

Las fuentes del Derecho en el Derecho Comunitario Europeo y en el Código Civil

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: A) CUESTIONES PREVIAS: 1. *Posición del Derecho Comunitario en relación con el Derecho Internacional*. 2. *Su relación con diversas ramas jurídicas*.—B) LAS COMUNIDADES EUROPEAS: 1. *Los Tratados fundacionales*. 2. *Analogías*. 3. *Diferencias*.—II. REPERCUSIONES DE LA ADHESION ESPAÑOLA EN EL PLANO JURIDICO: a) Incorporación a nuestro ordenamiento de un nuevo sistema de producción de normas. b) Integración en nuestro Derecho del bloque normativo ya vigente en la Comunidad Europea. c) Aparición de nuevas posibilidades procesales.—A) FUENTES DEL DERECHO COMUNITARIO: 1. *El Derecho Primario*. 2. *El Derecho Derivado: examen del artículo 189 TCEE*: 2.1. El Reglamento. 2.2. La Directiva. 2.3. La Decisión. 2.4. Las Recomendaciones y los Dictámenes. 3. *El Derecho Complementario*: 3.1. La Jurisprudencia. 3.2. La Costumbre. 3.3. Los principios generales del Derecho. 3.4. El Derecho Internacional.—B) INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS COMUNITARIAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO.—III. INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL: a) Artículo 1.º.1. b) Artículo 1.º.4. c) Artículo 1.º.5. d) Artículo 1.º.6. e) Artículo 1.º.1. f) Artículo 2.º.1. g) Artículo 2.º.2. h) Artículo 3.º.1. i) Artículo 4.º. j) Artículo 8.º. k) Artículo 9.º.9.2.º. l) Artículo 12.2. m) Artículo 12.3.—IV. CONCLUSION.

I. PLANTEAMIENTO

Acaba de cumplirse recientemente el centenario del Código Civil, lo que constituye un buen motivo para reflexionar sobre el papel que desempeña en la sociedad española y analizar sus aciertos o desaciertos para llegar a una conclusión, favorable o desfavorable. Esta reflexión puede hacerse desde un doble punto de vista: a) mirando hacia el pasado, que mostrará la problemática que suscitaba la codificación civil española y los sistemas para resolverla; las etapas de la codificación; la postura de la Ley de Bases de 1888 (1); la formación del CC; las dos ediciones oficiales y

(1) Una exposición muy completa sobre este punto puede verse en Centenario de la Ley de Bases del Código Civil (Ciclo de Conferencias), editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad, 1989.

toda la abundante legislación posterior, modificativa o complementaria, del CC; todo ello permitirá comprender cómo ha evolucionado la sociedad española durante este centenario; b) mirando hacia el futuro, para percibir los profundos cambios que se avecinan en nuestro ordenamiento jurídico, producidos por lo que ARNOLD TOYNBEE llama "la aceleración de la Historia" (2).

Situados en este segundo aspecto habrá que analizar cómo se inserta nuestro Derecho y, dentro de él, el CC, en la mayor corriente jurídica del siglo xx: el Derecho Comunitario Europeo. Para ello hay que partir de los siguientes principios generales:

1.º El "efecto directo" de las normas comunitarias, en otros términos, que no necesitan ser traducidas a normas de Derecho interno, siendo directamente aplicables desde su promulgación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE)*; que las normas comunitarias son fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes conciernen y, finalmente, que son directamente invocables por los particulares ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

2.º La "primacía del Derecho Comunitario" sobre los Derechos nacionales. Este principio obliga, no a los poderes legislativos, sino al Juez nacional, competente en una materia determinada, quien debe aplicar las normas comunitarias íntegramente, prescindiendo, en virtud de su propia autoridad, de disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que haya de solicitar o esperar la derogación de esta última por vía legislativa (3).

3.º Consecuencia de los dos principios anteriores, existencia de un sistema institucionalizado de aplicación e interpretación del Derecho Comunitario, realizado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (4).

Se trata, pues, de insertar un Derecho Supranacional, el Derecho Comunitario Europeo, en el Derecho interno, en este punto concreto, en el CC; sin embargo, no debe entenderse que existan dos ordenamientos superpuestos, sino paralelos o, con mayor precisión, complementarios, pues las Comunidades Europeas tienen una infraestructura administrativa limitada y deben basarse, en gran parte, en la de sus Estados miembros (art. 5 TCEE).

(2) A. TOYNBEE: *La Historia*, págs. 9 y 10. Un ejemplo de ello son los cambios producidos en el Centro y Este de Europa.

(3) JEAN-VÍCTOR LOUIS: *El ordenamiento jurídico comunitario*, pág. 71, Bruselas, 1980.

(4) Esta interpretación se realiza fundamentalmente por vía del recurso prejudicial (art. 177 TCEE).

A) CUESTIONES PREVIAS

1. *Posición del Derecho Comunitario Europeo en relación con el Derecho Internacional*

La primera impresión que puede producir el Derecho Comunitario es que se trata de Derecho Internacional y así parece confirmarlo su origen, ya que las Comunidades Europeas nacieron de Tratados internacionales (Tratado de París, de 18 de abril de 1951, por el que se constituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, en adelante TCECA; el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 por el que se constituyó la Comunidad Económica Europea, en adelante TCEE, y el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 por el que se constituyó la Comunidad Europea de Energía Atómica, en adelante TCEEA o EURATOM).

Sin embargo, esta circunstancia no basta, por sí sola, para configurar al Derecho Comunitario como Derecho Internacional, pues las Comunidades Europeas ofrecen una serie de rasgos que las diferencian de las organizaciones internacionales de tipo tradicional; entre ellos pueden sintetizarse las siguientes:

Primera diferencia: La organización y forma de tomar decisiones de las Comunidades Europeas, totalmente desconocidas hasta ahora.

Segunda diferencia: La amplitud y el carácter de las competencias legislativas, administrativas y judiciales atribuidas a las Comunidades Europeas, a las que han renunciado los Estados miembros.

Tercera diferencia: El hecho de que los tres Tratados constitutivos antes mencionados impliquen derechos y obligaciones no sólo para las Comunidades Europeas y Estados miembros, sino también para los ciudadanos de dichos Estados miembros; además, los Reglamentos son directamente aplicables en los ordenamientos jurídicos nacionales (art. 189 TCEE) (5).

Cuarta diferencia: Las organizaciones internacionales son de "cooperación de soberanías"; las Comunidades Europeas producen cierta "integración de soberanías", originando, con ello, un germen de supranacionalidad.

Excluido que el Derecho Comunitario sea Derecho Internacional, en sentido estricto, tampoco puede afirmarse que sea Derecho nacional de los Estados miembros: el "efecto directo" de las normas comunitarias, la "primacía del Derecho Comunitario" sobre los derechos nacionales y la

(5) L. J. BRINKHORST: *Líneas básicas del Derecho Europeo*, pág. 5, 1986.

existencia de un sistema institucionalizado de aplicación e interpretación de las normas comunitarias, principios generales antes apuntados, sirven para diferenciarlo de los derechos nacionales.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en adelante TJCE, intérprete supremo del ordenamiento jurídico comunitario, ha declarado reiteradamente que el Derecho Comunitario es un "ordenamiento autónomo", distinto del Derecho Internacional y del Derecho interno de los Estados miembros (6); en efecto, el Derecho Comunitario responde a la naturaleza *sui generis* de la Comunidad Europea, en la que concurren elementos internacionales e internos, que producen una cierta integración de soberanías, originándose, con ello, un germen de supranacionales; ello implica una atribución de competencias a las instituciones comunitarias y una correlativa limitación de soberanía para los Estados miembros. Cuando el TJCE habla de soberanía, no se refiere a la concepción abstracta y tradicional, como se entendía en el siglo XIX; sino a la "divisibilidad de la soberanía" o "soberanía dividida", perfectamente adecuada para describir el mecanismo de la integración. El nacimiento de un fenómeno nuevo, las Comunidades Europeas, conlleva la creación de un nuevo ordenamiento jurídico, que afecta a las instituciones comunitarias, a los Estados miembros y a las personas, físicas y jurídicas, de los Estados miembros; de esta forma, los ciudadanos comunitarios estarán sujetos a dos ordenamientos jurídicos, el nacional y el europeo, que prevalecerá siempre, caso de discrepancia entre ambos.

A la vista de las consideraciones expuestas, puede llegarse a la conclusión de que el Derecho Comunitario se sitúa entre el Derecho Internacional y los Derechos nacionales de los Estados miembros.

2. *Relación del Derecho Comunitario con diversas ramas jurídicas*

Una de las características del Derecho Comunitario es su complejidad (7), pues comprende el Derecho primario u originario, el Derecho derivado o secundario y el Derecho complementario, que posteriormente analizaremos.

Paralelamente, en el ordenamiento comunitario coexisten elementos

(6) Sentencias Van Gend-Loos de 5 de febrero de 1963 y Costa-Enei de 15 de julio de 1964.

(7) F. BUENO ARUS: "Características del ordenamiento jurídico comunitario", en *Iniciación al estudio del Derecho Comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, 1984, pág. 103.

autónomos o propiamente comunitarios (Tratados constitutivos, nuevas adhesiones, Acta Unica Europea...), elementos de Derecho Internacional general, Acuerdos de los Estados miembros entre sí (art. 220 TCEE) o con terceros países (art. 238 TCEE), Acuerdos y decisiones de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo (arts. 238 TCEE y 101 EURATOM) y, por último, elementos de Derecho interno (colaboración con las instituciones y normas comunitarias (art. 5 TCEE).

Situados en este último tipo de elementos que lo integran, el Derecho Comunitario guarda estrecha conexión con diversas ramas del Derecho:

a) Con el Derecho Constitucional: si es o no constitucional la cesión de parcelas de soberanía a organizaciones supranacionales; primacía del Derecho Comunitario sobre las Constituciones nacionales...

b) Con el Derecho Administrativo: si la colaboración de las instituciones nacionales con las comunitarias corresponde a la administración central o a las autonómicas; la contratación pública; inversiones extranjeras; minas...

c) Con el Derecho Mercantil: adaptación del régimen de Sociedades a la normativa comunitaria (8); la materia considerada de mayor complejidad jurídica en el ámbito comunitario, como es la libre competencia empresarial (8 bis).

d) Con el Derecho Civil: la responsabilidad de la Administración española por daños causados por infracción del Derecho Comunitario; Convenio sobre obligaciones contractuales; la responsabilidad civil derivada de vehículos de motor; el tema de las fuentes del Derecho...

Algunas de estas cuestiones, simplemente apuntadas, ponen de relieve la necesidad de conocer el Derecho Comunitario, que ha dejado de ser objeto de estudios de Derecho comparado para convertirse en Derecho aplicable en España; incluso, y esto es lo importante, con prioridad sobre el derecho interno. La reciente creación del Instituto de Derecho Privado Comunitario responde, de manera genérica, a esta necesidad de conocimiento y difusión de la materia y, de manera específica, a la de formar especialistas en los aspectos privados del Derecho Comunitario (8 ter).

(8) En este sentido, Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de Sociedades, en vigor desde el 1 de enero de 1990.

(8 bis) Los artículos 85 a 94 TCEE son un entramado normativo sumamente complejo y denso, susceptibles de provocar importantes consecuencias económicas en las empresas, sean o no comunitarias.

(8 ter) La reciente presidencia española de la CEE intentó precisamente en el sector del Derecho Privado Comunitario lograr los máximos avances posibles.

B) LAS COMUNIDADES EUROPEAS

1. Los Tratados fundacionales

Como se ha señalado anteriormente, las Comunidades Europeas han surgido de los siguientes Tratados:

a) El Tratado de París de 18 de abril de 1951 instituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA); se debió a razones económicas, constituir un mercado a nivel europeo para el carbón y el acero, pero los verdaderos móviles fueron de tipo político, terminar con la tradicional enemistad entre Francia y Alemania, desencadenante de las dos guerras europeas de este siglo. La principal característica de este Tratado fue la de iniciar la construcción europea según nuevos métodos, siendo el punto de partida de una Comunidad más amplia y profunda.

b) El Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 instituyó la Comunidad Económica Europea (CEE). Este Tratado, señalaba CARTOU, tiene un verdadero carácter revolucionario, pues si el TCECA es más audaz en cuanto a su técnica jurídica, sólo se refiere a un sector de la economía, mientras que el TCEE pretende sustituir los mercados de los Estados miembros por uno único, con las mismas características que un mercado nacional (9).

c) El Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 instituyó la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o EURATOM), mediante la cual se pretende el desarrollo de la energía nuclear, que, llevado a cabo de forma individual por cada Estado, resultaría excesivamente gravoso para las economías nacionales; con ello, se trataba también de paliar el déficit de los países europeos en materia de fuentes de energía tradicionales.

Estos Tratados constitutivos han sido modificados o completados por diversos textos y acuerdos. Uno de ellos es el Tratado de Bruselas de 8 de abril de 1965, también llamado Tratado de fusión de los ejecutivos, por instituir un Consejo y una Comisión únicos para las tres Comunidades; consecuencia de ello, los funcionarios al servicio de dichas instituciones pasaron a ser funcionarios de las Comunidades Europeas y el presupuesto pasó a ser único, denominándose presupuesto general de las Comunidades Europeas. A partir de esta fusión, señala OLMÍ, la división en tres de las Comunidades resulta una especie de "ficción jurídica", en contraste con la unidad del ordenamiento jurídico comunitario (10).

(9) CARTOU: *Communautés Européennes*, pág. 83, París 1981, citado por CARLOS F. MOLINA DEL POZO: *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, pág. 84.

(10) OLMÍ: *Derecho Comunitario Europeo*, pág. 16.

Paralelamente a estas fusiones, los principales cambios producidos en los Tratados constitutivos han sido los relativos a las disposiciones financieras y presupuestarias (Tratados de Luxemburgo de 22 de abril de 1970 y de Bruselas de 22 de julio de 1975) y a las adhesiones de nuevos Estados miembros (11).

De los tres Tratados fundacionales, el TCEE constituye, sin dudas, el núcleo esencial del ordenamiento jurídico comunitario, por sus aspectos normativo y jurisprudencial; mientras que el TCECA y el TCEEA representan regímenes especiales, el TCEE tiene por objeto la integración general de las economías, no la de sectores parciales, como aquéllos; por estas razones, en este estudio nos referiremos exclusivamente al TCEE, prescindiendo de los otros dos Tratados, de carácter más técnico.

2. *Analogías*

1.^a Las tres Comunidades persiguen el mismo objetivo: el establecimiento de la unión económica de Europa, dentro del marco de cooperación política de los Estados miembros; el artículo 2 TCEE recoge conjuntamente los objetivos económicos (desarrollo armonioso de la actividad económica en el ámbito comunitario, expansión continua y equilibrada, estabilidad creciente y una elevación acelerada del nivel de vida) y el objetivo político central (relaciones más estrechas entre los Estados miembros).

