

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

(2005-JUNIO 2006)

Antonio Lazari*

SUMARIO:

I. PROEMIO: REFLEXIONES INTRODUCTORIAS.

II. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA EN LOS LÍMITES CONSTITUCIONES EUROPEOS: CONTRALÍMITES Y PRIMAUTÉ.

III. PLANTEAMIENTOS DE CUESTIONES PREJUDICIALES

IV. EL PRINCIPIO DE EFICACIA DIRECTA

V. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

VI. BREVE PANORÁMICA DE LAS PRINCIPALES NOVEDADES JURÍDICAS EN LAS CORTES EUROPEAS

I. PROEMIO: REFLEXIONES INTRODUCTORIAS

Esta crónica es tributaria y descendiente directa de una afortunada iniciativa comenzada en 1989 en la Revista de Instituciones Europeas firmado por Liñán Nogueras y Roldán Barbero¹. Las sucesivas publicaciones sobre el tema² han significativamente remarcado

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

© Antonio Lazari. Todos los derechos reservados.

¹ D. J. LIÑÁN NOGUERAS - J. ROLDÁN BARBERO, *La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España (1986-1989)*, en RIE 1989, nº 3, pp. 885-914; D. J. LIÑÁN NOGUERAS; A. DEL VALLE GÁLVEZ: "La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España (julio 1989-diciembre1990)", en RIE 1991, nº 3, pp. 989-1120; D. J. LIÑÁN NOGUERAS; M. LÓPEZ ESCUDERO: "La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España (1991 y 1992)", en RIE 1994, nº 1, pp. 221-263; D. J. LIÑÁN NOGUERAS; M. A. ROBLES CARRILLO: "La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España (1993, 1994 y 1995)", RIE 1997, nº 1, pp. 111-173; J. ROLDÁN BARBERO; L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ: "La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España (1996)", RDCE 1997, nº 2, pp. 549-580; A. DEL VALLE GÁLVEZ; T. FAJARDO DEL CASTILLO: "La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España en 1997", RDCE 1999 nº 5, pp. 109-128; M. LÓPEZ ESCUDERO; F. CUESTA RICO: "La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España durante 1998", RDCE 1999, nº 6, pp. 395-418; L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ; A. SEGURA SERRANO: "La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España durante 1999", RDCE 2002, nº 8, pp. 565-592; D. J. LIÑÁN NOGUERAS; P. J. MARTÍN RODRÍGUEZ: "La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España durante 2000 y 2001", en RDCE 2002, nº 12, pp. 583-627; C. LÓPEZ-JURADO; A. SEGURA SERRANO, "La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España durante 2002", en RDCE 2003,

que la aplicación judicial del Derecho Comunitario en las cortes nacionales es parte imprescindible del mismo Derecho supranacional con la particularidad institucional que el sistema europeo contempla una estrecha colaboración entre la corte comunitaria y los jueces nacionales. Esta colaboración judicial – esta conversación en las palabras de Weiler³ – delata a contraluz una fértil y controvertida dinámica no sólo entre instituciones sino entre paradigmas conceptuales y produce a menudo resistencias pretorias pero también una extraordinaria dialéctica judicial acerca de la que tanto se discute en Europa y en Estados Unidos⁴. El objetivo principal de esta crónica consistirá en convertirse en un observatorio privilegiado de los fenómenos de correcta o incorrecta aplicación judicial del Derecho Comunitario; de los mecanismos de circulación jurídica o resistencia del sistema supranacional europeo.

El principio-guía de la crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Comunitario en España y otros países de la Unión Europea se perfila de modo ejemplar en la declaración del Tribunal Constitucional del 13 de diciembre 2004 acerca de la compatibilidad de algunas disposiciones del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa con la Constitución Española, y precisamente el art. I-6 Constitución Europea (primacía del Derecho de la Unión) y los arts. II-111 Constitución Europea (ámbito de aplicación de la Parte Segunda o Carta de Derechos Fundamentales) y II-112 Constitución Europea (alcance e interpretación de los derechos y principios de los mismos). Con una excepcional “licencia académica” en cuanto al límite temporal de la crónica, parece inevitable, por tanto, partir de la evolución y finalidad del diálogo institucional entre la corte comunitaria y las (Altas) cortes europeas en materia de supremacía para delimitar el propio radio de acción de la crónica y proseguir algunas temáticas ya abordadas *aliunde* sobre la fuerza o debilidad de la actual Unión Europea⁵.

Desde mediados de los años Sesenta la arquitectura jurisprudencial europea ha demandado a los Estados miembros una disciplina constitucional en materia de supremacía y efecto directo sin disponer de un verdadero fundamento constitucional europeo, esto es, sin una Constitución europea que legitime este aserto. El funcionamiento de estos dos criterios reguladores de las relaciones Estado-entidad supranacional pone progresivamente las condiciones del principio más original del Derecho Comunitario - el ‘principio de tolerancia constitucional’⁶ - ya que conduce a observar la disciplina constitucional en los términos de acto voluntario de auto-limitación por parte de los Estados. La construcción europea nace con el claro y reiterado propósito de prevenir otra radicalización de los demonios nacionalistas a

nº 15, pp. 801-844. De estas acertadas experiencias se recogerá el testigo reponiendo en el *corpus* de la crónica una distinción en secciones según los principios básicos de las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas nacionales, propia de algunas de ellas.

² AA.VV., *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, editado por G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS - D.J. LIÑÁN NOGUERAS, Civitas, Madrid, 1993.

³ Cfr. WEILER, *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, en *Harvard Jean Monnet Working Paper*, 2000

⁴ Cita laert, alonso garcia en españa, new world order, etc.

⁵ Se me permita la referencia a A. LAZARI, *De Ulises, Hércules y la (fuerza de la debilidad en) el nuevo orden cosmopolita*, en esta revista, 2005, n. 10.

⁶ J. WEILER, *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, en *Harvard Jean Monnet Working Paper*, 2000.

través de una actitud antropológica peculiar⁷. Justamente al final de la Segunda Guerra Mundial, Adorno y Horkheimer sostuvieron que la civilización no se alcanza erradicando Eros y eliminando la tentación de la opresión: se alcanza viviendo con la tentación y vencéndola. La referencia obligada es la figura de Ulises que a sabiendas del peligro no cambia el trayecto de su periplo, sino que pasa por el tramo de mar de las sirenas vencéndolas con su astucia⁸.

II. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA EN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EUROPEOS: CONTRALÍMITES Y PRIMAUTÉ

La solución de Ulises a la cuestión nacionalista fue dúplice: atarse internamente mediante el respeto de un conjunto de normas y procedimientos de índole constitucional y sujetarse externamente a través de la participación en organizaciones internacionales que persiguiesen el objetivo de la paz. El límite conceptual y jurídico al principio de tolerancia constitucional se halla en la consideración limitada hacia los procedimientos democráticos mediante los que fueron aprobadas las normas nacionales⁹. Desde la proclamación del principio con la sentencia *Costa/ENEL* de 15 de julio de 1964 el Tribunal de Justicia ha precisado que el actual art. 249 no contempla reserva alguna, avisando del peligro de que esta disposición quedaría vacía si un Estado pudiese unilateralmente anular sus efectos con una medida nacional: el Derecho Comunitario no encontraría límite alguno en ninguna norma nacional¹⁰.

La reacción a la orientación absolutista comunitaria en materia de supremacía del Derecho de la Unión se extiende desde algunos casos de reformas constitucionales estatales a favor de la primacía del Derecho europeo [como por ejemplo la Constitución

⁷ J. WEILER, *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, cit., 20.

⁸ T. ADORNO – M. ORKHEIMER, *Dialéctica de la Ilustración*, Trotta, Madrid, 2001, 17: “Odiseo conoce sólo dos posibilidades de salida. Una es la que prescribe a sus compañeros. Les tapa las orejas con cera y les ordena remar con todas sus energías. Quien quiere perdurar y subsistir no debe prestar oídos al llamado de lo irrevocable, y puede hacerlo sólo en la medida en que no esté en condiciones de escuchar [...] La otra posibilidad es la que elige Odiseo. Él oye pero impotente, atado al mástil de la nave, y cuanto mas fuerte resulta la tentación más fuerte se hace atar, así como después también los burgueses se negarán con mayor tenacidad la felicidad cuando -al crecer su poderío- la tengan al alcance de la mano. Lo que ha oído no tiene consecuencias para él, pues no puede hacer otra cosa que señas con la cabeza para que lo desaten, pero ya es demasiado tarde: sus compañeros, que no oyen nada, conocen sólo el peligro del canto y no su belleza, y lo dejan atado al mástil, para salvarlo y salvarse con él”.

⁹ Cfr. J.F. LOPEZ BARRILAO, *Relación entre el derecho de la Unión Europea y el derecho de los Estados Miembros: apuntes para una aproximación al principio de primacía a la luz de la Constitución europea*, en *Revista de derecho constitucional europeo*, n.2/2004, en <http://www.ugr.es/~redce/ReDCEportada.htm>; y AA.VV., *Constitución europea y Constituciones nacionales*, editado por M. Cartabia-B. De Witte-P. Pérez Tremps, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

¹⁰ La manifestación explícita de la predicada superioridad del Derecho de la Unión Europa sobre el derecho estatal se halla en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* [Asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rec. 1970, 1125.] donde se observa que la referencia a los derechos fundamentales, formulados en la constitución de un Estado miembro o a los principios constitucionales nacionales no puede mermar la validez de un acto comunitario. Recientemente en la decisión *Tanja Kreil* [Asunto 285/98, *Tanja Kreil/Bundesrepublik Deutschland*, Rec. 2000, p. I-69] el Tribunal de Justicia concede preferencia a las normas incluidas en la directiva 76/207/CEE, relativa a la actuación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la aplicación de normas nacional incluso de rango constitucional, como el art. 12 de la Constitución alemana.

de Irlanda (art. 29.4)] hasta la salvaguardia de los elementos irrenunciables de las respectivas Constituciones [así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán en sus Sentencias de 29 de mayo de 1974 (Solange I), 22 de octubre de 1986 (Solange II), y 12 de octubre de 1993 (sobre el Tratado de la Unión Europea); también, Declaración de 1 de julio de 1992 del Tribunal Constitucional español, con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht].

De esta forma, algunos tribunales constitucionales han terminado por aceptar la primacía del Derecho Comunitario derivado frente a las propias Constituciones, siempre y cuando éste sea respetuoso con los estándares mínimos constitucionales consolidados en Europa tras la Segunda Guerra Mundial: democracia, derechos fundamentales y descentralización territorial. El diálogo judicial sobre la eficacia del Derecho Comunitario a nivel nacional se resume todo en la tensión entre la aproximación y unificación de los derechos nacionales, en un extremo¹¹, y la oposición manifestada por los sistemas constitucionales los llamados *contralímites* nacionales, en el otro. El tránsito de Ulises por las procelosas aguas constitucionales y comunitarias nunca ha sido ni será pacífico.

El absolutismo jurisprudencial se revierte de manera incondicional en el propio tratado constitucional firmado el 29 octubre 2004, provocando, por consiguiente, una réplica profundamente argumentada en las salas de los tribunales constitucionales nacionales¹². Los límites esgrimidos por los diversos ordenamientos a la *primauté* del Derecho Comunitario se traducen inevitablemente en otros tantos límites a la ratificación del Tratado constitucional. En este contexto se colocan las recientes decisiones del *Conseil constitutionnel* francés¹³, del **Tribunal constitucional español**¹⁴ y del **Tribunal Constitucional polaco**.

La primera resolución no cobra una posición relevante sino en relación con la fugaz pero emblemática referencia al I-5 en el tema de la identidad nacional reflejada en las estructuras fundamentales, políticas y constitucionales de las Cartas Magnas nacionales. Comparada con las otras dos sentencias anteriores¹⁵, el juez constitucional francés manifiesta una mayor empatía constitucional por las problemáticas del Derecho Comunitario, admitiendo la supremacía de éste último ya desde hace tiempo avalada tácitamente por la jurisprudencia interna post-Costa, si bien se recalca que “*la primauté de son droit sur celui des Etats membres ne peut être que relative*”¹⁶. Una vez más, el

¹¹ T. GROPPA – A. CELOTTO, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti*, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1309: “*Il diritto comunitario non può ammettere che esistano norme nazionali in grado di resistere alla primauté, altrimenti l’esigenza di uniformità verrebbe a configurarsi come una forma di formaggio gruyère (o emmenthal), con ciascuno Stato capace di porre buchi alla compattezza della pasta di formaggio*”.

¹² Cfr. B. DE WITTE, *Direct Effect, Supremacy and the Nature of Legal Order*, en AA.VV., *The evolution of EU law*, editado por P.CRAIG – J. DE BURCA, Oxford, Oxford University Press, 1999, 196 ss.

¹³ Sentencia n. 2004-505 de 19 noviembre 2004.

¹⁴ Declaración 1/2004 del 13 diciembre 2004.

¹⁵ En particular modo la decisión acerca de la constitucionalidad del Tratado de Maastricht del 9 de abril de 1992, 92-308 DC, Rec. 55.

¹⁶ O. DORD, *Le conseil constitutionnel face à la ‘Constitution européenne’: contrôle des apparences ou apparence de contrôle?*, en *AJDA*, 31 enero 2005, 212.

tribunal francés considera que el proceso gradual e irrefrenable de aproximación cultural y jurídica entre los ordenamientos de los Estados miembros no constituye necesariamente una suerte de federalización. El juez de rue de Montpensier corrobora esta visión a través del combinado conjunto del art. 88-1 de la Constitución francesa, aprobado en ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht, con los artículos 5 y 6 del Tratado Constitucional. La sentencia en cuestión reitera la visión clásica de las decisiones comunitarias de los años Sesenta: “*le constituant a ainsi consacré l’existence d’un ordre juridique communautaire intégré à l’ordre juridique interne et distinct de l’ordre juridique international*”. La especificidad del Derecho Comunitario se traduce ya en el derecho interno por medio de la atribución del fundamento constitucional del título XV de la Constitución francesa. En este contexto meramente jurídico se explicaba también la reforma del título XV que preveía un sistema de habilitación general a favor de la Unión europea. Sin embargo, a continuación se esgrima un argumento-clave para entender todo el método dialéctico judicial: el art. 5 del Tratado Constitucional se remite a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los ordenamientos nacionales. Se trata, como han inmediatamente apuntado los comentaristas franceses, de “*déterminer si la formalisation du principe de primauté dans le texte même du traité aura eu pour effet, paradoxalement, de tempérer sa portée*”¹⁷. El escrutinio doctrinario de Simon acierta, como es usual, la buena predisposición del *Conseil constitutionnelle* a entablar un diálogo institucional con los órganos de la Unión Europea: el profesor francés habla a propósito de esta decisión de “*les questions de principe liés à la ‘constitutionnalisation’ de l’Union: une dédramatisation tranquille*”¹⁸.

