

APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COMUNITARIO EN ESPAÑA Y EN OTROS PAÍSES DE LA UE

(JULIO 2007-DICIEMBRE 2007)

Antonio Lazari*

Sumario:

I. PRELUDIO: EL TRAVESTIMIENTO POÉTICO DE EDOARDO SANGUINETI Y EL TRATADO

II. LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COMUNITARIO EN ITALIA

III. LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COMUNITARIO EN ESPAÑA

IV. LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COMUNITARIO EN INGLATERRA

I. PRELUDIO: EL “TRAVESTIMIENTO” POÉTICO DE EDOARDO SANGUINETI Y EL TRATADO DE REFORMA DE LISBOA: ¿MENOS CONSTITUCIÓN FORMAL SIGNIFICA MAS CONSTITUCIONALIZACIÓN MATERIAL?

“Quando traducevo in maniera molto scrupolosa dai classici greci, li "travestivo", perché tradurre è già una forma di travestimento” [E. Sanguineti e A. Liberovici, *Il mio amore è come una febbre e mi rovescio*, Bompiani, Milano, pag. 114]. La parte del reciente trabajo de J. Ziller sobre el tratado de Lisboa relativa a la operación de traducción, analizada según la enseñanza del semiólogo Eco, del “Tratado Constitucional” bajo los vestigios intergubernamentales del nuevo tratado de reforma recuerda el pasaje del poeta italiano Sanguineti: traducir es travestir. El método perseguido en la traducción –travestimiento obedece a las directrices adoptadas por la mayoría de los Estados en el Consejo Europeo de Bruselas de 21 y 22 de junio de 2007 que ha dado lugar (tras la cumbre de Lisboa de 18 y 19 de octubre de 2007) al Tratado de Lisboa. Se disfraza el Tratado Constitucional, que trataba de establecer una ordenación sistemática de las normas fundamentales de la Unión Europea, con la

* Doctor en Derecho. Profesor Investigador del Área de Derecho Internacional Público. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

vestimenta clásica de acuerdo entre Estados en el Tratado de Lisboa, con el fin de alejar los espectros de un rechazo popular. El contenido es sustancialmente idéntico, pero la estrategia perseguida bien en su vertiente legal (aprobación parlamentaria) bien en su vertiente material (participación reducida de los ciudadanos en la construcción del acto y atención prestada al evento por los *mass media* europeos) es completamente distinta. “**The Treaty of Lisbon: Intergovernmentalism Resurgent, Constitutionalism Moribund?**” se interroga Michael Dougan. Esta operación de «desconstitucionalización» formal, que esconde la recuperación de la correspondiente «constitucionalización material» que se produce a través del Tratado de Lisboa, produce sin embargo una aceleración de la constitucionalización judicial. Una vez más, en la línea de la metodología perseguida en esta Crónica, al *impasse* político sigue una intensa obra de diálogo judicial articulado según los cánones de “ética jurisdiccional”, que afecta recientemente también a las cortes constitucionales y a los propios contenidos de la “*judicial conversation*”. Son tres, en efecto, los factores novedosos recientemente introducidos por la corte comunitaria en la línea dialogante con los jueces nacionales: el reforzamiento de los principios clásicos de articulación del sistema comunitario con los ordenamientos nacionales, es decir de los tres principios de primacía, eficacia directa y responsabilidad del Estado, la particular atención reservada a las instancias nacionales, especialmente avanzadas por las cortes constitucionales y la inserción en la dinámica judicial clásica de asuntos de particular alcance y sensibilidad constitucional. Desde los últimos dos factores se inaugura un nuevo curso de diálogo judicial ya con la decisión **Tania Kreil** de 2000 sobre el conflicto entre la norma constitucional del art. 12 del *Grundgesetz* alemán, que prohíbe a las mujeres enrolarse en el ejército con funciones que impliquen el uso de las armas y el principio comunitario que veda al contrario cualquier forma de discriminación de género¹. En la ocasión el tribunal de Luxemburgo remarcó la insostenibilidad de normas nacionales que impiden el acceso de las mujeres a determinados cargos de las fuerzas armadas, relegándolas a funciones de naturaleza médica o musical. En la misma óptica dialogante se coloca la sentencia **Omega** de 2004, que viene a redimensionar el alcance de la interacción entre derechos humanos y libertades de envergadura económica de la Unión Europea², concediendo prioridad normativa a los primeros en razón del respeto de la dignidad humana. Análoga argumentación ha sido planteada en la sentencias **Berlusconi**³ y **Schmidberger**⁴. “*It is clear that such sentences are the results of a long comparison with the national instances*”.⁵ Desde el punto de vista bioético, la sentencia **Grant**⁶ ha trazado una primera y ambigua orientación de la corte comunitaria en el tema de la defensa de las minorías de género, que recientemente ha sido reforzado por los fallos **K.B.**⁷ y **Richards**⁸. Las recientes decisiones en tema de defensa de los derechos

¹ TJCE, 11 de enero 2000, C-285/98, Tanja Kreil

² TJCE, 14 de octubre 2004, C-36/02, Omega.

³ TJCE, 3 de mayo 2005, C-387/02, Berlusconi y otros.

⁴ TJCE, 12 de junio 2003, C-112/00, Schmidberger.

⁵ G. MARTINICO - O. POLLICINO, *Between Constitutional Tolerance and Judicial Activism*, en *European Journal of Law Reform*, 2008, 115.

⁶ TJCE, 17 de febrero 1998, C-249/96, Grant

⁷ TJCE, 7 de enero 2004, C- 117/01, K.B.