2.^a Las tres Comunidades tienen instituciones comunes: el Parlamento, la Comisión, el Consejo y el Tribunal de Justicia (art. 4 TCEE), cada una con las competencias que les atribuyen los respectivos Tratados. A su vez, esta fusión de las instituciones ha facilitado la coordinación de los Tratados, pues sólo puede establecerse una política común (industrial, agrícola, de transporté, de investigación...) si se tienen en cuenta las relaciones mutuas de los diferentes instrumentos de los Tratados.

3.^a Esta relación mutua aparece recogida en el artículo 232 TCEE que, en síntesis, señala que este Tratado no modificará ni al TCECA ni al TCEEA. Como el TCEE es de aplicación general, también será aplicable no sólo al carbón y al acero sino también a la energía nuclear, en la medida que esas materias no estén reguladas en los respectivos Tratados.

4.^a Como consecuencia del Tratado de fusión, antes mencionado, las tres Comunidades tienen un solo presupuesto común y una sola administración.

(11) Un estudio muy completo sobre los Tratados de las Comunidades Europeas puede verse en MOLINA DEL POZO: *Op. cit.*, págs. 81 y sigs.

5.^a El TJCE ha interpretado los Tratados en el sentido de que las tres Comunidades constituyen un solo ordenamiento jurídico, en el que los principios de "efecto directo" y "primacía del Derecho Comunitario" se refieren al nuevo orden jurídico de las tres Comunidades en su conjunto (12).

3. Diferencias

1.^a Los tres Tratados regulan materias distintas: el TCECA se refiere al carbón y al acero, el TCEEA a la energía atómica y el TCEE contiene normas para un mercado común que, en principio, abarca a todas las actividades económicas.

2.^a Al TCEE se le considera, en general, como "Tratado-marco", es decir, que se remite, en esencia, a la acción de las instituciones comunitarias, enuncia objetivos y principios y prevé el procedimiento mediante el cual esas mismas instituciones deberán ponerlos en práctica. Por el contrario, al TCECA se le califica como "Tratado-ley", pues se caracteriza por el hecho de que el carbón y el acero han quedado sustraídos a la soberanía de los Estados miembros. En el momento de firmarse el TCEEA, no existían prácticamente normas nacionales sobre energía atómica (13); por ello, la actuación en esta materia se caracteriza por las modernas acciones de los gobiernos (programas de investigación y educación, empresas comunes...).

3.^a Por su ámbito de aplicación en el tiempo: el TCECA ha previsto, por su carácter experimental, una duración de cincuenta años (art. 97), mientras que el TCEE (art. 240) y el TCEEA (art. 208) señalan una duración ilimitada. Esta expresión, "duración ilimitada", fue preferida a la de "duración indeterminada", que se usa en los Tratados en los que no se fija ningún plazo de duración, con lo cual se quiso dar un carácter irrevocable a un compromiso; si no se llegó a afirmar el carácter indisoluble de la Comunidad fue debido a que la Comunidad es una etapa importante, pero parcial, de la unión europea (14).

4.^a Por el ámbito de aplicación en el espacio: el TCECA (art. 79) se aplica "a los territorios europeos" de los Estados miembros y a los "territorios europeos de los que un Estado contratante asuma las relaciones

(12) Con carácter general, Sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, Van Gend-Loos.

(13) En España, la ley reguladora de la energía nuclear fue de 29 de abril de 1964.

(14) V. Louis: *Op. cit.*, págs. 41 y 42.

exteriores" (15). En cambio, del TCEE (art. 227) y del TCEE A (art. 198) se desprende la existencia de una competencia extraterritorial de la Comunidad (plataforma continental, zona de pesca) que la referencia a los "territorios" en el TCECA (art. 79) no parecía contener (16).

II. REPERCUSIONES DE LA ADHESION ESPAÑOLA EN EL PLANO JURIDICO

La incorporación de España a las Comunidades Europeas ha producido importantes consecuencias, que se acentuarán en el futuro, en los aspectos económico, político y social. En el plano jurídico, único que aquí interesa, la adhesión ha conllevado las siguientes consecuencias:

a) La incorporación a nuestras fuentes del Derecho de un nuevo sistema de producción normativa, que gozará, en la mayoría de los casos, de invocabilidad directa y tendrá primacía sobre el derecho interno (principios de "efecto directo" y "primacía del Derecho Comunitario", antes señalados).

b) Integración en nuestro ordenamiento jurídico del bloque normativo ya vigente en la Comunidad en el momento de la adhesión (17).

c) Aparición de nuevas posibilidades procesales, unas utilizables ante el TJCE, otras ante los propios Tribunales españoles, como el recurso o incidente prejudicial (art. 177 TCEE) (18).

Aceptando este planteamiento como punto de partida, vamos a estudiar, en primer término, el sistema comunitario de producción de normas, las fuentes del Derecho Comunitario, para analizar, seguidamente, su incidencia en las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, prescindiendo del aspecto procesal del mismo.

(15) En un principio se trató del Sarre, antes de su reincorporación a la República Federal de Alemania; hoy parece que sólo podría aplicarse a Gibraltar. Este mismo artículo 79 excluye expresamente a las islas Féroe, a la zona de soberanía británica de Chipre y sólo se aplica en parte a las islas anglonormandas y a la isla de Man.

(16) V. Louis: *Op. cit.*, págs. 42 y 43.

(17) Desde la primera adhesión, la Comunidad sentó el principio de que el "acquis", es decir, lo adquirido, lo logrado, lo conquistado, es innegociable; el Estado que se incorpore podrá obtener en la negociación suspensiones temporales de aplicación de algunas normas, pero deberá aceptar el "acquis" en el estado en que se encuentra en el momento de la adhesión.

(18) *Gaceta Jurídica de la CEE*, boletín de junio de 1985, pág. 1.

A) FUENTES DEL DERECHO COMUNITARIO

Como en todo ordenamiento jurídico, en el Derecho Comunitario se consideran normas jurídicas aquellas reglas que se caracterizan por su fuerza obligatoria y por la generalidad de su eficacia. Por ello, son fuentes normativas de las Comunidades los "medios" que crean normas jurídicas que reflejan, bien directamente, bien indirectamente, la acción de las Comunidades, aunque estas últimas carecen de efectos jurídicos respecto de dicha acción.

El ordenamiento jurídico comunitario está formado por un conjunto de normas y principios basados en los Tratados fundacionales que inspiran el desarrollo de la vida comunitaria, en constante relación con los distintos ordenamientos internos de los Estados miembros. Por ello, el Derecho Comunitario se inspira en un amplio número de fuentes, cuya diversa naturaleza y situación en el ámbito de la jerarquía de las fuentes ha originado diversas interpretaciones doctrinales respecto de sus relaciones jurídicas (19).

El objetivo que persiguen estas interpretaciones doctrinales es, lógicamente, ofrecer una visión exhaustiva y sistemática de las fuentes del Derecho Comunitario, agrupándolas según sus orígenes, sus efectos jurídicos y valor relativo en el sistema comunitario de fuentes; esta tarea, señala MOLINA DEL POZO, se hace absolutamente imprescindible, puesto que supone, en todo caso, el arranque inicial, la base de partida para el estudio del Derecho Comunitario en su conjunto (20).

Esta afirmación es lógica, por cuanto el establecimiento de una estructura de las fuentes del Derecho Comunitario, cualquiera que sea su forma y contenido, es necesaria para determinar el valor de los actos dispositivos que configuran el nacimiento de las Comunidades Europeas y su posterior desarrollo. Sin embargo, como el objeto de este trabajo no es el estudio en

(19) Como ya es habitual en el tema de las fuentes del Derecho, hay tantas clasificaciones como autores: CREXHE: "La problématique institutionnelle des Communautés", en la obra *Nature et évolution des institutions de la Communauté Européenne*, págs. 25 y sigs., establece una clasificación cuatripartita, refiriéndose a las fuentes obligatorias —Tratados, Derecho Derivado, actos convencionales y principios generales—, fuentes no obligatorias, fuentes *sui generis* y fuentes supletorias. Siguiendo esta misma sistemática, MOLINA DEL POZO: *Op. cit.*, págs. 278 y sigs., distingue cuatro tipos de fuentes: obligatorias, no obligatorias, actos *sui generis* y complementarias. M. CATALANO y R. SCARPA: *Principios de Derecho Comunitario*, págs. 64 y sigs., 1988, distinguen entre fuentes directas (Tratados, aplicación de los Tratados, Reglamentos y Directivas, Acuerdos con terceros países) y fuentes subsidiarias (Disposiciones adoptadas por los Estados miembros). G. ISAAC: *Droit Communautaire général*, págs. 15 y sigs., distingue entre Tratados, Derecho Derivado, Derecho surgido de los compromisos exteriores de las Comunidades, Derecho Complementario y fuentes no escritas.

(20) MOLINA DEL POZO: *Op. cit.*, pág. 278.

profundidad de las fuentes del Derecho Comunitario sino conocer cuáles son, para ver su incidencia en nuestro sistema normativo, prescindiré de toda clasificación doctrinal, distinguiendo simplemente tres bloques normativos: el Derecho primario u originario, el Derecho derivado o secundario y el Derecho complementario, anteriormente apuntados (21).

1. *Derecho primario u originario*

El primer sustrato normativo del Derecho Comunitario está formado por los Tratados constitutivos de las Comunidades y por aquellos otros que posteriormente han venido a completarlos o modificarlos. Sobre esta materia, me remito a lo anteriormente expuesto (22).

2. *Derecho derivado o secundario*

El segundo sustrato normativo del Derecho Comunitario está formado por las normas emanadas de las instituciones comunitarias dotadas de poder legislativo, que son la Comisión y el Consejo (23). Comprende, pues, el conjunto de actos adoptados por las instituciones comunitarias, la Comisión y el Consejo, con el fin de cumplir los objetivos del Tratado. El adjetivo "derivado" se utiliza para indicar su subordinación a los Tratados y se le prefiere a la expresión "secundario", debido a que, a menudo, estos actos instituyen normas primarias comparables a las de las leyes nacionales (23 bis).

El Derecho derivado se recoge esencialmente en el artículo 189 TCEE (24), que dice:

(21) Vid. Relación del Derecho Comunitario con diversas ramas jurídicas, en I, A), 2.

(22) Vid. Los Tratados fundacionales, en I, B), 1. La doctrina comunitaria prefiere la expresión "Derecho Primario" sobre la de "Derecho originario", posiblemente para evitar la confusión de identificar "originario" con los Tratados, en su versión original, sin tener en cuenta sus modificaciones posteriores.

(23) S. MARTÍNEZ LAGE: "Las fuentes del Derecho Comunitario", en *Iniciación al estudio del Derecho Comunitario Europeo*, editado por el Consejo General del Poder Judicial, 1984, págs. 80 y sigs.

(23 bis) Un estudio completo sobre esta materia puede verse en A. PAU PEDRÓN: *El proceso formativo del Derecho Comunitario Derivado*, 1988.

(24) También en los artículos 161 TCEEA, 14 y 33 TCECA; sin embargo, como ya he indicado anteriormente en los Tratados fundacionales, I, B), 1, sólo me referiré al TCEE por ser el núcleo esencial del ordenamiento jurídico comunitario, por sus aspectos normativo y jurisprudencial, prescindiendo de los otros dos Tratados, de carácter más técnico y de ámbito parcial.

"Para el cumplimiento de su misión, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas; tomarán decisiones; formularán recomendaciones y emitirán dictámenes en las condiciones previstas en el presente Tratado.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos los destinatarios.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes."

De este artículo 189 TCEE se desprenden las siguientes consideraciones:

1.^a Esta norma no adopta un sistema de *numerus clausus*, como a primera vista puede parecer, ya que la enumeración no es exhaustiva, cerrada; en efecto, el artículo 173 TCEE, después de establecer que el Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos del Consejo y de la Comisión que no sean Recomendaciones o Dictámenes (es decir, de los Reglamentos, Directivas y Decisiones), añade que será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado o "de cualquier norma jurídica" relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Consejo o la Comisión. Al hablar este artículo 173 TCEE de Tratado o "de cualquier norma jurídica" se deduce que tiene un alcance general, un valor que trasciende al mero recurso de anulación de los actos comunitarios (25); en otros términos, que los autores del TCEE destacaron que las normas del Derecho forman parte de las normas escritas del Tratado, de donde se deduce que, cuando el TJCE aplica o interpreta el Derecho Comunitario, ha de juzgar también en base al Derecho Comunitario no escrito, por lo que podrá aplicar normas, escritas o no escritas, de la civilización jurídica europea, lo que pone de relieve el carácter amplio y abierto del Derecho Comunitario.

2.^a Las instituciones comunitarias, la Comisión y el Consejo no disponen de poder general para adoptar todos los actos necesarios para

(25) N. CATALANO y R. SCARPA: *Op. cit.*, pág. 73. Bajo la denominación genérica de "actos sin denominación propia", J. V. LOUIS: *Op. cit.*, pág. 56, engloba aquellos actos que, por razones diversas, no se incluyen en el artículo 189 TCEE: actos relativos a la organización y funcionamiento de los órganos, como los reglamentos internos de Comités; actos funcionales preparatorios; los "programas generales" antes de adoptar Directivas, etc.; es decir, actos que sólo tienen efecto jurídico en las relaciones interinstitucionales, e incluso alguno de ellos sólo dentro de la de la misma institución.

realizar los objetivos de los Tratados; sólo pueden ejercer este poder en el caso de que éstos lo hayan previsto (arts. 3.º y 189 TCEE) (26).

Es indudable la conexión entre el principio general del artículo 3.º TCEE, según el cual "la acción de la Comunidad llevará consigo, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado...", y el artículo 189, que enumera los instrumentos normativos que pueden utilizar la Comisión y el Consejo para el cumplimiento de las misiones que les encarga el Tratado. Por ello, puede llegarse a la siguiente conclusión: si no se respeta el artículo 189 TCEE no es posible cumplir las acciones recogidas en el artículo 3.º TCEE ni los fines enunciados en el artículo 2.º TCEE, con lo que no existiría ni unión aduanera ni mercado común ni, en consecuencia, comunidad económica.

3.^a Aunque el artículo 189 sólo contiene la "definición legal" de los actos comunitarios, sin embargo, juega un papel esencial en el TCEE. Todos los actos que enumera tienen un denominador común: son actos funcionales, pues se refieren al cumplimiento de la misión que deben realizar la Comisión y el Consejo; con ello, se diferencian de las disposiciones que tienen un alcance meramente interno y de organización.

4.^a El artículo 189 no establece ninguna jerarquía formal de las fuentes comunitarias, sin embargo, no resulta forzado distinguir entre actos vinculantes (Reglamentos, Directivas, Decisiones) y no vinculantes (Recomendaciones y Dictámenes) (27). Cualquiera de estos actos normativos puede proceder indistintamente bien de la Comisión, bien del Consejo.

