

LA APLICACION EN ESPAÑA DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE SALUD LABORAL

Por SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA *

SUMARIO: I. Reglamentos y Directivas Comunitarias: la necesidad de transposición. II. La aplicabilidad de las Directivas no transpuestas. III. Requisitos para la producción del efecto directo. IV. El efecto directo vertical. V. El condicionamiento interpretativo. VI. La responsabilidad del Estado por la no transposición de las Directivas. VII. Referencia concreta a las Directivas de salud laboral.

I. REGLAMENTOS Y DIRECTIVAS COMUNITARIAS: LA NECESIDAD DE TRANSPOSICION

Hablar de aplicación en España de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, denominada Directiva Marco de Seguridad, y de las Directivas Específicas derivadas de ella, significa preguntarse qué grado de vinculabilidad tienen estas normas comunitarias, y sobre todo los derechos y obligaciones en ellas contenidos, para las empresas y trabajadores de nuestro país.

Ciertamente, la pregunta no se suscitara, o lo haría con menor margen de incertidumbre, si las Directivas fueran normas comunitarias directamente aplicables, desde el momento de su aprobación, en el territorio de cada Estado miembro. Pero no es así. Como es sabido, las Directivas (y lo que se ha legislado en materia de seguridad y salud laboral por parte de la Comunidad son todas Directivas), a diferencia de los Reglamentos Comunitarios, obligan a los Estados miembros destinatarios «en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios» (artículo 189 del Tratado de la Comunidad).

En definitiva, lo que quiere decir el Tratado es que la Comunidad, al aprobar una Directiva, establece unos determinados objetivos. Más o menos concretos ya que ello depende del tenor de cada Directiva; la Directiva Marco, como su propio nombre indica, es más general, menos precisa que la Directiva de Pantallas de Visualización, por poner un ejemplo de desarrollo específico de la Directiva Marco. Pero, en todo caso, lo que ambas Directivas fijan son objetivos que, en el plazo que se señale (por eso las Directivas establecen un plazo), los Estados miembros deben cumplir mediante las actuaciones normativas y de otra índole que estimen pertinentes.

* Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Carlos III de Madrid.

En el cómo lo haga cada Estado, la Comunidad no establece regla alguna. No dice el artículo 189 del Tratado, se deja a las Autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios, del instrumento normativo (o administrativo) y del tiempo, siempre dentro del plazo, para llevarlo a cabo. Lo importante es el resultado final; el Tratado lo que establece es, por así decir, una obligación de resultado. Cuando acabe el plazo marcado, los objetivos fijados por la Directiva deben poder ser alcanzados conforme a los medios que cada Estado ha puesto en práctica.

Por el contrario, en relación al Reglamento Comunitario, el mismo artículo define su naturaleza y su alcance de una manera distinta: «será obligatorio en sus elementos, y directamente aplicable en cada Estado miembro». Por lo tanto, entre el Reglamento y la Directiva hay una diferencia sustancial: el Reglamento no necesita ninguna actuación del Estado miembro para ponerlo en práctica; es directamente aplicable sin necesidad de intermediación. La Directiva, en cambio, exige esa tarea de incorporación o de transposición; expresión ésta que tan terrible como habitual para designar la actuación estatal de recepción de un ordenamiento interno y en su práctica judicial y administrativa de los mercados por la Directiva correspondiente.

Si el Estado español hubiera cumplido sus obligaciones comunitarias y hubiera incorporado al ordenamiento jurídico interno el contenido de las Directivas de salud laboral, en el plazo marcado por las mismas (de dos a tres años como máximo, a contar desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades), el juicio sobre su aplicabilidad sería muy distinto; y la respuesta sería directamente positiva. Pero a la fecha actual no lo ha hecho (en concreto respecto de la Directiva Marco y a las primeras Específicas, cuyo plazo de transposición acabó en diciembre de 1992) y es precisamente frente a este incumplimiento que surge la pregunta con la que se iniciaba este epígrafe.

2.1. APLICABILIDAD DE LAS DIRECTIVAS NO TRANSPUESTAS

La pregunta que paso a formular con mayor precisión. Si las Directivas Comunitarias en materia de salud laboral están aprobadas, si el mandato comunitario es para que el Estado miembro las incorpore a su ordenamiento interno, ¿qué sucede, desde el punto de vista jurídico, cuando se ha agotado el plazo sin que el Estado miembro correspondiente haya realizado actuación alguna de transposición, incumpliendo el artículo 189 del Tratado? O, dicho de otra manera, ¿qué puede decirse particularmente del sujeto afectado o implicado en una normativa de este tipo que no valen los derechos que la Directiva le atribuye?, ¿qué obligaciones son las que le corresponden en base a ella y con qué alcance?

La respuesta es el rechazo de toda posible aplicabilidad.

La primera respuesta, posiblemente la menos problemática (y, todo hay que

decirlo, que no pocos Estados miembros han defendido) sería la siguiente: si la Directiva no ha sido transpuesta no genera ningún tipo de obligación, no ampara ningún derecho para los particulares ya que carece de aplicabilidad.

Es verdad que, en este caso, el Estado miembro habrá incumplido sus obligaciones comunitarias. Pero, ya que el propio artículo 189 del Tratado establece que es a las autoridades nacionales a las que corresponde establecer los medios para alcanzar los objetivos establecidos en las Directivas, no habiéndolo hecho habría que concluir que tales objetivos no son aún realizables, con independencia de que haya transcurrido el plazo fijado para ello. Se podrá afirmar que el Estado miembro ha incumplido; cabrán denuncias de ese incumplimiento ante la Comisión de las Comunidades y por parte de ésta; pero a efectos prácticos, a efectos de la aplicación concreta de la norma comunitaria, no habrá acción posible ante las jurisdicciones nacionales ya que los derechos y obligaciones contenidos en las Directivas no serían directamente alegables ante los tribunales nacionales.

