

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

(JUNIO-DICIEMBRE 2006)

Antonio Lazari*

Sumario:

I. PRELUDIO: LA NUEVA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DEL TJCE Y LA CARTOGRAFÍA MEDIEVAL DE LAS REACCIONES NACIONALES.

II. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA EN EL ANÁLISIS DE LA CORTE COMUNITARIA Y DE LOS JUECES NACIONALES

III. EL PRINCIPIO DE EFICACIA DIRECTA.

IV. LA NUEVA HERRAMIENTA DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA Y EFICACIA DIRECTA: LA REVISITACIÓN DEL CRITERIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME AL DERECHO COMUNITARIO EN EL TERCER PILAR

V. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO: LA NUEVA FRONTERA DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL

VI. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

I. PRELUDIO: LA NUEVA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DEL TJCE Y LA CARTOGRAFÍA MEDIEVAL DE LAS REACCIONES NACIONALES

La narración de la relación entre el juez comunitario y las cortes nacionales continúa allí donde se había dejado, es decir en un fecundo plano constitucionalista. Si se instituye una correspondencia undívaga entre Política y jurisprudencia de la corte comunitaria, entre *exit and voice*, está meridianamente claro que el camino tortuoso de ratificación del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa abre paso a una estrategia jurisprudencial hartamente más incisiva. La definición del nuevo paradigma comunitario pasa no sólo por una redefinición del esqueleto político de la Unión Europea, sino principalmente por la tensión dialéctica jurisprudencial. “*Maybe the dialogue is easier between judges than politicians*”¹. Es incontrovertible que la reciente jurisprudencia comunitaria ha ahondado la temática del desarrollo del Derecho Comunitario en terrenos espinosos de envergadura constitucional. Las sentencias

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

© Antonio Lazari. Todos los derechos reservados.

¹ C. Timmermans, *The European Union's Judicial System*, en 41 *CMLRev* (2004) pp 399.

Köbler², Comisión c. Italia³ y Traghetti⁴ redefinen el ámbito de la cooperación judicial *via* art. 234 TCE asociándolo al instrumento afilado de la responsabilidad patrimonial y entrando en colisión con los asuntos de perfil constitucional de la independencia del juez y el principio de la intocabilidad de la cosa definitivamente juzgada, mientras las conclusiones del abogado general Ruiz Jarabo presentadas el 12 de septiembre 2006 en el asunto C-303/05 rediseñan los contornos de la relación entre los sistemas de protección del *Habeas Corpus* nacionales y la decisión marco 2002/584/JAI⁵. Es, por tanto, necesario y útil trazar una suerte de cartografía medieval de las reacciones de las cortes nacionales frente al impulso comunitario: una *imago mundi* del nuevo paradigma comunitario.

Frente a la propulsión comunitaria de hondo alcance constitucional⁶, se despliega un atlas heterogéneo de respuestas estatales que van desde la negación explícita de la doctrina supranacional a su aceptación más entusiasta pasando por un significativo silencio jurisprudencial. Esta variedad de colores y matices judiciales escapa a una lectura tradicionalmente binaria de la realidad jurídica. “*EC law, and indeed the European Union legal order as a whole, escape the binary classification of national and international law, when one takes into account the complexity of the relationship between EC law and national law as conceived by the Court of Justice and national courts*”⁷.

El profundo alcance de la reciente tendencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia reside en última instancia en la mayor participación acordada a los particulares en la construcción del edificio comunitario, incluso en detrimento de las intenciones políticas de los propios Estados miembros. Es un diseño ya bien delineado desde hace tiempo, pero que actualmente asume una particular, amplia dimensión. En la sentencia Pupino⁸, por ejemplo, la corte comunitaria afronta el tema de los efectos directos de la Decisión Marco 2001/220, partiendo de la constatación de que el art. 34 TUE prohíbe a todas luces la eficacia de esos actos comunitarios. Los redactores del Tratado pretendieron deliberadamente excluir la extensión a la estructura del tercer pilar del mecanismo de participación de los ciudadanos mediante la invocación de las normas de las directivas comunitarias no transpuestas. El Tribunal de Justicia, sin embargo, deduce de la clave del art. 10 TCE (obligación de cooperación leal de los Estados miembros, no presente en el Título VI) el deber de los jueces nacionales de interpretar la normativa nacional a la luz de la Decisión Marco del Tercer Pilar. La corte anticipa la “depilarización” de la estructura de la Unión, operada por el llamado Tratado Constitucional. Se trata de la enésima aplicación de la tesis del *exit-voice* a la coyuntura

² TJCE, 30 septiembre 2003, C-224/01.

³ TJCE, 9 diciembre 2003, C-129/00.

⁴ TJCE, 13 junio 2006, C-173/03.

⁵ Sobre la amplitud constitucional de la colisión jueces nacionales- juez comunitario, cfr. J. Komárek, *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: Contrapunctual Principles in Disharmony*, Jean Monnet Working Paper 10/05

⁶ J. Shaw, *Europe's Constitutional Future*, en [2005] *Public Law* 132-151.

⁷ J. Shaw, *One or many constitutions? The constitutional future of the European Union in the 2000s from a legal perspective*, en <http://www.law.ed.ac.uk/europa/files/oneormanyconstitutions.pdf>.

⁸ TJCE, 16 de junio de 2005, *Pupino*, C-105/03.

actual. Justamente a propósito de la sentencia Pupino sostiene un atento jurista: “*As the EU faces yet another political crisis following the failure of the Constitutional Treaty, the European Court of Justice has boldly stepped in to flex its transformative constitutional muscles once again*”⁹. La reacción de los tribunales nacionales se asoma en materia de la llamada orden europeo de busca y captura que ya analizamos en la anterior crónica, en especial referencia a las decisiones de los tribunales constitucionales polaco del 17 Abril 2005, P 1/05 y alemán del 18 julio 2005, 2 BvR 2236/04. La estrategia de difundir el control del Derecho Comunitario a los particulares, *private attorneys*, es aún más ardua en este Pilar, ya que no existe ni siquiera un sistema de control centralizado en manos de la Comisión y del Tribunal de Justicia, como sucede con el art. 226 TCE.

La mayor incisividad de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia se refleja significativamente en las tres generaciones de sanciones elaboradas por la corte comunitaria contra la sistemática violación del Derecho Comunitario¹⁰: (1) los principios de eficacia directa y de supremacía, (2) el criterio hermenéutico de interpretación conforme y (3) el principio de responsabilidad del Estado por infracción del Derecho Comunitario.

II. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA EN EL ANÁLISIS DE LA CORTE COMUNITARIA Y DE LOS JUECES NACIONALES

La continua dialéctica entre los dos paradigmas de los que hablábamos en la primera Crónica se yergue a una cota constitucional, asumiendo allí tonos a veces latentes – resistencia silenciosa de los jueces nacionales en la aplicación de un principio jurisprudencial comunitario-, en ocasiones patentes, como recientemente ocurre en el caso **Cordero Alonso, C-81/05, 7 de septiembre de 2006**. Aprovechando la ocasión brindada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (cuya cuestión prejudicial ya habíamos analizado en la anterior Crónica), que, a la vista de la sentencia de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, Rec. p. I-11915), se interrogaba sobre los efectos de la primacía del Derecho comunitario y, en particular, sobre su potestad de dejar de aplicar una ley nacional contraria al Derecho comunitario, a pesar de que no exista una ley procesal española que le confiera dicha competencia, el Tribunal de Justicia pone de manifiesto que en el conflicto judicial en tema de interpretación del principio de igualdad entre la tendencia consolidada del juez supranacional y la orientación de una corte constitucional nacional prevalece siempre la primera¹¹.

⁹ M. Fletcher, *Extending “indirect effect” to the third pillar: the significance of Pupino*, en (2005) 30 *European Law Review*, 877.

¹⁰ Se permita la remisión a A. Lazari *La cross-fertilisation y la formación del paradigma comunitario de responsabilidad del Estado: el ‘esquema de la crisis’*, en *Rev. Der. Comun. Europ.* 2005, 177 ss.

¹¹ Sobre las argumentaciones de carácter constitucional, cfr. conclusiones del Abogado General Mengozzi, presentadas el 26 de octubre de 2006, Asunto C-354/04, Gestoras Pro Amnistía, Juan Mari Olano Olano, Julen Zelarain Errasti contra Consejo de la Unión Europea.

El principio de *primauté*, por tanto, va asumiendo una fisonomía hermenéutico-judicial que ha de enfocarse en el marco de una mayor incisividad en las relaciones pretorianas. “Dado que el principio general de igualdad y de no discriminación es un principio de Derecho comunitario, los Estados miembros están vinculados por dicho principio tal como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia. Ello también es así cuando, según la jurisprudencia constitucional del Estado miembro de que se trate, la normativa nacional en cuestión es conforme a un derecho fundamental análogo reconocido por el ordenamiento jurídico interno”. Ya no se trata sólo de aplicar la norma neutra comunitaria en detrimento de la correspondiente disciplina nacional (principio de primacía clásico), sino es cuestión de conceder prevalencia al “derecho viviente” comunitario sobre la homóloga *law on action* nacional (principio de primacía hermenéutico).

Está claro que las fricciones jurídicas con las cortes constitucionales nacionales están destinadas a aumentar a la luz de este nuevo enfoque más intrusivo, en particular modo en los Estados donde la resistencia de los órganos judiciales de última instancia es más pronunciada. En Francia, por ejemplo, si en la última Crónica se había vislumbrado un resquicio de apertura judicial hacia la introducción plena del principio de primacía de las normas comunitarias, auspiciada también por la doctrina más atenta a la dinámica comunitaria¹², tal tensión subsiste también en el periodo posterior¹³.

Si, por un lado, los jueces inferiores empujan hacia un *revirement* de la doctrina Cohn Bendit de 1978 a la luz de una mutada actitud del Consejo Constitucional, el Conseil d’Etat sigue considerando prevalentes las normas constitucionales internas sobre el conjunto del Derecho Comunitario. Emblemática del primer talante es la decisión del **Tribunal Administrativo de Clermont Ferrant, 6 de mayo 2006**¹⁴, en la que las asociaciones demandantes recurren una decisión de concesión ministerial a la siembra de maíz genéticamente modificado, dando aplicación a una directiva comunitaria no transpuesta y cumpliendo las advertencias del Tribunal de Justicia que por bien dos veces había condenado a la República francesa por infracción del Derecho Comunitario en los fallos de 20 noviembre 2003 y de 15 julio 2004. Se opone a esta visión del paradigma comunitario el fallo del **Consejo de Estado francés del 20 de junio 2006, n° 293731**, que en un caso análogo manifiesta una vez más la resistencia a ultranza del sistema francés a la introducción del principio de eficacia directa de las normas de las directivas no transpuestas. El mismo **Conseil d’Etat con fallo de 27 de julio 2006**¹⁵, vuelve a defender el paradigma nacional en el asunto lingüístico sobre la obligatoriedad absoluta del uso de la lengua francesa impuesto por una circular ministerial del 2001 sobre circulación de productos. Con independencia de las cuestiones de ilegalidad de las

¹² P. Cassia, *Abandonner la jurisprudence Cohn-Bendit?*, en AIDA 13 febrero 2006, 284.

¹³ Esta peculiar y contrastada atención hacia la temática comunitaria se traslada significativamente también en las aulas parlamentarias, donde una comisión nombrada para verificar el grado de actuación del Derecho Comunitario sostiene que ha de “*sensibiliser davantage les agents publics à l’importance du droit communautaire dans le domaine de l’environnement et l’accroître, de manière générale, leur ‘culture communautaire’*”; Sénat, rapport d’information n. 342, 10 de mayo 2006.

¹⁴ Tribunal Administrativo de Clermont Ferrant, 6 de mayo 2006, n° 0500998, assoc. Comité de recherche et d’information sur le génie génétique et a.