Ya menos de un mes antes de la declaración del Tribunal Constitucional español estaba claro que la primacía del Derecho de la Unión es todo menos que incondicional, pareciendo a algunos juristas “minimizada”, “transformada” o “flexibilizada”¹⁹. La dinámica pretoriana adquiere, por otro lado, legitimación constitucional precisamente en la norma del art. I-5 del Tratado, que precede en el entramado normativo la disposición del art. I-6. Más allá incluso de las cuestiones surgidas con la negativa de los *referenda* francés y holandés de la primavera de 2005 y del destino del actual tratado constitucional, la lógica comunitaria del principio de tolerancia constitucional se ve reactivada por partida doble gracias al impulso de la codificación de la *primauté* y la

¹⁷ D. CHAMUSSY, *Le Conseil constitutionnel face à la primauté du droit communautaire*, en AJDA, 31 enero 2005, 222. En la misma línea, P. CASSIA, *La Constitution européenne limite-t-elle le caractère souverain de la Constitution française?*, en AIDA, 2004, 2185; IDEM, *L’article I-6 du traité établissant une constitution pour l’Europe et la hiérarchie des normes*, en JCP, 2004, 48, 1508 ss.

¹⁸ D. SIMON, *L’examen par le Conseil constitutionnel du traité portant établissement d’une Constitution pour l’Europe: fausse surprise et vraies confirmations*, en Europe, février, 2005, 6.

¹⁹ Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *El papel de los tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión*, en *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, 2003, 271 ss.; hablan de “*primauté minimisée*” H.LABAYLE E J.-L. SAURON, *La Constitution française à l’épreuve de la Constitution pour l’Europe*, en *Revue fr. droit adm.*, 2005, 1 ss.; de ‘flexibilización’ de la supremacía del Derecho Comunitario discute V. FERRERES COMELLA, *La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea*, en AA.VV., *Constitución española y Constitución europea*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 2005, 86 ss.; de “*primato invertito*” M.CARTABIA, “*Unità nella diversità*”: *il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali*, cit., 10.

europización de los “contralímites”²⁰ nacionales. Como veremos en el caso polaco, los límites nacionales a la aplicación del principio de primacía asumen sobre todo en los Países de nueva incorporación un significado profundo de tutela de las identidades nacionales²¹.

Como ya sostenido en otros trabajos, el Derecho Comunitario no maneja instrumentos conceptuales clásicos ya sólo por su propia configuración política. La peculiaridad del Derecho Comunitario, su estructura *sui generis*, se refleja *apertis verbis* en las argumentaciones de las sentencias de las Cortes Constitucionales de los tres países considerados, y se reverbera en los mismos cimientos conceptuales de los conceptos de prevalencia y primacía. Para ello, el tribunal español sigue unas líneas argumentativas semejantes al homólogo francés, en la medida en que se refiere a la cláusula constitucional de atribución de competencia, especificándose significativamente en ambos casos la peculiaridad del ordenamiento comunitario; y enlazándose con los artt. I-5 y I-6 del Tratado Constitucional. El complejo vertebrador de la sentencia española, sin embargo, es más exhaustivo y profundo respecto de la escueta decisión francesa.

A propósito del art. 93 CE, el juez constitucional aclara con lucidez que la integración “va más allá del puro procedimiento de la misma”, ya que supone “la inserción en un ente supranacional distinto” que crea “un ordenamiento propio dotado de particulares principios rectores”. La difidencia político-institucional que había caracterizado las relaciones entre el tribunal de Luxemburgo y las cortes constitucionales ya se va atenuando para dar paso a otra clase de planteamientos conceptuales: ya no se pone en tela de juicio la existencia *sui generis* y supremacía del ordenamiento comunitario, sino su desarrollo. El referente constitucional español – art. 93 CE – asume en esta sentencia una dimensión inédita: anteriormente a la declaración de diciembre 2004 representaba el modo de celebración de unos determinados tratados²², después adquiere una dimensión material creando límites sustantivos a la integración²³. De esta forma, el juez constitucional español se aproxima evidentemente a las teorías precedentemente formuladas por los homólogos inglés²⁴, alemán e italiano²⁵ relativas a los *controlimiti*

²⁰ Por utilizar la expresión de A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie*, cit. Cfr. M. POIARES MADURO, *Contrapunctual Law*, in N. WALKER (cur.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, 506.

²¹ Cfr. M. CARTABIA, *Unità nella diversità: il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali*, cit.

²² STC 28/1991, FJ 4.

²³ Cfr. R. ALONSO GARCIA, *The Spanish Constitution and the European Constitution: The Script for a Virtual Collision and Other Observations on the Principle of Primacy*, en *German Law Journal*, 2005, 1024; IDEM, *Constitución española y Constitución europea: Guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, en *Rev. Esp. Der. Const.* 73, Enero-Abril 2005, 339-364.

²⁴ En Inglaterra la sentencia *Thoburn* de la *High Court* de 2002, [*English High Court (Queen's Bench Divisional Court)*, [2002] 3 WLR, 247] enuclea tres puntos en las relaciones derecho constitucional interno- Derecho Comunitario: a) toda obligación y derecho creados por la UE se incorporan en el ordenamiento jurídico inglés mediante el *European Communities Act 1972*; b) el *Act* de 1972 es un texto de naturaleza constitucional; c) el principio vertebrador de las relaciones entre el Reino Unido y la Unión Europea se halla a livello nazionale e non comunitario.

Sucesivamente, este planteamiento ha sido reiterado en la sentencia *McWhirter & Gouriet* [*Mc Whirter & Gouriet v Secretary of State for Foreign Affairs* [2003] EWCA Civ 384] con la que la *Court of Appeal* ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad contra la ley de ratificación del Tratado de Niza: allí

internos al principio comunitario de supremacía²⁶ y con el tiempo aceptados y cristalizados también en algunas normas constitucionales en Alemania, Suecia y Portugal.

Se trata claramente de una respuesta dialéctica interna a la afirmación absolutista del Tribunal de Justicia a partir de la propia sentencia Costa. El paradigma comunitario no se basa en ni conoce aseveraciones apodócticas; al contrario, se mueve en los meandros de la dialéctica de los dos sistemas constitucional interno y supranacional-comunitario. Es absolutamente lógico que los sistemas nacionales modulen, calibren la fuerza normativa del principio de supremacía. Existen países que por su evolución reciente necesitan blindar los rasgos idiosincrásicos nacionales en detrimento de una más fluida relación con el sistema de la Unión Europea, máxime los Estados de reciente ocupación soviética, y otros como Estonia que ha optado por una revisión constitucional a raíz de la incorporación en la actual UE. La opción constitucional polaca, harto distinta, de los contralímites materiales radica en la necesidad de nacionalizar el Derecho Comunitario mediante la intervención del legislador nacional. Es necesaria, por tanto, una reforma constitucional para permitir el despliegue interno del principio de primacía. El fulcro del sistema de aceptación constitucional no es sustancial-material, sino procesal y no está en manos de los jueces sino de los sujetos políticos estatales. Es el caso del ordenamiento francés que en la sentencia antes mencionada avala el método de reformas constitucionales ineludibles para la ratificación de tratados²⁷, pero principalmente de Polonia. En la decisión acerca del orden europeo de busca y captura, el juez constitucional polaco ha considerado inconstitucional la ley nacional de recepción de la Ley-marco europea, otorgando un aplazamiento de dieciocho meses a los efectos de la sentencia con el fin de permitir la aprobación de un texto de revisión constitucional²⁸.

En la sentencia de **11 de marzo 2005, causa K 19/04**, el tribunal constitucional polaco sostiene que, en el supuesto de autonomía entre normas de Derecho Comunitario y derecho constitucional interno, *“such a collision may in no event be resolved by assuming the supremacy of a Community norm over a constitutional norm. Furthermore, it may not lead to the situation whereby a constitutional norm loses its binding force and is substituted by a Community norm, nor may it lead to an application of the constitutional norm restricted to areas beyond the scope of Community law regulation. In such an event the Nation as the sovereign, or a State authority organ authorised by the Constitution to represent the Nation, would need to decide on: amending the Constitution; or causing modifications within Community provisions; or, ultimately, on Poland’s withdrawal from the European Union”*.

donde una norma de ese tratado colisionara con el orden constitucional británico, el principio de supremacía podría no ser aplicado.

²⁵ Sentencia Frontini de la Corte Costituzionale italiana, n. 183 de 1973; y la sentencia Maastricht del tribunal constitucional alemán de 12 de octubre 1993.

²⁶ Cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995; F. DONATTI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1995.

²⁷ Véase las sentencias n. 2004-496 de 10 junio y n. 2004-497 del 1 julio.

²⁸ Sentencia del 27 abril 2005, P1/05, en la que se afirma expresamente *“the basic function of the Constitutional Tribunal within the Polish constitutional system is to review the conformity of normative acts with the Constitution. The Tribunal is not relieved of this obligation where the allegation of non-conformity with the Constitution concerns the scope of a statute implementing European Union law”*.

Más realistamente la doctrina europea mayormente advertida identifica una vía menos traumática basada en unos límites materiales (controlimites) de creación jurisprudencial²⁹: es decir una flexibilización del principio de primacía (*primauté temperata*) basada en el “*dialogo tra giurisdizioni*”³⁰. En las sentencias española y francesa se perfila una actitud históricamente novedosa y favorable a la aceptación de este principio frente al anterior y estéril choque frontal protagonizado por las Altas cortes nacionales. Se coincide con el análisis formulado por Alonso García, según el cual “*On the one hand, it translates into forcing the Spanish judge to accept his/her role as, at the same time, a European judge, encouraging dialogue with a Court of Justice that, on the basis of shared essential principles and values, is called to guarantee the respect for both the European and Spanish Constitutions at their very heart. On the other hand, in making the interpretation of the Spanish Constitution more flexible, without renouncing its ultimate supremacy (handling, should the case arise and above all in the context of ex-post control, “benevolent” canons of constitutionality), within the framework of a European legal system that is presumed to be compatible with the Spanish Constitution, as it shares the same essential principles and values*”. El próximo paso, indudablemente de índole histórica, estaría en manos del Tribunal de Justicia que debería avalar una lectura flexibilizada del principio de primacía modulada en base al art. I-5 del Tratado Constitucional, así como ha accedido ya con el principio de responsabilidad. La aceptación interna de un principio comunitario depende ineludiblemente de su grado de elasticidad en sede comunitaria y de la sensibilidad de los órganos estatales. En este último ámbito, el mayor temor surge en los países de nueva incorporación, que pueden tender a interpretar la participación en la Unión Europea como elemento de mortificación de las recientes y débiles democracias nacionales. Un eventual agarrotamiento de la dialéctica judicial, ya evidenciada en la sentencia polaca comentada, corroboraría la tesis clarivamente formulada por Weiler que sostiene que “*proteggere l’identità nazionale insistendo sulla sua specificità costituzionale è à la mode*”³¹. Al absolutismo comunitario a menudo corresponde un rechazo o resistencia estatal: de aquí la emersión natural de la ‘europeización de los controlimites’³² y la necesidad de un consiguiente paradigma dialéctico comunitario³³. Para esquivar peligrosos reclamos nacionalistas Ulises-Europa, como ya adelantado, adoptó dos tácticas: auto-amarrarse con normas constitucionales de índole interna al

²⁹ Como ya adelantado, existe una categoría de sistemas constitucionales que confían a los jueces constitucionales la facultad de determinar la compatibilidad de las normas comunitarias con el texto constitucional interno, sin pasar por ningún procedimiento de revisión constitucional. En las constituciones de Suecia, Finlandia, Grecia y Portugal existen límites explícitos a la reforma constitucional y, por tanto, a las mismas normas comunitarias.

³⁰ A. CELOTTO-T. GROPPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2004, 1309 ss.

³¹ J.H.H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, en *Quad. Cost.*, 2002, 525.

³² Cfr. A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie*, en <http://www.forumcostituzionale.it/contributi/RUGGERI.htm>.

³³ Cfr. J.LUTHER, *Jueces europeos y jueces nacionales: la Constitución del diálogo*, en *Revista de derecho constitucional europeo*, n.1/2005, en <http://www.ugr.es/~redce/ReDCEportada.htm>; y A. LAZARI, *La cross-fertilisation y la formación del paradigma comunitario de responsabilidad del Estado: «el esquema de la crisis»*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, enero-abril, 2005, 177-225.

frágil Estado-legislador decimonónico y atar a sus compañeros de ventura, compartiendo sus suertes en una organización internacional. Estas dos vías, consolidadas ya en la segunda mitad del siglo XX, están destinadas a convivir bajo el mismo techo dialécticamente. El temor inicial de una organización supranacional con excesivos tintes económicos y poco respetuosa de los derechos fundamentales se va disipando a la vez que se van flexibilizando los límites a la supremacía del Derecho de la Unión Europea³⁴.

La clave de este diálogo judicial se puede hallar en el art. 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales en la parte en que reconoce la posibilidad por parte de los derechos constitucionales nacionales de derogar las provisiones de la misma Carta. Tal norma, por tanto, establece un canal de comunicación entre los dos sistemas de protección de los derechos fundamentales, planteando la posibilidad para los jueces nacionales de desaplicar la norma comunitaria con un umbral de salvaguardia inferior al nacional³⁵. “*In pratica, l’art. 53 della Carta [...] si configura come la clausola di legittimazione della dottrina dei controlimiti, visti però non più in chiave statica, come momenti di estrema difesa dell’ordinamento nazionale, quanto piuttosto in chiave dinamica, come momenti di raccordo finalizzati a garantire il massimo di tutela ai diritti*”³⁶.

En la misma línea de una nueva actitud colaboradora, en la **sentencia del 1 de julio 2005** el Tribunal Constitucional desestima un recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones de la Comunidad Europea y, en concreto, frente a un Reglamento comunitario, reiterando sus argumentaciones en tema de supremacía del Derecho Comunitario. En relación a la Resolución de la Subdirección General de Comercio Exterior de Productos Agroalimentarios de 12 de mayo de 1995, por delegación del Ministro de Comercio y Turismo, por la que se denegó al demandante de amparo su solicitud para la importación de plátanos procedentes de Ecuador, Costa Rica, Colombia, Costa de Marfil y Camerún con cargo al contingente arancelario para el año 1995, epílogo nacional de “las guerras de los plátanos”, el Tribunal Constitucional aclara que no le corresponde formular una declaración general de nulidad de un acto comunitario secundario, pues este Tribunal carece de competencia para declarar la nulidad de un Reglamento comunitario, competencia reservada al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En el sucesivo *obiter dictum* del F.5, la corte recupera la doctrina sentada en relación con la articulación de relaciones entre el ordenamiento jurídico comunitario y el ordenamiento jurídico español, mencionando, en primer lugar, la aceptación judicial interna del principio de supremacía comunitaria y a continuación sentando las bases del diálogo jurisprudencial allí donde sostiene que “la primacía del Derecho Comunitario no hace perder a la Constitución española su carácter de norma suprema”. Gracias al enganche normativo del art. 40. 3 de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, la corte constitucional se adentra en la valoración de la

³⁴ Cfr. A. RUGGERI, “*Tradizioni costituzionali comuni*” e “*controlimiti*”, *tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione*, en FALZEA – SPADARO – VENTURA (cur.), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, Torino, 2003, 505 ss.