Una conclusión de este tenor plantea, evidentemente, dudas importantes acerca de la aplicabilidad real de los planteamientos comunitarios. Porque, de ser así, si un Estado miembro no cumple en el plazo con la obligación de transposición, es como si la Directiva no se hubiera aprobado para ese Estado. Lo que, aparte de otras cuestiones, introduce un elemento diferencial entre los Estados miembros, según que unos sí y otros no hayan cumplido con la obligación impuesta por el artículo 189 del Tratado. Diferencias que pueden ser preocupantes y generar algunos problemas como sería la posición desigual de las empresas, por ejemplo en materia de seguridad, de un Estado comunitario a otro, según que unas estén obligadas a cumplir lo establecido en las Directivas (porque hayan sido transpuestas) y otras no.

2.2. La primacía del Derecho Comunitario como principio general.

Desde la perspectiva comunitaria, una consecuencia como la descrita no es aceptable. Entre otras cosas, porque niega algo que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha afirmado desde hace tiempo y es el que se denomina «principio de primacía del Derecho Comunitario».

Una aplicación clara de este principio se encuentra, ya en el año 1963, en la Sentencia del Tribunal de Justicia 26/62 (asunto *Van Gend & Loos*). La cuestión planteada se refería al incremento de las tasas aduaneras a la importación de ciertos productos químicos, acordada por el Estado holandés una vez entrado en vigor el Tratado Comunitario. Dicho incremento fue recurrido ante la jurisdicción nacional por una empresa holandesa (*Van Gend & Loos*, importadora en Holanda de productos químicos procedentes de la entonces República Federal Alemana), en base a la prohibición contenida en el artículo 12 del Tratado, el cual señala que «los Estados miembros se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya estén aplicando en sus relaciones comerciales recíprocas».

a cuestión de fondo no era otra que la de si el Tratado, por su aplicación al derecho interno, permitía a los particulares reclamar ante los tribunales tales los derechos derivados del mismo y, consiguientemente, si los tales nacionales debían conceder protección a tales derechos frente a las acciones de los Estados miembros contrarios a ellos.

La respuesta del Tribunal de Justicia es clara. Así señala que el Tratado no es un convenio internacional tradicional que genere sólo obligaciones entre los Estados firmantes, de manera que hasta tanto su contenido no se incorporara al derecho interno no podría dar origen a derechos ni obligaciones para los particulares. Por el contrario, para el Tribunal de Justicia la Comunidad crea un ordenamiento supranacional, que se basa en la limitación de la soberanía de los Estados miembros y que no sólo impone obligaciones a los Estados sino que también atribuye derechos a los particulares. Si, como sucede con el artículo 12 del Tratado, su tenor es claro e incondicional, ello significa que no exige una intervención legislativa por parte de los Estados miembros para hacerlo efectivo; lo que lo hace «idealmente adaptado para producir efectos directos en el derecho legal entre los Estados miembros y sus ciudadanos».

Por otra parte, añade la Sentencia, el que sean los Estados miembros los destinatarios de la prohibición contenida en el artículo 12 del Tratado no implica que los particulares nacionales no puedan beneficiarse directamente de esa prohibición. Así, dado que el particular no tiene acción para plantear el incumplimiento del Tratado, la única manera de garantizar su derecho es permitirle la alegación y la acción ante los tribunales nacionales. Concluyendo que el artículo 12 del Tratado ha de ser interpretado como productor de efectos directos y creador de derechos individuales que deben ser protegidos por los tribunales nacionales ante los particulares que pueden ser alegados.

Como puede apreciarse, de una sentencia importante. Con independencia de que se refiera a la aplicación de un artículo del Tratado (y no de las normas que son las normas comunitarias que aquí interesan), lo cierto es que la Sentencia utiliza el trascendental concepto de «efecto directo de la normativa comunitaria» (con la consecuencia de generar por sí misma derechos invocables por los particulares ante los tribunales nacionales) sobre la base de la primacía del derecho comunitario. Con la sola condición de la claridad y del carácter imperativo del mandato normativo, pese a que se dirija en principio a los Estados miembros y no a los particulares. Dicho efecto directo va a permitir acudir al incumplimiento del Estado y acudir directamente a la jurisdicción nacional invocando el amparo del derecho reconocido en la norma comunitaria.

efecto útil y efecto directo de las Directivas.

Las Sentencias posteriores van a incidir en la misma cuestión. En relación con la aplicación de Directivas Comunitarias, si bien no en materia de derecho laboral.

Una de ellas (de 4 de diciembre de 1974) es la Sentencia 41/74 (asunto *Van*

Duyn). La Sra. Van Duyn, de nacionalidad holandesa y residente en los Países Bajos, que había recibido una oferta de trabajo en el Reino Unido como secretaria de la Iglesia de la Cienciología, vio rechazada su entrada en este último país como consecuencia de la decisión del Ministerio de Salud Pública de negar el permiso de trabajo a todo extranjero que pretendiera trabajar en un establecimiento de la mencionada Iglesia, al considerar sus actividades contrarias al orden público.

La Sra. Van Duyn recurrió esta decisión sobre la base de: a) el artículo 48 del Tratado que establece el derecho a la libre circulación de trabajadores en el territorio de la Comunidad respondiendo a ofertas efectivas de trabajo; b) el artículo 3 de la Directiva 64/221, de 25 de febrero de 1964, según el cual las excepciones a la libre circulación contenidas en el artículo 48 del Tratado («razones de orden público, seguridad y salud públicas», que fueron las alegadas por el Reino Unido) deben estar fundadas exclusivamente en el comportamiento personal del interesado, con lo que se limita el poder discrecional que las legislaciones nacionales atribuyen normalmente a las autoridades competentes en materia de entrada y de expulsión de extranjeros.

Al margen de otras cuestiones que aquí no interesan, lo relevante de la Sentencia *Van Duyn* es que aborda, de nuevo, la pregunta de si las normas comunitarias citadas son o no directamente aplicables y si, por tanto, generan derechos alegables por los particulares ante los tribunales nacionales.