¹⁵ CE, 27 julio 2006, n° 281629, Ass. Avenir de la langue française.

decisiones administrativas, emerge la disyuntiva entre la aplicación del art. 2 de la ley de agosto 1994, aplicativa de la norma del art. 2 de la Constitución Francesa (“*la langue de la République est la français*”), y la jurisprudencia comunitaria que establece el empleo del principio de proporcionalidad en el asunto¹⁶. La opinión de la corte administrativa francesa deja harto perplejos allí donde sostiene que “*l’usage du français ne s’impose pas dans les relations de droit privé*”. Queda implícita la posibilidad de derogar la jurisprudencia y disciplina comunitarias en los restantes campos, mirando la corte francesa más a la vertiente del paradigma tradicional encarnada por el art. 55 de la Constitución francesa que al art. 88.1 Const. Franc., que bien se había prestado a la renovada actitud del Consejo Constitucional francés en la sentencia **n. 2004-505 de 19 noviembre 2004**, ya reportada en la Crónica anterior. En esa ocasión se puso de manifiesto la emersión en la reciente jurisprudencia de algunos jueces constitucionales de los llamados contralímites constitucionales que principalmente en los órganos judiciales italianos se van extendiendo también a las cortes inferiores. Significativas de esta tendencia a desaplicar el Derecho Comunitario escudándose en supuestos motivos relacionados con los *controlimiti* son las decisiones del **Consejo de Estado italiano sez. V, sent. n. 4207/ 2005** y de la **Corte di Cassazione, Sez. I, 20 de mayo 2006, n. 11887**. Mientras la primera sentencia procedía a anular una licitación privada del Ayuntamiento de Milán en tema de privatización de la entidad que gestionaba las farmacias locales, desestimando el planteamiento de una cuestión prejudicial por una malentendida teoría de los contralímites nacionales al principio comunitario de supremacía, en la segunda el pretexto de desaplicación del Derecho Comunitario se hace manifiesto en un dudoso *obiter dictum*, en el que la colisión entre los dos ordenamientos termina por minar las propias bases del sistema supranacional. En el caso relativo a la indemnización por expropiación, el Tribunal Supremo deniega la aplicación del parámetro comunitario, porque “*va osservato, peraltro, che la diretta efficacia nel nostro ordinamento dei poteri normativi, amministrativi e giurisdizionali degli organi comunitari, non può essere tale da modificare l’assetto costituzionale, dal quale comunque emergono controlimiti alle limitazioni di sovranità: fra questi la Corte costituzionale ha individuato i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale, oltre che i diritti inalienabili della persona umana (sentenze n. 163 del 1973, n. 232 del 19891 n. 168 del 1991)*”¹⁷.

1. La eficacia directa en el Derecho Comunitario Material

La **Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 31 de octubre 2006**, se pronuncia sobre una orden de retirada de medicamentos, considerados como alimentos en otros Países comunitarios, como Italia, Bélgica, constituyendo - a parecer de la empresa farmacéutica - el requerimiento de una licencia a la comercialización una medida de efecto equivalente proscrita por los arts. 28 y 30 TCE. La Audiencia Nacional procede a retrotraer las actuaciones a la vía administrativa con el fin de que la Administración demandada se pronuncie sobre el carácter de sustancia medicinal de

¹⁶ TJCE, 3 de junio 1999, C-33/97.

¹⁷ La doctrina italiana se ha ocupado de criticar duramente el fallo del Consejo de Estado. Cfr. S. Valaguzza, *La teoria dei controlimiti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: la 'primauté' del diritto nazionale, en Il diritto processuale amministrativo*, 2006, 3.

todos los productos intervenidos así como el alcance de su reconocimiento de parte de ellos como productos alimenticios en otros países de la Unión Europea.

Dos sentencias del Consejo de Estado italiano dan aplicación directa a la normativa material de Derecho Comunitario en tema de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. En los dos casos relativos a los servicios de apuesta en relación a acontecimientos deportivos, se considera preeminente la normativa nacional italiana en términos de excepción a los arts. 43 y 49 TCE . El Tribunal de Justicia había aclarado en el asunto **Gambelli y otros, C-243/01, 6 noviembre 2003**, que “una normativa nacional que prohíbe -bajo sanción penal- el ejercicio de actividades de recogida, aceptación, registro y transmisión de apuestas, en particular, sobre acontecimientos deportivos, 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”. La aplicación efectuada por el juez italiano va en la dirección de considerar excepción, pero conforme a las libertades de la Unión Europea la disciplina italiana sobre la actividad de intermediación en el sector de las apuestas por cuenta de una sociedad extranjera. En el fallo del **Consiglio di stato, sez. VI, 27 septiembre 2006, n. 5644** se anula la decisión del órgano administrativo inferior que había considerado que la normativa nacional (art. 88 r.d. n. 773/1931 y art. 4 ley 410/1989) constituía un régimen de monopolio en favor del Estado, contrario a los principios subyacentes a la libertad de establecimiento (art. 43 TCE) y de la libre prestación de servicios (art. 49 TCE). La función de control por motivos de orden público, idóneos a justificar la excepción prevista por el art. 46 del Tratado resultaba ahora ampliamente superada por una política de incentivación de la oferta. El máximo órgano administrativo considera, al contrario, que la vigente normativa italiana no se pone en conflicto con los principios comunitarios, ya que la estrategia de expansión de las apuestas no colisiona con el objetivo de evitar las infiltraciones criminales en dicha actividad y, por tanto, la existencia de métodos de control preventivo en términos de autorización administrativa. No queda, además, alguna duda – según el juez italiano – acerca de la adecuación y proporcionalidad del sistema preventivo previsto por el legislador italiano¹⁸: dirime así el Consejo de Estado la posible cuestión prejudicial trayendo a colación la jurisprudencia de la corte comunitaria que atribuye al juez nacional la valoración de los parámetros de adecuación y proporcionalidad de la normativa estatal subsumibles en los arts. 46 y 55 TCE. En la posterior decisión **Cons. Stato Sez. VI, 30 noviembre 2006, n. 7003** se añade que la presentación de un dictamen motivado por parte de la Comisión Europea en el tema en cuestión no cambia la sustancia de la estructura jurisprudencial hasta ahora consolidada. Suscita perplejidad, sin embargo, la calificación de la actividad de apuesta según un canon hermenéutico propiamente civilista, a saber en términos de obligación natural

¹⁸ Muy similar al asunto que ocupó la **Cour d’appel de Paris, 14ème chambre, 4 enero 200, asunto Zeturf, Eturf / PMU**, siempre en tema de servicios de apuesta.

desprovista (“*privi di tutela giuridica in caso di mancato adempimento dell’obbligazione da parte del promittente*”), por tanto, de remedios judiciales apartándose el juez italiano de una visión comunitaria basada sobre la concepción de prestación de servicio, provista por ende de completa tutela jurídica. La **Cour de cassation, 21 diciembre 2006, n° 548** procede a la aplicación directa del art. 59 TCE en materia de derecho de establecimiento, incluso antes de la entrada en vigor de la directiva 89/646/CEE. Constituye obstáculo a la efectiva realización de esta libertad comunitaria la imposición de un requisito de crédito bancario con el fin de permitir la permanencia de la sociedad extranjera Centea¹⁹. Se opera una aplicación directa de la normativa primaria de Derecho Comunitario en el fallo del **Consejo de Estado, 9 de junio 2006, Grewis, n. 280911** en un recurso contra una decisión de 2005, n. 311 relativo al acceso a la figura de notario, oficiales públicos a título de profesión liberal, que habría vulnerado el derecho de establecimiento contemplado por el art. 43 TCE y la libre prestación de servicios recogida por el art. 49 TCE. El Conseil d’Etat considera, al contrario, que no se reúnen las condiciones para invocar la normativa comunitaria en tema de libre circulación de trabajadores no asalariados migrantes, pues la realización de la actividad de notario se configura como una figura típica de ejercicio de poder público y, por tanto, ha de subsumirse en la excepción prevista por el mismo Tratado.