³⁵ Sobre el posible análisis comparativo entre sistemas de protección, cfr. R. ALONSO GARCIA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, en *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2002, 21 ss.

³⁶ A. CELOTTO-T. GROPPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2004, 1330.

compatibilidad del derecho fundamental a la igualdad invocado en la demanda de amparo. En sede comunitaria el artículo mencionado «ofrece en la actualidad un contenido y, en consecuencia, una protección similar a la dispensada en el ámbito interno de cada Estado comunitario, tal y como reiteradamente han señalado tanto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como los Tribunales Constitucionales de otros Estados miembros»: es una muestra clara de la *cross-fertilisation* constitucional del que habla Habërle³⁷. En efecto, no deja de ser significativo que el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sus sentencias de 5 de octubre de 1994 (TJCE 1994, 176) y 10 de marzo de 1998 (TJCE 1998, 43), haya enmarcado el antiguo art. 40.3, 2º TCEE (actual art. 34.2 TCE) en la tradición del principio de igual sustancial de los sistemas constitucionales de los Estados miembros y que en la vertiente nacional, remitiéndose a esas dos decisiones comunitarias, el propio tribunal constitucional declare que la diferencia de trato establecida en los Reglamentos comunitarios aplicables al caso no vulnera el art. 14 CE, porque obedece a una fundamentación objetiva y razonable.

III. PLANTEAMIENTOS DE CUESTIONES PREJUDICIALES.

La colaboración judicial entre jueces nacionales y el tribunal comunitario están atravesando por una época de reajuste de las relaciones institucionales, que connota también el cauce procesal del art. 234 TCE. Mientras el Tribunal Constitucional, en la estela del reportado dictamen n.1/2004, en la sentencia **Sala 2ª, S 19-4-2004, nº58/2004, BOE 120/2004, de 18 de mayo de 2004, rec.4979/1999. Pte: Cachón Villar, Pablo Manuel**, aprecia una vulneración de derechos fundamentales por el no planteamiento de cuestión prejudicial comunitaria; la corte comunitaria en la reciente sentencia **Traghetti del Mediterráneo, 13 de junio 2006, C-173/03**³⁸ define la responsabilidad comunitaria por actuación del poder judicial nacional, ampliando el posible abanico de comportamientos potencialmente ilícitos. Ambas sentencias, sin embargo, salen (la primera *ratione temporis*, la segunda *ratione materiae*) del ámbito de esta crónica.

Empezando con la desestimación de las cuestiones prejudiciales ante el TJCE, ha de remarcarse la decisión del **Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, S 20-06-2005, RJ 2005/9378. Pte: Mariano Baena del Alcázar**

En esta sentencia relativa al comercio de productos farmacéuticos, los actores impugnan la Disposición Final primera del Real Decreto 725/2003, de 13 junio, en virtud de la cual se impone a los mayoristas la obligación de conservar ciertos datos y documentos sobre los productos farmacéuticos vendidos, incluyendo los relativos al identificador del

³⁷ Sólo por último P. HABERLE, *Aspectos de una teoría constitucional para Europa*, en *Rev. Der. Pol.* 2005, 9 ss.

³⁸ Esta sentencia tiene su correspondiente en el fallo de la **Audiencia Nacional, 15-02-2005, Pte: Isabel Perelló Doménech**, que ve como demandante de una petición de indemnización por daños y perjuicios por la concesión de ayudas contrarias a Derecho Comunitario a una empresa de transporte marítimo Fred Olsen. La Audiencia Nacional considera inexistente el abuso de posición de dominio inexistente y el nexo causal entre la concesión de ayuda estatal y los daños sufrida por la demandante. El objeto del litigio, de todas formas, no tiene cabida en esta crónica presentando solo tangencialmente un perfil de Derecho Comunitario.

lote de los medicamentos. El Tribunal Supremo rechaza el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria, pues, en aplicación de la doctrina del acto claro³⁹, considera que “*el ordenamiento comunitario no resulta contravenido cuando el Gobierno español adopta una medida que solo de modo indirecto afecta a las exportaciones de medicamentos y sobre todo que solo afecta a la de aquellos cuyo precio es un precio industrial intervenido, debiendo tenerse en cuenta que la finalidad del Real Decreto no se refiere solo a eventuales cuestiones de lucro de los mayoristas sino también a evitar el desabastecimiento de productos farmacéuticos financiados con cargo a la Seguridad Social o con fondos afectos a la sanidad pública*”. Para corroborar su postura la corte afirma que el Reglamento que se impugna se dicta en aplicación del artículo 100.2 de la Ley del Medicamento (RCL 1990, 2643), el cual establece el sistema de precios industriales intervenidos de los fármacos, y respecto de la cual no se ha planteado tacha de contravención al Derecho de la Comunidad Europea, como han apreciado los mismos órganos judiciales comunitarios.

En la misma línea jurisprudencial se ubica el **Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, S 29-3-2006, rec.7009/2003. Pte: Pico Lorenzo, Celsa** que rechaza el recurso de casación deducido contra la sentencia del TSJ de Extremadura en el recurso contencioso-administrativo deducido contra Resolución de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente que desestima el recurso de alzada formalizado contra Resolución que resuelve denegar la ayuda solicitada al lino textil. De la prolija estructura argumental del Tribunal Supremo se extrae que la esencia de la cuestión radica en si los Estados Miembros, a través de la administración competente, gozan del poder de desarrollo de la normativa de la Unión Europea ya que tal aspecto concreto no figura en norma comunitaria alguna respecto al resto de productores de otros Estados Miembros ni tampoco en norma estatal atribuible al Reino de España. En esta sentencia, la corte suprema escoge argumentaciones menos apodicticas respecto de la anterior decisión remitiéndose a la propia doctrina del Tribunal de Justicia que en su reciente sentencia de 7 de junio de 2005, asunto 17/2003, Eneco NV y otros recuerda que “dentro del marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 234 Tratado de la Unión, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Éste sólo puede declarar la inadmisibilidad de una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no guarda relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o cuando la cuestión es general o hipotética”. En esta renovada óptica de colaboración judicial, reiteradamente y recientemente auspiciada por el juez de Luxemburgo, “el Tribunal de Justicia no es competente, en el marco de la aplicación del art. 234 Tratado de la Unión, para pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho comunitario. No obstante, el Tribunal de Justicia puede deducir del texto de las cuestiones formuladas por el juez nacional, a la luz de los datos expuestos por éste, los elementos que dependen de la interpretación del Derecho Comunitario, a fin de permitir

³⁹ Cfr. Sentencia TJCE, Cilfit de 6 de octubre de 1982.

a dicho juez resolver el problema jurídico del que conoce” (sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003, asunto Köbler, C-224/01). En base a estas coordenadas el tribunal de Madrid considera que *“debemos rechazar el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria, sin recurrir, como en la anterior decisión a la doctrina del “acto claro” para eludir el planteamiento de la cuestión prejudicial. Mantenemos que resulta innecesario el reenvío al evidenciarse con toda nitidez como debe ser interpretada la disposición reglamentaria de la comunidad Autónoma sin que la misma incida en una interpretación no uniforme o divergente del derecho comunitario a aplicar por los órganos jurisdiccionales nacionales, que es el fin último a evitar con la cuestión prejudicial”*.

El Tribunal Supremo estima necesaria la intervención del tribunal comunitario para dirimir el grado de apertura a la competencia del sector postal en su conjunto en el auto del **Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 3ª, A 7-3-2006, rec.5400/2002. Pte: González González, Oscar**. La cuestión reside en la supuesta incompatibilidad entre la Ley 24/1998 y la Directiva 97/67/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales en la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio. La entidad TNT International Mail realizaba servicios transfronterizos de salida de tarjetas postales en las principales localidades turísticas españolas. Dicha empresa colocaba unos buzones de cartón en hoteles, campings, apartamentos, supermercados, etc., en los que los usuarios podían depositar sus postales con destino al extranjero, para lo cual incorporaban a las tarjetas etiquetas de prepago de 70 pesetas - una para Europa y dos para el resto del mundo-, que previamente podían adquirir en los puntos de venta de las postales. La Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento, después de tramitar el correspondiente expediente administrativo, consideró que esa conducta era constitutiva de la infracción administrativa de carácter grave prevista en el artículo 41.3º, apartado a), en relación con el artículo 41.2.b), de la Ley 24/1998, consistente en *“la realización de servicios postales reservados al operador prestador del servicio postal universal sin su autorización, poniendo en peligro la prestación de éste”*.

La duda que se plantea al Tribunal de Justicia consiste en saber si los Estados miembros pueden cumplir con la reserva prevista por el artículo 7 de la Directiva 97/67/CE antes citada - que permite a los Estados miembros de sustraerse del régimen de libre competencia en determinados servicios postales *“en la medida en que sea necesario para el mantenimiento del servicio universal”* - siempre que acrediten que, sin ella, peligra el equilibrio financiero del prestador del servicio universal o, por el contrario, pueden mantenerla también en virtud de otras consideraciones, entre ellas las de oportunidad, relativas a la situación general del sector postal, incluida la referente al grado de liberalización de dicho sector que existiera en el momento en que se decide la reserva. Se trata, en otros términos, de conocer la opinión del Tribunal de Justicia acerca del grado de apertura a la competencia del sector postal en su conjunto. En este supuesto la corte suprema no se remite a ninguna jurisprudencia comunitaria sobre la necesidad de plantear la cuestión prejudicial sino que considera que *“la solución a esta duda, objetivamente razonable, no aparece con la claridad suficiente como para excluir el planteamiento de la cuestión prejudicial”*.

La cuestión prejudicial presentada ante el tribunal comunitario por el **Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 3ª, 1-04-2005, Pte: Eduardo Espín Templado** se ocupa de las supuestas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia consistentes en operar en el mercado español de obras, servicios y proyectos forestales con abuso de posición de dominio.

Los posibles perfiles infractores del Derecho Comunitario consistirían en que las disposiciones legales internas que regulan el régimen jurídico de Tragsa no son compatibles con lo establecido en las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, toda vez que, de una parte, excluyen del ámbito subjetivo de aplicación de las mismas a determinadas Administraciones Públicas nacionales que tienen la consideración de «poderes adjudicadores» a efectos comunitarios y que, de otra, comportan una exención del régimen general de contratación y, más concretamente, la inaplicación al caso de las reglas que informan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Este régimen jurídico no parece ser considerado admisible con cuanto prevenido en el artículo 86 TCE, ni tampoco sería aplicable al caso la exención a que se refiere el artículo 86.2 del Tratado, pues aunque dicha entidad es ciertamente una empresa netamente pública, *“no parece que los servicios cuya prestación tiene encomendadas (ligadas al ámbito agrario y forestal, principalmente) merezcan la consideración de servicios económicos e interés general, y aunque así llegase a ser, tampoco sería de aplicación la exención, habida cuenta de que ni la aplicación de las reglas de libre competencia impedirían la normal prestación de tales servicios, ni sería desde luego contrario a los intereses de la Comunidad”*. Además se considera que la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2003, asunto C-349/97, podría resultar de aplicación al supuesto en cuestión.

La configuración de Tragsa como medio propio de la Administración por parte del artículo 88 de la Ley 66/1997 respaldaría plenamente la sentencia recurrida respecto a la regularidad jurídica de la actuación de Tragsa, que no sería sino una actuación de la propia Administración al margen del sistema de libre competencia, la cual no se vería afectada por la ejecución de obras por la Administración en los supuestos legalmente previstos. La libre competencia no se vería afectada porque no supondría el trato privilegiado a ninguna empresa, ya que Tragsa, pese a su configuración como empresa pública con personalidad jurídica propia, no entra en el juego de la libre competencia, sino que se limita a ejecutar las intervenciones que la Administración le ordena, sin capacidad ni para negarse a actuar ni para determinar los precios y costes de su actuación. Sería, en definitiva, una forma de actuar directamente la propia Administración. Mientras en la vertiente interna no se apreciaría ningún problema jurídico en la disciplina del abuso de posición dominante, la corte, sin embargo, se plantea dudas sobre su compatibilidad con el sistema de Derecho Comunitario, *“por la doctrina general sobre aplicabilidad a las empresas públicas de las disposiciones de Derecho Comunitario sobre contratación pública y libre competencia y por las alteraciones que pudiera ocasionar en el mercado de las obras públicas agrícolas”*. En efecto, el régimen legal atribuido por el reiterado artículo 88 de la Ley 66/1997 (RCL 1997\3106 y RCL 1998, 1636) podría ser contrario al régimen de Derecho Comunitario sobre contratación pública, aun considerando la admisibilidad en términos comunitarios

de que la Administración pueda efectuar por sí misma determinadas obras, y ello con independencia del umbral económico de los contratos a celebrar.

Otra cuestión prejudicial elevada a la corte comunitaria por el **Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 3ª, A 13-4-2005, rec.1994/2002. Pte: Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel** se refiere a la licitud de los acuerdos de intercambio de información interbancarios, a saber si son susceptibles o no de beneficiarse de exenciones. En una compleja decisión la corte de Madrid llama al Tribunal de Justicia a pronunciarse a título prejudicial sobre la interpretación del presente Tratado, al apreciarse que existe una duda razonable sobre si los acuerdos entre empresas para intercambiar información sobre sus clientes mediante la constitución de registros de información de crédito constituye una práctica colusoria prohibida a la luz del apartado primero del artículo 81 TCE y, en su caso, si resulta una práctica autorizable por concurrir los presupuestos de exclusión establecidos en el apartado tercero del referido precepto. *“Del examen de la doctrina jurisprudencial de la corte europea, cabe apreciar que existe una duda razonable sobre cual hubiere sido la interpretación que, en aplicación del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Unión, hubiere establecido el Tribunal de Justicia concerniente a si los acuerdos de compartición de información entre entidades financieras acerca de la capacidad económica crediticia -la solvencia- de los ciudadanos peticionarios de créditos en un escenario de mercado atomizado, constituyen una práctica que potencialmente es restrictiva de la libre competencia, al facilitar la concertación en aras de promover y propiciar estrategias comunes, algunas de las cuales, como la negativa a conceder créditos a personas físicas o personas jurídicas en relación a un determinado nivel de morosidad o de capacidad crediticia, restringen o falsean la libre competencia entre los operadores rivales, y en su caso, si constituiría una práctica autorizable al amparo del apartado 3 del artículo 81 del Tratado Comunitario”*. Asimismo, la corte española se preocupa de subrayar que el planteamiento de la cuestión prejudicial por este Tribunal Supremo ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constituye expresión de los deberes de colaboración institucional entre los tribunales nacionales y los tribunales comunitarios para salvaguardar el principio de seguridad jurídica.