Respecto del artículo 48 del Tratado, la respuesta del Tribunal no podía ser muy diferente a la que ya hemos visto en el asunto *Van Gend & Loos*. Puesto que se trata de un artículo que impone obligaciones precisas, no necesita de ninguna intervención del Estado confiriendo a los particulares un derecho que pueden hacer valer en justicia y que las jurisdicciones nacionales deben salvaguardar. Y ello aunque el propio artículo permita excepciones a la libertad de circulación, a decidir por cada Estado miembro, pero que deben ser susceptibles de control jurisdiccional.

Más significativa para nuestro interés es la respuesta a la alegación del artículo 3 de la Directiva 64/221. El núcleo de la cuestión es el de si la exigencia contenida en dicho artículo de que las restricciones a la libertad de circulación por razones de orden público deben estar basadas en el comportamiento personal del sujeto interesado es directamente aplicable, limitando por ello la discrecionalidad de los Estados miembros. O si, tratándose de una Directiva, sus mandatos sólo son aplicables en la medida en que cada Estado miembro los haya transpuesto a su ordenamiento.

A este respecto, el Tribunal de Justicia establece que, siendo cierto que el artículo 189 del Tratado distingue entre los Reglamentos Comunitarios (directamente aplicables sin duda y susceptibles por su naturaleza de producir efectos directos) y las Directivas, ello no significa que estas últimas «no puedan producir jamás efectos análogos».

Incluso más aún, establece el Tribunal que «sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 del Tratado reconoce a la Directiva, el excluir en principio que la obligación que impone pueda ser invocada por las personas afectadas»; sobre todo cuando las autoridades comunitarias han obligado a los Estados miembros a adoptar un determinado comportamiento, en cuyo caso «el

útil de tal acto comunitario (la Directiva) se vería debilitado si los ables no pudieran alegar en justicia, y las jurisdicciones nacionales impedidas ar en consideración, tales normas en cuanto parte del Derecho Comuni- ; por tanto, las jurisdicciones nacionales, según el artículo 177 del Tratado, n analizar la validez y la interpretación de todos los actos comunitarios que poder ser invocados por los particulares ante esas jurisdicciones. Sólo que mpre ya que, concluye la Sentencia, habrá que examinar en cada caso si la deza, la economía y los términos de la disposición en examen son susceptibles ducir efectos directos entre los Estados miembros y los particulares.

n el caso *Van Duyn*, sobre la base de que la disposición enuncia una ción (la de fundamentar la exclusión en el comportamiento personal) que í sometida a condición ni necesita intervención clarificadora de ningún tipo, ue se trata de una limitación de uno de los principios fundamentales del lo (el de libre circulación), la seguridad jurídica obliga a que los particulares n invocar esas obligaciones «aunque se encuentren en un acto normativo o tiene de pleno derecho un efecto directo en su conjunto».

o relevante de la Sentencia *Van Duyn* es que cabe la alegación, ante los les nacionales, de un derecho derivado de una Directiva, en base al lo efecto directo de la misma. En todo caso, lo que sí es claro en la Sentencia uyn es que se subordina la posible invocabilidad del derecho por parte del ar al carácter preciso de la definición del mismo derecho en la Directiva. ra Sentencia relevante es la de 5 abril de 1979, referida al asunto *Ratti* (148/ este caso, una empresa italiana de disolventes químicos (representada por *Ratti*) decide ajustarse, en cuanto al envase y comercialización de tales tos, a las reglas establecidas en determinadas Directivas (73/173 y 77/728) nspuestas en aquel momento por el Estado italiano. Tales Directivas ían exigencias distintas a las establecidas por la legislación nacional a por lo que la empresa en cuestión resulta sancionada.

anteada la cuestión ante el Tribunal de Justicia, éste resuelve en el sentido te, similar a la Sentencia *Van Duyn*: a) Si, en base al artículo 189 del o, los Reglamentos Comunitarios son directamente aplicables y, en con- cia, susceptibles de producir efectos directos, ello no impide que otros omunitarios (las Directivas) puedan producir efectos análogos; b) Sería atible con la naturaleza obligatoria que el mismo artículo 189 reconoce a ectivas, el excluir en principio que la obligación impuesta en ellas pueda ocada por los particulares afectados; c) En concreto, cuando las autoridades itarias han obligado a los Estados miembros, por medio de Directivas, a r un determinado comportamiento, el efecto útil de tal acto se vería ado si se impidiera a los particulares invocar ante los tribunales nacionales echos reconocidos en las Directivas.

adiendo, en el caso de Directivas no transpuestas por el Estado miembro lazo establecido para ello, que el Estado que incumple no puede oponer su incumplimiento frente a los particulares que incumplen reglas nacionales as a las Directivas no transpuestas. En este caso, la Directiva prevalece a norma interna contraria que, en consecuencia, no debe ser aplicada.

Aunque, obviamente, este prevalencia no puede declararse hasta tanto no haya finalizado el plazo marcado a los Estados miembros para recibir las disposiciones de la Directiva en su ordenamiento jurídico interno.

III. REQUISITOS PARA LA PRODUCCION DEL EFECTO DIRECTO

La importante conclusión a que llega la Sentencia *Ratti* afirmando la primacía de la Directiva (aun no transpuesta pero fuera ya del plazo concedido a los Estados miembros para ello) sobre el ordenamiento interno contrario a ella (esto es, el «efecto directo» de las Directivas Comunitarias no transpuestas) va a reiterarse en otra Sentencia del Tribunal de Justicia. La referida al asunto *Becker* (8/81, de 19 de enero de 1982), que además precisará los requisitos para que ese efecto directo pueda producirse.