En el fallo de la **Cour de Cassation, Chambre commerciale de 3 de mayo 2006** se trata un caso de supuesta competencia desleal practicada por unas empresas francesas que comercializaban quesos con denominación emmenthal a precios reducidos mediante un método de producción que no permitía reproducir la típica corteza. El artículo 6 y el anexo del Decreto n. 88-1206, de 30 de diciembre de 1988, por el que se desarrolla la Ley de 1 de agosto de 1905 sobre los fraudes y falsificaciones en materia de productos o de servicios (JORF de 31 de diciembre de 1988, p. 16753; en lo sucesivo, «Decreto de 1988»), definen las «características del producto alimenticio» denominado «emmenthal», en el sentido de la normativa francesa. Aquí también viene a colisionar los dos paradigmas jurídicos, el nacional representado por la disciplina jurídica arriba mencionada, y el paradigma liberalizador comunitario que prevé la prohibición de medidas de efectos equivalentes a las restricciones cuantitativas en el art. 28 TCE. El juez francés se limita a emplear este último parámetro, considerando la normativa interna constitutiva de un obstáculo a la libre circulación de mercancía, dando parcial aplicación a la sentencia del TJCE Guimont, de 5 de diciembre de 2000, C-448/98, que establecía que “el artículo 28 TCE se opone a que un Estado miembro aplique a los productos importados de otro Estado miembro, en el que se producen y comercializan legalmente, una normativa nacional que prohíbe, en ese Estado miembro, la comercialización con la denominación «emmenthal» de un queso desprovisto de corteza”. La peculiaridad de la sentencia francesa estriba en que el juez francés procede a una dilución jurídica de la sentencia de corte comunitaria añadiendo a la *ratio decidendi* supranacional que si la medida legislativa nacional no produce efectos discriminatorios no se considera ilegítima y dirimiendo arbitrariamente la posibilidad de

¹⁹ Asunto análogo al caso fallado por el **Consejo de Estado, 2 de junio 2006, Chauderlot, n. 275416**, en tema de obstáculos fiscales impuestos a una sociedad francesa que pretendía establecerse en el territorio belga.

plantear la cuestión prejudicial correspondiente²⁰. De esta forma, no sólo se distorsiona el alcance real del paradigma comunitario, sino que se anula la eventualidad de intervención clarificadora de la corte comunitaria.

De una situación similar a la que produjo el caso *Traghetti*, es decir acuerdos entre empresas concertados para afectar al comercio, se ocupa la **House of Lords en Judgments - Inntrepreneur Pub Company (CPC) and others v. Crehan de 19 de julio 2006**. En este supuesto, sin embargo, la alteración del mercado único no procede de la concesión de ayudas públicas ilícitas, sino de acuerdos entre particulares que había producido un incumplimiento contractual por parte del Sr. Crehan, que imputa su conducta a una práctica comercial ilícita entre *Inntrepreneur Pub* (locatario de dos pubs) y *Courage Brewery* (suministrador de cerveza). Mientras en 2004 la Corte de Apelación siguiendo la orientación de la Comisión Europea en el caso *Whitbread 1999* condena a las dos empresas por vulneración del art. 81 TCE, rompiendo una norma consolidada de common law por la que una parte de un acuerdo ilícito no puede reclamar daños, la House of Lords estima el recurso presentado por las dos empresas. La Alta Corte inglesa considera que las decisiones de la Comisión Europea pueden ser obligatorias para los jueces nacionales cuando existe identidad completa subjetiva (las misma partes) y objetiva (el mismo acuerdo entre las partes) entre los dos procedimientos. Trayendo a colación dos sentencias del Tribunal de Justicia *Delimitis v Henninger Brau* [1991] ECR I-935 y *Masterfoods Ltd v HB Ice Cream* [2000], el tribunal inglés termina por estimar el recurso planteado anulando la condena a indemnizar los daños.

III. EL PRINCIPIO DE EFICACIA DIRECTA

Ha de señalarse una correcta aplicación del principio de eficacia directa por parte del **Tribunal Superior de Castilla La Mancha, sección Albacete, Presidente: José Borrego López, 30 de Octubre de 2006** que trata de recurso contencioso-administrativo contra la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente en materia de ayudas. La sentencia pasa en reseña la jurisprudencia básica en tema de recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia, llegando a la conclusión que “el Juez nacional es garante no sólo de los principios estructurales básicos del derecho comunitario que representan su efecto directo y su primacía, sino también, desde su posición de órgano cuyas decisiones crean jurisprudencia, de la unidad de aplicación del Derecho

²⁰ « Elle [la corte comunitaria] a rappelé que cet article n'a pas pour objet d'assurer que les marchandises d'origine nationale bénéficient, dans tous les cas, du même traitement que les marchandises importées et qu'une différence de traitement entre marchandises qui n'est pas susceptible d'entraver l'importation ou de défavoriser la commercialisation des marchandises importées ne relève pas de l'interdiction établie par cet article ; qu'elle a également indiqué que si elle répondait à une question préjudicielle dans un litige sans lien apparent de rattachement avec l'importation de marchandises dans le commerce intracommunautaire, c'était parce que sa réponse pourrait être utile dans l'hypothèse où le droit national imposerait, dans une procédure telle que celle de l'espèce, de faire bénéficier un producteur national des mêmes droits que ceux qu'un producteur d'un autre Etat membre tirerait du droit communautaire dans la même situation».

comunitario”. La asunción de responsabilidades a nivel comunitario desemboca en este caso relativo al sector de los forrajes desecados, reglamentado por el Reglamento 785/95, de la Comisión de 6 de abril-art. 8.4, 5 y 6, a la declaración de ilegalidad del art. 8.7 de la Orden de la Consejería, “como consecuencia del efecto directo de la normativa comunitaria y su primacía sobre el ordenamiento nacional”.