⁸ TJCE, 26 de abril 2006, C-423/04, Richards

humanos en asuntos relacionados con el fenómeno terrorista (**Yusuf**⁹ y **Kadi**¹⁰) han avivado, además, la llama de un fértil terreno de debate constitucional. El principio de eficacia directa mediante su variable del principio de interpretación conforme al derecho comunitario, el principio de responsabilidad del Estado por violación del derecho comunitario, principalmente por medio de actividad judicial, y el principio de supremacía delimitan el “radio horizontal” de la nueva profundización constitucional del proceso de integración comunitario. Las ya bien notorias decisiones **Traghetti**, **AGM-COS.MET Srl** sobre responsabilidad del Estado, **Cordero**¹¹ e **ITC**¹² en tema de interpretación conforme al Derecho Comunitario y **Lucchetti** sobre el principio de primacía aportan nueva linfa vital al mecanismo de constitucionalización del Derecho comunitario al margen de la eliminación emblemática del art. 6 del Tratado Constitucional en el tejido normativo del nuevo tratado de Lisboa. El disfraz de ese artículo bajo la vestimenta de la Declaración número 17 mientras, al igual que el *escamotage* de aprobar la Carta de los Derechos Fundamentales el 12 de diciembre de 2007 y publicarla oficialmente en el Diario Oficial de la Unión Europea sin integrarla en los Tratados, otorgándole el mismo valor jurídico que ellos a través de la remisión del nuevo artículo 6.1 TUE, corroboran la sensación de un renovado y hondo impulso al constitucionalismo material y judicial al margen de cualquier reconocimiento oficial. Veamos, pues, cuales son las reacciones nacionales al nuevo envite procedente desde las colinas de Kirchberg en Luxemburgo.

II. LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL SISTEMA ITALIANO

El sistema judicial italiano parece responder a las solicitudes comunitarias en la línea dialogante que ya había indicado en las anteriores Crónicas. Las sentencias de la **Corte Costituzionale**, **24 de octubre 2007**, n. **348 y 349**, representan un punto de inflexión notable en la interacción con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pues se ocupa de remodelar la vinculatividad de la Convención Europea para la salvaguardia de los derechos humanos en el ordenamiento italiano. El tribunal constitucional italiano sostiene que esta fuente del Derecho Internacional, ratificada con la ley 4 agosto 1955, n. 848, aun siendo dotada de una particular naturaleza que la distingue de otras obligaciones derivadas de otros Tratados internacionales, no asume el rango de fuente constitucional, ni puede ser equiparada a la eficacia del Derecho Comunitario. El deber de respetar las obligaciones internacionales establecido por el recién reformado art. 111 de la Constitución incide en el propio contenido de la ley estatal y no se refiere tan sólo al ámbito de las relaciones entre Estado y las Regiones. El ordenamiento italiano asume

⁹ TPI, 12 de diciembre 2006, T-228/02, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran.

¹⁰ TPI, 21 de septiembre 2005, T-306/01, Yusuf; TPI, 21 Septiembre 2005, T-315/01, Kadi

¹¹ TJCE, 7 de octubre 2006, C-81/05.

¹² TJCE, 11 de enero 2007, C-208/05

una postura jurisprudencial análoga al sistema constitucional español en su artículo 10.2 Constitución Española ante la obligatoriedad del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos.

Se confirma, por tanto, la naturaleza *sui generis* del proceso de integración comunitario, que hunde sus raíces en un nuevo paradigma conceptual, elaborado por la capacidad visionaria de Jean Monnet y plasmado en sede jurídica por la obra creadora del Tribunal de Justicia. En esta misma dirección la corte de la ley asevera en la segunda decisión arriba mencionada (juez *relatore* Tesauro, antiguo juez de la corte comunitaria) que el juez ordinario tiene la obligación de interpretar la norma interna de manera conforme a la disposición internacional, dentro de los límites en que esa operación hermenéutica esté permitida por la normas y sin incurrir en una interpretación *contra legem*. En este supuesto, de imposibilidad de recuperar la norma interna a la luz de la normativa internacional, el juez debe remitir la cuestión de legitimidad constitucional del respeto del art. 117 de la Constitución al propio juez constitucional. La *Corte Costituzionale* había con anterioridad avisado en el fallo del **13 de julio 2007, n. 284**, que en las relaciones entre Derecho Comunitario y ordenamiento italiano el control de constitucionalidad no debe excluirse en tres supuestos: a) cuando la ley interna está dirigida a impedir o perjudicar la perdurante observancia de los Tratados de la Comunidad en relación al sistema o al núcleo esencial de sus principios; b) cuando emerja el límite del respeto de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y de los derechos inalienables de la persona; c) cuando se detecte un contraste entre una norma interna y una directiva comunitaria no dotada de eficacia directa. Añade el juez italiano – y aquí se encuentra la mayor parte de la *vis politica* – que el mismo procedimiento se extiende en el caso de conflicto entre las normas de una directiva no directamente aplicables y una disposición interna. Se discute en la sentencia reportada de la compatibilidad del artículo 4 de la ley del 13 de diciembre 1989, n. 401 que restringe el ejercicio de juegos y apuestas *on line* con las normas de los artículos 43 y 49 TCE. El Tribunal de Justicia se había ya pronunciado en las sentencias **Gambelli**¹³ y **Placanica**¹⁴, mencionadas en precedentes Crónicas, que una normativa nacional que prohíbe bajo sanción penal el ejercicio de actividades de recogida, aceptación, registro y transmisión de apuestas, cuando no se dispone de una concesión o una autorización expedida por el Estado miembro de que se trate, constituye una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios previstas, respectivamente, en los artículos 43 CE y 49 CE. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si una normativa de este tipo, habida cuenta de sus modalidades concretas de aplicación, responde efectivamente a objetivos que puedan justificarla y si las restricciones que impone no resultan desproporcionadas en relación con dichos objetivos. Reiterando en sede nacional tal orientación el juez italiano apone un *obiter dictum* indicativo de un renovado espíritu colaborativo con la corte comunitaria: “*Le statuizioni della Corte di Giustizia delle Comunità europee hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni (sentenze n. 389 del 1989 e n. 113 del 1985). Nel caso in cui, in ordine alla portata di dette*

¹³ TJCE, 6 noviembre 2003, C-243/01, Gambelli

¹⁴ TJCE, 6 de marzo 2006, C-338/04, Placanica y otros.

statuizioni, i giudici nazionali chiamati ad interpretare il diritto comunitario, al fine di verificare la compatibilità delle norme interne, conservino dei dubbi rilevanti, va utilizzato il rinvio pregiudiziale prefigurato dall'art. 234 del Trattato CE quale fondamentale garanzia di uniformità di applicazione del diritto comunitario nell'insieme degli Stati membri. Vale appena ribadire che la questione di compatibilità comunitaria costituisce un prius logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata e pertanto la rilevanza di detta ultima questione."[énfasis añadida]. Se establece, por tanto, una suerte de prioridad lógica y jurídica de la cuestión prejudicial respecto de la cuestión de compatibilidad constitucional.