A propósito de las relaciones entre el sistema nacional y el ordenamiento comunitario, absolutamente iluminante es el auto de remisión de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia por parte de la **Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, 31-05-2005, Pte: Antonio López Parada**. En este auto también se entremezclan las cuestiones relativas al principio de supremacía comunitaria con el criterio de igualdad ante la Ley.

Una vez más la principales fuentes de atrito entre los dos ordenamientos surgen de la protección de derechos laborales establecidos en las normativas comunitarias, precisamente las directivas 80/987/CEE y 2002/74/CE, origen la primera de la famosa sentencia Francovich de noviembre 1991. En este caso la aprobación de la directiva de 2002 se inserta en una disciplina nacional carente de salvaguardia de los derechos del trabajador en los supuestos de acuerdo de conciliación con la empresa declarada posteriormente insolvente⁴⁰.

⁴⁰ Las preguntas formuladas por el tribunal castellano se refiere a esos quesitos:

La trascendencia del asunto se halla principalmente en la interacción judicial entre el juez comunitario y las cortes nacionales, allí donde con sentencia de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero, asunto C-442/2000, había confiado amplio margen de maniobra a las legislaciones nacionales a la hora de definir el concepto de retribución a efectos de su protección por una institución de garantía. No obstante esa libertad de los Estados miembros para la configuración del concepto de los créditos de los trabajadores asalariados protegidos por las instituciones de garantía contempladas por la Directiva 80/987/CEE, no es absoluta, sino que está limitada, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia sentada en la misma sentencia, por el contenido de los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Es una técnica ya experimentada por la corte de Luxemburgo consistente en trazar las coordenadas mínimas de la tutela judicial encomendada a las legislaciones nacionales con el fin de activar un proceso de circulación jurídica entre sistemas nacionales. En lugar, por tanto, de proceder a una normación jurisprudencial única, el Tribunal de Justicia prefiere activar un mecanismo de progresivo acercamiento de índole judicial de las legislaciones nacionales. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Derecho Comunitario existen implícitos unos derechos fundamentales que han de guiar su aplicación y éstos son aquellos que nacen de las tradiciones jurídicas y constitucionales comunes de los Estados miembros: uno de éstos es el ya mencionado principio de igualdad y no discriminación. En la citada sentencia Rodríguez Caballero (TJCE 2002\375) el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea analizó la diferencia de trato aplicada por el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, según el cual, en caso de insolvencia empresarial, sólo se garantiza el derecho al abono de los créditos laborales, por parte del Fondo de Garantía Salarial, cuando hayan sido reconocidos mediante sentencia judicial o resolución administrativa, pero no cuando hayan sido pactados en conciliación judicial. De acuerdo con el Tribunal de Justicia tal diferencia

a) ¿Cuando un Estado miembro reconocía ya en su legislación interna el derecho del trabajador a obtener la protección de la Institución de Garantía para el caso de insolvencia empresarial en relación con una indemnización por extinción de contrato, todo ello con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva 2002/74/CE, puede entenderse que a partir de la entrada en vigor de dicha Directiva, el 8 de octubre de 2002, el Estado miembro está aplicando Derecho Comunitario, aunque no haya transcurrido el plazo máximo para la incorporación de la misma, cuando resuelve sobre el abono por la institución de garantía de esas indemnizaciones por finalización de contrato en situaciones de insolvencia empresarial declaradas con posterioridad al 8 de octubre de 2002?

b) En caso afirmativo, ¿están vinculadas las instituciones administrativas y judiciales españolas, en la aplicación de la Directiva 2002/74/CEE y de las normas de Derecho interno que incorporan el contenido de la misma, por el principio de igualdad ante la Ley e interdicción de discriminación resultante del Derecho Comunitario y con el alcance precisado por la interpretación dada al mismo por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, aunque ésta no coincida con la interpretación del derecho fundamental análogo reconocido por la Constitución Española (RCL 1978\2836) en la interpretación dada al mismo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español?

c) En caso afirmativo, ¿impone el derecho fundamental de igualdad ante la Ley resultante del Derecho Comunitario una obligación de igualdad de trato entre aquellos supuestos en los que el derecho del trabajador a la indemnización por finalización del contrato ha sido establecido por una sentencia judicial y aquellos otros supuestos en los que es el resultado de un acuerdo entre trabajador empresario celebrado en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial?

de trato sólo podría admitirse si estuviera justificada objetivamente. En este sentido, aunque el artículo 10 de la Directiva permite a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar abusos, el Tribunal de Justicia entendió en la sentencia Rodríguez Caballero que, cuando la conciliación se celebra con arreglo al artículo 84 de la Ley de Procedimiento Laboral, está controlada por el órgano jurisdiccional que debe aprobarla y, de este modo, la restricción no está justificada objetivamente, por lo que el hecho de que el Fondo de Garantía Salarial sólo garantice el pago de los créditos correspondientes a indemnizaciones cuando éstos han sido reconocidos mediante resolución administrativa o sentencia judicial no puede considerarse una medida necesaria para evitar abusos en el sentido del artículo 10 de la Directiva. En este caso, pues, interviene el hacha del tribunal comunitario para afirmar que no queda justificada la distinción entre los créditos laborales que hayan sido reconocidos mediante resolución administrativa o sentencia judicial, por una parte, y los créditos del mismo tipo pactados en un acto de conciliación judicial, por otra, lo que configura, en los términos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, una «discriminación», esto es, una desigualdad arbitraria e injustificada en el contenido de la norma, mediante un trato desigual de situaciones iguales por la Ley. La norma nacional en ese caso sería incompatible con el Derecho Comunitario.

Las argumentaciones del Tribunal Superior de Justicia castellano manifiestan una clara incoherencia cuando reiteran la aplicación del principio de primacía del Derecho Comunitario y, a continuación, explicitan que *“no existe, ni en el Derecho Comunitario ni en el Derecho español, nada semejante a la cuestión de constitucionalidad en relación con el Derecho Comunitario, ni originario ni derivado. Cuando el sentido del fallo dependa de la aplicación de una norma con rango de Ley y el órgano judicial nacional considere que dicha Ley puede ser contraria al Derecho Comunitario, sólo puede usar de sus facultades interpretativas, intentando buscar una interpretación de la Ley conforme al Derecho Comunitario. Si la Ley tiene un sentido claro, no existiendo opción interpretativa que permita su compatibilidad con el Derecho Comunitario, no existe norma alguna en el Derecho Español que permita al órgano judicial nacional dejar de aplicar la misma”*. No es éste el núcleo central de la cuestión (¿en qué consistiría, pues, la aplicación interna del principio de primacía?): el objeto real de la contienda radica en la supuesta imposibilidad de invocar la aplicación de una norma contenida en una Directiva cuyo plazo de transposición no ha todavía expirado y cuya aplicación ha sido confirmada en una sentencia del TJCE. Se trataría de la cuestión de la obligación de *standstill*, es decir del compromiso por parte de los órganos estatales de evitar de aportar modificaciones nacionales contrarias al Derecho Comunitario aunque éste último no pueda ser directamente invocado. En este caso, la disciplina nacional es anterior a la directiva de 2002, cuyo plazo expira el 8 de octubre de 2005. Sin embargo, la cuestión no se halla en que *“sería preciso saber si el Derecho Comunitario, en base al artículo 10 del Tratado o al principio de primacía, permite y obliga, por sí solo, a los órganos judiciales nacionales para que dejen de aplicar las normas internas que entiendan que son contrarias al Derecho Comunitario, con independencia del rango de las mismas e incluso si tienen rango de Ley aprobada por el Parlamento”*: es un principio abundantemente comprobado. En efecto, la totalidad de los efectos devastadores del paradigma comunitario parecen haberse descubierto sólo ahora. Sostiene con asombro el tribunal castellano que la desaplicación de la normativa

nacional contraria al ordenamiento comunitario “*impone a los Estados miembros una redistribución entre los respectivos poderes de los poderes legislativo y judicial, alterando el equilibrio existente entre los mismos, desde el momento en que se apodera a los órganos judiciales para desconocer o declarar nulas las Leyes nacionales. En términos constitucionales se puede decir que, para los Estados donde se han implantado sistemas kelsenianos de control de la constitucionalidad, basados en Tribunales Constitucionales u órganos similares, se les impone un sistema de control difuso de la constitucionalidad de tipo norteamericano, aunque sea de forma limitada a los casos en los que se aplique Derecho Comunitario y la referencia del control no sea la Constitución Española, sino la totalidad del Derecho Comunitario, originario y derivado, incluido el sistema de derechos fundamentales comunitario nacido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*”. Se ha tenido modo de subrayar el rasgo revolucionario del paradigma comunitario también en sede procesal allí donde sintéticamente el paradigma comunitario sí impone una suerte de control de compatibilidad comunidad de las leyes nacionales al parámetro supranacional, a caballo entre el sistema difuso norteamericano arriba mencionado y el kelsiano centralizado de tipo europeo⁴¹.

El interrogante se podría resolver simplemente mediante la aplicación de la sentencia del Tribunal de Justicia cuyos efectos son *erga omnes* y obligan a los órganos judiciales nacionales. Más que la aplicación interna de una directiva zanjaría la cuestión la mera elaboración última del diálogo entre jueces, cuyo éxito – a la vista está - depende naturalmente de la sensibilidad de las cortes nacionales. A la interpretación apropiada del principio de supremacía por parte del Tribunal Constitucional se contraponen en este supuesto un desconocimiento de los procedimientos y de la dinámica comunitaria que delata una vez más la dificultad de imponer efectivamente el principio de supremacía del Derecho Comunitario a casi 45 años de distancia de la sentencia Van Gend en Loos. Esta resolución, además, confirmaría la *ratio decidendi* de una anterior sentencia del Tribunal de Justicia, que responde al impulso producido por el mismo Tribunal Superior de Castilla León. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002 (TJCE 2002\375), núm. C-442/2000, pronunciándose sobre cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha mediante auto de 27 de octubre de 2000. En la sentencia comunitaria se declaró que “1) Los créditos correspondientes a salarios de tramitación deben considerarse créditos en favor de los trabajadores asalariados, derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales, y que se refieren a la retribución, en el sentido de los artículos 1, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980 (LCEur 1980\432), sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, con independencia del procedimiento en virtud del cual se fijen, si, con arreglo a la normativa nacional aplicable, tales créditos, reconocidos mediante resolución judicial, generan la responsabilidad de la institución de garantía y si un trato diferente de créditos idénticos, acordados en un acto de conciliación, no está”

⁴¹ Se me permita la referencia 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.

objetivamente justificado. 2) El juez nacional debe dejar sin aplicar una normativa nacional que, vulnerando el principio de igualdad, excluye del concepto de 'retribución', en el sentido del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 80/987, los créditos correspondientes a salarios de tramitación, pactados en una conciliación celebrada ante un órgano jurisdiccional y aprobada por él, y debe aplicar a los miembros del grupo perjudicado por dicha discriminación el régimen vigente para los trabajadores asalariados cuyos créditos del mismo tipo estén comprendidos, en virtud de la definición nacional del concepto de 'retribución', en el ámbito de aplicación de dicha Directiva". Está claro que el ping-pong judicial entre el TSJ de Castilla León y el juez de Luxemburgo está destinado a seguir.

Del mismo asunto de la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario (Directiva 80/987/CEE) en relación a la solicitud de pago de prestación por indemnización ante el FOGASA pactada en acto de conciliación, se ocupa la sentencia **TSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, 1730/2005, 31-05-2005, Pte: Manuel José Pons Gil**, que aplica la misma *ratio decidendi* de una precedente decisión de 3 de marzo del mismo año (AS 2005\790), resolutoria del recurso de suplicación núm. 701/05. En este tribunal, sin embargo, que también había emprendido un diálogo directo con el Tribunal de Justicia en el tema de la indemnización por despido improcedente, provocando la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 16 de diciembre de 2004, asunto C-520/03, prevalece la convicción que la corte comunitaria ha sido ya resolutamente clara en el tema que nos ocupa, declarando entonces la aplicabilidad de la indemnización ante FOGASA, pactada en acto de conciliación.

IV. EL PRINCIPIO DE EFICACIA DIRECTA

En relación a la aplicación interna del principio de eficacia directa de las normas comunitarias se ubica la decisión del **TSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 18-11-2005, nº1364/2005, rec.2107/2003. Pte: Arana Azpitarte, Fátima**, que estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la inactividad de la administración en el abono de los intereses de demora devengados por el pago tardío de certificaciones de obra y el principal de la certificación final.

En el ámbito de la liquidación del interés aplicable, la recurrente entiende que debe de serlo el interés moratorio establecido en la Directiva 35/2000 del Parlamento Europeo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales conforme a cuyo art. 3 *"el tipo de interés de demora ("tipo legal") que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de refinanciación efectuada antes del primer día natural del semestre de que se trate ("tipo de referencia") más, como mínimo, 7 puntos porcentuales ("margen"), salvo que se especifique otra cosa en el contrato"*. La corte madrileña, sin embargo, desestima la petición así planteada pues en el supuesto presente el art. 6. 3, referido a la transposición de la Directiva por los Estados miembros, les permitía excluir una serie de supuestos de su ámbito de aplicación, entre los que se encontraba el contrato objeto del litigio. "De lo expuesto resulta que en el caso presente no puede otorgarse eficacia directa a la norma Comunitaria por cuanto que las obligaciones por ella impuestas no eran ni

incondicionales ni precisas respecto del contrato presente que podía ser excluido de su ámbito de aplicación como efectivamente ocurrió”. Otra aplicación del combinado conjunto de los principios comunitarios de primacía y de eficacia se encuentra en la decisión del **TSJ Baleares Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 1-7-2005, nº571/2005, rec.629/2003. Pte: Delfont Maza, Pablo**, donde se estima el recurso contencioso contra la resolución relativa al procedimiento negociado tramitado para la contratación del suministro de pañales en aplicación de la STJCE 13 enero 2005 según la cual el art. 182 g) TRLCAP incumple la Directiva 93/369 al permitir la normativa española el procedimiento negociado para la adjudicación de contratos de suministro de bienes uniformes. En este caso también la resolución condenatoria del TJCE contra el Reino de España abre las perspectivas en sede interna contra las normativas nacionales inconformes al Derecho Comunitario. Respondiendo a la cuestión prejudicial mencionada anteriormente por el tribunal castellano, el juez balear afirma que *“la primacía del Derecho comunitario sobre el de los Estados miembros, enunciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 15 de julio de 1964 -caso Costa Enel- y en la sentencia de 9 de marzo de 1978 -caso Simmenthal-, comporta también la atribución a Jueces y Tribunales de competencia para la inaplicación de la ley nacional posterior que se estime contraria a la normativa comunitaria -sentencia del Tribunal Constitucional número 180/93, "...sin que para ello sea necesario pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional". Salvaguardado así el efecto directo del Derecho Comunitario, sus normas prevalecen pues en todo caso sobre las normas internas, anteriores o posteriores, estatales o autonómicas, y ello sin perjuicio de que el Estado miembro no esté dispensado sino que venga obligado a la derogación o modificación correspondiente”*.