En la colisión entre el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y la normativa secundaria del Derecho Comunitaria, la Sala de lo Social del **Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León** con decisión de **18 de octubre 2006** otorga superioridad a la directiva comunitaria. En el recurso interpuesto por Eurest Colectividades, SA, Gerencia Regional de Salud, Diputación Provincial de Palencia y Daniela, contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Palencia Número Uno por despido improcedente, la cuestión esencial radica en la denominada «sucesión de empresas», el art. 44 del Estatuto impone al empresario que pasa a ser titular de una empresa la obligada subrogación en la posición de empleador en los contratos de trabajo de los empleados que prestan servicios en dicha empresa, centro o unidad productiva por cuenta de su anterior titular. Esta subrogación opera «*ope legis*», sin necesidad de acuerdo expreso de las partes, por lo que, una vez producida, el nuevo titular adquiere la condición de empleador y lo deja de ser el anterior, sin perjuicio de la responsabilidad que incumba a este último en relación con las deudas preexistentes a la sucesión durante el plazo de tres años. Pero esta interpretación de la norma interna presenta una laguna respecto de la obligada interpretación conforme al Derecho Comunitario y, en concreto, a la Directiva 77/187/CEE (LCEur 1977, 67) sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. Sostiene el tribunal castellano que “la interpretación de la normativa nacional ha de ser conforme a las disposiciones del Derecho Comunitario en la medida en que no exista entre ambas una contradicción clara e insoluble”. Consiguientemente se sostiene que la subrogación contractual *ope legis* determinada por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y la Directiva 77/187 opera también en determinados supuestos en los que no existe transmisión de un patrimonio entre las dos empresas²¹. Idéntica argumentación adopta el mismo órgano judicial en la sentencia de **6 de noviembre de 2006** en relación con la figura de la sucesión determinada por la identidad de plantillas.

IV. LA NUEVA HERRAMIENTA DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA Y EFICACIA DIRECTA: LA REVISITACIÓN DEL CRITERIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME AL DERECHO COMUNITARIO EN EL TERCER PILAR

Donde se despliega con mayor contundencia la nueva tendencia del Tribunal de Justicia es probablemente en la llamada “constitucionalización del tercer Pilar” de la Unión Europea mediante el principio de interpretación conforme al Derecho Comunitario. En

²¹ Decisión análoga ha sido dictada por la Audiencia Nacional, **Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8) de 3 julio 2006**.

este ámbito el principio de supremacía y eficacia directa no pueden por la propia naturaleza del Pilar intergubernamental desplegar los mismos efectos alcanzados con el método de integración jurídica. Aquí la tensión institucional entre instituciones comunitarias, por un lado, e intereses nacionales, por otro, se hace patente, se pone de manifiesto. Deliberadamente bandido, por tanto, el principio de eficacia directa y de primacía por voluntad de los gobiernos nacionales, el juez comunitario recurre al *judicial remedy* de segunda generación, el principio de interpretación conforme, que, sin embargo, manifiesta en todas sus aplicaciones su debilidad conceptual y operativa.

Las decisiones reseñadas evidencian cómo tal criterio termina por ceder ante la llamada interpretación nacional *contra legem*: es decir allí donde la recomposición de la fractura entre normativa comunitaria y ley nacional se perfila como jurídicamente imposible. En estos casos, afloran los puntos neurálgicos de la actual estructura de la Unión Europea y se plantea meridianamente la cuestión: ¿Quiénes son los dueños de los pilares intergubernamentales? ¿El paradigma internacionalista-intergubernamental o el paradigma de integración-comunitario? Ante esta pregunta se prohíbe el principio de supremacía y se detiene el principio hermenéutico.

El empleo de segunda generación de tutela judicial surge con la sentencia ***Maria Pupino C-105/03, dictada por el Tribunal de Justicia el 16 de junio de 2005***, en la que la corte de Luxemburgo procede a aplicar la jurisprudencia consolidada en tema de directivas comunitarias no transpuestas al ámbito del Tercer Pilar, glosando de esta forma: “el principio de interpretación conforme no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Sin embargo, dicho principio requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración, en su caso, todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la Decisión Marco de 13 junio 2002.” Se deriva, por tanto, *de plano* un contraste extremadamente estridente entre la norma del artículo 34.2.b) TUE, donde se indica que las Decisiones Marco “no tendrán efecto directo”, fruto de negociaciones en las conferencias intergubernamentales (paradigma internacionalista) y el intento de constitucionalización del Tercer Pilar operado por el Tribunal de Justicia (paradigma comunitario)²². Está claro, entonces, que tanto por la naturaleza intrínseca del pilar intergubernamental, como por el diseño de “depilarización” del tribunal comunitario, la decisión Pupino estaba destinada a suscitar reacciones de alcance constitucional en los Estados miembros²³.

Particularmente relevantes son las decisiones dictadas en la jurisdicción italiana, donde el **Tribunal Supremo, sec. Penal, 08 mayo 2006, n. 16542**, establece que no puede ser ejecutada en Italia la orden de captura europea hacia una ciudadana italiana por el delito de estafa, emitida por una autoridad judicial de un País, Reino de Bélgica, en el que no estén previstos los plazos máximos de detención preventiva. En el conflicto entre la

²² Cfr. J. Komárek, *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: Contrapunctual Principles in Disharmony*, en Jean Monnet Working Paper 10/05.

²³ Reitera la relevancia del principio de interpretación conforme la sentencia del TJCE, **de 4 julio 2006, asunto C-212/04, Konstantinos Adeneler**.

disposición del art. 18, let. e), ley 69/2005²⁴ y la Decisión Marco que inspiraba la ley italiana no es relevante la invocación del principio de interpretación conforme, pues “*l’interpretazione conforme al diritto comunitario non può spingersi sino al punto di abrogare la norma interna*”. En la colisión, en esta ocasión evidente, entre los dos paradigmas cobra preeminencia en el ámbito del Tercer Pilar la opción política estatal, sin que el principio hermenéutico, determinado en la sentencia Pupino, pueda ejercer de vanguardia de la primacía comunitaria. La última palabra queda en la boca del Parlamento nacional. La sentencia, sin embargo, se pone en abierto contraste con el fallo **Cass., sez. fer., c.c. 13 septiembre 2005, Hussain Osman**, relativo al procedimiento de captura y entrega del presunto terrorista buscado por los atentados de Londres de 21 de julio, que sostiene la posibilidad de interpretar el art. 18 de la ley italiana 69/2005 en tema de motivación del mandato de captura europeo a la luz de la Decisión Marco. Asevera el juez penal italiano que “*evidentemente lo sforzo ermeneutico ha un suo proprio, intrinseco limite che può, sinteticamente, individuarsi nel divieto di interpretazione contra legem del diritto nazionale*”.