El fallo de la **Corte di Cassazione, sez. lav., 20 de octubre-2007, n. 21023** se ocupa nuevamente de la cuestión de las aplicaciones jurisprudenciales de la directiva 77/187 (posteriormente modificado por el art. 1 d.leg. n. 18 del 2001) entorno al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas. El juez italiano extiende la letra de la directiva 77/187 según la línea aplicativa de la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia (sentencias 25 enero 2001, C-172/99, 26 septiembre 2000, C-175/99 y 14 septiembre 2000, C-343/98), a la disposición del art. 2112 código civil italiano también en el supuesto de transmisión de empresa ocasionada por acto autoritativo de la Administración del Estado., con consiguiente derecho de los dependientes de la empresa cedente a la continuación de la relación laboral con la empresa cesionaria, siempre que exista una cesión de elementos materiales significativos entre las empresas. La Alta Corte italiana demuestra en la sentencia reseñada no sólo un extenso conocimiento de las recientes sentencias del juez comunitario, sino que ha operado una apropiada interpretación de adecuación del acto comunitario y de su elaboración judicial a la disposición del código italiano. Esta sentencia viene a zanjar una controversia jurisprudencial, colocándose en el surco de otras anteriores Cass. 8 noviembre 2004, n. 21248¹⁵, y alejándose de un reciente fallo del Cons. Stato, sez. IV, 9 agosto 2005, n. 4217, que, en cambio, excluía la aplicabilidad del art. 2112 c.c. a la transmisión de empresa derivada de acto autoritativo. Siempre en el terreno mercantil se desenvuelve la sentencia de la **Corte di Cassazione civile sez. trib., 30 julio 2007, n. 16823**, que ante una controversia entre el Ayuntamiento de Florencia y el Ministerio de Hacienda se aventura en el planteamiento de dos posibles soluciones. La primera consistiría en la visión del Derecho Comunitario simplemente como límite externo a la aplicación del derecho interno; la segunda, en cambio, implica una conformación del derecho nacional a la luz del sistema supranacional. Obviamente más plausible se perfila la segunda alternativa. La cuestión afrontada por el juez italiano versa sobre la interpretación de empresa que en la interpretación del art. 2497 sexies c.c. resulta más amplia que la noción de empresa elaborada por la corte comunitaria. Con un planteamiento discutible la Cassazione asevera que "*la disciplina comunitaria funge da limite invalicabile, il quale deve essere osservato, se possibile attraverso un'interpretazione conforme, altrimenti con la disapplicazione delle norme nazionali*", llegando a la conclusión de que ha de aplicarse la normativa interna, así como resulta en

¹⁵ Foro it., 2005, I, 3163.

la jurisprudencia consolidada, ampliando al ámbito de aplicación de la norma 2497 sexies c.c.

Siempre en el ámbito de la nueva generación jurisprudencial incardinada sobre el principio de eficacia indirecta de las normas del Derecho Comunitario se coloca la remisión de la cuestión prejudicial por parte del **Tribunale di Bergamo, sez. III, ord., 4 ottobre 2007**, relativa a la directiva 87/102 sobre crédito al consumo en la parte inherente al derecho del consumidor de plantear la resolución del contrato concluido con el financiador en el caso de ausencia de relación de exclusividad entre suministrador y financiador. Se pregunta el juez lombardo si el art. 11 de la directiva 87/102 se aplica sólo en el supuesto de relación de exclusividad entre un determinado suministrador y el prestamista, planteando en caso de incumplimiento del primero dos soluciones: a) resolución del contrato de financiación o bien b) resolución y consiguiente devolución de las cantidades abonadas al financiador. En el mismo asunto la sentencia de la corte comunitaria **4 de octubre de 2007 Max Rampion, Marie-Jeanne Godard**, había aclarado que, en caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso del contrato relativo a los bienes o a los servicios financiados por el crédito, el consumidor dispone de un derecho a dirigirse contra el prestamista, añadiendo que el juez nacional puede señalar de oficio el mismo derecho del consumidor.

En la cuestión prejudicial remitida a la corte comunitaria emerge la dinámica intrínseca no sólo al *acquis communautaire* sobre protección del consumidor, sino al nuevo constitucionalismo europeo que gira en torno no ya al dilema *primauté vs controlimiti*, sino más dialécticamente alrededor de la conjugación de los dos extremos: la temática de instituir un principio de supremacía capaz de permitir márgenes de maniobra a las más avanzadas legislaciones estatales. El considerando 9 de la directiva invocada aclara que, aun respetando la plena armonización perseguida por el texto comunitario, se permite a los Estados miembros mantener o introducir disposiciones nacionales distintas de las normas de la directiva. La cuestión planteada por el juez de Bergamo atiene justamente a la posibilidad de introducir un remedio de tutela judicial más eficaz en el tema de los contratos conexos. La presente directiva no debería privar a los consumidores de los derechos conferidos por las disposiciones nacionales que prevean la responsabilidad solidaria del vendedor o del prestador de servicios y del acreedor. Se comprende que la esencia del argumento prejudicial resida en la aclaración de la posibilidad de aplicar una norma de derecho interno sobre conexión contractual que implique una tutela mayor respecto a la disposición del artículo 11 de la directiva.