El Tribunal es llamado en este asunto a resolver una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal alemán en relación a la interpretación a dar a un artículo de la Directiva 77/388, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas al impuesto sobre el valor añadido. Con la finalidad de determinar si tal Directiva podía ser directamente aplicable en la entonces República Federal de Alemania tras el 1 de enero de 1979, fecha en la que concluyó el plazo de transposición de la misma sin que el Estado alemán hubiera adoptado las medidas necesarias para asegurar su ejecución, habiéndolo hecho sólo con posterioridad, a partir del 1 de enero de 1980.

La reclamante, Sra. Becker, pretendía la exoneración del impuesto sobre el valor añadido del año 1979 (y la no aplicación del impuesto antecedente en Alemania, el girado sobre el volumen de negocios), por permitírsele la Directiva 77/388. Y ello porque consideraba que, a partir del 1 de enero de 1979, fecha límite para la transposición no cumplida, la Directiva formaba ya parte de la normativa nacional produciendo, consiguientemente los efectos pertinentes.

El Estado alemán no rechazaba, en términos generales, que, conforme a la Jurisprudencia del Tribunal, una Directiva pudiera ser aplicada directamente transcurrido el plazo de transposición sin que el Estado miembro hubiera cumplido su obligación de incorporarla al ordenamiento interno. Discutía en cambio que la Directiva en cuestión reuniera los requisitos exigidos para predicar de ella los denominados «efectos directos», sobre todo por cuanto consideraba que la Directiva 77/388 permitía un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros en relación a la forma de recibir el contenido de la Directiva y en la manera de alcanzar los objetivos en ella marcados. Precisamente este margen de apreciación y de valoración dado al Estado miembro es el que, debilitando el derecho, vendría a imposibilitar el efecto directo.

Prescindiendo de la solución dada al caso concreto, lo que el Tribunal de Justicia va a establecer son los requisitos que debe cumplir una Directiva (o una parte de ella) para poder producir efectos directos (y ser, consecuentemente, invocable ante los tribunales nacionales) en el caso de que no haya sido transpuesta en plazo. Y así sostiene lo siguiente.

a) En primer lugar, que el mandato de la Directiva debe ser «suficientemente preciso» y claro como para fundar, sin margen de duda, una pretensión ante los tribunales y ser aplicado por el juez competente.

b) En segundo lugar, que dicho mandato debe ser incondicional, en el sentido de que no abra un margen de apreciación a las autoridades competentes de los Estados miembros que comporte el ejercicio de facultades de determinación dentro de un abanico de posibles opciones.

c) En tercer lugar, que el carácter impreciso y condicional que pueda predicarse, en general, de una determinada Directiva no impide que algunas de sus disposiciones puedan ser destacadas del conjunto y aplicadas directamente. Se trata, según el Tribunal, de una garantía mínima en favor de los ciudadanos lesionados por la inejecución de la Directiva por cuanto el efecto obligatorio que el artículo 189 del Tratado impone se vería privado de toda eficacia si se permitiera a los Estados miembros anular, por su propia inactividad, «incluso los efectos que, en virtud de su contenido, ciertas normas de una Directiva son susceptibles de producir».

d) En cuarto lugar y por último, que los inconvenientes y dificultades que puede provocar este efecto directo parcial de algunas Directivas, de presentarse, no deben constituir un obstáculo a su aplicación directa y a su invocabilidad ante los tribunales nacionales, ya que serían la consecuencia de un incumplimiento por parte del Estado miembro de la obligación de transposición. Consecuencia que debe ser asumida por el Estado incumplidor y que no debe ser repercutida sobre el particular que reclama la aplicación de una obligación precisa que incumbía al Estado desde el momento de la finalización del plazo de incorporación al ordenamiento jurídico interno.

Los mencionados son los requisitos clave a los que todas las Sentencias del Tribunal de Justicia que han versado sobre estas cuestiones se han referido sistemáticamente. Quiere decirse que ante la invocación por parte de un particular de un supuesto derecho derivado de una Directiva, en relación a la cual el Estado haya incumplido el plazo de transposición, lo primero que hace el Tribunal de Justicia, cuando se enfrenta a estos temas, es analizar si efectivamente el derecho (o la norma comunitaria) es incondicional, suficientemente precisa, y que no deja margen de discrecionalidad al Estado. Si no reúne esos requisitos, la conclusión es que no hay efecto directo y, aunque el plazo de transposición haya transcurrido, el particular no podría invocar en principio derecho alguno ante los tribunales nacionales derivado de la Directiva.

Una reciente, e importante, referencia al principio del «efecto directo» se encuentra en la Sentencia de 19 de noviembre de 1991 (Asuntos 6/90 y 9/90, *Francovich & Bonifaci*), relativa a la protección de los créditos salariales en los casos de insolvencia empresarial.

Como es seguramente conocido, la Directiva 80/87/CEE, de 20 de octubre de 1980, está dirigida, precisamente, a asegurar a los trabajadores asalariados un mínimo de protección comunitaria en caso de insolvencia del empresario, previendo unas determinadas garantías para el pago de los créditos salariales. Dicha Directiva establecía un plazo de transposición que finalizó el 23 de octubre

de 1983, sin que la República Italiana hubiera respetado dicha obligación (como ya se hizo constar en la Sentencia del Tribunal de 2 de febrero de 1989, 22/87, asunto Comisión/Italia) ya que el sistema previsto en este país (la llamada Caja de Integración de Ingresos o Salarios) no cumplía adecuada ni plenamente dicha garantía de los créditos salariales. En esta situación, los trabajadores italianos afectados, que habían visto burladas sus expectativas de obtener satisfacción a sus créditos salariales por la insolvencia empresarial y ante la inexistencia de un sistema público de garantía que diera eficaz cumplimiento a la Directiva 80/87 (debido a la falta de transposición de la misma), procedieron a demandar al Estado italiano.

Con independencia de la responsabilidad del Estado italiano (cuestión ésta que se tratará más adelante), la Sentencia aborda, en primer lugar, la cuestión de si las disposiciones de la Directiva que definen los derechos de los trabajadores «deben interpretarse en el sentido de que los interesados pueden hacer valer tales derechos frente al Estado ante las jurisdicciones nacionales, a falta de medidas de aplicación adoptadas dentro de los plazos establecidos».