Pero el choque entre paradigmas jurídicos abarca también otra decisión del **Tribunal Supremo sexta sección, 9826/06** que la orden de captura tramitada por el órgano judicial de otro País deba indicar expresamente los límites temporales máximos de detención preventiva. Digna de atención es la argumentación final, que establece uno *sbarramento*, un filtro último, emblemático del conflicto conceptual: la previsión del art. 18 de la ley 69/2005 constituye la directa transposición del art. 13 de la Constitución Italiana, que reza: “*La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva*”, por lo que cualquier interpretación que forzara el significado inequívoco de las palabras y la *ratio legis* subyacente no quedaría en los confines de la interpretación conforme al Derecho Comunitario, sino que desembocaría en una interpretación *contra legem*. Mucho más contundente es el último eslabón del silogismo judicial: sería impropio no sólo someter una eventual cuestión sobre este asunto al Tribunal Constitucional, sino involucrar al juez comunitario mediante la cuestión prejudicial. *Caveat* que resulta extremadamente arriesgado a la luz del arrêt Traghetti del mismo mes. La única vía de salida al eventual conflicto entre normas sería la intervención del legislador nacional: aquí el paradigma nacional asume contornos nítidos e incontrovertibles. El órgano competente para desatar el nudo gordiano judicial, es decir para dirimir la cuestión de una interpretación *contra legem* es el legislador nacional. Frente al diseño constitucionalizador del Tribunal de Justicia con la sentencia Pupino, su interlocutor privilegiado opta por solicitar la intervención aclaratoria del propio legislador nacional. Por último, la **Corte d’Appello di Venezia ord. 24 octubre 2006** reitera este planteamiento que trae a colación el art. 13 Const. It. y, por consiguiente, diseña un conflicto evidente entre la Constitución italiana y la Decisión Marco de 2002, individuando esta vez una solución institucional distinta: “*pare spettare alla competenza propria della Corte costituzionale, anche per la delicatezza istituzionale delle implicazioni connesse, la soluzione interpretativa del problema del rapporto tra l’art. 13 ultimo comma della Costituzione (che l’art. 18 lett.E legge 69/2005 richiama)*

²⁴ Cfr. AA.VV., *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, editado por S. Moccia, ESI, Napoli, 2004.

*ed i principi e le norme europee, e in particolare la risposta al quesito se la norma contenuta nell'articolo 13 debba essere considerata di rilevanza sistematica tale da non consentire il riconoscimento delle diverse e pur efficaci soluzioni sul punto date da diversi Stati della Comunità europea*²⁵. Por otro lado, la aportación decisiva de las cortes constitucionales en este terreno se ha evidenciado a todas luces en 2005 con las decisiones de los tribunales constitucionales polaco, alemán y chipriota que han anulado sendas normas de las leyes de actuación de la Decisión Marco de 2002.

Esta dialéctica se va reproponiendo con distintos matices en otros ordenamientos jurídicos. La sentencia del **Tribunal Supremo de Estonia de 23 octubre 2006 No. 3-3-1-57-06** analiza la situación en las aduanas estonias durante el periodo transitorio precedente a la incorporación a la UE, cuando aún estaba en vigor el Código Aduanero Estonio del 1º de junio de 2002. El art. 5(5) del Código Procesal Administrativo impone que la norma aplicable a una circunstancia jurídicamente relevante sea la regla *illo tempore* vigente. La obligación de interpretar la norma nacional a la luz y letra del Derecho Comunitario se impone, por tanto, después de la entrada de Estonia en la Unión Europea, a pesar de la existencia de un acuerdo de asociación en el periodo analizado.

La **Verwaltungsgerichtshof** (Tribunal Supremo Administrativo de Austria) en su fallo de **18 octubre 2006, nº 2005/04/0022** se ocupa de la^o1 denegación en la inscripción de una marca verbal, sosteniendo que, acogiendo la sentencia del TJCE del 7 septiembre 2006, C-108/05, el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, debe interpretarse en el sentido de que sólo cabe admitir el registro de una marca basándose en esta disposición si se demuestra que esta marca ha adquirido por el uso un carácter distintivo en toda la parte del territorio del Estado miembro. La solución del caso en cuestión consistía simplemente en aplicar la *ratio decidendi* del fallo comunitario al supuesto reclamado por el recurrente, a saber empleando el criterio hermenéutico de la Directiva a la legislación austriaca.

V. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO: LA NUEVA FRONTERA DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL

La nueva tendencia constitucionalidora del Tribunal de Justicia se irradia también en el terreno de la responsabilidad del Estado, donde ahonda su *longa manus* en una superficie constitucionalmente muy delicada, como es la independencia de los jueces y la intocabilidad de la cosa definitivamente juzgada. El tímido aviso de la decisión Köbler se plasma en una forma más completa en la sentencia Traghetti de 13 junio 2006, donde hay que remarcar que la incompatibilidad de la ley italiana 117/88 en tema de responsabilidad del magistrado se verifica en base a las dos coordenadas-Rewe de

²⁵ Análogo planteamiento se deduce de la decisión inglesa **Queen's Bench Division (DIVISIONAL COURT), [2006] EWHC 1847 (Admin), CO/3092/2006, (Transcript: Smith Bernal Wordwave)**.

efectividad y de equiparación de la legislación nacional, a la par que ocurrió en la sentencia Factortame III-Brasserie du Pêcheur con la actividad legislativa del Estado. En ambos casos el escrutinio de la compatibilidad comunitaria de la actividad del órgano estatal cobra carácter excepcional - como subraya significativamente la corte comunitaria - principalmente en consideración de la relevancia de la actividad estatal y de sus implicaciones constitucionales. En el abanico valorativo plasmado en virtud del requisito de violación suficientemente caracterizada las conductas que ahonden sus raíces en principios constitucionalmente protegidos, como la soberanía nacional en cuanto al Parlamento y la independencia de los jueces en referencia a la actividad judicial se colocan en un extremo. Es, por tanto, fundamental interpretar tal condición a la luz de las lentes comparativas, asimilándola a la *faute administrative* francesa, figura comprensiva tanto de la *faute simple* (falta de transposición de una directiva comunitaria) como, por el otro extremo, de la *faute lourde* (responsabilidad por actividad legislativa o judicial del Estado). Es reveladora la circunstancia que, principalmente en el ordenamiento jurídico italiano, el eje del sistema de responsabilidad vaya gradualmente deslizándose hacia una responsabilidad por culpa de aparato o culpa objetiva, idéntica en la sustancia al requisito de la violación suficientemente caracterizada.