Procede de otro juez ordinario italiano una oportuna aplicación del principio de supremacía y eficacia directa de la normativa comunitaria. En la decisión del **T.A.R. Brescia Lombardia sez. I del 6 julio 2007, n. 587** se da aplicación a la directiva n. 2003/109 CE sobre el *status* de los ciudadanos de Países terceros residentes en un plazo largo de tiempo ante una primera desestimación de la petición de visado, basada en la existencia de condena penal. El juez bresciano sostiene que el art. 6 de la Directiva 2003/109/CE, excluyendo cualquier denegación automática del visado, contiene una norma clara y precisa, fuente del derecho del ciudadano a ver valorada su posición

según modalidades globales. Tal disposición es directamente eficaz y fundamenta el reconocimiento de la reclamación del sujeto extranjero.

Por último, y siempre en materia fiscal, se consume el acto más controvertido de la Cassazione italiana, en el auto que remite una cuestión prejudicial en tema de compatibilidad del principio de primacía con el criterio de *res iudicata*. Se trata de la decisión **Cassazione civile sez. trib., 21 diciembre 2007, n. 26996**, que ve como demandado nuevamente el Ministerio de Hacienda. La cuestión se entronca en la nueva frontera del principio de primacía que en su fase de expansión va a chocar con algunos principios fundamentales de los ordenamientos nacionales: como el efecto preclusivo de la cosa juzgada. Ya en la citada sentencia **Lucchetti del 19 de julio 2007**, en tema de erogación de ayuda de Estado contraria a las normas del Derecho Comunitario, que, sin embargo, había adquirido el efecto preclusivo en virtud de una sentencia firme, la corte de Luxemburgo aclara que, al ser competente sobre la compatibilidad de una ayuda de Estado la Comisión y no la jurisdicción estatal, la fuente comunitaria está destinada a imponerse también sobre la norma del código civil italiano acerca de la *res iudicata*. En verdad, el auto de remisión confeccionado por la Alta Corte italiana parece pleonástico respecto de la sentencia del juez comunitario, reiterando la misma temática pero en relación con la exacción del impuesto IVA y del principio de abuso del derecho.

Lo que en principio parece un acto de colaboración con el Tribunal de Justicia (“*la questione interpretativa volta a stabilire se il diritto comunitario osti all'applicazione dell'art. 2909 c.c., che sancisce il principio dell'autorità di cosa giudicata, quando da tale applicazione derivino effetti contrari al diritto comunitario, ed in particolare in materia di i.v.a. e di abuso del diritto posto in essere per ottenere indebiti risparmi d'imposta*”) puede interpretarse en términos de una falta de aplicación judicial interna de una sentencia de la corte comunitaria.

III. LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Mucho más variado es el escenario de la aplicación judicial en España. Los frentes de aplicación del Derecho Comunitario abarcan los principios de responsabilidad del Estado por violación del Derecho Comunitario, las cuestiones prejudiciales, el principio de eficacia directa y de interpretación conforme, si bien no se registren novedades tan relevantes como las que connotan el panorama judicial italiano.

En relación a la responsabilidad del Estado, en la sentencia del **Tribunal Supremo, 11 enero 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a** se plantea una acción de indemnización por tardía transposición de una directiva comunitaria sobre el proceso de homologación de títulos extranjeros de médicos; asunto que ya se había tratado en anteriores Crónicas. La peculiaridad del caso consiste en la circunstancia por la que se encauza la petición de indemnización en el sistema nacional de responsabilidad, por infracción de los artículos 139 y 141 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común, en concordancia con el artículo 106 de la Constitución española, en lugar de elevar una acción basada en el paradigma comunitario de responsabilidad. Aún más extravagante resulta la clara referencia de una anterior sentencia del mismo tribunal (Sentencia de 12 de junio de 2003 al sistema comunitario, aclarando que una análoga omisión, radicada en la tardía transposición de las Directivas comunitarias 75/363 y 93/16, constituye "per se" infracción manifiesta y grave y por tanto dará lugar a la obligación de indemnizar si se cumplen los otros dos requisitos, a saber, que estemos ante una norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares y que exista nexo causal entre la infracción y el daño". En este fallo se termina confundiendo el proceso de *cross-fertilization* que produce la conjugación del paradigma comunitario con los sistemas nacionales de responsabilidad, con un error básico en el propio planteamiento de la acción indemnizatoria. Por esta razón, la Alta Corte concentra sus esfuerzos en el escrutinio del único punto común de los dos modelos de responsabilidad.

El Tribunal Supremo desestima la petición por falta de prueba del nexo causal así como del exceso de la actividad administrativa en la comprobación de la efectiva homologación. La Sala de lo Contencioso-Administrativo aprecia la inexistencia de nexo causal entre la infracción y el daño que se invoca, razonando que a la hora de establecer el surgimiento de la obligación indemnizatoria del Estado es preciso acreditar una relación directa e inmediata entre la actividad pública y el daño, perjuicio o lesión, debiéndose señalar que el hecho de que se retrase la transposición de una Directiva, como en este caso sería la de reconocimiento mutuo de títulos, no presupone automáticamente la existencia de un daño como si existiera un derecho previo incondicionado. Afirma la corte que la transposición de una Directiva comunitaria referente al reconocimiento de títulos, puede crear una expectativa de derecho en determinados ciudadanos comprendidos en su ámbito, pero no equivale a un derecho cierto, ni cabe apreciar la existencia de un derecho adquirido previo. El derecho se obtendrá una vez reconocido su título, pero no antes, siendo el supuesto diferente al caso de que estándose en posesión de una autorización administrativa para el ejercicio de una profesión se suspendiera o anulara la misma por acto administrativo declarado posteriormente nulo. Tampoco resulta posible conectar directamente la transposición al desempeño y retribución de un determinado puesto de trabajo, pues se trata de un hecho contingente. No es posible, por tanto, establecer una relación de causalidad directa e inmediata entre la actividad administrativa de referencia y las pérdidas de ingresos relativas a lo que hipotéticamente hubieran percibido los demandantes en otros puestos de trabajo de tener la especialidad reconocida o respecto a meras expectativas profesionales, como tampoco respecto a daños morales por situaciones de precariedad o interinidad, ya que el reconocimiento de una especialidad no equivale a fijeza, ni a la obtención de la situación de funcionario u otras posibilidades profesionales que no dejan de ser hipotéticas.