Se asoma una vez más la importancia de la normativa comunitaria en ámbito de protección de derechos laborales en la sentencia del **TSJ Andalucía (sede Sevilla) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, S 8-4-2005, rec.260/2003. Pte: Salas Gallego, Angel**. Aquí la fricción entre Derecho Comunitario y la normativa española cobra hondo calado social en la medida en que va a incidir en la adaptación de la jornada laboral. Se recurre, en efecto, la Resolución de 25 de febrero de 2003, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que desestimó la petición deducida por el actor, funcionario del Cuerpo de Ayudantes Técnicos Sanitarios y destino en el Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Sevilla, para que se procediera a adaptar su jornada laboral a la Directiva 93/104 CE , es decir, a la realización de 48 horas semanales en el cómputo de un periodo de cuatro meses y el exceso indebido de horas trabajadas se le abonen como gratificaciones por servicios extraordinarios.

La corte andaluza esgrime una doble argumentación de la Directiva 93/104, en primer lugar, aseverando que el grupo funcional al que pertenece el actor está excluido de la expresada Directiva. El art. 1 de la misma reenvía a la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, cuyo art. 2 establece el ámbito de aplicación que se extiende "a todos los sectores de actividades, públicas o privadas (actividades industriales, agrícolas, comerciales, administrativas, de servicios, educativas, culturales, de ocio, etc.)", para excluir a aquellas actividades que "se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en

las fuerzas armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil. En este caso, será preciso velar para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas en la medida de lo posible, habida cuenta los objetivos de la presente Directiva". Considera el tribunal andaluz que la enumeración contenida en las disposiciones referidas es simplemente ejemplificativa, por lo que se ha de acudir al caso concreto para examinar las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública. Se sostiene que *"en este caso, baste observar las peculiaridades de las funciones encomendadas a los funcionarios del Cuerpo Facultativo de Sanidad Penitenciaria, para comprobar sin esfuerzo que en razón de las mismas quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, tal y como se pone de manifiesto en la resolución recurrida y demás documentos conformadores del expediente administrativo. Así es, resulta incuestionable que dada la labor a desempeñar y las características de la función que desarrollan, debiendo atender la asistencia médica y sanitaria de un colectivo muy especial, que se caracteriza, entre otras peculiaridades, por la privación de libertad y, en general, por un deterioro superior a la media de su salud, dichos funcionarios estén sujetos a un horario especial y a una especificidad tan singular que no es posible sin tensión su encaje en una norma que está pensada y diseñada para situaciones y actividades que podríamos calificar de prestaciones normales o comunes que se desarrollan en el ejercicio de la función pública, al punto que se establece un régimen horario distinto al aplicable en general al personal al servicio de la Administración General del Estado. Siendo de resaltar como los objetivos de seguridad y salud de este grupo de funcionarios se trata de alcanzar mediante una legislación específica"*. Ad abundantiam el Tribunal Superior andaluz apostilla que el art. 6 de la Directiva 93/104/CEE prevé la duración máxima del tiempo de trabajo semanal y realiza un articulado análisis acerca de la invocabilidad de esta norma por parte del actor según los requisitos de la expiración del plazo de transposición y de las características de la suficiente claridad e incondicionalidad. *"A la vista de la regulación realizada, ya se ha hecho mención como el ámbito de exclusión se prevé abierto y en función de las peculiaridades de la actividad, en la que se prevé la posibilidad de establecer excepciones vistas, art. 17, bajo criterios abiertos, recordando la resolución impugnada la peculiar regulación que sobre la materia ha realizado el Estado, siendo de observar como se establece una jornada en cómputo semanal de 37,30 horas, como jornada ordinaria, y la obligación, exigida por la actividad y función, de un sistema de guardias, como horario complementario, en sus dos modalidades de presencia física y localización, no sólo queda justificada la excepción en este caso, sino en lo que ahora interesa, resulta evidente que la disposición invocada para su aplicación directa no resulta todo lo precisa, todo lo suficientemente precisa e inequívoca, para que pueda aplicarse directamente"*. Hasta aquí la primera parte del recorrido argumental del tribunal, el cual, fragmentando la continuidad lógica del fallo, a continuación añade que el Tribunal Supremo con sentencia de 14 de mayo de 2004 considera que el ámbito de aplicación del art. 6 de la Directiva debe entenderse de manera amplia y las excepciones al mismo (art. 17) deben interpretarse restrictivamente llegando a la conclusión opuesta inicialmente formulada por el TSJ de Andalucía. Por último, la corte suprema, apoyándose en la Sentencia de 3 de octubre de 2000 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea termina declarando que las normas de la Directiva 93/104 pueden

interpretarse en el sentido de que tienen efecto directo, contrariamente a cuanto argumentado por el propio TSJ de Andalucía, y por tanto, confieren a los particulares un derecho a que el periodo de referencia para que la duración máxima de su tiempo de trabajo semanal no exceda de doce meses, por lo que si ese periodo de referencia de doce meses tiene efecto directo, también lo tiene el máximo de jornada semanal para el que está establecido dicho periodo de referencia.

Ulterior aplicación del efecto directo de las Directivas comunitarias en la esfera de la protección de derechos laborales en ámbito médico se halla en la sentencia del **TSJ Asturias, Sala de lo Social, 11-2-2005**, que pero llega a una conclusión contraria a la esgrimida arriba. Las coordenadas jurídicas son análogas (artículo 16, punto dos, de la Directiva 93/104), sin embargo, la subsunción de ellas al caso concreto (ATS en el Equipo de Atención Primaria con jornada ordinaria en turno diurno) conduce al resultado opuesto. Aquí también se asevera que, a falta de normas nacionales que adapten el Derecho interno a lo dispuesto en el artículo 16, punto dos, de la Directiva 93/104 o, en su caso, que adopten expresamente algunas de las excepciones previstas en el artículo 17, apartados 2, 3 y 4 de la referida Directiva, *“dichas normas pueden interpretarse en el sentido de que tienen efecto directo y, por tanto, confieren a los particulares un derecho a que el período de referencia para el establecimiento de la duración máxima de su tiempo de trabajo semanal no excede de doce meses”*, sin embargo, subvirtiendo la sentencia de primera instancia del Juzgado de lo Social de Oviedo, el Tribunal superior del Principado sostiene que el cálculo de horas de la jornada total de trabajo es muy inferior al máximo permitido en la directiva.

Otra aplicación significativa de una Directiva comunitaria incluso en un caso en el que se podría aplicar una normativa interna de recepción de la misma procede de la sentencia del **TSJ Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1004/2005, 23 de octubre 2005**. El tribunal cántabro recurre al instrumental comunitario allí donde la disciplina interna sobre los derechos laborales del trabajador. Mientras en ámbito nacional a las actoras que prestaban servicios en régimen laboral mediante contrato de trabajo de duración determinada por plaza vacante y sustitución se justifica distinto tratamiento retributivo, en sede comunitaria se les reconoce sus pretensiones laborales no en virtud de la normativa interna de recepción de la Directiva 1999/1970 CEE - la Ley 12/2001, de 9 de julio - por razones cronológicas, sino en aplicación de la misma Directiva aunque no esté vigente. La existencia de la Directiva en cuestión puede «influir» el pronunciamiento de la Sala, en orden a una interpretación acorde con el principio de «normalización igualitaria» perseguida por el mismo acto comunitario. Por otro lado, «al aplicar su legislación nacional los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro deben interpretarla a la luz del texto y la finalidad de la Directiva (LCEur 1999\1692) para así alcanzar el resultado pretendido por el actual artículo 249.3 TCE»(sentencia del TJCE de 8 de octubre de 1987, asunto 80/86, Kolpinguis Nijmegen BV). Siguiendo las huellas de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia Asturias núm. 2375/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 23 julio, se prescribe cualquier discriminación en materia de antigüedad no por la aplicación de un concreto régimen jurídico pactado en el contrato, en este caso con remisión al régimen del personal estatutario (RDL 3/1987 [RCL 1987\2074]) que no prevé el abono de trienios a personal temporal, sino *“por la introducción de forma irreversible en nuestro ordenamiento de*

un mandato contenido en la Directiva Comunitaria 1999/70, CE, de 28 de junio de 1999 en el marco general de garantía de la igualdad de trato entre trabajadores”.

La sentencia del **TSJ Comunidad Autónoma de Canarias Sala de lo Social, 14 de junio de 2005, Pte.: Juan Jiménez García** tiene por objeto las garantías jurídicas por cambio de empresario en relación con un empresa contratista que pone su organización y presta servicios con absoluta independencia aunque se utilicen los instrumentos de producción de la empresa principal. En este supuesto los actores piden la aplicación de la Directiva 77/187/CEE sobre aproximación de legislaciones en materia de transmisión de empresas. La sentencia del TJCE, 25 de enero 2005, *Liikenne*, asunto C-172/99 era el fallo más reciente en torno a la interpretación del artículo 1 de la Directiva 77/187 y compendia toda la doctrina comunitaria sobre ese tema. Según la corte europea lo relevante es que la transmisión se refiera a una entidad económica organizada de forma estable, cuestión que corresponde analizar al juez nacional ponderando las circunstancias de hecho características de la operación, pues la simple pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor no puede, por sí sola, revelar la existencia de transmisión en el sentido de la Directiva. La entidad económica es algo más que la actividad y resulta de elementos tales como el personal que la integre, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación y, en su caso, los medios de explotación de que dispone. *“Es obligación del Juez Nacional realizar una interpretación y aplicación del Derecho Nacional de manera conforme con las directivas que resulten de aplicación. Es jurisprudencia comunitaria que “la obligación de los Estados Miembros, derivada de una directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma,...se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, comprendidas, en el marco de sus competencias, las autoridades jurisdiccionales”.* El examen del derecho aplicado por el Juzgador de instancia obliga, así pues, a analizar si en torno a la actividad de lectura de contadores existe una entidad económica que mantiene su identidad no obstante la concesión de su gestión a diversos contratistas. A la luz de la interpretación comunitaria de la Directiva el Tribunal canario considera que el hecho de que el despido afecte a seis trabajadores y que estos hubieran trabajado para las anteriores contratas es insuficiente.

Finalmente la sentencia del **Tribunal Supremo, 9 de enero 2005, Pte: Rodolfo Soto Vázquez** sin mantener un nexo sustancial con el principio de eficacia directa, sin embargo, demuestra la permeabilidad de las decisiones del tribunal de Luxemburgo en la jurisprudencia interna. En efecto, el TS estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Asociación SOS Racismo del País Valenciano contra el Real Decreto 178/2003, de 14 febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, en tanto que su art. 16 asociaba la obligación de abandonar el territorio nacional a la denegación de la tarjeta de residencia.

Cuando el apartado 2 del artículo 18 afirma taxativamente que «las resoluciones de expulsión o de denegación de tarjetas fijarán el plazo en el que el interesado debe abandonar el país», se establece que la denegación de la tarjeta de residencia -mero soporte formal del derecho a residir- lleva consigo la orden de expulsión del territorio nacional, ya que el mismo precepto establece que se fijará un plazo perentorio para abandonarlo en la misma resolución denegatoria. Tal medida coactiva de expulsión, sin embargo, únicamente puede fundarse en motivos de orden público, seguridad pública o

sanidad pública, en los que no cabe encajar la simple denegación de la tarjeta de residente, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2002, MRAX contra el Estado Belga, asunto C-459/99). La normativa española constituye, en opinión del Tribunal Supremo, “*una verdadera extralimitación con respecto al Derecho Comunitario europeo*”.

Atribuir a la denegación de la tarjeta de residencia a un nacional de Estados miembros de la Unión Europea, o partícipes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el efecto de obligarle a abandonar el país no solamente contraviene el principio de proporcionalidad que impide reputar causa suficiente de orden, seguridad o sanidad pública a esta sola circunstancia, en sí misma considerada, sino que se halla en contradicción con el mismo catálogo de resoluciones a adoptar que se especifica en el artículo 16, según el cual la denegación de la expedición o renovación de la tarjeta de residencia y la expulsión del territorio nacional se consideran medidas diferentes. La denegación de la tarjeta de residencia puede ir acompañada de un proceso de expulsión o devolución del territorio nacional del ciudadano comprendido en el ámbito a que se refiere RD 178/2003, siempre que existan causas de orden, seguridad o sanidad pública que así lo justifiquen según la legislación aplicable en la materia. Se trata de dos planes distintos, donde es preciso evitar los equívocos que pudieran engendrarse suponiendo que la simple denegación de la tarjeta de residencia puede suponer para dichos ciudadanos la salida obligada del territorio nacional por esa sola circunstancia.

1. Efecto directo y devolución de impuestos contrarios al Derecho Comunitario.

El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que los particulares tienen derecho a obtener la devolución de los impuestos percibidos en un Estado miembro en contra de las normas del Derecho Comunitario. Este derecho es la consecuencia del concepto sancionatorio del principio de eficacia directa, por el que se declaran nulas las disposiciones nacionales inconformes y se procede a devolver los tributos recaudados en contra de lo dispuesto en el Derecho Comunitario.

En esta óptica una interpretación muy oportuna del Derecho Comunitario ha ofrecido la **Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 6ª, S 21-4-2006, rec.45/2005. Pte: Pedraz Calvo, Mercedes** en el tema de la conformidad al Derecho Comunitario de la normativa española la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido. Mientras que la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central objeto del recurso considera que, en primer lugar, la normativa española del IVA es conforme con el ordenamiento comunitario, la actora TELEVISION AUTONOMIA MADRID S.A entiende, por el contrario, que los artículos 102. Uno y 104. Dos 2º de la ley de 1992 no se ajustan al ordenamiento comunitario también en virtud de la demanda de la Comisión Europea contra el Reino de España ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y su posterior condena con sentencia de la misma corte de 6 de octubre de 2005 dictada en el asunto C-204/03. La vulneración del Derecho Comunitario consiste en que la norma general de la Ley 37/1992 amplía de forma ilegal la limitación del derecho a deducción prevista en el art. 17, apartado 5, en relación con el art. 19 de la Sexta Directiva, ya que dicha limitación no sólo se aplica a los sujetos

pasivos mixtos, sino también a los sujetos pasivos totales, considerando, en definitiva, que la norma especial introduce un criterio para el cálculo de la deducción que no está previsto en la Sexta Directiva. A diferencia del caso anterior, en este caso el juez español se ha limitado a subsumir el *dictum* del TJCE a un supuesto posterior y “la aplicación de dicha doctrina [de la corte comunitaria] al caso ha de conllevar la estimación del recurso al haber sido, como decimos, ratificada la tesis expuesta en la demanda”.

El mismo órgano resuelve de idéntica manera otro caso relativo a la recaudación de impuestos según la normativa nacional contraria a la Sexta Directiva en el recurso interpuesta por RADIO TELEVISION VALENCIA CPV (**Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 6ª, S 21-2-2006, rec.271/2005. Pte: Salvo Tambo, Mª Asunción**).

