance general, será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada estado miembro. La directiva obligará a cada estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes.

Hay 7.000 páginas del Boletín Oficial con reglamentos, directivas y decisiones que nos afectan. De todo el derecho comunitario, es el derecho de competencia el que más va a afectar al abogado en ejercicio. En esta materia, la mayoría de las disposiciones comunitarias adoptan la forma de decisiones, siendo ésta la norma que habitualmente la Comunidad utiliza para comunicarse con las empresas nacionales. Pues bien, esas decisiones no van a ser traducidas al castellano; solamente se van a traducir al castellano los reglamentos y las directivas que afectan a España, lo cual no quiere decir que las que no nos afecten porque afecten a otros países, no podamos alegarlas ante un tribunal español. Ya que aunque no son de aplicación directa en España, sí son de invocabilidad directa ante nuestros tribunales. Otra cosa es que nuestros tribunales las entiendan, porque también las ignoran, como nosotros.

Tenemos todo un derecho que entra en vigor, que afecta sustancial y extensivamente a nuestro ordenamiento positivo y ante el que surge la imperiosa necesidad de conocerlo - tanto abogados como jueces- y aplicarlo.