Mismo asunto llega a la atención de la **Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, 5 de julio de 2007, 193/2005**, donde no ha lugar al recurso contencioso deducido frente a denegación de la solicitud de homologación del título Baccalaureus or Bachelor, obtenido en el extranjero, al título español de Licenciada en

Administración y Dirección de Empresas. Declara la Sala que el juicio sobre si el título extranjero puede ser considerado equivalente a un título español equiparable depende de que se cumplan los requisitos y condiciones previstos en el RD 86/1987, a efectos de comparar los estudios cursados en el país de origen con los correspondientes programas de formación españoles. De la misma manera que en la sentencia anterior, se afirma que los ciudadanos comunitarios no tienen un derecho objetivo a obtener la homologación de su título. “Así, el reconocimiento de la titulación al amparo de la Directiva 89/48/CEE, en relación con el RD 1665/91, lo es a los efectos de ejercer la correspondiente profesión, pero no supone la homologación académica que deriva del RD 86/87 y normas complementarias y que se funda en la equivalencia de formaciones”.

Siempre de incumplimiento del Derecho Comunitario y de aplicación del principio de supremacía del mismo, se ocupa el **Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia núm. 479/2007 de 28 septiembre**. La controversia tiene por objeto la regulación para la temporada 2006 de la caza en contrapasa de la especie de la paloma torcaz, autorizándola bajo determinados condicionamientos la Orden Foral núm. 6977-2005, de 19 de diciembre en contraste con las obligaciones del artículo 7, apartado 4, de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres. El fallo se remite íntegramente a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 9 de junio de 2005, C-135/2004, que condena al Reino de España por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 7, apartado 4, de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, al autorizar la práctica de la caza a contrapasa de la paloma torcaz en la provincia de Guipúzcoa. Establece el juez vasco que la regla general es la prohibición de la caza en contrapasa que como excepción exige, como factor esencial, que no haya una solución satisfactoria y al que se añaden una serie de medidas accesorias que la complementan. En principio, pues, se garantiza el interés de los cazadores que podrán desarrollar la cinegética en la fase de pasa; si se autoriza la caza en contrapasa y esta tiene lugar por los mismos sitios en que produjo la pasa se estaría actuando de forma irrazonable.

Una interpretación correcta de las normas comunitarias en materia de libre circulación de personas ha centrado la controversia relativa al impuesto sobre sucesiones ante la **Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 17 enero 2008**. Una ciudadana alemana, residente en Alemania y propietaria de dos apartamentos en las Islas Canarias lamentaba una tasación española incompatible con el sistema comunitario basado sobre las libertades de personas y capitales. Digno de nota es el pasaje de la decisión que subraya la relevancia del derecho comunitario, “cuyo efecto directo y primacía requieren de todos los poderes públicos nacionales, en virtud del principio de lealtad proclamado en el artículo 10 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, un entendimiento de su sistema jurídico interno acorde con la efectividad de dicho ordenamiento transnacional”. Por consiguiente, aunque los Estados miembros conserven intacta su soberanía sobre los tributos directos, deben ejercitarla respetando las disposiciones del derecho comunitario, en particular, las que consagran las libertades de circulación, que se oponen a las medidas internas que desanimen a los

ciudadanos comunitarios a hacer uso de tales libertades. Y parece adecuada la constatación que la tutela judicial para el efectivo ejercicio de los derechos que el ordenamiento comunitario atribuye a los ciudadanos corresponde a las normas estatales, pero, al igual que con los impuestos directos, la regulación que acometan ha de acatar el derecho de la Unión Europea, quedando sometida a un doble límite: los recursos previstos para la tutela de los derechos derivados del orden comunitario no pueden ser menos favorables que los contemplados para los derechos de naturaleza interna (principio de equivalencia) y, además, no han de disciplinarse de manera que, en la práctica, hagan excesivamente difícil o imposible el ejercicio de dichas acciones (principio de efectividad). Esa dúplice coordenada recientemente empleada por el Tribunal de Justicia en otros campos como en la decisión *Traghetti*, ha sido inaugurada hace más de 30 años en la sentencia de 16 de diciembre de 1976, *Rewe* (asunto 33/76, Recopilación pg. 1989), imprimiendo un primer, tímido impulso al proceso de *cross-fertilization* judicial. Es indicativo que esa inicial red de contención a la competencia estatal de los años Setenta siga manteniéndose y aplicándose en las competencias de exclusiva soberanía nacional. La solución que adoptó la administración fiscal, en la medida en que disuade a la demandante y obstaculiza el ejercicio de las mencionadas libertades, termina por contradecir los artículos 18 y 56 TCE, cuyo efecto directo ha sido reiteradamente proclamado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades.

Una batería interesante de cuestiones prejudiciales ha sido planteada por el **Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Auto de 22 octubre 2007)** en el campo de la intervención administrativa, motivada por razones de orden público, sobre comercio de aceite de oliva. Los problemas de interpretación del derecho comunitario presentes en este litigio son de dos órdenes que se entremezclan. Se trata de definir las posibilidades de actuación concertada de los productores de aceite de oliva ante la existencia de situaciones de perturbación grave de los precios en el sector agrícola objeto de la organización común del mercado del aceite de oliva y de precisar el papel de las autoridades nacionales de defensa de la competencia frente a dicha actuación. La primera cuestión prejudicial versa sobre la reforma de la organización común de mercados en el sector de las materias grasas llevada a cabo por el Reglamento 1638/98 y una vez suprimido el artículo 12 del Reglamento 136/66, el nuevo régimen normativo posibilita que determinados operadores económicos, en situaciones de perturbación grave del mercado, lleven a cabo medidas de almacenamiento (artículo 12 bis de aquél). Se trata, pues, de uno de los "mecanismos establecidos" subsistente tras la supresión del precio de intervención, que permite en aquellas situaciones de crisis el almacenamiento privado del aceite por parte de determinados "organismos" con el fin de "regularizar el mercado".