Perfiles fácticos muy similares presentan las **sentencias de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 6ª, S 21-3-2006, rec.351/2005. Pte: Salvo Tambo, Mª Asunción** y tres del **TSJ Cantabria Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 2-3-2006, nº64/2006, rec.1042/2004. Pte: Marijuan Arias, Mª Teresa**, mismo **TSJ Cantabria Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 27-2-2006, nº62/2006, rec.991/2003. Pte: Artaza Bilbao, María Josefa** y finalmente **TSJ Cantabria Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 22-2-2006, nº53/2006, rec.378/2004. Pte: Piqueras Valls, Juan**.

En la primera decisión se declara nula la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central a petición de la SOCIEDAD REGIONAL PARA LA GESTION Y PROMOCION DE ACTIVIDADES CULTURALES DEL PALACIO DE FESTIVALES DE CANTABRIA, S.A. en este supuesto se declara la nulidad de la decisión del tribunal económico por vulneración de la Sexta Directiva, declarando consiguientemente la ilegalidad de la restricción de la deducción del IVA soportado como consecuencia de la percepción de subvenciones y aplicando directamente la norma de la Directiva comunitaria. Principio de supremacía y de efecto directamente, justamente. En la segunda, una vez más se acoge un recurso contencioso administrativo interpuesto contra resolución del TEAR, por el que se desestima la solicitud presentada por la mercantil recurrente interesando la devolución de ingresos indebidos en concepto de IVA, anulándose tal resolución por ser contraria a derecho ya que el incumplimiento declarado por el TJCE produce sus efectos “*ex tunc*”, debiendo la Administración practicar una nueva liquidación del IVA de la recurrente. Finalmente, en los últimos dos casos el TSJ de Cantabria estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una mercantil contra resolución del TEAR sobre solicitud de devolución de ingresos indebidos, con devolución del importe del IVA minorado/ingresado indebidamente por la Sociedad recurrente.

V. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR VIOLACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO.

En torno al principio de responsabilidad del Estado por infracción del Derecho Comunitario, se registran las novedades de mayor relevancia en el panorama nacional y europeo. En este ámbito se explicita en toda su amplitud la sustancial novedad del paradigma comunitario y, por otro lado, se evidencian los mecanismos de diálogo

judicial, a nivel vertical juez comunitario-jueces nacionales, y *cross-fertilisation* pretoriana, a un nivel horizontal interestatal. Nuevamente el Tribunal Supremo se ocupa de dirimir las cuestiones derivadas de acta de inspección por deducción indebida de IVA en la sentencia **TS Sala 3ª, sec. 6ª, S 24-5-2005, rec.73/2003. Pte: Lecumberri Martí, Enrique**. Ya es consolidada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la cual, a partir de las sentencias Rewe y Comet, ha subrayado tanto la obligación de los Estados miembros de devolver aquellos ingresos, en cuanto contrapartida del derecho de los contribuyentes a su reembolso, como el sometimiento de este derecho a las condiciones de ejercicio habituales en el ordenamiento jurídico de cada Estado. Sin embargo, ha de establecerse, en este caso, la relación entre la percepción de impuestos indebidos y el esclarecimiento de la responsabilidad del Estado por este hecho, en tanto que la acción de responsabilidad patrimonial no tiene como objeto el reembolso de dichas cantidades como consecuencia de crédito frente a Hacienda, sino que el ingreso indebido es sólo un término de referencia para fijar las cantidades que como indemnización se solicitan. A nivel estatal, en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo no son equiparables las acciones de reembolso y de responsabilidad patrimonial, evidenciando ambas naturaleza distinta y distinto fundamento y, por tanto, distinto tratamiento jurídico: no es trasladable sin más a la acción de responsabilidad patrimonial la doctrina sobre el reembolso. Estando antes un caso de infracción del Derecho Comunitario, sin embargo, la corte suprema procede a la subsunción de los tres requisitos determinados en la sentencia Factortame III al caso concreto: a saber, que la norma tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la infracción sea suficientemente caracterizada y finalmente que exista nexo de causalidad directo entre el actuar del Estado miembro, la infracción del Derecho Comunitario, y el resultado dañoso producido. Sobre los últimos dos se centra la interesante y escueta argumentación del Tribunal Supremo. En cuanto al segundo requisito, la relevancia de la infracción no cabe apreciarla por la simple dilación temporal en cuanto al momento en que puede efectuarse la deducción. La negativa de la deducción sí sería infracción relevante en cuanto implicaría la negación del derecho del particular, pero no acontece lo mismo si lo único que se produce es un retraso en el tiempo para llevar a cabo la deducción. Una vez más se llega a la conclusión de que no cualquier infracción del Derecho Comunitario comporta *per se* la obligación a indemnizar los daños. Sólo en el supuesto de vulneraciones relacionadas con un margen muy restringido de discrecionalidad de los órganos estatales el Estado estará obligado a resarcir los perjuicios causados: es el caso de la falta de transposición de una Directiva comunitaria subsumible a la *faute simple* de derivación francesa. “*En cuanto a la relación directa entre la infracción de Derecho comunitario y el daño tampoco cabe apreciarlo ya que el daño alegado no es consecuencia directa de la norma estatal, el daño surge como consecuencia de un acta de aplicación y del no ejercicio por la recurrente de la acción de reintegro en los términos establecidos por la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades anteriormente expuesto. En modo alguno estamos ante una norma autoaplicativa, en terminología del Tribunal Constitucional, ya que no estamos ante una ley singular que tenga efectos retroactivos sobre situaciones producidas con anterioridad*”.

En otra decisión el Tribunal Supremo desestima el recurso contra la resolución presunta denegatoria de una petición de responsabilidad patrimonial formulada ante el Consejo

de Ministros por no haber adoptado ninguna actuación dirigida a hacer efectivo su derecho a la transferencia de sus derechos pasivos al Régimen de Pensiones de las Comunidades Europeas (**Tribunal Supremo Sala 3^a, sec. 6^a, S 20-5-2005, rec.221/2003. Pte: Robles Fernández, Margarita**). Tal situación ha sido corroborada por un recurso de incumplimiento emprendido por la Comisión contra el Reino de España que finalizó con una Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJ de 17 de julio de 1997, asunto C-52/96), por la que se condenaba al Reino de España por incumplimiento del Derecho Comunitario, por no haber adoptado las medidas nacionales necesarias para garantizar a los funcionarios de las Instituciones, la posibilidad de efectuar la transferencia de sus derechos pasivos al Régimen de Pensiones de las Comunidades Europeas. En cumplimiento de dicha Sentencia se dictó por el Gobierno español el Real Decreto 2072/99. De la compleja estructura argumental de la decisión se ha de remarcar el razonamiento relacionado con la validez de reglamentación interna (el sobre citado R.D. 2072) de desarrollo del Reglamento comunitario, acto inmediatamente eficaz. Resuelve la cuestión el tribunal español trayendo a colación la jurisprudencia del TJCE acerca del efecto directo de los Reglamentos Comunitarios. Estos criterios no cierran la posibilidad de que el mismo Reglamento pueda habilitar ya a una Institución comunitaria ya a un Estado miembro, para adoptar medidas de aplicación. Así lo ha reconocido el Tribunal de Justicia en sentencias como la de 27 de septiembre de 1979 (Sentencia Eridania, asunto 230/1978), donde se declara que “la aplicabilidad directa de un Reglamento no se opone a que el mismo reglamento faculte a una Institución Comunitaria o a un Estado miembro para dictar medidas de aplicación. En el segundo caso, las modalidades de ejercicio de esta facultad están reguladas por el Derecho Público del Estado miembro interesado. No obstante, la aplicabilidad directa del acto que faculta al Estado miembro para tomar las medidas nacionales de que se trate tendrá la consecuencia de permitir a los órganos jurisdiccionales nacionales controlar la conformidad de dichas medidas con el contenido del Reglamento comunitario”. Concluye esta sentencia señalando que “no existe incompatibilidad entre la aplicabilidad directa de un Reglamento comunitario y el ejercicio de la facultad, atribuida a un estado miembro, para adoptar medidas de aplicación con base en dicho Reglamento”.

En cuanto al tema de la responsabilidad del Estado, la Subdirección General de Recursos del Ministerio de Trabajo dicta Resolución concluyendo que no procede iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración al no concurrir los presupuestos establecidos en el art. 139 de la Ley 30/92, por ser las Mutualidades Profesionales de naturaleza privada carentes de todo rasgo público. De cuanto hasta aquí se ha expuesto, se impone necesariamente estimar la pretensión del Abogado del Estado y declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo interpuesto, al amparo del art. 69.c) de la ley jurisdiccional. En efecto, según se ha relatado, no ha existido ningún acto presunto del Consejo de Ministros que pudiera ser susceptible de recurso contencioso administrativo, sino que ante la concreta petición formulada por los actores, aunque dirigida al Consejo de Ministros, se obtiene una resolución expresa dictada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, entre cuyas consideraciones se argumentan las razones por las que se estima “inasumible” la pretensión que se formula, de que el escrito presentado por los actores sea remitido al Consejo de Ministros. La responsabilidad, en otros términos, no recaería sobre órganos

estatales. Sin embargo, esta sentencia se podría prestar a otra interpretación si se apreciara la inacción del legislador español en aprobar normas que reglamentasen la laguna jurídica relativa al *estatus* de los funcionarios españoles que trabajen en las Instituciones Comunitarias. Desde esta perspectiva, el autor de los daños sufridos por los actores no sería ya identificable con una empresa privada (las Mutualidades Profesionales) sino en el propio legislador nacional al no haber previsto una disciplina normativa necesaria para la aplicación del Derecho Comunitario. Obviamente el objeto del litigio sería distinto en tanto que no consistiría en la resolución del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, sino en la conducta omisiva del legislador nacional y, por tanto, también el órgano competente sería distinto, pudiéndose reclamar responsabilidad del Estado ante el juez nacional competente.

A la realización práctica de este nuevo planteamiento no es óbice ni siquiera la naturaleza de cosa juzgada de la presente sentencia en tanto que con las últimas dos sentencias del Tribunal de Justicia Köbler y Traghetti que replantean por completo la compleja dialéctica entre jueces nacionales y juez comunitario. La incipiente *cross-fertilization* en tema de responsabilidad estatal experimenta un nuevo estadio institucional connotado por una mayor capacidad intrusiva del juez comunitario en la esfera de independencia del juez nacional.

VI. BREVE PANORÁMICA DE LAS PRINCIPALES NOVEDADES JURÍDICAS EN LAS CORTES EUROPEAS.

En la consolidación de una visión dinámica del Derecho Comunitario y de las relaciones entre cortes nacionales y comunitarias, contribuye notablemente la sentencia del **18 de julio 2005 del *Bundesverfassungsgericht*** en el controvertido caso *Darkanzali* (2BvR 2236/04), con la que el tribunal alemán ha anulado integralmente la ley de recepción de la Decisión Marco 2002/584 JAI sobre la orden de busca y captura europea. La relevancia de la decisión se mueve sustancialmente en la doble dirección de las relaciones entre ordenamiento interno y comunitario y de la opción de tinte político adoptada en el tema de la conciliación de los intereses a la represión del terrorismo a escala mundial y la tutela nacional de los derechos fundamentales⁴². De fondo queda en toda su imperiosa necesidad la cuestión entorno a la legitimación de la Unión Europea después del *impasse* del procedimiento de ratificación del llamado Tratado Constitucional. A diferencia de la decisión del Tribunal Constitucional polaco ya antes referida en un caso análogo, la corte alemana parece asestarse en una posición más próxima a las instancias nacionales. El caso muy complejo afecta también las autoridades españolas en tanto que hacia el demandante Z., ciudadano alemán y sirio, la Audiencia Nacional había emitido el 16 de septiembre 2004 una orden de busca y captura europea por ser presunta figura clave en la rama europea de la red terrorista Al

⁴² Sobre el asunto absolutamente imprescindible es la sentencia del Tribunal de Justicia del 30 de mayo de 2006, C-317 y 318/04, Parlamento/Consejo, que ha anulado dos decisiones del año 2004 de la Comisión Europea y del Consejo Europeo relativas una al carácter adecuado de la protección de datos personales incluidos en un registro de pasajeros que se transfieren al Servicio de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos de América y la otra un acuerdo estipulado entre Estados Unidos y la Unión Europea sobre el tratamiento y transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros.

Qaeda. Tras su captura, Z. viene investigado también por las autoridades alemanas en referencia a §§ 129a StGB (Formación de organización terroristas) y 261 StGB; el plazo de tiempo en la criminación de los jueces españoles y alemanes, sin embargo, no coinciden. La extradición de Z. violaría el art. 16 2ºco. GG, que tutela el ciudadano alemán en los casos de extradición contraria a los principios del Estado de Derecho y del art. 103 2ºco. GG sobre la irretroactividad de la acción penal. Reclama el ciudadano alemán una vulneración de legitimación democrática en relación a la Decisión Marco sobre la llamada Euro-orden que no prevé la doble incriminación – mecanismo estatal previsto anteriormente - con consiguiente vigencia del derecho penal extranjero en Alemania. Las argumentaciones esgrimidas por el tribunal germano se inclinan, en un primer momento, a favor de la posibilidad de limitar el *status* de ciudadano alemán. Añade a continuación, sin embargo, que las autoridades del país que pide la extradición han de demostrar el máximo respeto por el Estado de Derecho respetando los límites impuestos por el propio art. 16 2ºco. GG. El *BVerfG* remite al art. 6 TUE, que incluye el Estado de Derecho entre los principios vertebradores de la Unión Europea, precisando que la mención de este artículo no impide al legislador, en caso de vulneración persistente (*nachhaltige Erschütterung*) de estos principios de reaccionar, también independientemente del procedimiento comunitario previsto por el art. 7TUE (§ 78). La posible respuesta interna se reafirma allí donde se sostiene que los órganos legislativos nacionales conservan un poder político de conformación democrática en caso de necesidad, también mediante el rechazo de la transposición de la Decisión Marco. Se trata, por tanto, de un posible rechazo justificado por el respeto de la garantía del principio democrático del llamado tercer pilar, que el tribunal alemán considera en términos de ordenamiento parcial de Derecho Internacional. A distancia de horas, mientras la sentencia *Maria Pupino* (C-105/03), dictada por el Tribunal de Justicia el 16 de junio de 2005, relanza el intento de constitucionalización del tercer pilar mediante la afirmación de los efectos directos de las Decisiones Marco, advirtiendo a los Estados miembros de las consecuencias derivadas de la adopción de actos en un pilar intergubernamental, el tribunal alemán invierte la dirección estratégica protegiendo márgenes de maniobras para las autoridades nacionales que son difícilmente compatibles con la estructura del tercer pilar. De esta disconformidad se percató el juez Gerhardt en su voto particular, insinuando la duda sobre la aplicación del Derecho Comunitario, que debería obligar a los jueces de última instancia a acudir en vía prejudicial al Tribunal de Justicia, *a fortiori* tras el fallo comunitario *Traghetti del Mediterraneo*.