A este efecto, el Tribunal, en línea con la jurisprudencia anterior, establece lo siguiente:

a) Reitera que, si el Estado miembro no ha adoptado en plazo las medidas de aplicación correspondientes, no puede alegar frente a la pretensión de los particulares su propio incumplimiento.

b) Reafirma el principio de que si la disposición de la Directiva es incondicional y suficientemente precisa, esta disposición podrá invocarse, a falta de medidas de aplicación, frente a cualquier norma nacional contraria a ella.

c) Sostiene el que la Directiva deje un margen de opción al Estado miembro para determinar la fecha a partir de la cual deberá asegurarse la garantía del pago de los créditos salariales no excluye, por sí mismo, la posibilidad de que los particulares «puedan hacer valer ante las jurisdicciones nacionales los derechos cuyo contenido pueda determinarse con suficiente precisión tomando como base únicamente lo dispuesto en la Directiva». En este caso, el efecto directo podrá producirse si «es posible determinar la garantía mínima prevista en la Directiva» tomando cualquiera de las opciones posibles, es decir, «de tal forma que, en cualquier caso, siempre sea posible determinar hasta dónde el Estado miembro habría podido reducir la garantía prevista por la Directiva según la fecha que habría elegido si se hubiera realizado la transposición de la Directiva».

d) Igualmente, en relación a la posibilidad de establecer un tope del importe de los créditos garantizados, afirma que «un Estado miembro que hubiere incumplido sus obligaciones de transponer la Directiva no podrá obstaculizar los derechos que la Directiva otorga a los particulares basándose dicho Estado miembro en la facultad de limitar el importe de la garantía que habría podido ejercer en caso de haber adoptado las medidas necesarias para la aplicación de la Directiva».

e) Afirma, en cambio, que la falta de precisión de la Directiva en relación al deudor de la garantía de los créditos salariales (en efecto, el Estado miembro dispone de un amplio margen de apreciación en lo referente a la organización, el

ancionamiento y la financiación de las instituciones de garantía) hacen que tales normas no puedan ser directamente invocables ante los tribunales nacionales y, por consiguiente, que «no pueda considerarse al Estado como deudor por el solo hecho de no haber adoptado las medidas de transposición dentro de los plazos establecidos».

V. EL EFECTO DIRECTO VERTICAL

Afirmada la aplicación del efecto directo de una Directiva no transpuesta con los requisitos mencionados) es necesario precisar ahora el alcance de dicho efecto directo. Dicho más concretamente, si la invocabilidad de una Directiva no transpuesta puede realizarse tanto frente al Estado incumplidor de su obligación de incorporación como frente a otros sujetos particulares que pudieran venir a su vez obligados por los términos concretos de la Directiva.

Una Sentencia clave al respecto es la 152/84, de 26 de febrero de 1986 (asunto *Marshall*).

La cuestión planteada consistía en lo siguiente. La Sra Marshall, que trabajaba como especialista de dietética en una institución sanitaria pública, fue despedida en marzo de 1980 con el único motivo de haber rebasado la edad de jubilación prevista en la ley inglesa para las personas del sexo femenino, fijada en los 60 años. Dicho despido fue impugnado por la Sra Marshall, alegando trato discriminatorio por razón de sexo, por cuanto la edad de jubilación para los varones estaba establecida en la misma ley inglesa a los 65 años; discriminación que entendía contraria a la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

Lo que se suscitaba, pues, ante el Tribunal de Justicia era la posibilidad de invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales a la mencionada Directiva, reconociéndole efecto directo, pese a la incompatibilidad de la misma con normas internas del Reino Unido; en concreto, con la *Sex Discrimination Act* de 1975, en el punto en que excluía de la prohibición de discriminación por parte del empresario, por razón de sexo, «a las disposiciones relativas al fallecimiento o la jubilación».

Lo relevante de la Sentencia Marshall no es tanto que reitere que las disposiciones de una Directiva, siempre que desde el punto de vista del contenido, «se revelen como incondicionales y suficientemente precisas», legitiman a los particulares a «invocarlas frente al Estado cuando éste, en los plazos señalados, no incorpore la Directiva a la legislación interna o la incorpore incorrectamente». Lo destacable es que, sobre la base de que el artículo 189 del Tratado impone un carácter obligatorio a la Directiva (que es lo que fundamenta finalmente la posibilidad de invocarla ante un órgano jurisdiccional nacional), dicho carácter «no existe más que para el Estado destinatario». Derivando de ello que «una Directiva no puede crear por sí misma obligaciones para un particular», y que

«una disposición de una Directiva, por tanto, no puede ser invocada, como tal, frente a un particular sino sólo frente al Estado miembro incumplidor».

Esta limitación de la invocabilidad de la Directiva, basada en la propia reducción subjetiva del destinatario directo de la misma (el Estado miembro) es lo que ha venido denominándose «efecto directo vertical» (el único posible para Directivas no transpuestas) frente al «efecto directo horizontal» (o frente a particulares que no son sujetos obligados directos de la obligación establecida en el artículo 189 del Tratado) que la Sentencia *Marshall* rechaza. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 80/86, de 8 de octubre de 1987 (asunto *Kolpinghuis*).

Dicho de otro modo, un particular no puede alegar frente a otros derechos derivados de una Directiva que no ha sido transpuesta en el plazo previsto. El efecto directo es sólo vertical, sólo frente al Estado, no horizontal, frente a otros particulares. Insisto que ésta es una afirmación reiterada, en la que el Tribunal se ha mantenido de forma constante, básicamente con el fundamento de que el efecto directo es una manera de salvar el incumplimiento de lo establecido en el artículo 189 del Tratado. Por ello, cuando se plantea la cuestión entre particulares no hay incumplimiento imputable a ninguno de ellos y, por consiguiente, no se puede afirmar que la Directiva sea alegable frente a otros particulares.

