

LAS CUESTIONES PREJUDICIALES ESPAÑOLAS DURANTE 2003 Y 2004. COMENTARIOS Y VALORACIONES DE LA PRÁCTICA JUDICIAL

JUAN MANUEL DE FARAMIÑÁN GILBERT*
y M.^a DEL CARMEN MUÑOZ RODRÍGUEZ**

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA INTERPOSICIÓN DE CUESTIONES PREJUDICIALES.
- III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL.
- IV. LA NEGATIVA A PLANTEAR CUESTIONES PREJUDICIALES.
- V. LA RESPUESTA DEL TJCE A CUESTIONES PREJUDICIALES.
- VI. COMENTARIOS FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende comentar y valorar las cuestiones prejudiciales que los órganos jurisdiccionales españoles han presentado durante los años 2003 y 2004, las planteadas con anterioridad por los mismos, pero resueltas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en tales años, así como una panorámica de las posiciones y argumentaciones de los jueces y tribunales españoles frente a la posibilidad de plantear o no una cuestión prejudicial ante el TJCE, sugerida por las partes en el litigio nacional. Para ello, continuando con la línea de la

* Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Jaén. Titular de la Cátedra Jean Monnet.

** Doctora en Derecho, Profesora Asociada de Derecho Internacional Público de la Universidad de Jaén.

crónica sobre la aplicación judicial del Derecho comunitario en España¹, hemos dividido este estudio de cinco partes, a saber: La interposición de cuestiones prejudiciales (II), Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre la cuestión prejudicial (III), La negativa a plantear cuestiones prejudiciales (IV) y La respuesta del TJCE a cuestiones prejudiciales (V), con el agregado de unos Comentarios Finales (VI).

Resulta oportuno resaltar, en estas primeras líneas, la importancia y el alcance que para la interpretación y aplicación uniforme del Derecho comunitario tiene la cuestión prejudicial. En este sentido, recogemos las palabras de Pierre Pescatore sobre este tema, cuando, en un reflexivo artículo², destaca la oportunidad del reenvío prejudicial, al indicar que

¹ Los presentes comentarios de jurisprudencia sobre la aplicación del Derecho comunitario en España se agregan a la ya tradicional serie de análisis jurisprudenciales, que se inauguró en el año 1989 en la precedente Revista de Instituciones Europeas con la contribución de los profesores Liñán Nogueras y Roldán Barbero, y que se ha publicado sin solución de continuidad, hasta la actual Revista de Derecho Comunitario Europeo: LIÑÁN NOGUERAS, D. J. y ROLDÁN BARBERO, J.: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1986-1989)», *RIE*, 1989-3, pp. 885-914; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. y DEL VALLE GÁLVEZ, A.: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (julio 1989-diciembre 1990)», *RIE*, 1991-3, pp. 989-1120; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. y LÓPEZ ESCUDERO, M.: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1991-1992)», *RIE*, 1994-1, pp. 221-263; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. y ROBLES CARRILLO, M. A.: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1993, 1994 y 1995)», *RDCE*, 1997-1, pp. 111-173; ROLDÁN BARBERO, J. e HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1996)», *RDCE*, 1997-2, pp. 549-580; DEL VALLE GÁLVEZ, A. y FAJARDO DEL CASTILLO, T.: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España en 1997», *RDCE*, 1999-5, pp. 109-128; LÓPEZ ESCUDERO, M. y CUESTA RICO, F.: «La aplicación judicial del Derecho comunitario durante España durante 1998», *RDCE*, 1999-6, pp. 395-418; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. y MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J.: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 2000 y 2001», *RDCE* 2002-12, pp. 583-627; LÓPEZ JURADO, C. y SEGURA SERRANO, A.: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 2002», *RDCE*, 2003-15, pp. 801-844.

² PESCATORE, P.: «La interpretación del Derecho comunitario por el juez nacional», *RIE*, vol. 23, n.º1, enero-abril 1996, pp. 7 y ss. En p. 27, apoyándose en la práctica se permite realizar las siguientes recomendaciones al juez nacional: a) que aunque sea el juez nacional a quien corresponde apreciar la «pertinencia» de la pregunta y formular el contenido de la misma «*le conviene consultar sobre ello a las partes, si no son ellas mismas quienes sugieren o piden la remisión*»; b) la recomendación de que en la formulación de la pregunta el juez nacional se mantenga en su propio nivel, es decir «*que formule de manera concreta y sencilla el problema que se encuentra planteado ante él, en vez de encerrar al Tribunal de Justicia en un laberinto predeterminado de cuestiones abstractas*».