5.^a Si bien el TCECA es más audaz, en cuanto a su técnica jurídica, que el TCEE, sin embargo, el artículo 189 constituye un progreso en la sistematización y terminología jurídica con respecto de aquél, pues ante la amplitud y complejidad del objetivo a conseguir, la creación no sólo de un mercado común sino también de una verdadera comunidad económica hubiera sido absurdo pretender codificarlo todo, lo que se traducirían en un Tratado con miles de artículos, repitiendo, con ello, el error de la excesiva rigidez del TCECA. Por esta razón, la lógica jurídica impuso una solución de tipo constitucional: atribuir a las instituciones comunitarias, la Comisión y el Consejo un auténtico poder normativo, guardando el más completo respeto a los principios recogidos en los Tratados fundacionales.

(26) Sin embargo, como señala J. V. LOUIS: *Op. cit.*, pág. 47, no hay que confundir la regla de competencia de atribución con la idea de que las instituciones no tengan más que las competencias que les son atribuidas expresamente; además, el artículo 235 TCEE corrige **sustancialmente** la regla de la competencia de atribución.

(27) En este sentido MARTÍNEZ LAGE: *Op. cit.*, págs. 81 y 82; y BRINKHORST: *Op. cit.*, págs. 168 y 169.

Partiendo de este artículo 189 TCEE veamos por separado cada una de estas categorías normativas.

2.1. El Reglamento

Artículo 189: "El Reglamento tendrá un carácter general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro".

Es conveniente destacar una matización previa: el concepto "Reglamento" no debe entenderse en el mismo sentido que en el Derecho interno; si hubiese que buscarle un equivalente en el ámbito interno habría que referirlo a la Ley (28), en sentido material. Reglamento, en el ámbito comunitario, equivale a Ley, en el ámbito interno (29).

En esta precisión es fácil suponer que el Reglamento es el instrumento jurídico más completo y eficaz de que disponen la Comisión y el Consejo para cumplir los objetivos del Tratado. En palabras de SAVARY: "El Reglamento es... el verdadero poder europeo. Con él, la Comunidad adquiere el derecho de legislar directamente para las poblaciones de los Estados miembros, sin que medien instancias nacionales. Así pues, en aquellos campos en que se prevea el poder reglamentario hay una posible y verdadera delegación de soberanía de los Estados miembros a favor de la CEE" (30).

Entrando en el análisis de este artículo 189, pueden destacarse los aspectos siguientes:

a) Alcance general: sus destinatarios no están individualmente determinados, rasgo que lo diferencia de la Decisión, que especifica a los destinatarios, sea uno o varios Estados miembros, sea una o varias personas, físicas o jurídicas. Según la jurisprudencia comunitaria, el Reglamento, de carácter esencialmente normativo, es aplicable, no a un reducido número de destinatarios, sino a una serie de categorías determinadas de forma global y abstracta; sin embargo, determinadas circunstancias de

(28) MARTÍNEZ LAGE: *Op. cit.*, pág. 82.

(29) CATALANO y SCARPA: *Op. cit.*, págs. 79 y 80, señalan que los autores de los Tratados de Roma usaron la palabra "Reglamento" por motivos de prudencia, ante el temor de susceptibilidades e incomprensiones, que hubieran podido obstaculizar la aprobación de los Tratados por parte de los Parlamentos nacionales.

(30) A. SAVARY, ponente del proyecto de ley en la que Francia ratificó el TCEE, sesión ordinaria 1956-1957, sesión del 26 de junio de 1957, anexo 5:266, pág. 2.365, citado por J. V. LOUIS, *Op. cit.*, pág. 50.

hecho pueden individualizar a los "destinatarios" de un acto calificado de Reglamento (31).

b) Obligatorio en todos sus elementos: esto implica que no cabe en el Reglamento algo tan típico de los Tratados internacionales como es la prestación del consentimiento con formulación de reservas, que originan la inaplicación de determinados preceptos en los Estados que las formulan (32).

c) Directamente aplicable en cada Estado miembro: este rasgo diferencia al Reglamento de la Directiva, que deja a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios para lograr el resultado que deba conseguirse.

El adverbio "directamente" significa que el Reglamento se aplica no sólo a los Estados miembros, sino también a los administrados, sin necesidad de intermediación; y esto, incluso, aunque el Reglamento contenga lagunas o disposiciones incompletas, pues la norma comunitaria deberá ser completada por la propia Comunidad, no por los Estados miembros.

Aplicabilidad directa del Reglamento comunitario significa, pues, que sin la intervención de los Estados miembros, tiene vigencia automática en la Comunidad y, como tal, es fuente de derechos y obligaciones para los Estados, sus órganos y los particulares, como la propia ley nacional; el Reglamento no sólo no necesita la intervención normativa del Estado miembro, sino que, además, es contraria a su naturaleza (33).

El fundamento de la aplicabilidad directa e inmediata del Reglamento comunitario está en la propia esencia de toda norma jurídica: la Ley debe ser igual para todos, entrar en vigor al mismo tiempo (34) y producir los mismos efectos en todo el ámbito comunitario; esto conlleva la exigencia de una interpretación uniforme de las normas comunitarias (art. 177 TCEE).

El TJCE se ha ocupado de analizar los caracteres del Reglamento, señalando que, según los artículos 189 y 191 TCEE, los Reglamentos, en cuanto tales, son directamente aplicables en todo Estado miembro y entran en vigor, en virtud, únicamente, de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades*, en la fecha en que fijan o, en su defecto, en el momento determinado por el Tratado; y que, en consecuencia, son contrarias al

(31) Sentencia de 28 de noviembre de 1975 considerando número 15; Sentencia de 31 de marzo de 1977.

(32) MARTÍNEZ LAGE *Op. cit.*, pág. 82.

(33) TJCE, Sentencia de 7 de febrero de 1973.

(34) Artículo 191 TCEE: "Los Reglamentos se publicarán en el *Diario Oficial de la Comunidad*. Entrarán en vigor en la fecha en que ellos mismos fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación.

Tratado todas las modalidades de ejecución cuya consecuencia podría ser la de dificultar el "efecto directo" de los Reglamentos comunitarios y de comprometer de esta manera su aplicación simultánea y uniforme en el conjunto de la Comunidad. El carácter de un Reglamento se determina por el hecho de que rige para situaciones objetivamente descritas, sin perjuicio de las personas a quienes afecte; frente a la Directiva contiene normas vinculantes, pudiendo prever también sanciones para garantizar su cumplimiento (art. 87-2 TCEE) (35).

2.2. La Directiva

Artículo 189: "La Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios".

De esta norma pueden destacarse los aspectos siguientes:

a) Impone una obligación de resultado: los Estados miembros quedan obligados a obtener un determinado resultado, pero se les deja libertad para elegir la forma y los medios de darle cumplimiento.

b) La Directiva coincide con el Reglamento en que es obligatoria, pero así como éste constituye una fuente normativa directa, la Directiva es una fuente indirecta; ello supone, por una parte, que la decisión política se toma por las instituciones comunitarias y, por otra, que los Estados miembros adopten las disposiciones internas necesarias para lograr ese resultado. La Directiva tiende a asegurar una mejor adaptabilidad del mandato comunitario al ordenamiento interno de los Estados miembros, ello permite conseguir una armonización material, a pesar de la diversidad de normas entre los Estados miembros; su objetivo no es crear normas vigentes para toda la CEE, sino ajustar uniformemente las legislaciones nacionales a los objetivos de la Comunidad.

c) La Directiva requiere la intervención normativa de los Estados miembros: éste es el rasgo diferencial de la Directiva con el Reglamento, caracterizado por la aplicabilidad directa; la Directiva necesita la intervención normativa de los Estados miembros para transformarla en Derecho interno; en unos casos se precisará una Ley (por ejemplo, para las Directivas del IVA), en otros bastará con un Decreto o una Orden ministerial.

(35) Sentencia de 7 de febrero de 1973, asunto 39/72: Comisión contra Italia, primas para el sacrificio de vacas; Sentencia de 13 de diciembre de 1979, asunto 44/79: Liselotte Hauer contra el Land Rheinland-Pfalz.

d) Los destinatarios de la Directiva pueden ser todos los Estados miembros —supuesto normal—, algunos o uno solo de ellos; deberá ser notificada a sus destinatarios y surtirán efecto a partir de tal notificación (art. 191-2 TCEE), señalándose un plazo (dieciocho, veinticuatro meses...) para su cumplimiento; los destinatarios deberán comunicar a la Comisión las medidas internas que adopten para lograr el resultado señalado en la Directiva; de esta manera, la Comisión puede ejercer control y entablar, llegado el caso, un recurso por incumplimiento.

e) La Directiva es el único instrumento normativo que las instituciones comunitarias pueden utilizar en determinadas materias: libertad de establecimiento (art. 54 TCEE), circulación de capitales (art. 69), armonización de legislaciones (art. 100)... Sin embargo, con ocasión de una revisión del TCEE, sería conveniente que se concediera a las instituciones comunitarias la Comisión y el Consejo, libertad para elegir el mecanismo normativo más conveniente para cada caso concreto (36).

El TJCE ha tenido ocasión de estudiar el problema general de la naturaleza jurídica de las disposiciones de una Directiva adoptada en virtud del artículo 189 TCEE. En efecto, la Sentencia de 5 de abril de 1979, Asunto 148/78: Ratti, "Preparaciones peligrosas" (37), ha señalado al respecto: a) que si, en virtud de las disposiciones del artículo 189, los Reglamentos son directamente aplicables y, por consiguiente, susceptibles por su naturaleza de producir efectos directos, no se deriva de ello que otras categorías de actos contemplados en este artículo no pueda, en ningún caso, producir efectos análogos; b) que sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 reconoce a la Directiva excluir, en principio, que la obligación que impone pueda ser invocada por personas afectadas; c) que, particularmente en los casos en que las autoridades comunitarias hubieran obligado, por vía de Directiva, a los Estados miembros, a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de tal acto se encontraría debilitado si los administrados se vieran impedidos de alegarla en vía judicial y los órganos jurisdiccionales nacionales impedidos de tomarla en consideración en cuanto elemento del Derecho Comunitario; d) que en consecuencia, el Estado miembro que no ha adoptado, en los

(36) J. V. Louis: *Op. cit.*, pág. 54, señala que el uso de las Directivas ha sido muy criticado por ser demasiado detalladas y minuciosas, pero esa precisión es necesaria por tratarse frecuentemente de cuestiones técnicas, por ejemplo, obstáculos a los intercambios, y por la desconfianza entre los Estados, que temen que cualquier laguna en la reglamentación pueda ser aprovechada por otros para obtener ventajas competitivas.

(37) Recogiendo jurisprudencia anterior, Sentencias de 4 diciembre de 1974, Caso Van Duyn, y 1 de febrero de 1977; y confirmada posteriormente por Sentencia de 19 enero de 1982, caso Ursula Becker.

plazos previstos, las medidas de ejecución impuestas por la Directiva, no puede oponer a los particulares el incumplimiento, por él mismo, de las obligaciones que establece.

2.3. La Decisión

Artículo 189: "La Decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios".

De esta disposición pueden destacarse los aspectos siguientes:

a) La Decisión coincide con el Reglamento en que ambos son obligatorios en todos sus elementos; se diferencian en que el Reglamento tiene un destinatario general, la Decisión, un destinatario individual, sea uno o varios Estados miembros, sea una o varias personas, físicas o jurídicas.

b) La Decisión, como el Reglamento y la Directiva, debe ser motivada (art. 190 TCEE). BOULOUIS destaca que el TJCE es más exigente en la necesidad de motivación de las Decisiones que de los Reglamentos (38); en la motivación de Decisiones que impongan multas en materia de competencia se considerará suficiente desde el momento que demuestre de forma clara y coherente las consideraciones de hecho y de derecho en las que se basa la sanción, de forma que tanto los sancionados como el Tribunal puedan conocer los elementos esenciales del razonamiento de la Comisión (39).

c) La Decisión, como la Directiva, debe ser notificada a sus destinatarios y, a partir de ese momento, surtirá efecto (art. 191-2 TCEE); al igual que la Directiva, no requiere para su eficacia ser publicadas, aunque normalmente lo son en el *Diario Oficial de la Comunidad (DOCE)*, tratándose más bien de publicidad que de publicación.

d) El carácter de Decisión de un acto comunitario está en la creación de efectos jurídicos vinculantes para un determinado número de personas, físicas o jurídicas, determinadas o por determinar; por consiguiente, no todas las comunicaciones de una institución comunitaria son Decisiones, que sólo tendrá este carácter cuando se haya tomado una decisión vinculante y definitiva con respecto al interesado.

El TJCE, en Sentencia de 6 de octubre de 1970, Asunto Franz Grad y Finanzamt Traunstein, contempló el efecto combinado de disposiciones contenidas, respectivamente, en una Decisión y en una Directiva. En efec-

(38) JEAN BOULOUIS: *Droit institutionnel des Communautés Européennes*, pág. 147, París 1981-1982.

(39) Sentencia de 15 de julio de 1970, Asunto 41/69, Chémiefarma.

to, estimó que el Gobierno federal, al distinguir entre los efectos de los Reglamentos, por una parte, y los de las Decisiones y Directivas, por la otra, excluía la posibilidad para Decisiones y Directivas de los efectos directos de los Reglamentos, pero que del artículo 189 no resultaba que los otros actos no pudieran producir efectos análogos. Esto planteaba la cuestión de saber si la obligación que emana de la Decisión sólo puede ser invocada por las instituciones comunitarias respecto del destinatario o puede serlo por toda persona interesada en la ejecución de esta obligación; estimó que sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 reconoce a la Decisión, excluir, en principio, que la obligación que la misma impone, pueda ser invocada por personas afectadas; que el efecto útil de la Decisión se encontraría debilitado si los administrados de ese Estado no pudieran alegarla en vía judicial y los órganos jurisdiccionales nacionales estuviesen impedidos para tomarla en consideración como elementos del Derecho Comunitario; que si los efectos de una Decisión pueden no ser idénticos a los de un Reglamento, esta diferencia no excluye que eventualmente el resultado final, consistente en el derecho, para los administrados, de alegarla en vía judicial, sea el mismo que el de un Reglamento; que el artículo 177 TCEE, que regula la "cuestión prejudicial", implica que los actos comunitarios son susceptibles de ser invocados por los administrados ante los órganos jurisdiccionales nacionales; y, finalmente, que conviene examinar en cada caso si la naturaleza, la economía y los términos de la disposición de que se trate pueden producir efectos directos en las relaciones entre el destinatario del acto y terceros.

2.4. Las Recomendaciones y los Dictámenes

Artículo 189: "Las Recomendaciones y los Dictámenes no serán vinculantes".

De esta breve disposición pueden destacarse los aspectos siguientes:

a) Se trata de actos no vinculantes, lo que los diferencia de los Reglamentos, Directivas y Decisiones; sin embargo, producen determinados efectos jurídicos: si la Comisión estimara que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones comunitarias emitirá un Dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones; si dicho Estado no se atuviere a este Dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá acudir al TJCE (art. 169 TCEE) (40).