El pulso institucional, la dialéctica conceptual entre los intereses comunitarios a la aplicación del principio de cooperación leal en sede de cooperación policial y judicial en material y las exigencias nacionales por salvaguardar procedimientos considerados más adecuados a un Estado de Derecho democrático⁴³, está echado también en el ámbito del tercer pilar.

El alcance social y económico del Derecho Comunitario emerge claramente en la sentencia inglesa *Autologic Holdings plc and others etc. v. Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue* de 28 de julio de 2005 [2005] UKHL 54 relativa a

⁴³ Lo testimonia también el proceloso *iter* procesal de la controvertida ley italiana de actuación de la Decisión Marco 2002/584 JAI del 20 de abril de 2005.

una petición de anulación de la normativa estatal en tema de impuestos sobre sociedades contraria al art. 43 TCE, que posteriormente fue objeto de un fallo del Tribunal de Justicia. La House of Lords aclara que la *mass litigation* planteada por las seis grandes compañías, en busca de la reducción de impuestos contrarios a la libertad de establecimiento tutelada en los artículos 43 y 48 TCE y de la libre circulación de capitales recogido por el art. 56 TCE, no afecta necesariamente la legislación interna y que no se habían experimentado las correctas vías procesales. Más interesante resulta la *dissenting opinion* de Lord Walker en torno a la aplicación del principio de eficacia de las normas comunitarias traídas a colación. En los puntos 92 y siguientes el *Law Lord* demuestra un profundo conocimiento del Derecho Comunitario en la aplicación directa de los artt.48 y 56 TCE y de las implicaciones indirectas del principio de eficacia parafraseando el texto de Tridimas en la parte relativa a la progresiva comunitarización de la tutela judicial. “*The culmination of this trend in the case law has been the establishment of member state liability in damages*”. Sus conclusiones estarán posteriormente avaladas por el propio Tribunal de Justicia en la sentencia de 13 de diciembre de 2005, Marks and Spencer, en el asunto C-446/03 que asegura que, en conformidad con el fallo inglés, los artículos 43 CE y 48 CE no se oponen a la normativa de un Estado miembro que excluye con carácter general la posibilidad de que una sociedad matriz residente deduzca de su beneficio imponible las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial establecida en el territorio de éste, cuando prevé tal posibilidad en el caso de pérdidas sufridas por las filiales residentes⁴⁴. Acepta la opinión de Lord Walker allí donde sostiene que es contrario al Derecho Comunitario excluir dicha posibilidad de la sociedad matriz residente cuando, por una parte, la filial no residente ha agotado las posibilidades de que se tengan en cuenta las pérdidas sufridas en su Estado de residencia en el período impositivo correspondiente a la solicitud de consolidación y en los ejercicios anteriores y cuando, por otra parte, no existe la posibilidad de que dichas pérdidas puedan ser tenidas en consideración en su Estado de residencia en ejercicios futuros respecto de ella misma o de un tercero, en especial, en caso de cesión de la filial a éste. Curiosamente la misma corte tendrá que pronunciarse acerca de una cuestión planteada en un juicio debatido el día anterior a la sentencia arriba reportada que ve como protagonista siempre la compañía Marks and Spencer en referencia a los impuestos sobre determinados géneros alimentarios. La saga Marks and Spencer sigue en las aulas de Luxemburgo⁴⁵.

Si en la decisión de julio 2005 se reafirma en un articulado *obiter dictum* el principio comunitario de los efectos directos, en la sentencia **Jackson and others v. Her Majesty's Attorney General [2005] UKHL 56** se discute en torno al correlativo criterio de la supremacía comunitaria. El objeto del litigio también en este caso asume una vasta dimensión social: la ley inglesa sobre la caza al zorro de 2004. En este juicio también, análogamente a lo discutido en la decisión alemana, se entrelazan en el fondo de la cuestión la protección de las categorías clásicas nacionales – en el supuesto germánico la ciudadanía, en este caso la soberanía nacional – y el creciente interés por

⁴⁴ La **Royal Court of Justice** se ocupa de un supuesto análogo en **Fleming v. HM Revenue & Customs, 11 de febrero 2006**, trayendo a colación argumentas similares a la decisión arriba reportada.

⁴⁵ El primer fallo se remonta al 11 de julio 2002, C-62/00, Marks and Spencer plc v Commissioners of Customs & Excise.

la consolidación interna del paradigma comunitario. A propósito de esta tensión dialéctica Lord Steyn asevera que *“In the European context the second Factortame decision made that clear: [1991] 1 AC 603. [...] Moreover, the European Convention on Human Rights as incorporated into our law by the Human Rights Act, 1998, created a new legal order. One must not assimilate the ECHR with multilateral treaties of the traditional type. Instead it is a legal order in which the United Kingdom assumes obligations to protect fundamental rights, not in relation to other states, but towards all individuals within its jurisdiction. The classic account given by Dicey of the doctrine of the supremacy of Parliament, pure and absolute as it was, can now be seen to be out of place in the modern United Kingdom”*. Inmediatamente después lo refrenda Lord Hope of Craighead: *“Step by step, gradually but surely, the English principle of the absolute legislative sovereignty of Parliament which Dicey derived from Coke and Blackstone is being qualified”*. El tránsito conceptual está claramente delineado y encerrado todo en la cuestión de la soberanía nacional, ya anteriormente tratado. El juez inglés se pronuncia en un plano más pragmático y transparente, como es en su tradición, respecto de las cortes de *civil law*. Retornan, sin embargo, temáticas similares acerca de la teórica supremacía del Derecho Comunitario, a la cual todas las máximas instancias judiciales nacionales añaden a continuación límites constitucionales nacionales.

La sentencia de la House of Lords **North Wales Training and Enterprise Council Limited v. Astley and others [2006] UKHL 29, del 21 de junio 2006** versa en parte sobre el tema de la protección de los derechos laborales análogamente a lo analizado en sede nacional en la decisión del TSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, 1730/2005 y la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. La corte solventa con relativa agilidad la cuestión relativa a los derechos madurados durante la vigencia del contrato con el anterior empleador mediante la aplicación del art. 5 de la *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981* (SI 1981/1794) ("TUPE") y el aval de la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 Mayo 2005, C-478/03, emitida durante el proceso. Se argumenta la eficacia de la decisión del tribunal comunitario a fin de esclarecer la controversia *“In the Simmenthal case the court said that direct applicability of a provision of Community law means that rules of Community law must be fully and uniformly applied in all the Member States as from the date of their entry into force and for so long as they continue in force: para 14. Referring to the structure of article 177 of the EC Treaty (now article 234 EC) which provides for the making of a reference to the court for a preliminary ruling, it said that the effectiveness of that provision would be impaired if the national court were prevented from forthwith applying Community law in its entirety in accordance with the decision or the case law of the court and that it followed that every national court must, in a case within its jurisdiction, apply Community law in its entirety and protect rights which the latter confers on individuals”*.

Mucho más interesante resulta en el fallo **Percy v. Church of Scotland Board of National Mision [2005] UKHL 73 de 15 de diciembre 2005** el análisis de las argumentaciones relativas a una supuesta discriminación laboral surgidas en un contrato estipulado por una institución eclesiástica. Surgen inmediatamente dos cuestiones: la relación fáctica - un acuerdo sobre la organización de misiones entre la señora Percy y

la Iglesia de Escocia - se puede calificar en el ámbito de la Sex Discrimination Act 1975; el punto siguiente versa sobre la jurisdicción competente aplicable a la relación comprobada contractual. En la búsqueda de la ratio legis de la Ley en cuestión se menciona el hecho que ella transpuso la Directiva 76/207/CE, a cuyos objetivos las cortes nacionales deben inspirarse en la interpretación conforme del Derecho Comunitario. Tras la lectura del art. 5 de la directiva, Lord Nicholls of Birkenhead arguye que la situación existente entre la demandada y la señora Percy no puede considerarse como empleo. Sería aplicable la ley inglesa Employment Equality (Sex Discrimination) Regulations 2005 SI 2005 No. 2467 de recepción de la directiva 2002/73/CE, cuyo artículo 10B amplía el alcance la definición de empleo; sin embargo, esta normativa fue aprobada posteriormente a la presenta de la demanda judicial. De diferente opinión es Lord Hope of Craghead, que considera aplicable al caso en cuestión la directiva europea llegando a preguntarse: “*Given then that she is within its scope, how are the 1975 Act and the 1921 Act [que admite perfiles de discriminación en referencia a motivos espirituales] to be reconciled? It should be noted that, as Lord Keith of Kinkel pointed out in Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd [1993] ICR 175, 186, the Marleasing principle applies whether the domestic legislation came after or preceded the Directive: see Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentación SA (Case C-106/89) [1990] ECR I-4135, para 8. So the fact that the 1921 Act was enacted long before the adoption of the Equal Treatment Directive does not relieve the court from its obligation to construe that Act as far as possible in order to achieve the result pursued by the Directive. It is worth noting too that the 1921 Act was enacted long before it was recognised that women had a fundamental right not to be discriminated against on grounds of sex*”. También en el ámbito laboral de competencia de la Iglesia en virtud de la Ley de 1921, entra en juego la normativa que prohíbe cualquier discriminación de índole sexual. “*Great care must, of course, be taken to respect the Church's right to exclusive jurisdiction in all matters spiritual as defined in article IV of the Declaratory Articles. The principle of subsidiarity which is enshrined in article 5 EC encourages respect for the constitutional and religious traditions of Member States. Religious traditions are part of the cultural heritage of Europe, and it can be taken to be a principle of EC law that action to intrude upon those traditions will only be taken at Community level where the aims to be pursued cannot be achieved at the level of Member States. The principle of equality which lies at the heart of the Equal Treatment Directive is of general application, however. The only concession that it makes to the need to restrict its application is that stated in article 2.2, where the sex of the worker constitutes a determining factor in the occupational activity. The Church of Scotland does not need to invoke that restriction, as the rule since 1968 has been that women are eligible to ordination on the same terms and conditions as are applicable to men*”. Ésta es, finalmente, la *ratio decidendi* adoptada por la House of Lords.

La sentencia de la *Royal Courts of Justice* del **27 de enero 2006, The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs v. IDT Card Services Ireland Ltd** presenta un análisis relevante sobre la interpretación de la normativa nacional de transposición de la sexta Directiva IVA (77/388/CEE) en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios. Los interrogantes sobre la doble imposición fiscal de unas tarjetas telefónicas multifuncionales fabricadas por una empresa irlandesa se centran en la interpretación

conforme de la normativa nacional de recepción de la sexta Directiva. Para esta operación la corte inglesa se remonta incluso a la interpretación de la propia directiva comunitaria. “*When European Union legislation has to be examined, the courts often have no difficulty in finding that the meaning is clear on any basis. The English courts have with practice also become accustomed to looking at the travaux préparatoires and asking advocates to produce them. [...] The court also rarely has the benefit of decisions on European Union legislation in other member states*”. La circunstancia de que la legislación comunitaria es el fruto de negociaciones - “*a negotiated law*” – entre Estados soberanos hace imposible o extremadamente difícil obtener un texto preciso y claro: “*To obtain agreement, an element of ambiguity must be left for later resolution. The very nature of this kind of legislation places a greater burden on courts than domestic legislation where the scheme of the legislation is generally worked out in great detail*”. Pasando, luego, al principio de interpretación conforme, la corte inglesa propone una visión muy extensa del criterio hermenéutico: “*Although the principle that national law must be interpreted in conformity with Community law concerns chiefly domestic provisions enacted in order to implement the directive in question, it does not entail an interpretation merely of those provisions but requires the national court to consider national law as a whole in order to assess to what extent it may be applied so as not to produce a result contrary to that sought by the directive*”.

En Irlanda con sentencia ***Short and others v. Ireland and others [2006] IESC 46***, la *Supreme Court* se ha recientemente ocupado del tema de contaminación medioambiental producida por una central térmica inglesa en aguas irlandesas. Los demandantes irlandeses lamentaban la ilegitimidad de la disciplina inglesa de recepción de las directivas comunitarias. Desde el primer punto de vista, está claro que un juez irlandés no dispone de la esfera jurisdiccional para juzgar la compatibilidad de una norma inglesa con la directiva comunitaria. “*It seems to me elementary that our courts have no power to review the lawfulness of administrative decisions made by English administrative bodies under English law, any more than the English courts would have corresponding power to pass judgment on Irish administrative decisions. The courts of each country alone have the power to review the legality, within their own frontiers, of decisions of their own government and administration*”. Una ulterior cuestión versaba en torno a las autoridades competentes para ejecutar las eventuales sentencias condenatorias (si bien la cuestión es sólo teórica en tanto que el procedimiento emprendido en el Reino Unido había llegado a ser *res judicata*). La solución adoptada por la Corte Suprema se resume en que “*it could have no jurisdiction to grant a mandatory injunction compelling BNFL to comply with the said directives*”.

Siempre en Irlanda las mayores novedades en la aplicación judicial del Derecho Comunitario convergen en el tema de la llamada Euro-orden. En la decisión ***Kenneth Dundon v. Governor of Cloverhill Prison and Minister for Justice, Equality and Law Reform de 19 de diciembre 2005*** la *Supreme Court* aborda el asunto de la compatibilidad de la ley nacional irlandesa de 2003 con la Decisión Marco 2002/584 JAI. El demandante pide la nulidad de la medida preventiva contra su persona por vulnerar la normativa irlandesa los plazos máximos de detención prevista en la mencionada Decisión Marco. En la valoración de la compatibilidad entre las dos normativas se menciona la sentencia del Tribunal de Justicia Pupino, ya reportada

arriba, apostillando que la corte nacional debe interpretar la disciplina nacional según los objetivos fijados en la Decisión Marco. “*Thus the national court when applying the national law should do so as far as possible in light of the Council Framework Decision, to attain the result sought. This can not be done if it is contrary to the national law, but the national court should consider the whole of the national law to see if it can be applied so as not to produce a result contrary to the Council Framework Decision*”. La recomendación de un plazo expedito de tiempo para la ejecución del orden de detención no representa una obligación jurídica: “*There is no mandated time limit of 60 days (or 90 days) prior to the final order. Consequently the applicant is not in unlawful custody*”. Una cuestión análoga se plantea ante la High Court, **The Minister for Justice, Equality and Law Reform v. Robert Ostrovskij**, 26 de junio 2006, [2006] IEHC 242, esgrimiendo la corte de grado inferior un planteamiento similar al analizado arriba.

Más allá del Canal de la Mancha, aparte de las decisiones del Consejo Constitucional, la atención se centra principalmente en la revisitación del principio de eficacia directa.

No se aplica la doctrina del efecto directo de las normas comunitarias primarias, en el caso del **Consejo de Estado**, 17 de junio 2005, n. 271779 por motivos endógenos a las propias normas en tanto que el art. 119 TCE en tema de prohibición de discriminación de género en el ámbito laboral adquiere aplicación directa sólo a partir de la entrada en vigor del llamado Tratado de Maastricht, cuyo protocolo 2 anexo al art. 119 TCE preveía la extensión del contenido de la norma también a las pensiones. El Consejo de Estado simplemente se ha limitado a aplicar la *ratio decidendi* de la sentencia del Tribunal de Justicia, 28 septiembre 1994, C-7/93, Beune.