«la doctrina bien establecida en relación con el artículo 177, desde la sentencia *Schwarze*, dice que esa tramitación sirve para asociar al juez nacional y al Tribunal de Justicia en una interpretación del Derecho comunitario que sea simultáneamente conforme a los objetivos del proceso comunitario y adaptada a las posibilidades jurídicas a nivel nacional»³. No debe pasarnos desapercibido, que el éxito del reenvío prejudicial ha sido fruto de una amalgama entre la sensibilización de las partes en el proceso principal, la pujanza de los abogados y, sin duda, el conocimiento y la comprensión del modelo por parte del juez nacional para elevar al juez comunitario la cuestión prejudicial⁴. Por tanto, el juez nacional tiene en sus manos la posibilidad de realizar un importante esfuerzo de comprensión del asunto que se le presenta, en donde deberá plantear, de modo concreto y sencillo, sus preguntas de las que trasuntan sus dudas sobre la validez o la interpretación del Derecho comunitario que debe aplicar, pero, de manera concisa, como para evitar que el Tribunal de Justicia se sienta obligado a re-enfocar o simplificar el problema con el fin de poder dar una respuesta pertinente y útil⁵.

II. LA INTERPOSICIÓN DE CUESTIONES PREJUDICIALES

Durante los años 2003 y 2004 se han remitido al TJCE una serie de cuestiones prejudiciales por parte de diferentes instancias judiciales españolas y que pasamos a reseñar a continuación⁶.

1. Por lo que respecta al año 2003 se ha presentado una petición de decisión prejudicial por parte del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección tercera), dos peticiones de la Audiencia Nacional, cuatro del ámbito de lo social (dos de los Juzgados de lo Social de Madrid, una del Juzgado de lo Social de Orense y otra del

³ *Ibíd.* p. 26.

⁴ Resulta sumamente útil para un mejor conocimiento del planteamiento prejudicial la «Nota informativa del TJCE sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales» (2005/C 143/01), DOUE C 143, de 11.6.2005, p. 1; <http://curia.eu.int/es/instit/txtdocfr/autrestxts/txt8.pdf>.

⁵ *Ibíd.* p. 27.

⁶ Durante este período existe un importante número de cuestiones prejudiciales que se han elevado al TJCE para su resolución, y de las cuales, el TJCE ya ha dictado sentencia tal como indicamos más adelante en Nota, y que serán analizadas en un próximo análisis de jurisprudencia correspondiente al año 2005.

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana⁷) y una de un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona.

A. El primer auto del TS que analizamos, fue dictado el 21 de julio de 2003⁸, sobre un asunto entre el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos y la Administración del Estado, siendo parte interesada el Sr. Giuliano Mauro Imo, nacional italiano, quien solicita de la autoridad competente española (Ministerio de Fomento) el reconocimiento de su título italiano de Ingeniero Civil Hidráulico a efectos del ejercicio en España de la profesión de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos⁹. El TS pregunta sobre la interpretación de la Directiva sobre el

⁷ Esta cuestión ha sido resuelta por decisión del TJCE de 16.12.2004, por lo que será analizada en la parte (V) correspondiente a las respuestas del TJCE.

⁸ Auto del Tribunal Supremo de 21.7.2003, recibido en la Secretaría del TJCE el 29.6.2003. Asunto C-330/03, DO C 226, de 20.9.2003, p. 11.