(40) Asunto 102/79, la Comisión contra Bélgica.

b) La Recomendación es un instrumento de acción indirecta para armonizar legislaciones ó evitar una distorsión de la competencia; en definitiva, constituye una invitación a actuar.

c) El Dictámen expresa una opinión sobre una cuestión determinada y es uno de los instrumentos de la Comisión para promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social (art. 118 TCEE).

3. Derecho Complementario

El tercer gran sustrato del Derecho Comunitario lo compone un conjunto heterogéneo de fuentes del Derecho, a las que une el criterio negativo de no ser Derecho Primario ni Derecho Derivado (41). Dentro de este sustrato pueden distinguirse dos subgrupos de normas: a) las fuentes del Derecho en general (jurisprudencia, costumbre, principios generales del Derecho), con alguna particularidad comunitaria; b) fuentes del Derecho Internacional.

3.1. La jurisprudencia

En el ámbito interno, es suficientemente conocida la discusión sobre la naturaleza de la jurisprudencia, si constituye o no fuente del Derecho; esta misma polémica podría repetirse en el ámbito comunitario, en el que la jurisprudencia juega un papel trascendental, hasta el punto de que JEAN BOULOUIS habla de una verdadera "legislación jurisprudencial" (42).

Las razones para explicar la singular fuerza de la jurisprudencia comunitaria hay que buscarlas bien en la gran altura doctrinal, coherencia y progresividad de la mayoría de sus Sentencias (MARTÍNEZ LAGE), bien en el monopolio de la interpretación auténtica del Derecho Comunitario (BOULOUIS). Pero, cualquiera que sea su causa, conviene insistir en la extraordinaria importancia de la jurisprudencia del TJCE, no sólo en el ámbito comunitario sino también en el interno, pues, en virtud del principio de "primacía del Derecho Comunitario", el Juez nacional, competente en una materia determinada, deberá aplicar íntegramente las normas comunitarias, prescindiendo, en virtud de su propia autoridad, de cualquier disposición contraria de la legislación nacional, sin tener que solicitar o esperar la derogación de esta última por vía legislativa.

(41) MARTÍNEZ LAGE: *Op. cit.*, pág. 89.

(42) J. BOULOUIS: *Op. cit.*, pág. 156.

3.2. *La costumbre*

En el ámbito interno también es conocida la polémica sobre si la costumbre constituye o no fuente del Derecho; en el ámbito comunitario quizá pueda sorprender que en instituciones caracterizadas por su modernidad y vocación de futuro pueda surgir la posibilidad de una fuente del Derecho, tan arcaica y controvertida (MARTÍNEZ LAGE) (43). Sin embargo, en las relaciones inter-institucionales han surgido algunas costumbres ("costumbre constitucional"), por ejemplo: la costumbre de que los miembros de la Asamblea dirijan preguntas al Consejo, cuando sólo está previsto que lo hagan a la Comisión (44); la Asamblea, desde 1962 se llama Parlamento Europeo, denominación que no aparece en los Tratados, pero que ha sido consagrada por la costumbre y recogida por el Acta Unica Europea de 17 de febrero de 1986, etc.

3.3. *Los principios generales del Derecho*

Al analizar la posición del Derecho Comunitario en relación con el Derecho Internacional, veíamos que el TJCE declaró reiteradamente que el Derecho Comunitario es un "ordenamiento autónomo", distinto del Derecho Internacional y del Derecho interno de los Estados miembros, que responde a la naturaleza *sui generis* de la Comunidad Europea, en la que concurren elementos internacionales e internos que producen una cierta integración de soberanía, originándose, con ello, un germen de supranacionalidad. Y, finalmente, que el nacimiento de un fenómeno nuevo, las Comunidades Europeas, conlleva la creación de un nuevo ordenamiento jurídico (45).

Consecuentemente con ello, estos principios generales pueden ser de diversa naturaleza (46):

a) Principios generales del Derecho Comunitario, que derivan de la naturaleza misma de los Tratados: el artículo 173-1 TCEE alude indirectamente a ellos.

(43) MARTÍNEZ LAGE, *Op. cit.*, pág. 94.

(44) RODRÍGUEZ IGLESIAS, GIL-CASARES: "El Derecho Comunitario Europeo", en el Capítulo LXVIII, de *Instituciones de Derecho Internacional Público*, de M. DÍEZ DE VELASCO, t. II, pág. 345.

(45) *Vid.* Cuestiones previas, 1.

(46) El Profesor P. PESCATORE: *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*, págs. 643 y 644; resumió la jurisprudencia comunitaria sobre esta materia, señalando que unos forman parte de la base del estado de derecho: principios de legalidad, de seguridad jurídica, de prohibición de denegación de justicia...; otros proceden del Derecho administrativo: respeto de los derechos adquiridos, igualdad ante las cargas...; y otros se encuentran en todo sistema jurídico como interpretación de sus exigencias elementales: principio de buena fe, de no gravar dos veces el mismo hecho...

tamente a ellos, al señalar que el TJCE controla la legalidad de los actos emanados del Tratado y de "cualquier norma jurídica" sobre su aplicación, con lo que engloba tanto al derecho escrito como al no escrito, en el que se encuentran los principios generales.

b) Principios generales del Derecho Internacional: el artículo 215-2 TCEE, al referirse a la responsabilidad extracontractual, dispone que la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los "principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros".

Sobre esta base, el TJCE llega a la conclusión que la Comunidad Europea está sometida a los principios generales comunes de los derechos de los Estados miembros, dado el carácter incompleto del ordenamiento comunitario y la comunidad de tradiciones jurídicas de los Estados miembros (47).

Es lógico que la elaboración y configuración jurídica de los principios generales de un ordenamiento nuevo, como es el comunitario, corresponda exclusivamente al TJCE, intérprete supremo de este nuevo ordenamiento. Sin carácter exhaustivo, la jurisprudencia más destacada sobre la materia ha sido la siguiente:

La Sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder/Ulm*, se refiere abiertamente a "los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del Derecho Comunitario, de los que el Tribunal garantiza el respeto" (48).

En la Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft m.b.H.*, una empresa alemana atacaba la validez del régimen de licencias de exportación y garantía ligadas a éstas de ciertos productos agrícolas, señaladas por Reglamentos comunitarios, en contra de la Ley Fundamental de la RFA. El TJCE, siguiendo la fórmula de la Sentencia *Stauder*, señaló que "el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuya observancia asegura el Tribunal de Justicia, y que la salvaguardia de esos derechos, aunque se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad" (49).

Esta misma fórmula se repite también en la Sentencia de igual fecha,

(47) SAVIGNY: *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, págs. 345 y sigs., ya hablaba de la existencia de una "comunidad internacional de Derecho" entre los pueblos civilizados que se relacionaban entre sí.

(48) Sentencia de 12 de noviembre de 1969, asunto número 29/69, Considerando número 7.

(49) Sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto número 11/70, considerando núm. 4.

17 de diciembre de 1970, que tenía por objeto una demanda dirigida al TJCE, en aplicación del artículo 177 TCEE, por el Hessischer Verwaltungsgerichtshof (Tribunal administrativo del Land de Hesse) en Kassel, tendente a obtener en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (oficina de importación y almacenamiento de cereales y forrajes) y Köster, Berodt & Co., una decisión de carácter prejudicial sobre la validez de un Reglamento comunitario, relativo a las licencias de importación y exportación de cereales y productos transformados (50).

En la Sentencia de 2 de julio de 1974, Holtz y Willemsen, en base al artículo 215-2 TCEE, el Tribunal decidió que, en virtud de los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros, la responsabilidad (extracontractual) de la Comunidad supone la reunión de un conjunto de condiciones: la ilegalidad del comportamiento de las instituciones, la realidad del perjuicio y la existencia de una relación de causalidad entre dicho comportamiento y el perjuicio invocado (51).

Esta postura de respeto a los principios generales y derechos fundamentales se mantiene inalterable en la jurisprudencia comunitaria posterior: Sentencias 28 de octubre de 1975, asunto Rutili; 8 de abril de 1976, asunto Royer; 27 de octubre de 1975, asunto Prais; 30 de junio de 1978, asunto Defreune III; 13 de diciembre de 1979, asunto Liselotte Hauer; 18 de mayo de 1989, Comisión/República Federal de Alemania, etc. (52).

Dentro de esta línea jurisprudencial de incluir a los principios generales del Derecho como parte del ordenamiento comunitario, el TJCE admite el "principio del respeto a la confianza legítima", también llamado de "cuasi retro actividad" (53), que se encuentra en estrecha relación con el de no-retroactividad de las normas.

Según este principio, inspirado en el Derecho alemán (Vertrauensschutz), una norma jurídica no puede eliminar las expectativas que los interesados habrían previsto razonablemente que se derivarían de la evolución normal de esa situación. Implica, por tanto, la concurrencia de los elementos:

- a) La modificación repentina de una norma jurídica.
- b) La desaparición de las expectativas que los interesados podían razonablemente pensar que les produciría la subsistencia de dicha norma.

(50) Sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto número 25/70, considerando número 22.

(51) Sentencia de 2 de julio de 1974, asunto número 153/73.

(52) Esta última ratificando la Sentencia de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft m.b.H., antes mencionada.

(53) Por: T. C. HARTLEY: *The Foundations of European Community Law*, pág. 132, Londres, 1981.

Este principio de la confianza legítima está estrechamente relacionado con el respeto de los derechos subjetivos, pues todavía no existe un derecho, sólo la expectativa de obtenerlo, pues ambos se apoyan en la misma idea: la creación de la confianza en una situación, reconocida por el ordenamiento jurídico y en su evolución razonable.

¿Es posible aplicar este principio de la confianza legítima en nuestro derecho? más concretamente, en base al artículo 215-2 TCEE, ¿puede utilizarse como argumento para obtener una indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual?

La cuestión, pues, es si en un asunto interno y sobre derecho interno se puede o no utilizar como argumento el principio de respeto a la confianza legítima, según la interpretación que del mismo realiza el TJCE. Hay que distinguir dos situaciones:

1.^a Si se trata de un litigio ante el Juez nacional en el que se discuta una norma comunitaria, es evidente que debe admitirse la interpretación y jurisprudencia del TJCE, único intérprete del Derecho Comunitario (art. 177 TCEE).

2.^a Si se trata de un litigio en el que únicamente se discuta un asunto interno, sin cuestionar ninguna norma comunitaria. Ante esta situación VALLEJO LOBETE distingue dos posibilidades:

a) Si el Tribunal Supremo nacional ha definido el contenido y alcance del principio de confianza legítima, su interpretación debe prevalecer sobre la del TJCE, o cuando menos cabría una aplicación conjunta, si ambas interpretaciones no son discrepantes.

b) Si el Tribunal Supremo nacional no ha definido este principio existirá un vacío legal, por lo que el Juez nacional deberá aplicar la jurisprudencia del TJCE (54).

3.4. Fuentes de Derecho Internacional

El carácter específico del ordenamiento comunitario se debe a que el Derecho Internacional no está destinado a desempeñar un gran papel en las relaciones entre las instituciones y los Estados miembros ni en el de los Tratados entre Estados miembros.

Las obligaciones internacionales que vinculan a la CEE emanan del Derecho Internacional general y de acuerdos internacionales:

a) El Derecho Internacional general. La doctrina y jurisprudencia comunitarias aceptan la aplicación de las normas consuetudinarias y de

(54) E. VALLEJO LOBETE: "El respeto a la confianza legítima", en *Gaceta Jurídica de la CEE*, boletín de enero 1988, págs. 2 y sigs.

los principios generales del Derecho Internacional a las Comunidades Europeas, así como las reglas referentes al Derecho de los Tratados y a los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales.

b) Los Acuerdos internacionales. Dentro de ellos hay que distinguir:

1. Los Acuerdos concluidos por los Estados miembros (art. 234 TCEE). Dentro de éstos merecen especial mención los "Acuerdos y decisiones de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo", que son una serie de acuerdos adoptados por los representantes de los Estados miembros reunidos con ocasión de una reunión del Consejo, pero actuando, no como representantes de los Estados miembros, sino como Plenipotenciarios en una conferencia; los Acuerdos así adoptados no son, lógicamente, actos del Consejo, sino Acuerdos internacionales que tratan sobre materias relacionadas con las Comunidades Europeas. Se recurre a este procedimiento cuando el Consejo no tiene atribuida competencia por los Tratados en la materia que trata de regular (55).

2. Los Acuerdos concluidos por la Comunidad (art. 228 TCEE) (56).

B) INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS COMUNITARIAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Anteriormente hemos visto que el Derecho Comunitario es un ordenamiento autónomo, distinto del Derecho Internacional y del Derecho interno de los Estados miembros, que responde a la naturaleza *sui generis* de la Comunidad Europea, en la que concurren elementos internacionales e internos, que producen una cierta integración de soberanías, originando, con ello, un germen de supranacionalidad (57). Todo ello se traduce en un incremento de competencias de las instituciones comunitarias y una correlativa limitación de soberanía para los Estados miembros, lo que, inevitablemente, provoca tensiones entre el Derecho Comunitario y los Derechos internos (58).

(55) Los Tratados CEE (art. 238) y CEEA (art. 101) tienen reconocida esta competencia para concluir estos acuerdos, pero no así en el TCECA.

(56) Para un estudio más amplio de esta materia, puede verse J. V. LOUIS: *Op. cit.*, págs. 58 y sigs.

(57) *Vid.* Cuestiones previas, I.

(58) Un ejemplo de esta tensión lo constituye la ley inglesa "Merchant Shipping Act", de 1988, exigiendo la nacionalidad, residencia y domicilio en Gran Bretaña para los armadores de buques. La Comisión Europea recurrió ante el TJCE contra la exigencia del requisito de nacionalidad, por ser discriminatoria (art. 7 RCEE), que fue aceptado por dicho Tribunal el 9 de octubre de 1989, siendo la primera vez que este organismo deroga una ley parlamentaria; como consecuencia, la Comisión pidió a los Estados comunitarios que retiren de sus respectivas legislaciones el requisito de la nacionalidad para los pesqueros, que impide la concesión de licencias y pabellones de pesca.