El *Conseil d'État*, en la decisión 24 marzo 2006, n. 288460 aborda temas de gran relevancia social examinando la validez del decreto n 2005-1412 de 16 noviembre 2005 sobre la reforma del código de deontología profesional de los censores de cuentas - profesionales que ejercen una función de control permanente sobre las cuentas de una empresa o sociedad – con las normas comunitarias. En primer lugar, se toma en consideración la posible contradicción de la norma nacional con el principio de libre competencia establecido con el art. 81 TCE, concluyendo que el ordenamiento comunitario prohíbe comportamientos de sujetos individuales (las empresas), excluyendo cualquier implicación del legislador estatal: “*ces dispositions, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice des Communautés européennes, visent uniquement le comportement des entreprises et non les mesures législatives ou réglementaires émanant d'un Etat membre*”. En relación con la libre circulación de servicios, el órgano francés sostiene que no existe motivo alguno para que las empresas puedan designar a otros censores de cuentas, sin restringir absolutamente la libre circulación de trabajadores tutelada por el art. 43 TCE. Recurre a los instrumentos jurídicos de las excepciones, cuando trata la posible incompatibilidad del decreto de 2005 con la libre prestación de servicios: “*que l'intérêt général qui s'attache à ce que les comptes donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat des sociétés constitue une raison impérieuse, au sens donné à ce concept par la Cour de justice des Communautés européennes, justifiant des limitations à la libre prestation de services*”. Probablemente, en un futuro próximo, estas razones imperiosas de interés general serán objeto de atenta valoración por parte del Tribunal de Justicia,

generoso en la admisión de causas justificativas, pero más recientemente contrario a la calificación como tal del mantenimiento de la paz industrial (TJCE, sentencia de 5 de junio 1997, SETTG, C-398-/95). Se estiman las demandas de los sindicatos franceses por violación de normas del ordenamiento francés, procediendo a la anulación del decreto en cuestión⁴⁶.

No se procede a la anulación de la concesión ministerial a la siembra de maíz genéticamente modificado en el fallo del Consejo de Estado del **20 de junio 2006, n° 293731**. No parece muy afortunada la consideración del máximo órgano jurisdiccional francés allí donde no detecta alguna violación del Derecho Comunitario, si bien la Corte de Justicia haya por bien dos veces condenado a la República francesa por infracción del Derecho Comunitario en los fallos de 20 noviembre 2003 y de 15 julio 2004. La razón aducida por el *Conseil d'Etat* reside en el hecho de que estas decisiones “*consistent en un simple constat objectif qui ne préjuge pas de la légalité des décisions individuelles prises dans leurs champs d'application*”. La sensación que transparenta a contraluz esta decisión es que las restricciones a la eficacia directa de las normas comunitarias tengan un horizonte muy limitado, puesto que el propio *Conseil d'Etat* insinúa que “*même si cette jurisprudence était infléchie, les critères de l'effet direct des directives ne sont pas remplis en l'espèce*”, manifestando una latente apertura hacia el derrumbamiento del muro Cohn-Bendit de 1978. Conviven en Francia, como - con intensidades variables - en cualquier Estado, dos tendencias en fuerte contraposición: por un lado, la tensión hacia lo que Simon define con afortunada expresión “*l'intégration douce d'une primauté tamisée*”⁴⁷, es decir una disposición favorable a aplicar y reelaborar en clave interna el Derecho Comunitario, por otro, en la esfera de la eficacia directa, como ya adelantado, persisten serios obstáculos a aceptar abiertamente la jurisprudencia comunitaria⁴⁸. Tiende, además, la jurisprudencia francesa a encontrar excepciones a la aplicación judicial del Derecho Comunitario allí donde el derecho nacional contemple una disciplina más favorable a la tutela del ciudadano. Al margen de la notoria cuestión sobre la protección otorgada al consumidor en la normativa francesa sobre productos defectuosos⁴⁹, esta fascinante tensión derecho interno-Derecho Comunitario ha caracterizado el fallo del **Conseil d'Etat, 3 de junio 2005, n. 281001**, donde se establece que las autoridades francesas pueden oponer excepción a la normativa comunitaria en tema de derecho de asilo en cuanto que la normativa nacional es más favorable al interesado. Una vez más a la lógica de la uniformación jurídica del principio de supremacía comunitaria se contraponen la necesidad de respetar normas y culturas más favorables al ciudadano: ¿seguridad jurídica *versus* respeto a las tradiciones culturales? En esta óptica, luego se inserta otra tensión entre jueces inferiores y *Conseil d'Etat*: testimonia esta tendencia, en la que los tribunales locales

⁴⁶ A conclusiones análogas llega el *Conseil d'Etat* en las decisiones de **26 enero, n. 288460** y **24 abril 2006, n. 288461**.

⁴⁷ D, SIMON, *L'examen par le Conseil constitutionnel du traité portant établissement d'une Constitution por l'Europe: fausse surprise et vraies confirmations*, cit., 7.

⁴⁸ Limitan los efectos de la supremacía comunitaria en el terreno económico del mercado financiero y de las telecomunicaciones dos decisiones del **CE, 23 febrero 2005, n 264712** y **CE, 11 abril 2005, 251239**.

⁴⁹ La diatriba ha desembocado en una sentencia de condena a multa coercitiva a la República Francesa en la decisión del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2006, Comisión de las Comunidades Europeas c. República Francesa, C-177/04.

son normalmente más favorables a la aplicación del Derecho Comunitario, la sentencia de la **corte de apelación de París, 1 de junio 2005, n. ooPA03825** que establece que los jueces deben plantear *ex officio* la cuestión de inconformidad del derecho nacional con las directivas directamente eficaces. La *ratio decidendi* de la decisión entra en clara colisión con la jurisprudencia Maciolak del Consejo de Estado, 7 de diciembre 2002, afirmando que el interés superior a la conformidad con el Derecho Comunitario es un motivo de orden público. Es una etapa nueva en el acercamiento a la aceptación completa de la eficacia directa de las directivas no transpuestas, cuyo último episodio ha venido del *Consejo Constitucional* que en 2004 ha afirmado que la transposición de las directivas constituye una obligación constitucional, derogable sólo si existiese una norma expresa de la Constitución⁵⁰. Este último órgano representa la punta de lanza de una “*nouvelle approche*”⁵¹ hacia el Derecho Comunitario, insinuando recientemente en un *obiter dictum* de la sentencia **30 de marzo 2006, n. 2006-535** un reajuste de la compatibilidad de la norma legislativa nacional a la directiva comunitaria⁵². Con mayor razón tras esta sentencia, la pregunta que se formula en la doctrina francesa es: “*Abandonner la jurisprudence Cohn-Bendit?*”⁵³.

Cruzando los Alpes, en Italia también se ha puesto el espinoso tema de la protección de los consumidores en materia de daños producidos por productos defectuosos. El **Tribunale di Venezia, sez. III, 14 de febrero 2005**, interpreta la norma del artículo 13 de la directiva 85/374 en la dirección complementaria a la misma normativa comunitaria. Allí donde la disciplina comunitaria y su consiguiente transposición nacional no prevean una explícita disposición normativa - en relación con el supuesto de daños ocasionados por un dependiente del vendedor en el ejercicio de sus tareas - es posible aplicar el sistema nacional general previsto por el código civil. No se trata, por tanto, de recurrir a normas *contra legem comunitariam* sino *praeter legem*, es decir de integración de lagunas legales.

Muy relevante es la tendencia presente en el ordenamiento jurídico transalpino a adecuar, de manera latente y contrastada, la reforma del sistema de responsabilidad de la administración con los requisitos sancionados por la *case law* del Tribunal de Justicia. El ordenamiento italiano ha emprendido desde hace más de un lustro la reforma de tipo jurisprudencial que, de manera implícita, ha enlazado a la disciplina comunitaria. Donde más se evidencia un fenómeno de *cross-fertilisation* en materia de responsabilidad del Estado es justamente en las salas italianas. La dinámica jurisprudencial se desarrolla mediante la adopción en términos nacionales de los impulsos procedentes de Luxemburgo. Se procede al tránsito de una responsabilidad subjetiva basada en la culpa de índole privatista del artículo 2043 del código civil a un sistema de inspiración comunitaria fundado en la culpa objetiva de la *faute* francesa.

⁵⁰ CC, 10 de junio 2004, n. 2004-496.

⁵¹ Con la usual sagacidad D. SIMON, *Le juge constitutionnel français et le droit communautaire et européen: une nouvelle approche?*, en *Europe*, junio 2006, 1.

⁵² “*que, si la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les dispositions d'une directive communautaire qu'elle n'a pas pour objet de transposer en droit interne*”.

⁵³ El interrogante lo plantea P. CASSIA, *Abandonner la jurisprudence Cohn-Bendit?*, en *AIDA* 13 febrero 2006, 284.

La decisión de la **Corte di Cassazione, I civile; 21 octubre 2005, n. 20454** escribe de momento la última etapa en la famosa saga Fratelli Costanzo⁵⁴, rechazando definitivamente las pretensiones resarcitorias de la empresa de construcciones italiana. Se excluiría cualquier perfil de culpa en la conducta del Ayuntamiento de Milán pues la administración habría actuado de buena fe (criterio subjetivo de la culpa). *“L’amministrazione avrebbe correttamente e «scrupolosamente applicato la normativa vigente» che prevedeva la regola dell’esclusione automatica dell’offerta anomala: infatti «solo in seguito la Corte di giustizia Cee, con la sentenza resa il 22 giugno 1989, stabilì che le modifiche provvisorie apportate, col prevedere un criterio di esclusione matematico, dai d.l. 206/87, 302/87 e 393/87 all’art. 24, 3° comma, l. 8 agosto 1977 n. 584 — norma interna di recepimento dell’art. 29, n. 5, della direttiva 71/305/Cee — contraddicevano lo scopo della direttiva, consistente nel favorire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici”*. El criterio de la buena fe de la actuación de las administraciones públicas es muy discutible en la óptica trazada por el Tribunal de Justicia, ajena del todo a una visión civilista de culpa del *bonus pater familias*.

Una más correcta operación de internalización de los requisitos comunitarios de responsabilidad estatal en una concepción objetiva de culpa se expresa *apertis verbis* en la decisión del **Consiglio di Stato, Sez.VI, 11 mayo 2006, n. 3981**. Se sostiene, en efecto, que *“la stessa Corte di Giustizia, pur non facendo riferimento alla nozione di colpa della p.a., utilizza, a fini risarcitori, il criterio della manifesta e grave violazione del diritto comunitario, sulla base degli stessi elementi, descritti in precedenza e utilizzati nel nostro ordinamento per la configurabilità dell’errore scusabile”*.

En la sentencia del **TAR Puglia, sez. Bari, 7 de junio 2005, n. 2778** se hace expresa referencia a una responsabilidad de la administración pública incardinada en una culpa de tipo administrativo, en un funcionamiento anormal de la máquina administrativa (licitación de obras públicas). El núcleo de las argumentaciones se halla en la noción de culpa: *“la gravità della violazione in relazione all’ampiezza dei margini di discrezionalità dell’amministrazione, dei precedenti della giurisprudenza, delle condizioni concrete e dell’apporto eventualmente dato dai privati nel procedimento”*. Siempre en materia de adjudicación de una licitación la decisión del **TAR Puglia, sez. Lecce, 4 julio 2006, n. 3710/06**, aclara el alcance de la noción de culpa y procede a aplicar la *ratio decidendi* de los fallos de la **Corte di Cassazione, Sezioni Unite della Corte di Cassazione (ordinanze 13.6.2006, n. 13659 e n. 13660)** y de la **Corte Costituzionale 11 de mayo 2006, n. 191** sobre la jurisdicción competente a dirimir las cuestiones sobre responsabilidad administrativa.

Dimensión social enormemente más amplia cobra la sentencia de la **Corte di Cassazione 4 febrero de 2005, n. 2203** siempre en tema de responsabilidad de la administración pública en caso de violación del Derecho Comunitario. De la falta de transposición de la directiva 82/76 CE se derivaban secuelas significativas para todos los MIR italianos que no veían retribuidos sus servicios durante el periodo de especialización. El fallo italiano representa el último eslabón de una cadena de

⁵⁴ Cfr. TJCE, 22 junio 1989, C-103/88.

sentencias comunitarias⁵⁵ que establecen la eficacia directa de las normas de la directiva comunitaria 75/363 CE y 82/76 CE en la parte que prevé que los servicios de los *specializzandi* se desarrolle a tiempo completo y esté retribuido. Más conflictivo era el punto relativo a las entidades deputadas a la erogación de la remuneración: en la sentencia Carbonari, en efecto, se consideraban las disposiciones comunitarias no incondicionales. La misma sentencia, sin embargo, abría nuevos horizontes a los demandantes y a sus homólogos aludiendo a la posibilidad de condenar al Estado italiano por violación de normas comunitarias. Esta eventualidad había suscitado enorme clamor en el panorama social italiano, produciendo huelgas del personal médico e, incluso, interpelaciones parlamentarias. La corte suprema italiana reitera, a diferencia de la francesa, “*l'obbligo del giudice nazionale di applicare anche d'ufficio il diritto comunitario, disapplicando, ove necessario, le norme nazionali che con esso siano in contrasto*”. La clasificación ya en vía de extinción entre *diritti soggettivi* e *interessi legittimi* no afecta en ningún momento la satisfacción completa de situaciones jurídicas procedentes de las directivas comunitarias en cuestión. En el caso que el legislador italiano no configure las situaciones de los interesados en términos de derechos subjetivos, el juez nacional debe desaplicar tal normativa interna y aplicar directamente la comunitaria. Análogos argumentos han sido esgrimidos en la decisión del **Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Seconda Sezione di Napoli, 12 maggio 2005, n. 7292**.

Marginal en la línea argumental de la sentencia, pero relevante en la estrategia adoptada por la corte suprema es la decisión **Corte di Cassazione; sezione I civile; ordinanza, 20 de mayo 2006, n. 11887** allí donde defiende una idea de contralímites de oposición no de colaboración respecto del Derecho Comunitario. Sostiene la corte italiana que “*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 principî fondamentali dell'ordinamento costituzionale, oltre che i diritti inalienabili della persona umana (sentenze n. 183 del 1973, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991)*”. En este caso la colisión institucional y conceptual entre los dos conceptos de supremacía no refleja la tendencia reciente de las cortes constitucionales europeas arriba referidas, tendientes más al diálogo que a la confrontación. Por estas razones se hace impelente e ineludible la intervención esclarecedora en tema de supremacía comunitaria de la *Corte Costituzionale* italiana.

⁵⁵ TJCE. 25 febrero 1999, C-131/97, Carbonari c. Univ. studi Bologna, y, en los mismos términos, 3 octubre 2000, causa C-371/97, Gozza c. Univ. studi Padova.