Sentado lo anterior, es claro que la cuestión se desplaza del debate sobre la existencia del efecto directo de las Directivas no transpuestas (que, en general, se admite) a la determinación del destinatario o sujeto obligado por la misma. Es decir, qué contenido deba darse al concepto de Estado que maneja el artículo 189 del Tratado. Lo que no deja de plantear problemas importantes de delimitación y, a la vez, de trato desigual para un particular concreto que podrá invocar o no una Directiva no transpuesta según que el sujeto frente al que lo pretenda sea el Estado u otro particular. Es decir, un ciudadano afectado por una Directiva estará en diferente situación ante sus propios tribunales nacionales según que el sujeto frente al que reclama sea el Estado o sea un particular. Si es el Estado podrá alegar el derecho, al que se le reconoce eficacia directa; si es un particular no, porque no existiría tal efecto directo.

De aquí que el Tribunal de Justicia haya realizado una interpretación flexible del concepto de Estado. La misma Sentencia *Marshall* utiliza una noción amplia que va más allá de los órganos personalizados públicos para extenderse a la actuación del Estado como empresario. En concreto señala que «no tiene importancia el carácter con que actúe el Estado, como empresario o como autoridad pública», porque en ambos casos «conviene evitar que el Estado pueda aprovecharse de hacer caso omiso del Derecho Comunitario».

En el mismo sentido se manifiesta la Sentencia 188/89, de 12 de julio de 1990 (asunto *Foster*), subrayando que por autoridad pública (o Estado) debe entenderse: a) todos los órganos públicos que desempeñen una función o servicio público; b) toda la actividad empresarial privada del Estado, se articule o no mediante empresas públicas; c) todas las empresas controladas, tanto en la gestión como en la financiación o en su régimen económico, por el Estado.

El Tribunal de Justicia, intentando ampliar el espacio del efecto directo

vertical y forzando el concepto de poder público o Estado, frente al cual podrían ejercitarse esos derechos derivados del efecto directo, ha propiciado así la existencia de una zona gris de indefinición que dificulta saber hasta dónde llega lo público y dónde empieza lo privado o particular. Lo que no dejará de suscitar importantes problemas interpretativos.

V. EL CONDICIONAMIENTO INTERPRETATIVO

En este apartado se pretende responder a la pregunta de la eficacia que las Directivas pueden tener en los supuestos no incluidos en la hipótesis analizada hasta ahora. Es decir, ¿qué sucede con las Directivas cuyo plazo de transposición aún no ha sido agotado?; o, ¿qué con las Directivas cuyo plazo de transposición sí ha transcurrido pero que carecen de efecto directo porque no reúnen los requisitos de precisión, incondicionalidad o falta de espacio para la discrecionalidad de los Estados miembros?; o, ¿qué, en fin, con aquellas normas comunitarias que sí establecen derechos claros, precisos e incondicionales pero que no son alegables frente al Estado, por muy ampliamente que se interprete este concepto, sino ante otros particulares?.

A este respecto, el Tribunal ha afirmado en diferentes Sentencias la necesidad de interpretar las normas internas en vigor, en cuanto no sustituidas por la incorporación de las Directivas, de conformidad con lo establecido en estas últimas. Ejemplo de ello es la Sentencia 106/89, de 13 de noviembre de 1990 (asunto *Marleasing*), según la cual, «la obligación de los Estados miembros, dimanante de una Directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé (...) se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales». Desprendiéndose de ello, concluye la Sentencia, que «al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado».

Esta obligación de interpretación de la norma nacional conforme a la Directiva de que se trate constituye un supuesto de un cierto «efecto indirecto» de la norma comunitaria, en la medida en que ésta, careciendo de efecto directo, no obstante se incorpora a la aplicación de la norma nacional, integrando el contenido de los derechos recogidos en esta última.

Efecto indirecto, y por lo mismo de escaso alcance, no exento, además, de problemas y límites ya que, en relación a los segundos, es obvio que la interpretación de la norma nacional conforme a la comunitaria no será posible cuando el derecho nacional sea claramente contrario a la Directiva puesto que dicha interpretación no puede llegar a atribuir a los particulares derechos contenidos en una Directiva que no les es de aplicación. Por otra parte, la exigencia de este tipo de interpretación no deja de generar ciertas dosis de

ambigüedad y de inseguridad jurídicas ya que abre la posibilidad a diversos tipos de interpretación de la Directiva según los diferentes Estados miembros y los distintos tribunales nacionales.

VI. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA NO TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS

Si una Directiva no ha sido transpuesta en plazo y, en virtud de su contenido, no hay posibilidad de sostener para la misma el efecto directo, queda aún pendiente la cuestión de si es posible reclamar alguna responsabilidad al Estado miembro por los daños derivados del incumplimiento de la obligación de transposición establecida en el artículo 189 del Tratado. Incumplimiento que se produciría tanto por la no transposición de las Directivas como por el desconocimiento de las mismas o por la emanación y aplicación de normas incompatibles con ellas.

Esto es, una cosa es que la Directiva sea invocable ante los tribunales nacionales, en virtud del efecto directo, frente a los poderes públicos o al Estado, si el ciudadano considera que tal Directiva le reconoce o atribuye un derecho claro, preciso e incondicional. Y otra cosa es que el ciudadano pueda dirigirse a los poderes públicos exigiendo, no el cumplimiento de la Directiva o el respeto al derecho que establece esa Directiva (imposible por cuanto falta de los requisitos precisos para tener efecto directo), sino la indemnización del daño ocasionado por el no cumplimiento del mandato de incorporar la Directiva al ordenamiento interno.