Por estas razones, la transposición de las normas comunitarias al Derecho interno de los Estados miembros constituye, en términos generales, una tarea compleja, delicada y difícil. Sin embargo, conviene hacer algunas matizaciones, según sea la naturaleza de la norma comunitaria a transponer.

a) La aplicabilidad directa del Reglamento comunitario no plantea dificultad, pues, sin necesidad de intervención de los Estados miembros, tiene vigencia automática en la Comunidad (art. 189 TCEE) y, en consecuencia, es fuente de derechos y obligaciones para los Estados, sus órganos y los particulares, como la propia Ley nacional; el Reglamento no sólo no necesita la intervención normativa del Estado miembro sino que, además, es contraria a su naturaleza, por lo que, caso de discrepancia con la norma interna, tendrá siempre preferencia ("efecto directo" del Derecho Comunitario).

b) Tampoco plantea dificultad la aplicación de la Decisión, que coincide con el Reglamento en que ambos son obligatorios en todos sus elementos (art. 189 TCEE), diferenciándose en que el Reglamento tiene un destinatario general, mientras que, en la Directiva, el destinatario es individual, sea uno o varios Estados miembros, una o varias personas, físicas o jurídicas; los destinatarios deberán ser notificados y, a partir de ese momento, surtirá efecto la Decisión (art. 191-2 TCEE); En consecuencia, vale lo dicho respecto del Reglamento.

c) Las Recomendaciones y los Dictámenes tampoco plantearán problemas de aplicación, pues al no ser vinculantes (art. 189 TCEE), no producirán tensiones con el Derecho interno.

d) Por exclusión de las normas anteriores, el problema de transposición de las normas comunitarias al Derecho interno se plantea, con todas sus dificultades respecto de las Directivas que, al imponer una obligación de resultado, exige la intervención normativa de los Estados miembros para transformarla en Derecho interno, lo que puede provocar reticencias y retrasos por parte de los destinatarios. En este sentido, el comisario europeo MARTÍN BANGEMANN, en un informe presentado al Consejo de Ministros de Mercado Interior (59), señalaba que España, Italia y Portugal eran los países con más retraso en la transposición de las normas comu-

(59) El 18 de septiembre de 1989; respecto a España, la Comisión ha señalado que no aplica todavía 30 Directivas de las 65 destinadas a la creación del mercado interior, que a estas alturas ya deberían estar incorporadas a las leyes internas; hasta el momento, España ha incluido en su legislación unas 850 Directivas de las 1.073 existentes; sólo en 1988 se transpusieron unas 300 Directivas. Sólo siete de las 68 Directivas adoptadas —de las 300 previstas de cara al mercado único— se aplican en todos los Estados miembros (G. J. CEE, octubre 89, núm. 46, pág. 60).

nitarias, proponiendo que, si no existía más agilidad en la aplicación del Derecho Comunitario, se adoptarían más Reglamentos que Directivas o la posibilidad de llegar al requerimiento judicial.

La Directiva, único instrumento normativo que las instituciones comunitarias pueden utilizar en determinadas materias, como libertad de establecimiento (art. 54 TCEE), de circulación de capitales (art. 69 TCEE), de armonización de legislaciones (art. 100 TCEE), etc., tiene la ventaja de permitir la adaptación del mandato comunitario al ordenamiento interno de los Estados miembros, ajustando las legislaciones nacionales a los objetivos de la Comunidad, no obstante su diversidad legislativa; pero ofrece el inconveniente de retrasar la aplicación de las normas comunitarias, como denunciaba el comisario BANGEMANN (60).

III. INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL

Analizadas, a grandes rasgos, las fuentes del Derecho Comunitario, vamos a examinar su incidencia en el sistema de fuentes regulado en el Título Preliminar del CC, en base a los dos principios generales que presiden las relaciones del Derecho Comunitario y el Derecho interno: la "primacía" y el "efecto directo" de las normas comunitarias (61). Para ello, veremos por separado aquellas disposiciones del Título Preliminar en las que, a mi juicio, va a tener mayor incidencia el ordenamiento comunitario.

a) Artículo 1.º.1. "Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho."

La incorporación de un Estado a las Comunidades Europeas implica

(60) En la cumbre de Jefes de Gobierno y de Estado de la CEE, reunida en Estrasburgo en diciembre de 1989, el Presidente de la Comisión Europea, JACQUES DELORS, presentó el habitual balance de la creación del mercado interior, señalando que su ritmo era positivo, destacando como puntos negativos el retraso en los aspectos fiscales y en la incorporación de las leyes comunitarias al Derecho interno de varios países, entre ellos España.

La Comisión Europea acaba de hacer público, con fecha oficial de 30 de diciembre de 1989, *DOCE*, número C 330, su sexto "Informe Anual al Parlamento Europeo sobre el control de la aplicación del Derecho Comunitario" durante 1988; hace una relación pormenorizada de los incumplimientos por parte de los Estados miembros de sus obligaciones comunitarias, distinguiendo entre las infracciones a las Directivas, por falta de transposición o por transposición incorrecta y todas las demás, poniendo de manifiesto que el panorama de incumplimientos resulta desolador, en G. J. de la CEE, marzo 1990, págs. 1 y 2.

(61) *Vid.* I, Planteamiento. El TS, en Sentencia de 29 de abril de 1987, ha confirmado la aplicación de estos dos principios dentro de nuestra jurisprudencia.

el cumplimiento de una serie de requisitos de todo tipo; en el plano jurídico, único que aquí interesa, la CEE sentó, desde la primera adhesión, el principio de que el "acquis comunitario", es decir, lo ya adquirido, lo ya logrado, lo ya conquistado, era innegociable; entendiéndose por "acquis comunitario" el Derecho Primario, el Derecho Derivado y el Derecho Complementario, anteriormente expuestos (62). El estado que se incorpore podrá obtener, en la negociación previa, suspensiones temporales en la aplicación de algunas normas, pero deberá aceptar el "acquis" en el estado en que se encuentra en el momento de la adhesión. Esta exigencia supone, por tanto, la integración en nuestro ordenamiento jurídico del bloque normativo vigente en la Comunidad desde el momento de la adhesión.

Partiendo de este planteamiento, la adhesión a la CEE ha conllevado una importantísima consecuencia jurídica: la incorporación al sistema de fuentes del Derecho establecido en el Título Preliminar del CC de un nuevo sistema de producción de normas que, en virtud de los principios generales de "primacía" y "efecto directo" de las normas comunitarias gozará de invocabilidad directa y tiene prioridad sobre el Derecho interno.

No es de sorprender este planteamiento, pues el nacimiento de un fenómeno nuevo, las Comunidades Europeas, ha conllevado la creación de un nuevo ordenamiento jurídico, sobre un enfoque y unas bases totalmente diferentes a las tradicionales; precisamente, la gran originalidad de los Tratados constitutivos ha sido establecer un sistema institucionalizado de producción de normas.

Esta exigencia comunitaria, derivada de una nueva concepción de la construcción europea, obliga a revisar y replantear todos los esquemas jurídicos tradicionales, al tener que buscar el primer bloque normativo, no en el propio ordenamiento interno, sino en otro sistema jurídico de orden superior, acorde con la idea de supranacionalidad; ante este planteamiento, en una futura reforma del CC habrá de contemplarse este nuevo sistema de fuentes aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la adhesión a las Comunidades Europeas.

b) Artículo 1.º:4: "Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico".

La tercera fuente de nuestro ordenamiento jurídico son los principios generales del Derecho, que se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador de todo el sistema jurídico.

Los principios generales desempeñan la función de Derecho supletorio

(62) MARTÍNEZ LAGE: *Op. cit.*, pág. 95.

de la Ley y de la costumbre en los casos no previstos por estas fuentes, pudiendo cumplir esta función precisamente por su carácter de principio general informador del ordenamiento jurídico; le proporcionan al Juez no sólo orientación y guía en la búsqueda de la solución adecuada al caso, sino también los límites que no puede traspasar, si su Sentencia ha de ser coherente con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Desde el punto de vista comunitario, la elaboración y configuración jurídica de los principios generales, bien de Derecho Comunitario, bien de Derecho Internacional, de un ordenamiento nuevo, inspirado en criterios de supranacionalidad, corresponde exclusivamente al TJCE, intérprete supremo del nuevo ordenamiento, que extrae de los ordenamientos de los Estados miembros algunas reglas jurídicas que, formando las bases de la civilización jurídica europea, constituyen las bases del mismo Derecho Comunitario. En cuanto al método utilizado para determinar la existencia de algunas reglas jurídicas, el TJCE estima que cualquier fuente es buena, siempre que sea apta para demostrar la existencia de un principio general que, aun no siendo escrita, sea inherente a la conciencia jurídica general y corresponda a la civilización europea.

De la jurisprudencia comunitaria sobre esta materia (63) pueden deducirse, a mi juicio, las siguientes consecuencias:

1.^a Una postura de respeto hacia los principios generales, como salvaguardia de los derechos fundamentales de la persona, uno de los objetivos de la Comunidad.

2.^a Inclusión de los principios generales del Derecho como parte del ordenamiento comunitario.

Estas consideraciones refuerzan la función supletoria de los principios generales, pues el intérprete, al buscar soluciones a los problemas jurídicos, podrá inspirarse en los principios generales, no sólo del ordenamiento interno, sino también del ordenamiento comunitario.

Ahora bien, puede ocurrir que existan principios generales admitidos en el sistema comunitario que no aparezcan formulados en el Derecho interno, al menos en términos similares. Este es el caso del "principio del respeto a la confianza legítima", inspirado en el Derecho alemán (*Vertrauensschutz*), según el cual una norma jurídica no puede eliminar las expectativas que los interesados habrían previsto razonablemente que se derivarían de la evolución normal de esa situación.

Ante este supuesto ¿es posible aplicar en un litigio interno este principio general del Derecho Comunitario?, en otros términos, conforme al artículo

(63) *Vid.* II, A), número 3.

215-2 TCEE (64) ¿puede utilizarse como argumento este principio de respeto a la confianza legítima para obtener una indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual?

A mi juicio, cabe una respuesta afirmativa a esta cuestión pues, al no existir jurisprudencia del TS sobre este principio (65), existe un vacío jurídico que puede llenar el Juez aplicando la jurisprudencia del TJCE (66). Argumentos:

1.º El artículo 1A1 indica que los principios generales del Derecho, además de informar el ordenamiento jurídico, constituyen fuente del Derecho; por ello, si no existen ni ley ni costumbre aplicables al caso, serán de aplicación los principios generales (art. 1.º.4), tanto de Derecho interno como de Derecho Comunitario.

2.º El artículo 1.º.6 considera a la jurisprudencia como elemento complementador del ordenamiento jurídico, por lo que el Juez podría aplicar, en defecto de ley y costumbre, un principio general del Derecho, según la interpretación del TJCE, en base al artículo 96.1 de la Constitución (67).

3.º Por la estrecha relación del "principio de respeto a la confianza debida" con el principio de la no retro actividad (art. 2.º.3).

En síntesis, el Derecho Comunitario incide sobre los principios generales del Derecho en un doble sentido: a) reforzando la función supletoria que desempeñan en el ordenamiento jurídico; b) ampliando su ámbito, al poder invocarse no sólo los del Derecho interno sino también los comunitarios.

c) Artículo 1.º.5: "Las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*" (68).

(64) Artículo 215-2 TCEE: "En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros."

(65) No conozco la existencia de ninguna Sentencia sobre esta materia.

(66) Asuntos 42 y 49/59 SNUPAT c/ ALTA AUTORIDAD, de 22 de marzo de 1961; asuntos RACKE c/ HAUPTZOLLAMT MAINZ y DECKER c/ HAUPTZOLLAMT LANDAU, 98 y 99/78, de 25 enero de 1979; ROQUETTE FRERES c/ CONSEJO y MAIZENA GmbH c/ CONSEJO, de 29 de octubre de 1980; asunto 344/85 SPA FERRIERE SAN CARLO c/ COMISION, de 12 de noviembre de 1987, etcétera.

(67) Ver este artículo 96.1 en el apartado siguiente.

(68) Sobre la elaboración del artículo 1.º.5 CC puede verse RODRÍGUEZ ZAPATA, *Constitución, Tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*, Publicaciones

Este criterio es también recogido por el artículo 96.1 de la Constitución: "Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno..." (69).

Ambas normas recogen la tradición jurídica española de que los Tratados válidamente celebrados no necesitan de ninguna transformación para formar parte del Derecho interno español; se produce, pues, una "recepción automática", en el sentido de que el Tratado internacional se aplica en el orden interno sin necesidad de transformar sus disposiciones en una ley interna de idéntico contenido (70).

MANGAS MARTÍN señala, con razón, que no debe hacerse una lectura literal y aislada de los artículos 96.1 de la Constitución y 1.º5 CC, pues conduciría a la errónea conclusión de que los Tratados no publicados no forman parte del orden interno, no tienen validez y provocan, en consecuencia, la responsabilidad internacional del Estado; no rige, pues, un sistema dualista de ordenamientos, sino un sistema monista de unidad entre el Derecho Internacional y el Derecho interno (71). En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha distinguido entre la fecha de entrada en vigor del Tratado que fijan las Partes Contratantes en el mismo y la fecha de publicación interna del mismo (72).

El artículo 1.º5 hace una matización sobre el alcance de la publicación, al señalar que las normas contenidas en los Tratados "no serán de aplicación directa en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación...". De aquí puede deducirse que la publicación permite la aplicación directa, pero la no publicación no impide que el Tratado surta otros efectos jurídicos.

La Constitución no contempla la recepción de los actos de las organizaciones internacionales ni hace una referencia a la recepción del Derecho Derivado (73). Sin embargo, señala MANGAS MARTÍN, una interpretación

del Real Colegio de España, Bolonia 1976, págs. 237 y sigs.; GONZÁLEZ CAMPOS: *Comentarios a las Reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, t. I, págs. 78 y sigs., Madrid, 1977.

(69) PUENTE EGIDO: *La celebración de Tratados internacionales en el Derecho español y su valor normativo: Derecho vigente y aspectos históricos*, pág. 431, París 1981, observa que, al exigir el artículo 96.1 la "publicación oficial en España", la Constitución queriéndolo o no, ha empleado una fórmula más amplia que la utilizada por el artículo 1.º5 CC, que exige la publicación íntegra en el *BOE* para que los tratados puedan ser aplicados en el ordenamiento jurídico español.

(70) DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: *Problemas de Derecho Internacional relativos a la propiedad industrial*, pág. 108, Barcelona 1969.

(71) A. MANGAS MARTÍN: *Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español*, págs. 47 y sigs., Madrid 1986.

(72) Recurso de amparo número 65/80, BJC 1981-82, fundamento noveno.

(73) Artículo 93 Constitución: "Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacio-

conjunta y extensiva de los artículos 96.1 de la Constitución y 1.º5 CC permite llegar a una "solución genérica", aplicándose por analogía dichos preceptos para los actos de las organizaciones internacionales, los cuales formarán parte de nuestro ordenamiento desde el momento de su validez internacional, debiendo ser publicados en el *BOE*, para permitir su aplicación directa a los particulares (74).

Los artículos 189 y 191 TCEE (15 TCECA, 161 y 163 TCEEA) establecen que los actos de las instituciones comunitarias, directamente aplicables, como son los Reglamentos, son exigibles desde su publicación en el *Diario Oficial de la Comunidad*; en otros términos, el Derecho Comunitario establece que las "disposiciones directamente aplicables" se publicarán exclusivamente en el *DOCE*, de suerte que la publicación de tales actos comunitarios en los *Boletines Oficiales* de los Estados miembros sería una violación de los Tratados (75).

Ante este planteamiento cabe preguntar: ¿Cómo conciliar la exigencia comunitaria de no publicación interna del Derecho Derivado directamente aplicable con la exigencia de la Constitución (art. 96.1) y del CC (art. 1.º5) de publicar en el *BOE* los actos de las organizaciones internacionales para su aplicación interna?