Otro síntoma indicativo del grado de intensidad de la actual jurisprudencia comunitaria consiste en la metodología valorativa adoptada por la corte comunitaria que recientemente recurre también en el ámbito de la responsabilidad al denominado derecho viviente, es decir a la jurisprudencia consolidada en sede nacional. Ya no se trata sólo de apreciar la norma legislativa neutra, que en el caso **C-129/00, 9 diciembre 2003, Comisión c. Italia**, no habría comportado la incompatibilidad con el parámetro comunitario, sino su aplicación por parte de los jueces italianos, principalmente el Tribunal Supremo. Naturalmente cuanto más intrusiva resulta la exploración comunitaria respecto del cuerpo jurídico nacional, tanto más tal profundización ahonda en zona delicadas que merecen una particular sensibilidad judicial.

En Italia, el impulso comunitario del principio de responsabilidad estatal ocasiona un debate fértil sobre todo en el campo de la reivindicación indemnizatoria por falta de la remuneración de los ex M.I.R. italianos, ya analizada en la anterior Crónica.

El **Consiglio di Stato, sez. VI, 27 octubre 2006, n. 6433** reconoce la naturaleza de derecho subjetivo a la condición invocada por un ex especializando italiano, eliminando cualquier duda acerca de intervención de la administración nacional. La situación configurada por la directiva n. 82/76 no necesitaba medida alguna de la autoridad administrativa. Las normas de las directivas incondicionales y suficientemente precisas "*non possono che avere natura e consistenza di diritto soggettivo, laddove una qualificazione in termini di interesse legittimo, presupponendo la presenza di una scelta discrezionale della p.a., non sarebbe idonea ad assicurare una soddisfazione incondizionata della pretesa nascente dal diritto comunitario*". No muta, en cambio, la calificación judicial de la actividad del magistrado en la reciente decisión de la **Cassazione Civile, 27 noviembre 2006, n. 25123**, confirma la tendencia pre-Traghetti

a considerar inadmisibles una responsabilidad del Estado por actividad judicial de interpretación de las normas. La Alta Corte italiana sostiene que el art. 2 de la ley 117/88 “*non tollera riduttive letture perché giustificata dal carattere fortemente valutativo dell’attività giudiziaria, attuativa della garanzia costituzionale dell’indipendenza del giudice*”. ¡El paradigma nacional *über alles!*

Se detiene en el análisis del requisito de la atribución de los derechos de origen comunitario a la categoría de los sujetos afectados por la legislación nacional la compleja decisión inglesa **Poole and others v Her Majesty's Treasury del 8 de noviembre 2006** ante la **Queen's Bench Division (Commercial Court)**²⁶. En relación a la disciplina comunitaria sobre competencia, el juez inglés afirma que el objetivo de la norma de la directiva comunitaria estaba destinado a proteger no los socios de la compañía de seguros Lloyd - demandantes de la acción indemnizatoria, sino cuantos prestasen sus prestaciones o servicios. Tras un prolijo desarrollo probatorio y argumental, se excluye, por tanto, la admisión de los socios Lloyd a reclamar indemnización por la falta de transposición de la directiva 73/239 sobre armonización de los servicios asegurativos. Es de remarcar, además, que en el sistema inglés el paradigma sintáctico comunitario se conjuga de manera ya habitual en la categoría de *breach of statutory duty*. A confirmación de la extensión en los sistema nacional de la *faute administrative* la corte inglesa asevera que “*the submission is that the Francovich/Factortame cause of action "involves fault" on the part of the Member State and so should be treated as an "action for damages for negligence"* [énfasis añadida].

La **Queen's Bench Division** con sentencia del **13 de Julio 2006**²⁷ no aprecia una culpa grave en la conducta del ministerio de Sanidad británico que desestimó la petición de licencia de fármacos considerados habilitados a la comercialización en Dinamarca.

Tras la obtención de la autorización en virtud del principio del reconocimiento mutuo, la sociedad Synthon BV reclama la indemnización de los daños sufridos *medio tempore* durante el periodo transcurrido entre la petición de licencia y su obtención. “*There is no basis for concluding that the breach of the MRP, if it occurred, could be regarded as a sufficiently serious breach. He [el demandante] submitted that it would be regarded, in effect, as incidental to the effective breach*”. La ilegitimidad del acto de desestimación de la petición no implica necesariamente la calificación de la conducta del Ministerio en términos de culpa grave.

El nexo recientemente entablado por la corte comunitaria entre la (falta de) cuestión prejudicial y la responsabilidad del Estado por actividad judicial debería haber inducido al Tribunal Constitucional italiano a unas conclusiones más prudentes. En el reciente auto **n. 458 del 28 diciembre 2006**, la *Consulta* italiana desperdicia la ocasión para invertir el rumbo de un ostracismo ya sedimentado hacia las cuestiones prejudiciales. En un juicio sobre el art. 14 del decreto-ley 8 julio 2002, n. 138 en tema

²⁶ [2006] EWHC 2731 (Comm), [2006] All ER (D) 84 (Nov).