La aplicación del artículo 12 bis del Reglamento 136/66 plantea una primera duda en cuanto a la interpretación del concepto "organismos" privados a los que se refiere: una sociedad con las características de la demandante, integrada fundamentalmente por almazaras y cooperativas agrícolas pero también por entidades de financiación, ¿puede calificarse de "organismo" a estos efectos? A juicio de esta Sala, este tipo de sociedades podrían considerarse equivalentes a las "agrupaciones de productores y a sus uniones reconocidas con arreglo al Reglamento (CE) 952/97", agrupaciones y uniones que sin

duda entran dentro del *numerus apertus* de "organismos" contemplados en el citado artículo 12 bis, según el inciso final del primer párrafo de éste. En la hipótesis de que la sociedad fuera catalogable entre los "organismos" aptos para ejercer actividades de almacenamiento se siguen planteando problemas adicionales respecto del mismo artículo 12 bis del Reglamento 136/66 en su versión modificada por el Reglamento 1638/1998. Estos organismos han de "ofrecer garantías suficientes" y ser "aceptados" por el Estado miembro correspondiente. La comprobación de que, en efecto, ofrecen aquellas garantías y la propia "aceptación" del Estado ¿puede ser llevada a cabo en el seno de una solicitud de exención ("autorización") singular como la que ha sido objeto del litigio, presentada ante la autoridad nacional de defensa de la competencia?

En principio parece que no habría dificultades desde el punto de vista comunitario, pues el artículo 12 bis remite las cuestiones referidas a la "aceptación" a la regulación que en cada Estado se haya hecho. Bajo la perspectiva comunitaria sería indiferente que la decisión fuese adoptada por las autoridades nacionales de defensa de la competencia o por las encargadas directamente de la política sectorial agraria. Nada impediría, desde esta misma perspectiva, que las autoridades nacionales de defensa de la competencia resuelvan, previos los trámites que procedan, si el "organismo" ofrece "garantías suficientes" y "acepten" su participación en el sistema de almacenamiento de aceite de oliva para situaciones de crisis.

A tenor del tan citado artículo 12 bis del Reglamento 136/66 en su versión modificada se puede decidir, según el procedimiento establecido en el artículo 38 (con intervención del Comité de Gestión de Aceite de Oliva), la autorización final para que los "organismos" aceptados por los Estados celebren contratos de almacenamiento cuando concurra la circunstancia de perturbación grave del mercado "en determinadas regiones de la Comunidad". La interpretación más plausible de este precepto es que sólo la Comisión -y no, por lo tanto, las autoridades nacionales ni, a fortiori, los operadores privados- está habilitada para apreciar si concurre la "perturbación" y cuál pueda ser el alcance de las medidas de almacenamiento privado, cualquiera que sea la "región" de la Comunidad en que aquella crisis de producción y caída de precios se hubiera producido.

Al igual que sucedía en el asunto C-137/00, se trataba de "una cooperativa de productores de leche que ocupa una posición fuerte en el mercado nacional"), la demandante también ocuparía una posición destacada en el mercado nacional del aceite de oliva. Y, siendo ello así, serían trasladables a este caso las mismas razones que llevaron al Tribunal de Justicia a responder a la primera de las cuestiones planteadas por la *High Court of Justice* sobre la aplicabilidad de los artículos 32 a 38 del Tratado CE y del Reglamento 26 de 1962 en relación con el que establece la organización común de mercados (allí en el sector de la leche y de los productos lácteos, aquí en el del aceite de oliva). Según aquella respuesta, las citadas normas comunitarias no despojan a las autoridades nacionales de su capacidad, en principio, para aplicar su Derecho nacional de la competencia.

Ahora bien, y en este punto es donde pudiera plantearse la duda sobre la necesaria

intervención de la Comisión, cuando el acuerdo entre productores sujeto a la autorización nacional tiene una dimensión comunitaria, por afectar a una parte significativa del mercado nacional de aceite de oliva que, a su vez, supone de hecho una parte capital de la propia organización común, se podría plantear si la decisión correspondiente -de un signo o de otro, lo que a efectos competenciales resultaría en principio irrelevante- sigue estando atribuida a la Comisión.

En tales circunstancias podría sostenerse que es la Comisión, según los términos del artículo 2 del Reglamento 26, quien debería resolver si aquel acuerdo entre productores nacionales es válido o no, esto es, si con él "la competencia queda de este modo excluida o los objetivos del artículo 39 del Tratado son puestos en peligro". Debemos recordar que el citado artículo 2 del Reglamento 26 parece conferir presunción de que los acuerdos de agricultores, o asociaciones de éstos, pertenecientes a un sólo Estado miembro son válidos a menos que la Comisión decida lo contrario en cada caso.

No puede omitirse en este punto la referencia al reciente Reglamento 1184/2006, del Consejo, de 24 de julio de 2006, que deroga el Reglamento 26. Aunque aquél sea inaplicable *ratione temporis* a los hechos del litigio, lo cierto es que en el apartado segundo su artículo 2 (artículo y apartados que sustituyen a los correlativos del precedente reglamento) reitera que la Comisión, sin perjuicio del control del Tribunal de Justicia, tendrá "competencia exclusiva" para declarar si los acuerdos de los agricultores o de las asociaciones de éstos a los que se refiere el apartado primero cumplen, o no, las condiciones en él previstas.

Finalmente, para la hipótesis de que fuese admitido que las autoridades nacionales pueden enjuiciar si el acuerdo de los productores contraviene el derecho de la competencia nacional, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia afirma que aquellas autoridades han de abstenerse de adoptar cualquier medida que pueda ser contraria o establecer excepciones a la organización común del mercado y no pueden obstaculizar el funcionamiento de los mecanismos establecidos por la referida organización común.

Tratándose de actividades como el almacenamiento de aceite de oliva en circunstancias de sobreproducción y acusada bajada de precios, actividad contraria por definición a las normas nacionales de competencia pero permisible (bajo ciertas condiciones) en el seno de la organización común del mercado a tenor de los tan citados Reglamentos 136/66, 1638/98 y 2768/98, cabría preguntarse sobre el margen de actuación de las autoridades nacionales de competencia para adoptar la decisión contraria a la validez de las medidas de almacenamiento. El almacenamiento privado se considera, en principio (considerando 12 del Reglamento 1638/98), como una medida válida para conseguir el "objetivo" - comunitariamente legítimo y defendible - de "regular la oferta de aceite de oliva en caso de producirse una alteración grave del mercado".