⁹ El TS pregunta sobre la interpretación de determinados artículos de la Directiva 89/48/CEE de 21 de diciembre de 1988 (DO L19 de 24.1.1989, p.16), relativa a un sistema general de reconocimiento de títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años y, por tanto, desea saber si pueden dichas autoridades circunscribir el alcance de la autorización que concedan únicamente a aquellas actividades de la referida profesión, que estén cubiertas por el título que el solicitante posea con arreglo a la normativa vigente en el Estado miembro de origen, y con exclusión de las restantes actividades que formen parte de dicha profesión con arreglo a la normativa aplicable en el Estado de acogida. Agrega el TS, si pueden las autoridades nacionales, en el caso de que la respuesta fuera afirmativa, restringir el derecho de los solicitantes, de modo que el Estado de acogida pueda, mediante sus normas internas, excluir el reconocimiento limitado de las cualificaciones profesionales sin violentar los arts. 39 y 43 del TCE. En el caso que nos ocupa, se entiende por «reconocimiento limitado» la posibilidad de autorizar al solicitante a ejercer su actividad (de ingeniero) tan sólo en el sector correspondiente (hidráulico) de su formación profesional en el país de origen (*Ingegnere civile idraulico*), es decir, poseedor de un título italiano de ingeniero especializado en el área de ingeniería hidráulica, y no en el ámbito más general de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos regulada por el Estado de acogida. De ello se deduce que el TS ha tenido la sensibilidad oportuna para indicar, en sus dos preguntas, que se está refiriendo a «reconocimiento limitado de las cualificaciones profesionales», ya que parte de la base de que la citada capacitación profesional italiana no cubre el ámbito de actividades generales del título de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos del Estado de acogida y, por tanto, sin necesidad de que, en el marco de ese reconocimiento limitado, deba someterse a las exigencias adicionales previstas en la mencionada Directiva (art. 4, apartado primero de la Directiva 89/48/CEE, que otorga la posibilidad que el Estado de acogida exija al solicitante un periodo de prácticas de tres años como máximo o que se someta a una prueba de aptitud). En esta línea de reflexión es donde surge la segunda cuestión, pues el órgano jurisdiccional remitente desea saber si

reconocimiento de títulos que sancionan formaciones profesionales de una duración de tres años y desea saber si la autoridad competente puede circunscribir el alcance de la autorización que conceda únicamente a aquellas actividades de la referida profesión, que estén cubiertas por el título que el solicitante posea con arreglo a la normativa vigente en el Estado miembro de origen, y con exclusión de las restantes actividades que formen parte de dicha profesión con arreglo a la normativa aplicable en el Estado de acogida.

B. El siguiente reenvío prejudicial es el auto de la Audiencia Nacional dictado el 16 de abril de 2003 en el asunto entre Contse, S.A., Vivisol SRL y Oxigen Salud, S.A. contra INSALUD (actualmente INGESA)¹⁰. En este sentido, la Audiencia Nacional solicita del TJCE que se pronuncie sobre una cuestión prejudicial muy concreta en la cual se manifiesta la pregunta de si en materia de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios resulta oponible al Derecho comunitario, la inclusión en los pliegos de condiciones y cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen determinados concursos públicos¹¹.

los arts. 39 y 43 del TCE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro de acogida excluya la posibilidad de que las autoridades competentes de dicho Estado concedan una autorización de «acceso parcial» a las actividades que abarcan una profesión regulada en su territorio, por entender que las actividades que forman parte de esa profesión son indisociables.

¹⁰ Auto de la Audiencia Nacional de 16.4.2003, recibido por la Secretaría del TJCE el 2.6.2003. Asunto C-234/03, DO C-184 de 2.8.2003, p. 21.

¹¹ En efecto, se trata de saber si los arts. 12, 43 y siguientes y 49 y siguientes del TCE, así como el art. 3.2 de la Directiva 92/50 del Consejo (DO L 209 de 18.6.1992, p.1) se oponen a que se incluyan determinadas condiciones dentro de los concursos públicos sobre terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida. A este tenor, se requiere saber si determinados requisitos (estos requisitos se refieren al hecho de que las mismas dispongan previamente de oficinas abiertas al público en la provincia o en la capital de provincia en que se haya de prestar el servicio), que condicionan la admisión de las empresas, o los criterios de adjudicación (criterios de adjudicación que favorezcan las ofertas presentadas en un radio de 1.000 kms contados desde la capital en que se haya de prestar el servicio o que dispongan, previamente, de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de la misma provincia o vinieran gestionando con anterioridad al servicio), se oponen a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, o a las prohibiciones de restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en otro Estado miembro o de libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país comunitario que no sea el del destinatario de la prestación.