²⁷ [2006] EWHC 1759 (Admin), [2006] All ER (D) 164 (Jul).

de privatizaciones farmacéuticas, el juez constitucional antes contesta apodípticamente la eficacia directa de la norma de la directiva no transpuesta 75/442, para luego apostillar que, pese a la pronuncia del Tribunal de Justicia de 11 noviembre 2004, C-457/02 condenatoria de la legislación italiana en auto, que “*l'unico modo per rimediare al vulnus da questa recato ad una direttiva comunitaria non direttamente applicabile sarebbe, dunque, quello di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna per lesione degli obblighi di conformazione all'ordinamento comunitario, sanciti dall'art. 11 Cost. e, in modo ancor più esplicito, dal primo comma del novellato art. 117 Cost.*”. Una vez más se reafirma la supremacía del paradigma conceptual nacional, omitiendo que en el caso tratado la solución más apropiada a la dinámica comunitaria consiste en la responsabilidad del Estado por falta de actuación de una directiva comunitaria. Hipótesis avalada *a fortiori* por la misma terminología empleada por el Tribunal Constitucional, que habla de grave violación del Derecho Comunitario, ocasionada por el hecho de que el legislador nacional en el Ley Delegatoria haya mantenido expresamente la disposición de la norma censurada por el juez comunitario. No sería fuera de lugar, entonces, que los demandantes propusieran en el futuro inmediato demandas de indemnización del daño sufrido por falta de remisión de la cuestión prejudicial ex. art 234 TCE ante el competente juez italiano en virtud del esquema-Traghetti.

VI. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Se desestima la intervención del juez comisario mediante cuestión prejudicial en el fallo de la **Audiencia Nacional, 13 de noviembre 2006**, recurso interpuesto por Airtel Móvil S.A. contra liquidación practicada por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por el concepto de Tasa por Reserva del Dominio Público. En cuanto a la petición de que se plantee cuestión prejudicial ante el TJCE, se reitera la doctrina jurisprudencial teniendo en cuenta que contra la sentencia que se dicte en este recurso puede interponerse recurso de casación, lo que es demostrativo de que no se tratará, en ningún caso, de una sentencia definitiva, no existe la obligación de plantear la cuestión. La desestimación de la remisión de cuestión ante el juez comunitario se articula de manera significativamente más exhaustiva con el fin de evitar eventuales demandas de indemnización, aunque se continúe persiguiendo un recorrido eminentemente estatal, allí donde se afirma que “el propio Tribunal Constitucional da respuesta a las cuestiones que se plantean en relación con la no discriminación, la justificación y la proporcionalidad”. La arriba mencionada sentencia **Cordero Alonso**, 7 septiembre 2006, C-81/05 hace prevalecer la opinión del Tribunal de Justicia sobre la propia doctrina del *Tribunal Constitucional* en el caso de interpretación de una directiva comunitaria relativa a la política social. Se trata de discernir los órdenes conceptuales, por lo que la simple remisión a los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional no cobra necesariamente fuerza de ley en el paradigma comunitario.

También articulado es el recurso presentado ante la **Audiencia Nacional, 6 de noviembre 2006**, interpuesto contra resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, por la que se desestima la reclamación interpuesta contra resolución de la

Presidencia del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, que declaró no haber lugar a la rectificación de autoliquidación de tasa por emisión de informes de auditoría de cuentas ni a la devolución de ingresos instadas en nombre de la entidad. En este juicio la recurrente solicita el planteamiento de una cuestión prejudicial comunitaria de interpretación, por entender que el Real Decreto 181/2003, al desarrollar una tasa que se impone a los auditores de cuenta y profesionales de la auditoría, está perfilando el régimen jurídico de un instituto que puede contravenir el art. 43 TCE en tema de libertad de establecimiento. En esta decisión también se hace referencia a la conocida sentencia CILFIT y otros, asunto 283/81, de 6 octubre 1982, en la que se da carta de naturaleza a la doctrina del acto claro. Leyendo entre líneas la decisión es evidente el propósito del tribunal español de despejar cualquier perplejidad en tema de remisión de la cuestión prejudicial, no sólo en el plano de la recurribilidad de la propia sentencia, sino argumentando justamente la inadmisibilidad del recurso ante el Tribunal de Justicia. En efecto, en el presente asunto nos encontramos ante una persona jurídica de nacionalidad española, que recurre, en España por vía indirecta a través de un acto aplicativo, una disposición reglamentaria española que no discrimina a sus destinatarios por razón de nacionalidad o residencia. “Por tanto, cabe deducir que nos encontramos ante una situación puramente interna, ajena al ámbito de aplicación del artículo 43 TCE”.

Suscita duda el fallo del **TSJ Baleares Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 13-7-2006, nº635/2006**. Una vez analizado el producto ron, se registraba que la sustancia presentaba una cantidad de sustancias volátiles inferior a 225 gr/h.l. de alcohol 100%. La Administración de la Comunidad Autónoma acordó iniciar expediente sancionador por considerar que dicho producto no cumplía las características de calidad requeridas por el Decreto 1228/1975, que la recurrente considera contrario a la normativa comunitaria. Interrogada sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial sobre la compatibilidad del Decreto 1228/75 con el Derecho Comunitario, la corte balear afirma que “la misión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es interpretar el derecho comunitario, **pero no puede interpretar normas de derecho nacional**”. Se asoma también la nacionalización del paradigma comunitario allí donde se sostiene que “las leyes posteriores contrarias a las normas comunitarias de efecto directo tienen que considerarse inconstitucionales por violación de los artículos 93 y 96.1 de la Constitución, con lo que han de dejarse inaplicadas sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad, justamente en atención a la primacía del Derecho Comunitario y al principio *in dubio pro Communitate*”.

Igualmente contradictorias son las conclusiones esgrimidas por el **TSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 9ª, 26 Septiembre 2006, nº1638/2006**, que antes reafirma que la negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o cuando el problema es de naturaleza hipotética. En un segundo momento, pero, no considera pertinente el planteamiento del recurso prejudicial al estimar que tiene naturaleza meramente hipotética la incompatibilidad entre el Derecho Español concretado en la resolución administrativa sancionadora impugnada ante el juez *a quo* y los artículos 28

y 29 TCE, porque para albergar una duda objetiva y cierta sobre dicha contradicción debería acreditarse la efectiva libertad de circulación de las mercancías. “Y como no se ha acreditado que los productos elaborados por la ahora entidad apelante y por los que se le ha sancionado se estén distribuyendo y comercializando en otros países que integran la Unión Europea, falta uno de los presupuestos básicos para que a este Tribunal le surja la duda referida que posibilite el planteamiento de la indicada cuestión prejudicial”.

En conclusión, a la reciente estrategia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia, ocasionada también por el impasse político-institucional y no exenta en ocasiones (Caso Pupino *docet*) de una cierta dosis de crítica, se va desarrollando un mapa maculado de reacciones de los jueces nacionales, máxime en tema de principio de interpretación conforme y responsabilidad del Estado, que va desde el rechazo frontal hasta un acogimiento entusiasta del paradigma comunitario.