Posibilidad esta última más clara cuando el destinatario del derecho (o el sujeto obligado por la Directiva) no es el Estado sino un particular. Porque, en este supuesto, al no ser invocable la Directiva (porque no se reconoce, hoy por hoy, el efecto directo horizontal), el ciudadano que se ve afectado en su derecho por esa imposibilidad de reclamar ante otro particular podría dirigirse a los poderes públicos, solicitando la indemnización del daño causado por la inactividad del Estado miembro.

En relación a ello hay que traer a colación a la Sentencia *Francovich & Bonifaci*, ya citada antes.

En ella se establece lo siguiente: a) Que «el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho Comunitario que les sean imputables es inherente al sistema del Tratado»; b) Que «si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener reparación cuando sus derechos han sido lesionados por una vulneración del Derecho Comunitario imputable a un Estado miembro, se pondría en peligro la plena eficacia de las normas comunitarias y se debilitaría la protección de los derechos que dichas normas reconocen»; c) Que «la posibilidad de reparación a cargo del Estado miembro es particularmente indispensable cuando el pleno efecto de las normas comunitarias está supeditado a la condición de una acción por parte del Estado y cuando, en consecuencia, los particulares no pueden, por no haberse realizado

dicha acción, hacer valer ante las jurisdicciones nacionales los derechos que el Derecho Comunitario les reconoce».

Sentado el principio de responsabilidad del Estado miembro incumplidor, otra cosa son las condiciones exigibles para que surja un derecho del particular a la reparación del daño; lo que se hace depender por la Sentencia *Franovich & Bonifaci* de la naturaleza de la violación. Con tres condiciones: a) Que el resultado establecido por la Directiva lleve consigo la concesión de derechos a los particulares; b) Que pueda determinarse el contenido de dichos derechos con arreglo a lo dispuesto en la propia Directiva; y c) Que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que tiene el Estado y el daño sufrido por las personas perjudicadas. Cumplidas las tres condiciones, se genera «en beneficio de los particulares un derecho a obtener reparación, que se fundamenta de forma directa en el Derecho Comunitario». A lo que podría añadirse el que el derecho lesionado sea susceptible de reparación económica, lo que limita el campo objetivo de la responsabilidad estatal.

Por último, señala la Sentencia que el procedimiento, las modalidades procesales de las acciones judiciales y la jurisdicción competente para sustanciar esta responsabilidad pertenece al orden jurídico interno de cada Estado (por ejemplo, lo previsto en relación a la responsabilidad extracontractual del Estado) ya que no existe reglamentación comunitaria al efecto. Remisión que tiene dos salvedades: que tales reclamaciones no podrán ser tratadas de forma menos favorable que las referentes a las reclamaciones internas que sean similares y que no resulte prácticamente imposible o excesivamente difícil la obtención de la reparación de que se trate.

Lo anterior lleva a la necesidad de analizar cuáles son esos procedimientos, porque esa responsabilidad puede derivarse, por ejemplo, de no haber aprobado una norma. Piénsese en una cuestión que, en virtud del ordenamiento constitucional español, sea objeto de reserva de ley, o que sea necesario regularla por ley. Ahora mismo no existen unos cauces claros para esa exigencia de esa responsabilidad, si bien sería quizás aceptable la posibilidad de una reclamación directa ante el Consejo de Ministros. Pero, aunque el procedimiento esté por determinar, es clara, en cambio, la afirmación del principio de la responsabilidad del Estado frente a este tipo de incumplimiento. Incluso en los casos donde no se produce el efecto directo de la Directiva, porque no lo tenga, porque sea poco preciso su contenido, o porque, de ser concreto, sería un efecto directo horizontal no aceptado, la responsabilidad estatal existe siempre.

VII. REFERENCIA CONCRETA A LAS DIRECTIVAS DE SALUD LABORAL

Todo expuesto hasta el momento constituye la elaboración jurídica que, desde el Derecho Comunitario y desde el Tribunal de Justicia, se ha realizado por lo que respecta a la aplicabilidad de las Directivas Comunitarias.

Hasta qué punto este tipo de construcciones van a ser recibidas por los

tribunales nacionales, tampoco se puede predecir. Hay países, Francia y Alemania por ejemplo, que han sido sistemáticamente reticentes y contrarios a la aplicación del efecto directo, y los propios tribunales son los primeros que han puesto todo tipo de obstáculos. Estos asuntos no han llegado con mucha frecuencia a los tribunales españoles y, por tanto, no sabemos cuán sensibles serán a estos argumentos. Pero, sin lugar a dudas, si se plantean cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia cuando se aborden problemas de aplicación de las Directivas de salud laboral, el Tribunal de Luxemburgo va a responder en la línea de afirmación clara del efecto directo; intentando, en definitiva, sostener en todo caso la primacía del Derecho Comunitario.

¿Qué repercusión va a tener todo lo dicho en relación con las Directivas en materia de salud laboral?

Hay que decir, como idea previa, que es imposible dar una respuesta general, válida para todos los supuestos. Ya se ha señalado que aunque solamente se hiciera referencia a la Directiva Marco y a las Directivas Específicas o de desarrollo (dejando, pues, al margen las relativas a otras materias conectadas con la salud laboral como la Directiva de Máquinas o de Equipos de Protección Individual) existen diferencias importantes entre una y otras. Por cuanto varía mucho el grado de concreción, el tipo de derecho reconocido que, en unos casos, es muy genérico, muy ambiguo y el margen de discrecionalidad que da a los Estados amplísimo; mientras que en otros casos hay mucha más precisión.

«Grosso modo», se podría establecer una frontera (si bien se trata de criterios generales y por consiguiente seguramente no aplicables al cien por cien) entre la Directiva Marco y las Directivas específicas.