En concreto, partiendo de la doctrina sentada en la sentencia Milk Marque (y siempre

sobre la base de que las normas comunitarias permiten la instauración de mecanismos privados de almacenamiento para impedir alteraciones drásticas de los precios del mercado), incluso en el caso de que la decisión prevista en el artículo 2 del Reglamento 26 no correspondiera a la Comisión sino a las autoridades nacionales de competencia, ¿pueden éstas negar con carácter absoluto a una sociedad como la recurrente la posibilidad de hacer uso de aquellos mecanismos de almacenamiento incluso para las situaciones de "perturbación grave" previstas en el artículo 12 bis del Reglamento 136/66 según la modificación que de él hizo el Reglamento 1638/98?

IV. LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL SISTEMA FRANCÉS

El Consejo de Estado francés delinea una vez más el ámbito de aplicación del principio de *primauté* del Derecho Comunitario en el fallo **CE, 6 de junio, nº 292386, Assoc. Le Réseau Sortir du Nucléaire**, anulando el decreto de autorización nº 2006-147 de desmantelamiento total de la central nuclear de *Monts d'Arrée* por violación de los objetivos de la directiva sobre la evaluación del impacto ambiental 97/11 de marzo 1997. En la fecha de acontecimiento de los eventos la directiva 97/11 no había sido transpuesto en el ordenamiento francés; en particular la norma concerniente a la obligación de informar a los ciudadanos previamente a la autorización. La adaptación en ámbito francés de los procedimientos de evaluación del impacto ambiental ha sido realizada por la ley 2005-1319, del 26 de octubre de 2005, que, sin embargo, no establece una norma específica acerca del deber de comunicación al público de las informaciones útiles al funcionamiento de la central nuclear. No obstante la ausencia de reglas estatales sobre el punto, las disposiciones del decreto contestado debía asegurar una comunicación a la categoría de ciudadanos afectados según la letra y los objetivos de la directiva citada, específicamente del art. 6.2 de la misma. En particular, la normativa francesa relativa a las modalidades de información sobre los resultados del estudio de impacto ambiental, publicados simultáneamente con el decreto de autorización del desmantelamiento de la central, no resulta compatible con la norma de la directiva en la medida en que no permiten a las categorías sociales expresar su opinión anteriormente a la decisión de la autorización. Esta misma exigencia de transparencia en la deliberación de actos públicos ha luego fundamentado la sentencia del **Consejo de Estado, 7 de agosto 2007, nº 266668, Assoc. Des habitats du littoral du Morbihan**, imponiendo la publicación de la comunicación de los documentos preparatorios a obras públicas de gran impacto ambiental, en ausencia de tal obligación en el art. 124.1 del Código francés del medio ambiente. En ambas decisiones se trata una enésima, importante confirmación de la invocabilidad del principio de interpretación conforme o de la alternativa más drástica de la aplicación directa de las normas de las directivas no transpuestas.

Siempre en el campo medioambiental, se desenvuelve la trama de la sentencia del **Tribunal administratif de Rennes, 25 octubre de 2007, nº 04000630, n. 04000631, 04000636, 04000637, 04000640**, que pero tiene por objeto una demanda de

indemnización por violación del Derecho Comunitario en materia de protección de las costas. El objeto de la controversia consiste en un fenómeno de contaminación denominado «mareas verdes», que se produjo en las bahías de Saint-Brieuc y de Douarnenez durante el periodo 2000-2002. Si bien la proliferación exponencial de algas represente la muestra de un buen funcionamiento de las costas, la consiguiente fetidez nauseabunda causaba detrimento a la calidad de vida de los vecinos, producía daños ingentes al turismo, ofreciendo una imagen desdeñable de Bretaña. No se trataba de indemnizar cualquier comportamiento estatal causante los daños económicos referidos, sino de evaluar la compatibilidad de la actitud del legislador francés a la luz del reglamento comunitario 91/271. En efecto, a raíz de la sentencia del **Tribunal de Justicia de 8 de marzo 2001, C-266/99 y 23 septiembre 2004, C-280/02**, sentencia condenatoria de la República Francesa por incumplir el reglamento mencionado, el legislador galo aprueba el decreto 2007-1281 de 29 de agosto 2007 concerniente a la protección de zonas de las costas, ejecutada a partir de 1 de enero 2008 según los programas de acción comunitarios. La peculiaridad del fallo de la corte francesa alberga en la naturaleza culpable (*fautif*) de la conducta del legislador nacional, sin recurrir, como es en la lógica del cualquier paradigma nacional, a la categoría de la *responsabilité sans faute*. En este caso el juez bretón entrevé una verdadera violación de un parámetro valorativo superior, derivada de la normativa del reglamento comunitario. “*la carence de l’Etat dans la mise en œuvre des réglementations européennes et nationale constitue une faute de nature à engager sa responsabilité et que cette faute est en relation avec la pollution nitrates des eaux*”.

Más contundente en la conformidad respecto al Derecho Comunitario resulta la sentencia de la **Cour de cassation, soc., 18 décembre 2007, n° 06-45.132**, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el lugar de trabajo. El artículo 9 del estatuto del personal del establecimiento público industrial RATP preveía un trato de discriminación positiva a las viudas o a las mujeres divorciadas o a las madres de tres hijos, no aplicándoseles el límite de edad de 35 años en la aplicación de determinados beneficios empresariales. En virtud del principio de *primauté* del Derecho Comunitario, la Alta Corte francesa estima que la norma convencional interna no puede ser obstáculo al principio de igualdad de trato entre trabajadores en materia de empleo al amparo del art. 141.4 TCE y 2.4 de la directiva comunitaria 76/207 de 9 febrero 1976.