Para MANGAS MARTÍN (76), los actos de producción normativa de las instituciones comunitarias no necesitarán ser publicados en el *BOE*, ni siquiera exceptuar esa exigencia mediante una ley especial o en la ley orgánica de autorización. La publicación exigida por los artículos 96.1 de la Constitución y 1.º5 CC vendría exceptuada por el artículo 93 de la Constitución, ya que una de las competencias que resultan atribuidas es la de la publicación de los actos de las instituciones comunitarias. El artículo 93 tiene el carácter de ley especial y, como tal, deja sin efecto a la ley general (art. 96.1); por tanto, la publicación en el *DOCE* es suficiente,

nal el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las Resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión". El párrafo segundo de este precepto contempla el Derecho Derivado de las organizaciones supranacionales, pero no desde la perspectiva de la recepción, que es lo que a aquí interesa, sino refiriéndose a la ejecución de las resoluciones emanadas de dichos organismos.

(74) MANGAS MARTÍN: *Op. cit.*, pág. 57.

(75) EL TJCE lo ha confirmado reiteradamente: Sentencia de 10 de octubre de 1973, 2 de febrero de 1977, 7 de febrero de 1973, 31 de enero de 1978, 9 de marzo de 1978, etc.

(76) MANGAS MARTÍN: *Op. cit.*, pág. 61. El Profesor LOUIS: *Op. cit.*, pág. 201, comentando el artículo 93 de la Constitución española, afirmó que toda ley española que previese la publicación en el *BOE* de los actos de la Comunidad sería contraria al Derecho Comunitario.

debiendo considerarse la publicación interna de los actos derivados directamente aplicables como un acto contrario al Derecho Comunitario.

A mi juicio, la explicación de la Profesora MANGAS⁷⁷ es coherente y permite justificar la aplicación en el orden interno de las "disposiciones comunitarias directamente aplicables", los Reglamentos, sin el requisito de su publicación en el *BOE*. Pero cualquier explicación resulta necesariamente forzada al intentar conciliar dos normas jurídicas pensadas para situaciones diferentes: por un lado, el artículo 1.º5 contempla a los Tratados internacionales en el sentido tradicional, en los que el Estado presta su consentimiento (llámese ratificación, aceptación, adhesión, aprobación...) y acepta que, a la entrada en vigor que se pacta en ese instrumento internacional, la obligación sea exigible; también es posible, en los tratados clásicos, que el Estado preste su consentimiento con formulación de reservas, hecho que provoca la no aplicación interna de la norma o normas objeto de la reserva; mientras que, por otro lado, el artículo 93 de la Constitución es un precepto destinado ex profeso a la integración en la Europa comunitaria.

La explicación resulta provisionalmente válida, pero, en una futura reforma del CC, habrá que contemplar que las "disposiciones comunitarias directamente aplicables", como son los Reglamentos, tienen vigencia directa en el orden interno, sin necesidad de publicarse en el *BOE*. Para ello, quizá sería conveniente contar con un instrumento de publicidad de dichas normas comunitarias, bien mediante una amplia difusión del *DOCE*, bien mediante un anexo en el *BOE*, con carácter meramente informativo, al que podrían acudir las autoridades, judiciales y administrativas, y los particulares para conocer las "normas comunitarias directamente aplicables" que no se publican en el *BOE* (77).

d) Artículo 1.º6: "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho".

Aunque la jurisprudencia no aparece recogida entre las fuentes del Derecho Comunitario (art. 189 TCEE), sin embargo, se encomienda al TJCE la función de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados (art. 164 TCEE); en consecuencia, deberá controlar la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias, velar

(77) En Francia, los Reglamentos se publican en la Sección "Informaciones" del *BOE* y no en la Sección de actos vinculantes. PESCATORE: El reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros admite la posibilidad de la publicación en los Boletines Oficiales nacionales indicando su efecto exclusivamente informativo.

(78) Artículos 31 TCECA y 136 TCEE A.

por el cumplimiento de las obligaciones que el ordenamiento impone a los Estados miembros e interpretar las normas comunitarias.

La jurisprudencia comunitaria desempeña un papel trascendental, hasta el punto de que JEAN BOULOUIS habla de una verdadera "legislación jurisprudencial" (79), aunque sin llegar a constituir un "gobierno de los Jueces" (80). El TJCE, juntamente con el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo, son las instituciones comunitarias (art. 4.1 TCEE) que deben realizar las funciones asignadas a la Comunidad en los Tratados; pero, incluso las restantes instituciones comunitarias, no pueden prescindir de los criterios de las resoluciones judiciales, pues su poder de decisión, incluso el de carácter legislativo, se ejerce bajo el control del TJCE. Sin embargo, esto no significa que todas las cuestiones relativas al Derecho Comunitario deban someterse al TJCE, pues el artículo 183 TCEE dispone que, sin perjuicio de las competencias que el propio Tratado atribuye al TJCE "los litigios en los que la Comunidad sea parte, no podrán ser, por tal motivo, sustraídos a la competencia de las jurisdicciones nacionales" (81). De aquí se desprende que los Tribunales nacionales deben aplicar el Derecho Comunitario, hasta el punto de que R. LECOURT, antiguo Presidente francés del TJCE, afirmaba que "todo Juez nacional es también Juez comunitario" (82) y J. MERTENS DE WILMARS, otro antiguo Presidente belga, afirmaba que, antes de establecer una doble jurisdicción, los autores de los Tratados prefirieron una "fórmula de colaboración permanente entre las jurisdicciones nacionales y el TJCE" (83).

Los Tribunales españoles han de aplicar, pues, indistintamente el Derecho Comunitario y el Derecho interno, ya que aquél se integra en éste, formando parte consustancial. Los tres pilares sobre los que se apoya la práctica jurisdiccional de los Estados miembros en relación con el Derecho Comunitario son:

1.º La no aplicación de toda norma, anterior o posterior, contraria al ordenamiento comunitario (principio de primacía del Derecho Comunitario).

2.º Respecto al efecto directo de las normas que tengan este carácter (principio del efecto directo de las normas comunitarias).

(79) JEAN BOULOUIS: *Op. cit.*, pág. 156.

(80) E. CEREXHE: *Le Droit Européen*, pág. 156, 1979.

(81) En el mismo sentido, artículo 40 TCECA; es lo que LOUIS CARTOU, en *Communautés Européennes*, pág. 130, París 1975, llamó "competencia de atribución".

(82) R. LECOURT: *L'Europe des juges*, pág. 9, Bruxelles 1976.

(83) J. MERTENS DE WILMARS: "La Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes comme instrument de l'intégration européenne", comunicación presentada a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España el 20 de abril de 1982.

3.º El uso sistemático del mecanismo de la cuestión prejudicial (art. 177 TCEE).

Analizados ya los dos primeros principios, el artículo 177 TCEE regula una institución procesal, instrumento fundamental de evolución y progreso del ordenamiento comunitario, que sirve de mecanismo jurídico de comunicación entre los Jueces nacionales y el TJCE; en efecto, el "incidente prejudicial", regulado en el artículo 177 TCEE, permite la necesaria conexión entre la jurisdicción comunitaria y la interna, uniformando, por vía indirecta, los criterios interpretativos, sobre la base del principio de "colaboración judicial comunitaria". El Juez nacional debe aplicar el ordenamiento comunitario al resolver los asuntos de que conozca; al TJCE le corresponde la función de mantener la uniforme aplicación del mismo en todo el ámbito de las Comunidades, mediante un procedimiento no contencioso, sobre la base de recíprocas relaciones de colaboración entre ambos; en definitiva, tal sistema sólo puede funcionar eficazmente en un espíritu de mutuo respeto y buena voluntad (84).

A mi juicio, la conclusión que puede extraerse de todo lo expuesto es la extraordinaria importancia de la jurisprudencia del TJCE (85), no sólo en el ámbito comunitario sino también en el interno, de suerte que, en una futura reforma del CC, se contemple que la función complementadora que se atribuye a la jurisprudencia comprenda no sólo la del TS, como en el texto actual, sino también la del TJCE.

e) Artículo 1.º7: "Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido".

Al analizar las repercusiones de la adhesión española a las Comunidades Europeas veíamos que ésta conllevaba, entre otras, una importantísima consecuencia jurídica: la incorporación al sistema de fuentes del Derecho establecido en el Título Preliminar del CC de un nuevo sistema de producción de normas, que, en virtud de los principios generales de "primacía" y del "efecto directo" de las normas comunitarias, goza de invocabilidad directa y de prioridad sobre el Derecho interno.

La "primacía" obliga no al poder legislativo, sino al Juez nacional ordinario, competente en una materia determinada, que deberá aplicar el Derecho Comunitario íntegramente, dejando sin aplicación y en virtud de

(84) Un estudio detenido sobre este tema puede verse en M. PASTOR LÓPEZ, notas sobre la cuestión prejudicial del artículo 177 TCEE y su conexión con nuestro ordenamiento procesal, en *Iniciación al estudio del Derecho Comunitario Europeo*, págs. 43 y sigs., CGPJ, 1984.

(85) Vid. Apartado II.

su propia autoridad cualquiera disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que haya de solicitar o esperar la derogación previa de esta última por vía legislativa; por ello, la "primacía" de las normas comunitarias puede tener: a) un alcance mínimo, la no aplicación de las normas internas que se les opongan (esterilización); b) un alcance máximo, la declaración de nulidad de dichas normas internas por el Juez ordinario, si el Derecho interno lo autoriza (86). La "primacía" es, pues, un principio absoluto, en el sentido que se aplica a toda norma interna, cualquiera que sea su rango, incluso a las disposiciones constitucionales.

El "efecto directo" obliga a los Jueces nacionales, quienes no pueden aplicar leyes nacionales contrarias a las normas comunitarias ni esperar a que aquéllas sean derogadas por los órganos nacionales competentes. Las normas comunitarias pueden ser directamente invocables por los particulares ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros; ello es consecuencia de que los sujetos del Derecho Comunitario son tanto los Estados miembros como sus ciudadanos, hecho que lo diferencia del Derecho Internacional Privado.

Gozan de "efecto directo" las normas comunitarias que sean jurídicamente perfectas (self-executing) o, lo que es igual, las normas que establecen obligaciones claras y precisas de hacer o no hacer, no sometidas a condición ni a término, no subordinadas en su ejecución o efectos a ningún acto posterior y que no dejan a los Estados miembros un poder discrecional para dictar medidas de ejecución necesarias.

La jurisprudencia comunitaria ha considerado jurídicamente perfectas las normas de los Tratados que impongan una obligación de abstención (standstill) a los Estados miembros (87); para el TJCE el "efecto directo" de las normas de los Tratados no sólo es "vertical" (se aplican a las relaciones de un particular con la Administración Pública), sino también "horizontal" (aplicación a las relaciones de un particular con otro particular) y ha negado "efecto directo" a las disposiciones que parecen tener un alcance general e indeterminado como para poder deducir normas claras.

En virtud del juego de los principios de "primacía" y de "efecto directo" de las normas comunitarias, el Juez ordinario que conozca de un asunto en el que se discutan cuestiones comunitarias deberá atenerse, no al sistema

(86) F. BUENO ARUS: "Características del ordenamiento jurídico comunitario", en *Iniciación al estudio del Derecho Comunitario Europeo*, CGPJ, págs. 111 y 112.

(87) Sentencias Van Gend-Loos, de 5 de febrero de 1963; Costa-Enel, de 15 de julio de 1964; Salgoil, de 19 de diciembre de 1968...; entre las normas del TCEE se pueden citar los artículos 12 (abstenerse de establecer entre los Estados miembros nuevos derechos de aduana), 31 (no introducir nuevas restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente), 52 (abstenerse de restringir la libertad de establecimiento), 95 (no gravar los productos de los demás Estados miembros), etc.

de fuentes establecido (art. 1.º.7), sino a un sistema distinto, al Derecho Comunitario, en su conjunto, sea Derecho Primario, Derecho Derivado o Derecho Complementario. Por esta razón, en una futura reforma del CC deberán recogerse todas las fuentes a que pueda acudir el Juez nacional para resolver las cuestiones litigiosas.

f) Artículo 2.º.1: "Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado*; si en ellas no se dispone otra cosa".

En materia de publicidad normativa, el TCEE sólo se refiere a los Reglamentos; en efecto, el artículo 191 (88) dispone que "los Reglamentos se publicarán en el *Diario Oficial de la Comunidad*. Entrarán en vigor en la fecha que ellos mismos fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación". En base a los artículos 189 y 191 TCEE, el TJCE ha declarado reiteradamente que los Reglamentos en cuanto tales son directamente aplicables en todo Estado miembro y entran en vigor en virtud, únicamente, de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades*, en la fecha en que fijan o, en su defecto, en el momento determinado en el Tratado; en consecuencia, son contrarias al Tratado todas las modalidades de ejecución cuya consecuencia podría ser la de dificultar el "efecto directo" de los Reglamentos comunitarios y de comprometer de esta manera su aplicación simultánea y uniforme en el conjunto de la Comunidad (89).

El *DOCE* está dividido en dos series: Legislación (L) y Comunicaciones e Informaciones (C); la primera subdividida en dos epígrafes: "I. Actos cuya publicación es una condición para su entrada en vigor", en el que se publican los Reglamentos; II. Actos cuya publicación no es una condición para su entrada en vigor", en el que se publican las Directivas. La serie S consiste en los suplementos del *DOCE*, de carácter teórico y sin valor normativo (90).

Las Directivas deben ser notificadas a sus destinatarios (art. 191-2 TCEE), que pueden ser todos, algunos o uno solo de los Estados miembros, si bien normalmente lo son todos; a los destinatarios se les concede un plazo (dieciocho, veinticuatro meses...) para proceder a su cumplimiento. Aunque no constituye un requisito para su entrada en vigor, como ocurre con los Reglamentos, las Directivas se publican en el *DOCE*, en la misma serie L (Legislación), pero en el apartado II, Actos cuya publicación

(88) Artículos 15 TCECA, 161 y 163 TCEEA.

(89) Sentencia de 7 de febrero de 1973, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, considerando 17; confirmada por las de 10 de octubre de 1973, 2 de febrero de 1977, 31 de enero de 1978, 7 de marzo de 1978, etc.

(90) Una exposición muy detenida sobre publicación, notificación y entrada en vigor puede verse en PAU PEDRÓN: *Op. cit.*, págs. 134 y sigs.

no es una condición para su entrada en vigor; se trata, como dice MARTÍNEZ LAGE, más bien de publicidad que de publicación (91).

Las decisiones se notifican a los destinatarios (art. 191-2 TCEE) y no requieren, para su eficacia, ser publicados, aunque, en la práctica, lo son en el *DOCE*, serie L, apartado II, igual que las Directivas.