A poco se lean con detenimiento las Directivas Específicas, podrá comprobarse que su nivel de concreción es mucho mayor. Tanto las obligaciones empresariales como los derechos que se atribuyen a los trabajadores se encuentran regulados con más detenimiento, descendiendo en algún caso a configuraciones bastante minuciosas. El propio carácter especializado de las Directivas lo justifica. Por ello, se suele decir que la intensidad normativa de estas Directivas es muy alta, dejando poco espacio para la actuación discrecional del Estado miembro a la hora de incorporarlas al ordenamiento jurídico interno. Tanto los objetivos a alcanzar como los instrumentos para obtenerlos están muy definidos y, por tanto, el margen de maniobrabilidad de los Estados es muy escaso. Además, en estas Directivas será seguramente más fácil detectar un mínimo comunitario garantizado que, pese a las posibilidades de opción concedidas a los Estados miembros, deberá ser respetado en todo caso. Mucho más si el juicio se realiza artículo por artículo (lo que como, hemos visto, permite la jurisprudencia comunitaria) y no de forma general.

Así pues, será más fácil concluir que las Directivas Específicas están dotadas de efecto directo, una vez transcurrido el plazo de transposición sin que hayan sido incorporadas al ordenamiento interno, como ya ha sucedido con algunas de ellas. En consecuencia, los derechos reconocidos en las mismas podrán ser invocados ante los tribunales nacionales (y éstos deberán darles amparo), aunque siempre que tales derechos se reclamen frente al Estado (entendido en el sentido amplio propiciado por el Tribunal de Justicia), esto es, el efecto directo vertical.

En los casos en que tal efecto directo vertical no pueda ser sostenido porque el mandato comunitario no sea claro, preciso ni incondicional, o porque se trate de derechos ejercitables frente a otros particulares (el empresario privado, como supuesto típico), aún será posible reclamar al Estado la reparación de los daños causados al trabajador por la falta de puesta en práctica de las medidas de protección de la salud previstas en las Directivas; siempre que, obviamente, tal reparación no esté ya cubierta en todos sus extremos por las normas internas en vigor.

Algo distinto sucede con la Directiva Marco, respecto de la cual el juicio global debe ser el contrario.

Se trata de una Directiva que se formula en algunos apartados de forma claramente genérica. Cuando habla, por ejemplo, del derecho de participación de los trabajadores en los temas de seguridad, la Directiva se remite a los usos y a la legislación nacionales. Esta mención es tan genérica que permite desde la consulta o la mera información hasta una participación que consista en una facultad de codecisión en estas materias. La Directiva deja al Estado miembro unos márgenes tan amplios y explícitos que difícilmente podrá hablarse de efecto directo. Aunque quizás pudiera hablarse también de mínimos comunitarios garantizados, con lo cual se podría sostener un cierto efecto directo respecto al mínimo porque, en todo caso y por seguir con el ejemplo, menos que un derecho de consulta no puede reconocerse.

Pero, en general, se puede decir que la Directiva Marco remite más frecuentemente a ese margen de discrecionalidad del Estado miembro y, por consiguiente, va a ser más difícil respecto de sus artículos afirmar el efecto directo. Esto como regla general, ya que es posible, tras un análisis de la Directiva Marco artículo por artículo, encontrar preceptos respecto de los cuales se podría afirmar este efecto directo. Depende de la voluntad con que se haga y lo riguroso que se sea a la hora de exigir los requisitos para ello.

Para acabar, es necesario resaltar aquí la importancia que puede tener la obligación, establecida por el Tribunal de Justicia, de interpretar las normas en temas en materia de seguridad e higiene en el trabajo de conformidad con lo establecido en la Directivas de salud laboral.

En efecto, una de las cuestiones jurídicas centrales de la problemática de la seguridad en el trabajo es la determinación del alcance de la obligación empresarial de seguridad, normalmente formulada en las normas nacionales con carácter general, esto es, haciendo exigibles al empresario (más allá de las posiciones específicas contenidas respecto de determinados sectores de actividad, medios o instrumentos de trabajo) cuantas medidas sean razonablemente necesarias para prevenir los daños a la salud y la integridad de los trabajadores.

El contenido de esta obligación (denominada normalmente obligación general de seguridad del empresario) sólo puede ser precisado atendiendo a las circunstancias organizativas, productivas y personales de la prestación del trabajo, al estado de la técnica y de los métodos preventivos y a las características de riesgo al que se pretende hacer frente. Pues bien, en la determinación del contenido concreto de esa obligación no dejarán de tener influencia las normas

comunitarias, aun no transpuestas ni dotadas de efecto directo ya que en ellas se establecen determinados estándares de conducta que pueden ser exigibles mediante la integración interpretativa de las normas nacionales. Una manifestación, pues, importante del que se ha denominado antes «efecto indirecto» de la normativa comunitaria.

BIBLIOGRAFIA

- R. BARATTA. «Normas en Directivas inactuadas y oponibilidad a particulares», *Rev. Der. Internacional*, 1989, 2, pp. 253 ss.
- L. DUBOIS. «La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire», *Rev. Francais de Droit Administratif*, 1992, 8, pp. 1 ss.
- A. EMBID IRUJO. «Efecto directo, en perjuicio de un particular, de una Directiva no ejecutada en el tiempo prescrito», *Noticias CEE*, dic-1988, n° 77.
- C. FERNANDEZ LIESA Y M. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO. «Estudio de la Sentencia Francovich & Bonifaci», *Cuadernos Jurídicos*, 1992, 2, pp. 22 ss.
- E. GARCIA DE ENTERRIA. «La responsabilidad de la Administración española por daños causados por infracción del Derecho Comunitario», *Gaceta Jurídica de la CEE*, 1989, 60, pp. 2 ss.
- P. MANIN. «L'invocabilité des Directives: quelques interrogations», *Rev. Trim. Droit Europeen*, 1990, 4, pp. 669 ss.
- J.J. MARTINEZ MURILLO. «Directivas: aplicabilidad directa y su efecto directo vertical y ¿horizontal?», *Gaceta Jurídica CEE*, 1991, 68, pp. 20 ss.
- L. MILLAN MORO. «La eficacia directa de las Directivas: evolución reciente», *Revista de Instituciones Europeas*, 1991, 3, pp. 845 ss.