Habiendo comprobado que la reglamentación en objeto acordaba una prioridad absoluta e incondicional a los candidatos de unas categorías de mujeres, excluyendo a los hombres con las análogas características, la corte gala ha declarado la nulidad del artículo 9 del estatuto de la empresa, extendiendo así a la categoría masculina los beneficios previsto por el estatuto. Sin embargo, hay que recordar que bien el art. 141 TCE bien la directiva 76/207 permiten la posibilidad de establecer acciones positivas a favor de determinadas categorías de sujetos, justificando tal excepción por motivos objetivos y no discriminatorios (TJCE, 2 de octubre de 1997, C-1/95). Ni siquiera en esta óptica, sin embargo, la normativa nacional francesa parece estar sujeta a criterios imparciales y objetivos.

V. LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL SISTEMA INGLÉS

La confrontación política y jurídica conexas a la aprobación de la Ley sobre la disciplina de la caza (*Hunting Act* del 2004) ha dado lugar a un interesante fallo de la *House of Lord*. **R v Her Majesty's Attorney General and another (Respondents)R (on the application of Countryside Alliance and others (Appellants) and others) v Her Majesty's Attorney General and another (Respondents)**, 28 de noviembre 2007. Se trata de una sentencia que hunde sus raíces en la *deep structure* inglesa, como la definiría Carol Harlow. El *incipit* es muy significativo.

“Fox-hunting in this country is an emotive and divisive subject. For some it is an activity deeply embedded in the tradition, life and culture of the countryside, richly portrayed in art and literature, a highly cherished, skilful, healthy and useful form of communal outdoor exercise. Others find the pursuit of a small animal across the countryside until it is caught and destroyed by hounds to be abhorrent. Both these deeply held views were fully expressed in the discussions and debates which preceded the enactment of the Hunting Act 2004”.

Tras la aprobación legislativa, se planteó en vía judicial la posibilidad de anular el acto por contravención con las normas del *European Convention on Human Rights* y del Tratado de la Comunidad Europea. En un principio la actitud consuetudinaria del juez inglés de self-restraint respecto de la decisión adoptada por el órgano legislativo: *“But the present case seems to me pre-eminently one in which respect should be shown to what the House of Commons decided. The democratic process is liable to be subverted if, on a question of moral and political judgment, opponents of the Act achieve through the courts what they could not achieve in Parliament”.* Sin embargo, la Alta Corte inglesa inicia un profundo análisis de los posibles perfiles derogatorios a las normas sancionadas por el Parlamento, recurriendo a las normas excepcionales de los arts. 46 y 55 TCE y trayendo a colación la reciente decisión del Tribunal de Justicia Omega ya citada anteriormente. Afirma la Law Lords que, al igual que las autoridades alemanas alegaron en el fallo Omega y la corte comunitaria acató, la utilización de videojuegos que impliquen la muerte de seres humanos viola un valor fundamental en la constitución nacional, la caza de animales por fines recreativos *“infringed a fundamental value expressed in numerous statutes and culminating in the 2004 Act”.* Por estas razones la corte inglesa avala la decisión del legislador de prohibir la caza de animales, sin remitir la cuestión prejudicial ante la corte de Luxemburgo. Correcta aplicación de las recientes sentencias del Tribunal de Justicia en un caso análogo concerniente una demanda de judicial review contra la aprobación por parte del Parlamento escocés de la *Protection of Wild Mammals (Scotland) Act 2002*. Se trata del fallo **House of Lords, Whaley and another (Appellant) v Lord Advocate (Respondent) (Scotland)**, 28 de noviembre 2007, [2007] UKHL 53. En primera instancia, la corte de Londres se ocupa de analizar la distinción en la protección de las especies salvajes mamíferas entre las obligaciones derivadas por el Derecho Internacional y las surgidas por el Derecho Comunitario y la ley de transposición del Convenio sobre Derechos Humanos. Análogamente a la sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana 13 de julio 2007, n. 284 el respeto de las dos categorías legales no se coloca en el mismo plano conceptual. El Derecho

comunitario dispone de una fuerza normativa distinta. “*The distinction that is inherent in the definition recognises that it is for Parliament, not the courts, to decide whether the international treaties should form part of domestic law. On the one hand there are the Convention rights which have been incorporated into domestic law by the Human Rights Act 1998 and Community law which has been incorporated into domestic law by the European Communities Act 1972. On the other hand there are international obligations of the kind that have not been incorporated*”. La distinción normativa entre las dos categorías del Derecho Internacional y del ordenamiento de la Unión Europea, sancionada por la Ley escocesa responde, por tanto, a una categorización de rango constitucional ya consolidada en el escenario inglés.

Por última, una sentencia de la **House of Lords, 18 de Julio 2007, Sempra Metals Ltd (formerly Metallgesellschaft Ltd) v Inland Revenue Commissioners and another [2007] UKHL 34**, en relación con la obligación de devolución de impuestos recaudados indebidamente en violación de las normas comunitarias sobre la libertad de establecimiento. El primer obstáculo a la recuperación de la sumas de dinero recaudadas por empresas con sede en el Reino Unido consiste en la jurisdicción competente: “*The jurisdictional routes in English law to an award of interest are to be found in statute, equity and the common law.*”

El Tribunal de Justicia con el fallo *Metallgesellschaft Ltd v Inland Revenue Commissioners* [2001] sostiene que las empresas que hayan abonado un anticipo de pago a fines fiscales han de contar con medios de tutela judicial interna, por la que puedan verse devueltas las sumas inicialmente abonadas con los intereses *medio tempore* madurados. Una vez más, al igual que la revolucionaria decisión **Factortame I** de 11 julio 1991, causas asociadas C-87/90, C-88/90 y C-89/90, se insta al sistema procesal interno a crear un nuevo *remedy* apto de tutelar adecuadamente los intereses de las empresas comunitarias. A raíz de la sentencia **Sempra** se instaura una nueva jurisdicción del juez ordinario inglés para conocer de las causas por enriquecimiento injustificado por recaudación de impuestos indebidos, destinada a expandirse por el fenómeno de *still over* también a los análogos supuestos de derecho interno.