Sobre la publicación de los Reglamentos, GARRIDO FALLA entiende que de una interpretación literal del artículo 189 TCEE puede llegarse a la conclusión de que basta la publicación en el *DOCE*, poniendo de relieve la paradoja a que conduce esta interpretación: que el Derecho Comunitario originario sólo sea aplicable en España a partir de su publicación en el *BOE*, y, sin embargo, el Derecho Derivado, al menos en lo que se refiere a los Reglamentos, quede exento de este importantísimo requisito (92). La apreciación es acertada, dada la actual regulación del Título Preliminar del CC, pero, como ya hemos visto al analizar el artículo 1.º.5, en relación con los artículos 93 y 96.1 de la Constitución, en una futura reforma del CC habrá que contemplar expresamente que las normas comunitarias directamente aplicables —los Reglamentos— tienen vigencia directa en el orden interno, sin el requisito de su publicación en el *BOE*; para ello habrá de buscarse un instrumento de publicidad de dichas normas comunitarias que podrá consistir bien en publicar un anexo en el *BOE*, con carácter exclusivamente informativo, como ocurre en Francia y propone el Profesor PESCATORE (93), bien en una mayor difusión del *DOCE*.

g) Artículo 2.º.2: "Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado".

Esta norma recoge el criterio tradicional en nuestro ordenamiento jurídico de que las leyes sólo se derogan por otras posteriores, de manera expresa o tácita, según que la nueva ley contenga o no una declaración privando de eficacia a la ley anterior, en todo o en parte (94).

Este criterio tradicional tropieza abiertamente con el principio de "primacía de las normas comunitarias", que, juntamente con el principio de "efecto directo" y la aplicación e interpretación uniforme que realiza el TJCE son las bases sobre las que se asienta el Derecho Comunitario.

(91) S. MARTÍNEZ LAGE: *Op. cit.*, pág. 85.

(92) F. GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte General, vol. I, pág. 291.

(93) *Vid.* nota 77.

(94) El antiguo artículo 5 CC decía que las leyes sólo se derogaban por otras leyes posteriores y no prevalecería contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario.

En efecto, la jurisprudencia comunitaria ha consagrado, de manera sistemática, la "primacía del Derecho Comunitario", lo que significa que todo el ordenamiento jurídico comunitario, sea Derecho Primario, Derecho Derivado o Derecho Complementario, prevalece sobre cualquier norma interna, en base a los propios Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas y no a las Constituciones nacionales de los Estados miembros. En este sentido, en el principio de "primacía" son básicas tres Sentencias del TJCE, que citaremos brevemente.

La Sentencia de 15 de julio de 1964, M. GLAMINIO COSTA contra ENEL, consideró que la "integración, en el Derecho de cada país miembro, de disposiciones que provienen de fuente comunitaria y más generalmente los términos y el espíritu del Tratado, tienen por corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, contra un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que no puede, en consecuencia, serle opuesta; que la fuerza ejecutiva del Derecho Comunitario no puede, en efecto, variar de un estado a otro al amparo de medidas legislativas internas posteriores, sin poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado, contemplados en el artículo 5, ni provocar una discriminación prohibida por el artículo 7" (95).

La Sentencia de 13 de febrero de 1969, WALT WILHELM consideró que el TCEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales; que sería contrario a la naturaleza de tal sistema admitir que los Estados miembros pudieran adoptar o mantener en vigor medidas susceptibles de comprometer el efecto útil del Tratado; que la fuerza imperativa del Tratado y de los actos adoptados para su aplicación no puede variar de un Estado a otro por efecto de actos internos sin dificultar el funcionamiento del sistema comunitario y poner en peligro la realización de las finalidades del Tratado; que, por lo tanto, los conflictos entre la norma comunitaria y las normas nacionales deben ser resueltos por la aplicación del principio de primacía de la norma comunitaria (96).

La Sentencia de 9 de marzo de 1978, entre la Administración de Hacienda del Estado italiano y la Sociedad Anónima "Simmenthal", tuvo por objeto el precisar las consecuencias de la aplicabilidad directa de una disposición del Derecho Comunitario en caso de incompatibilidad con

(95) *Vid. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, editado por la Secretaría de Estado para las relaciones con las Comunidades Europeas, Madrid 1984, págs. 29 y sigs., en especial pág. 33.

(96) *Vid. Jurisprudencia...*, págs. 95 y 99.

una disposición posterior de la legislación de un Estado miembro (97). El Tribunal, pronunciándose sobre las cuestiones a él sometidas por el Pretore de Susa, falló: "El Juez nacional, encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho Comunitario tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas, dejando inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello tenga que pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional (98).

De la jurisprudencia examinada se deduce, sin ningún género de dudas, la "primacía" de la norma comunitaria, que obliga, no a los poderes legislativos, sino al Juez ordinario a aplicar el ordenamiento comunitario sobre el Derecho interno, caso de disparidad entre ambos. Esta nueva concepción del Derecho Comunitario, inspirada en criterios de supranacionalidad, pugna, en consecuencia, con el principio tradicional de nuestro ordenamiento interno de que las leyes sólo se derogan por otras posteriores y va a constituir, a mi juicio, una de las materias más polémicas en una futura reforma del CC: si el Juez nacional que conozca de un asunto en el que una norma interna esté en oposición o colisión con una norma comunitaria va a disponer de un poder mínimo, es decir, simplemente no aplicarla (esterilización), o de un poder máximo, es decir, declarar su nulidad, si el propio Derecho interno le autoriza a ello; pero, sea cual sea la solución que en su momento se adopte, es evidente que la regulación actual del artículo 2.º 2 CC resulta insuficiente en materia de derogación de normas.

h) Artículo 3.º 1: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas".

La interpretación es la actividad racional que investiga el verdadero sentido de la norma jurídica y, en el caso de la interpretación judicial, se dirige a la aplicación de la norma abstracta al supuesto concreto.

La existencia de un sistema institucionalizado de aplicación e interpretación del Derecho Comunitario es uno de los pilares del ordenamiento europeo, juntamente con los principios de "primacía" y "efecto directo" de las normas comunitarias. El Tratado de Roma encomienda la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario al TJCE (art. 164 TCEE), que realiza esta misión por la vía del recurso prejudicial (art. 177 TCEE). En

(97) En el mismo sentido la Sentencia de 29 de noviembre de 1978, Pigs Marketing Board.

(98) Vid. *Jurisprudencia...*, págs. 383 y sigs., en especial pág. 390.

consecuencia, el TJCE es el intérprete supremo del ordenamiento comunitario: sienta los criterios interpretativos, aplica el Derecho Comunitario, originario y derivado, pero no puede decretar la nulidad de las normas de Derecho interno, caso de desacuerdo entre ambos, en cuyo supuesto declarará la situación de incompatibilidad, con lo que prevalecerá el ordenamiento comunitario (principio de "primacía").

Como ya hemos examinado al estudiar el artículo 1.º6 CC, la "cuestión prejudicial" del artículo 177 TCEE (99) permite la necesaria conexión entre el TJCE y los Tribunales internos, uniformando por vía indirecta los criterios interpretativos. El Juez nacional es quien debe aplicar el ordenamiento comunitario al resolver los asuntos de que conozca; por su parte, al TJCE corresponde la misión de mantener la uniforme aplicación del mismo en todo el ámbito comunitario, mediante un procedimiento no contencioso, sobre la base de recíprocas relaciones de colaboración entre ambos ordenamientos; en definitiva, este sistema sólo puede funcionar eficazmente si existe un espíritu de colaboración judicial comunitaria.

En realidad, el poder del TJCE es bastante mayor de lo que, a primera vista, parece: a) por la abundancia de conceptos jurídicos no precisados con que operan los Tratados y cuya interpretación corresponde exclusivamente al TJCE; b) porque el TJCE no sólo interpreta el Tratado sino también un conjunto de fuentes jurídicas de distinto origen y rango, que pueden ir desde la cosa juzgada hasta fuentes atípicas, como los propios Tratados que la Comunidad Europea, como tal persona jurídica internacional, pueda concertar con terceros Estados (100).

De lo expuesto cabe llegar, a mi juicio, a una conclusión semejante a la obtenida del artículo 1.º6: en una futura reforma del CC habrá que admitir que la interpretación y aplicación de las normas comunitarias corresponde al TJCE, a la que deberán atenerse los Jueces y Tribunales para resolver los asuntos de que conozcan, caso de divergencia entre ambos ordenamientos.

i) Artículo 4.º: "1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

2. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas".

Nuestro ordenamiento jurídico admite, como norma general, la analogía, que consiste en aplicar al caso desprovisto de regulación jurídica una

(99) M. PASTOR LÓPEZ: *Op. cit.*, pág. 51.

(100) JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA: *El Tribunal de Justicia. Organización y Competencia. Recursos. Procedimiento ordinario y especiales*, págs. 26 y 27.

norma legal aplicable a casos que, en lo esencial, son semejantes a aquél. Por excepción; se excluye respecto de las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal (art. 4.2.º), a las que habría que añadir las leyes fiscales, en lo referente al hecho imponible, las exenciones o las bonificaciones (art. 24 Ley General Tributaria).

El Derecho Comunitario no contempla la analogía, hasta el extremo de que ninguno de los Tratados constitutivos contiene una referencia, siquiera indirecta, a esta figura, debido a su doble objetivo: económico y político (art. 2 TCEE); este vacío legal ha sido llenado por la jurisprudencia del TJCE, lo que confirma, una vez más, el papel trascendental de la jurisprudencia comunitaria (101). En efecto, el TJCE ha admitido, en determinadas circunstancias, la aplicación analógica de algunas normas comunitarias, lo que obliga a precisar a cuál de ellas es aplicable:

- a) No cabe respecto de las Recomendaciones y los Dictámenes, al no ser vinculantes (art. 189 TCEE).
- b) Tampoco es aplicable a Directivas y Decisiones, porque se dirigen a un destinatario determinado (art. 191.2 TCEE).
- c) La única posibilidad de aplicar la analogía es, pues, respecto de los Reglamentos, pero, para ello, la jurisprudencia comunitaria exige unos requisitos muy estrictos. Estos requisitos son:

Primero.—Supuestos o situaciones comparables. Se requiere una estrecha semejanza entre las condiciones previstas por la norma general y aquella a cuyo ámbito se desea ampliar; en base a ello, el TJCE negó la aplicación de la analogía cuando las situaciones de hecho eran coincidentes, pero en un supuesto existía una obligación del particular frente a la institución comunitaria que no se daba en el otro supuesto (As. 68/77 IFG/Comisión), y cuando las situaciones eran demasiado diferentes (As. 73/69 Oehlmann/Hauptzollamt Münster).

Segundo.—Violación de un principio general del Derecho Comunitario. El TJCE la ha admitido cuando resultaba evidente que la no aplicación analógica de una norma violaba un principio general del Derecho Comunitario, como la equidad (As. Reich), la confianza legítima (As. Krohn/Balm) o la preferencia comunitaria (As. Union Française de Cereales).

Tercero.—Existencia de un perjuicio económico para el interesado, consecuencia de la violación de un principio del Derecho causada por una falta de regulación jurídica en la materia de que se trata.

(101) Sentencia de 24 de junio de 1970. As. 73/69 Oehlmann/Haupt-Zollamt Münster; Sentencia de 20 de febrero de 1975, As. 64/74 Reich/Hauptzollamt Landau; Sentencia de 11 de julio de 1978, As. 6/78 Union Française de Cereales/Haupt-Zollamt Hamburg-Jonas, todos ellos recursos prejudiciales.

Recapitulando la jurisprudencia comunitaria se deduce que el TJCE, inspirado en criterios pragmáticos, ha admitido la analogía en materias de intercambio intracomunitario y de comercio exterior de productos básicamente agrarios; aunque ello no implique que la analogía haya de limitarse al simple comercio de mercancías, el hecho de que la analogía no aparezca contemplada en los Tratados constitutivos y la interpretación restrictiva que de ella hace el TJCE, me llevan a la conclusión de que la incidencia del Derecho Comunitario sobre este artículo 4.º.1. CC será mínima.

j) Art. 8.º: "1. Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español.

2. Las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España".

Al analizar las repercusiones en el plano jurídico de nuestra adhesión a las Comunidades Europeas veíamos que una de ellas era la aparición de nuevas posibilidades procesales, unas utilizables ante el TJCE, otras ante los propios Tribunales españoles, como el recurso o incidente prejudicial (art. 177 TCEE) (102).

En efecto, el carácter tradicionalmente cerrado de nuestra organización jurisdiccional experimenta una profunda transformación con la incorporación de España a las Comunidades Europeas, pues, desde el momento de la adhesión, todo Estado miembro y, por consiguiente, su Poder Judicial, queda obligado a reconocer la eficacia e invocabilidad de las normas comunitarias en el ámbito de su jurisdicción (art. 5 TCEE); de esta forma, el Juez nacional se convierte también en Juez Comunitario.

Esta integración de los ordenamientos interno y comunitario pone de relieve que el Juez nacional es una pieza esencial para el cumplimiento del Derecho Comunitario, pues su efectividad está profundamente condicionada por las vías de Derecho abiertas a las personas y por los poderes reconocidos a las jurisdicciones nacionales que vienen a ser, en definitiva, garantes de la primacía del Derecho Comunitario. Esa garantía de aplicación de la norma comunitaria por el Juez nacional se basa en la figura de la "cuestión prejudicial" (art. 177 TCEE), que viene a ser como un procedimiento judicial de reenvío, iniciado por el Juez nacional para poder pronunciarse sobre la aplicación o no de una norma comunitaria y su posible compatibilidad con la norma interna. Con ello se pretende: a) Coordinar la cooperación judicial entre el TJCE y los Jueces nacionales; b) evitar distintas interpretaciones del Derecho Comunitario por las diversas jurisdicciones de los Estados miembros.

(102) Vid. Apartado II, letra C.

Si al constituirse la Comunidad Europea se pretendió crear una Comunidad de Derechos, ello implicaba la necesidad de crear un sistema judicial propio, que permitiera la aplicación uniforme del Derecho Comunitario, misión que se encomendó al TJCE (art. 164 TCEE); de ahí la necesaria conexión y cooperación entre el TJCE y los Tribunales ordinarios, pues ni el primero puede actuar contra el Derecho positivo de los Estados miembros, ni los segundos pueden desconocer la interpretación y aplicación uniforme del Derecho Comunitario (103).

Todos los órganos jurisdiccionales españoles, incluido el Tribunal Supremo, deben ajustarse a los criterios del TJCE en materia comunitaria; de no hacerlo así constituiría una violación del Derecho Comunitario, atribuible al Estado, que podría ser objeto de un procedimiento de infracción, promovido bien por la Comisión (104), bien por otro Estado miembro (arts. 169 y 170 TCEE).

En esta línea de cooperación comunitaria, la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo aprobó un informe sobre el proyecto de decisión del Consejo, tendente a la creación de un Tribunal de Primera Instancia Comunitario (TPI) (105).

El Acta Unica Europea prevé que se pueda agregar al TJCE un órgano jurisdiccional encargado de conocer en primera instancia determinadas clases de recursos (art. 168 A TCEE); estos recursos serían básicamente los relativos al estatuto de los funcionarios comunitarios, los presentados por personas físicas o jurídicas contra instituciones comunitarias y los referentes a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, quedando expresamente excluidas del TPI las cuestiones prejudiciales y los recursos promovidos por los Estados miembros o por las instituciones comunitarias, según el mismo artículo 168A TCEE (106).

Con la creación del TPI se persigue un triple objetivo:

1. Descongestionar el gran número de asuntos que conoce el TJCE, lo que necesariamente provoca una mayor duración de los procesos.
2. Mejorar la calidad de las decisiones judiciales en aquellas materias que exigen una especial averiguación de los hechos, como la defensa comercial, competencia empresarial, etc.

(103) Una interesante exposición del tema puede verse en R. LÓPEZ-VILLAS: "El principio de unidad de jurisdicción ante la aplicación en España del Derecho Comunitario Europeo", en *Gaceta Jurídica de la CEE*, diciembre 1988, D-10, págs. 365 y sigs.

(104) As. 102/79 Comisión c/ Bélgica.

(105) Informe elaborado por la ponente M. C. VAYSSADE, aprobado el 24 de marzo de 1988. Sobre este punto puede verse E. VAN GINDERACHTER: "El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. ¿Un recién nacido prodigio?", en *G. J. de la CEE*, abril 1990, págs. 309 y sigs.

(106) Este nuevo artículo ha sido incluido por el artículo 11 del Acta Unica Europea.

3. Aumentar las garantías de protección jurisdiccional comunitaria, desdoblando la, hasta ahora, única instancia.

Como consecuencia de todo lo expuesto se puede afirmar que si nuestra adhesión a las Comunidades Europeas ha significado una cierta cesión de soberanía en el plano político, lo mismo ha ocurrido en los planos legislativo y jurisdiccional; por ello, a mi juicio, en una futura reforma del CC habrá que sustituir esta concepción rígida y cerrada de nuestro sistema jurisdiccional, a la que responde el actual artículo 8.º CC, por una nueva concepción amplia y flexible, basada en criterios de integración con los sistemas judiciales comunitarios que, mediante la figura del "recurso prejudicial" (art. 177 TCEE), permite coordinar, sin mayores dificultades, la cooperación judicial nacional y la comunitaria, dentro del marco general de la aplicación e interpretación uniforme del Derecho Comunitario.

k) Artículo 9.º.9, párrafo segundo: "...Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los Tratados internacionales..."

El artículo 9.º.1 formula una regla general: la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad, que regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. Los apartados siguientes se refieren a las relaciones personales y patrimoniales del matrimonio, relaciones paterno-filiales, adopción, tutela, prestación de alimentos y sucesión mortis causa. Recientemente el Grupo Socialista del Congreso ha presentado dos proposiciones de ley de reforma del CC: una, que modifica, entre otras disposiciones, los apartados 2 y 3 de este artículo 9.º, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, proclamado por los artículos 14 y 32 de la Constitución de 1978; y otra, que redacta nuevamente los artículos 17 a 26 CC, en materia de nacionalidad.

Refiriéndonos exclusivamente a este artículo 9.º.9, párrafo segundo, señala que, respecto de las situaciones de doble nacionalidad, prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. A mi juicio, esta norma está en colisión con el artículo 7 TCEE, que prohíbe terminantemente toda discriminación por razón de nacionalidad, precepto formulado entre los principios generales que inspiran la CEE, haciéndose aplicaciones concretas de esta prohibición de discriminación por razones de nacionalidad en materias de libre circulación de los trabajadores (art. 48.2 TCEE) (107) y de capitales (art. 67.1 TCEE) (108).

(107) Vid. Sentencia de 13 de febrero de 1969, asunto *Walt Wilhelm*.

(108) Es significativo que esta prohibición de discriminación por razones de nacio-

Una manifestación concreta de esta discriminación por razón de nacionalidad está en la ley inglesa Merchant Shipping Act, de 1988, que exigía la nacionalidad, residencia y domicilio en Gran Bretaña para los armadores de buques. La Comisión Europea recurrió ante el TJCE contra la exigencia del requisito de nacionalidad, por ser discriminatoria y contraria al artículo 7 TCEE, criterio que fue aceptado por el Tribunal el 9 de octubre de 1989; como consecuencia, la Comisión pidió a todos los Estados comunitarios que retirasen de sus respectivas legislaciones el requisito de la nacionalidad para los pesqueros, porque impedía la concesión de licencias y pabellones de pesca, lo que implicaba una forma de discriminación (109). Esta manifestación concreta pone de relieve la importancia que la CEE atribuye al principio de no discriminación por razón de nacionalidad; por ello, a mi juicio, en una futura reforma en profundidad del Título Preliminar del CC habrá que suprimir este artículo 9.º.9, párrafo segundo, por ser contrario al principio general contenido en el artículo 7 TCEE (110).

1) Artículo 12.2: "La remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española".

En el ámbito del Derecho Internacional Privado, uno de los puntos más controvertidos es la figura del reenvío; cuando el sistema de normas de conflicto de un país declara aplicable a determinada relación jurídica una ley extranjera, surge la duda de si ha de entenderse que serán aplicables las disposiciones de Derecho interno material que en el respectivo país regulen directamente la relación o, por el contrario, las normas de conflicto que en su legislación establezca.

El reenvío puede revestir dos formas: que el Derecho a que se remite la ley nacional declare, a su vez, aplicable el derecho del Juez que conoce el asunto (reenvío de primer grado o simple) o declare decisivo el derecho de un tercer país (reenvío de segundo grado o ulterior) (111).

En el ámbito comunitario, el reenvío plantea otra problemática. En efecto, el TJCE se ha opuesto de manera decidida a que el Derecho interno reproduzca las normas comunitarias afirmando que los Estados miembros... están obligados a no obstaculizar el efecto directo propio del

alidad se formule precisamente en lo que se han llamado las cuatro libertades fundamentales de la CEE: la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

(109) Ver apartado II, letra B, Integración de las normas comunitarias en nuestro ordenamiento.

(110) Sobre las limitaciones derivadas de la nacionalidad puede verse LUCÍA MILLÁN MORO: "Algunas limitaciones a la libre circulación de personas en el Tratado CEE", en *Gaceta Jurídica CEE*, julio 1988, D-9, págs. 135, especialmente 149 y sigs.

(111) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. I, vol. 1.º, págs. 643 y sigs, 11.ª edición, 1975.

Reglamento y de otras normas comunitarias y no deben tomar ninguna medida susceptible de afectar a la competencia del Tribunal cuando éste se pronuncie sobre la interpretación del Derecho Comunitario, lo que implica que no se admitirá ningún procedimiento que pudiera ocultar a los justiciables la naturaleza comunitaria de una regla jurídica (112).

Para evitar esta repetición de las normas comunitarias en el Derecho interno, la figura del reenvío se impone, por su propia lógica, a los Estados miembros, pudiendo afectar al conjunto de medidas adoptadas en una materia determinada o a un acto determinado, por lo que el reenvío será general o especial, referido a actos futuros o ya adoptados. Pero la técnica de reenviar a los actos comunitarios por medio de disposiciones habilitantes de las medidas de aplicación puede presentar algunos inconvenientes, porque las habilitaciones demasiado amplias pueden ocultar la intención de reservar al Poder Ejecutivo la posibilidad de eludir el juego de las normas comunitarias en función del interés nacional.

En virtud del artículo 5 TCEE, todo Estado miembro tiene la obligación de evitar todo comportamiento susceptible de inducir a error a los particulares sobre la norma aplicable; lo importante es que las normas comunitarias sean aplicadas por las autoridades nacionales y que los ciudadanos conozcan la norma que se les aplica; esta misma obligación de clarificación legislativa subsiste cuando el Estado miembro adopta medidas legislativas para no inducir a error.

En otro aspecto del tema, al estudiar la incidencia del Derecho Comunitario sobre el artículo 8.º CC, veíamos que la garantía de que el Juez nacional aplique la norma comunitaria está en la figura de la "cuestión prejudicial" (art. 177 TCEE), que viene a ser como un procedimiento judicial de reenvío, iniciado por el Juez interno para poder pronunciarse sobre la aplicación o no de una norma comunitaria y su posible compatibilidad con la norma interna, con lo que se pretende, por una parte, coordinar la cooperación judicial entre el TJCE y los Jueces nacionales y, por otra parte, evitar distintas interpretaciones del Derecho Comunitario por las jurisdicciones de los Estados miembros (113).

A mi juicio, ante la crítica con que la doctrina ha recibido a este artículo 12.2 CC (114), en una futura reforma del Título Preliminar habrá de sustituir esta concepción del reenvío, enfocada exclusivamente en el Derecho Internacional Privado, por otra concepción más amplia y pluridimensional que, mediante la figura del "recurso prejudicial" (art. 177

(112) Sentencia de 10 de octubre de 1973, As. Variola, considerandos números 10 y 11.

(113) Vid. este apartado III, letra/

(114) Puede verse una dura crítica en J. PÉREZ MONTERO: *Comentarios a las reformas del CC*, vol. I, págs. 592 y sigs., en especial 636 y 637.

TCEE), auténtico procedimiento judicial de reenvío, contemple la cooperación judicial intracomunitaria entre los Estados miembros (espacio judicial europeo).

m) Artículo 12.3: "En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público".

En el Derecho Internacional Privado está muy extendida la idea de que el Derecho extranjero que resultaría aplicable en virtud de las reglas generales de colisión no puede aplicarse cuando sea contrario al orden público del país. Suele distinguirse entre orden público interno y orden público internacional; el primero se desenvuelve en el ámbito del Derecho Privado de cada país, es obligatorio sólo para sus ciudadanos y comprende aquellas leyes que no pueden ser derogadas por medio de convenciones particulares, pero no impide que puedan regular con distinto criterio las relaciones jurídicas entre extranjeros; el segundo se manifiesta en la esfera del Derecho Internacional Privado, afecta a nacionales y extranjeros y abarca aquellas leyes que, siendo comunes a países de cultura jurídica semejante, no permiten que pueda establecerse una regulación distinta sin perturbar el orden interior, ni siquiera para los extranjeros.

CARRILLO SALCEDO ha criticado duramente este artículo 12.3: por no distinguir entre orden público interno y orden público internacional; por no hacer la menor referencia al Derecho aplicable en sustitución de las normas extranjeras cuya aplicación se descarta en razón de orden público; por formular una acepción del orden público que puede resultar incompatible con la limitación del orden público en los Convenios elaborados por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya posteriores a 1956, según la cual únicamente se excluye la aplicación del Derecho Extranjero "manifiestamente contrario al orden público"; por ser una solución excesivamente rígida que no permite respetar, en la medida de lo posible, los derechos adquiridos; pero, sobre todo, porque supone una formulación clásica y rígida del orden público, que no recoge las modernas tendencias hacia una concepción flexible del orden público, admitida tanto en la doctrina (115) como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (116) y de la Dirección General de Registros y del Notariado (117).

El Tratado de Roma se refiere expresamente al orden público; el artículo 36 TCEE dice: "Las disposiciones de los artículos 30 a 34 (sobre supresión de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros),

(115) MIAJA DE LA MUELA: "Indicios de atenuación del orden público en el Derecho Internacional Privado español", en *Festschrift für W. Wengler*, t. II, págs. 573 y sigs., Berlín 1973.

(116) Sentencias de 21 de diciembre de 1963 y 13 de marzo de 1969.

(117) Resoluciones de 16 de marzo de 1951, 23 de abril de 1970 y 18 noviembre de 1971.

ambos inclusive, no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas, por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales; protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial o comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni de restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros".

Estos tres conceptos jurídicos indeterminados: orden público, moralidad pública y seguridad pública ofrecen una serie de supuestos que pueden justificar una restricción a la libre circulación de mercancías, ya que no existe una noción comunitaria de cada uno de ellos.

Refiriéndose al orden público, el TJCE invocó razones de orden público comunitario para desestimar una demanda incidental (118); también ha considerado fundada en razones de orden público la prohibición de exportar monedas de aleación de plata que han tenido curso legal en un Estado miembro y cuya fundición en el mismo está prohibida, con objeto de que tal prohibición no pueda burlarse mediante la exportación (119); por el contrario, no ha admitido que pueda invocarse el orden público para justificar medidas de interés económico (120).

De la jurisprudencia comunitaria, señala VAN THEMAAT, parece deducirse que no cabe invocar el "orden público económico" por razón de equilibrio de balanza de pagos, lucha contra la inflación, etc.; pero, en cambio, podría encajar en esta noción la lucha contra el fraude fiscal (121).

A mi juicio, en una futura reforma del Título Preliminar del CC habrá que superar esta concepción cerrada, rígida y nacionalista del orden público, de preferencia sistemática de nuestro Derecho e Instituciones jurídicas, que recoge el actual artículo 12.3 por otra concepción amplia y flexible del orden público, inspirada en las cuatro libertades fundamentales del TCEE: libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

IV. CONCLUSION

Hasta la incorporación de España a las Comunidades Europeas, el 1 de enero de 1986, el sistema de fuentes establecido en el Título Preliminar

(118) Resolución de 22 de junio de 1965, As. 9/65, San Michele.

(119) Sentencia de 23 de noviembre de 1978, As. 7/78, Regina/Thompson, Rep. 2247.

(120) Sentencia de 19 de diciembre de 1961, As. 7/61, Comision/Italia, Rep. 657.

(121) VAN THEMAAT: *La libre circulation des marchandises après l'arrêt Casis de Dijon*, pág. 128, núm. 29.

del CC por la Ley 17 de marzo de 1973 y el Decreto de 31 de mayo de 1974 vino desempeñando, con mejor o peor fortuna, su función. A partir de ese momento histórico, nuestro ordenamiento se inserta en la mayor corriente jurídica del siglo xx, el Derecho Comunitario Europeo, inspirado en criterios de supranacionalidad y sobre unas bases totalmente originales y, por tanto, desconocidas con anterioridad: los principios de "primacía", "eficacia directa" y aplicación e interpretación uniforme de las normas comunitarias por el TJCE.

La creación de este nuevo sistema jurídico conlleva la aparición de un nuevo sistema de fuentes del Derecho, que responde a una nueva concepción económica, política y social que sustituye a la antigua visión estrecha, local y nacionalista de los países europeos; este nuevo Derecho obliga a los juristas a revisar y replantear gran parte de los esquemas jurídicos tradicionales, al tener que buscar el primer bloque normativo, no en el propio ordenamiento interno, sino en otro sistema jurídico de orden superior, acorde con la idea de supranacionalidad.

Este nuevo planteamiento obligará, antes o después, a efectuar una profunda reforma en el sistema de fuentes recogido en el Título Preliminar *del CC*, que se adapte a este nuevo sistema de fuentes, aplicable en nuestro ordenamiento desde la incorporación a las Comunidades Europeas. La progresiva aplicación del Derecho Comunitario en nuestro sistema jurídico no hace más que acentuar, día a día, la disparidad entre el actual sistema de fuentes del Título Preliminar, concebido para otra situación jurídica completamente diferente, y la realidad jurídica de estos momentos ante el reto de una Europa sin fronteras a partir de 1992.

JOSÉ ENRIQUE MASIDE MIRANDA

Doctor en Derecho
Registrador de la Propiedad