También, desde la Audiencia Nacional, se presenta mediante auto dictado el 9 de mayo de 2003¹², una petición de decisión prejudicial sobre el asunto entre Igor Simutenkov y el Ministerio de Educación y Cultura y la Real Federación Española de Fútbol. La Audiencia Nacional pregunta sobre la interpretación del art. 23.1 del Acuerdo de colaboración y cooperación de 1994 entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros por una parte y la Federación de Rusia por otra parte¹³. La Audiencia Nacional reenvía la pregunta de si la letra del mismo se opone a que una federación deportiva aplique a un deportista profesional de nacionalidad rusa, contratado regularmente por un club de fútbol español, una normativa, en virtud de la cual los clubes sólo pueden utilizar en las competiciones de ámbito estatal un número limitado de jugadores procedentes de Estados terceros no pertenecientes al Espacio Económico Europeo¹⁴.

¹² Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección tercera) de 9.5.2003, recibido por la Secretaría del TJCE el 17.6.2003. Asunto C- 265/03, DO C 213 de 6.9.2003, p. 12.

¹³ El Acuerdo fue aprobado en nombre de las Comunidades Europeas mediante la Decisión 97/800/CECA, CE, Euratom del Consejo y de la Comisión de 30 de octubre de 1997, DO L 327, p.1.

¹⁴ El art. 23.1 del Acuerdo, integrado dentro del ítem dedicado a las Condiciones laborales, indica que *«salvo lo dispuesto en la legislación, las condiciones y los procedimientos aplicables en cada Estado miembro, la Comunidad y sus Estados miembros velarán porque el trato que se conceda a los nacionales rusos, legalmente empleados en el territorio de un Estado miembro, no implique ninguna discriminación por motivos de nacionalidad, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, la remuneración o el despido, en comparación con los nacionales de ese mismo Estado»*. Por lo cual, la Audiencia Nacional pregunta de si este artículo se opone a que una federación deportiva aplique a un deportista profesional de nacionalidad rusa, contratado regularmente por un club de fútbol español, el Acuerdo de 28 de mayo de 1999, mediante el cual el número de jugadores no nacionales de los Estados miembros que podían alinearse simultáneamente se limitó en Primera División a tres para las temporadas 2000/01 a 2004/05 y en Segunda División a tres para las temporadas 2000/01 y 2001/02 y a dos para las tres temporadas siguientes. Sin entrar en el fondo de la cuestión que corresponde al Tribunal de Justicia, conviene recordar que la jurisprudencia del TJCE ha sido clara en este sentido tanto en la sentencia Bosman (sentencia del TJCE de 15.12.1995, Bosman, As .C-415/93, Rec. P. I-4921), como en la sentencia Deutscher Handballbund (sentencia del TJCE de 8.5.2003, Deutscher Handballbund, As. C-438/00, Rec. P. I-2685) ya que las disposiciones nacionales no deben interpretarse en el sentido de permitir a los Estados miembros de restringir de manera discrecional la aplicación del principio de no discriminación, ya que tal interpretación vaciaría de contenido y le privaría de cualquier efecto útil al principio citado (Fund. 29 de la citada sentencia Deutscher Handballbund).

C. En el ámbito de lo social, las jurisdicciones nacionales han sido más pródigas durante el año 2003. Como ya hemos señalado, se han elevado tres peticiones de decisión prejudicial¹⁵.

El Juzgado de lo Social n.º 20 de Madrid dictó un auto el 6 de noviembre de 2001¹⁶ solicitando una decisión prejudicial en el asunto entre Annette Séller y el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) y el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS). El Juzgado se plantea dos cuestiones prejudiciales, en primer lugar, la duda de si los formularios E-111 y en especial el E-112 suministrados por el INSALUD, tal como se prevé en el Reglamento 1408/71 del Consejo¹⁷ relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad y en el Reglamento 574/72 del Consejo¹⁸ por el que se establecen las modalidades de aplicación del anterior Reglamento, tienen fuerza vinculante para la institución competente que los expide, en este caso la Seguridad Social española, en lo relativo al diagnóstico efectuado por otra institución, la del lugar de residencia, que, para el caso, era la Sanidad Pública alemana¹⁹.

Se puede columbrar que las cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Social se inscriben en el contexto de una normativa nacional que establece que el beneficiario de la seguridad social tiene derecho al reembolso de los gastos de la asistencia médica recibida y sin necesidad de consultar, previamente, a los servicios pertenecientes al sistema sanitario nacional, de servicios ajenos y externos a dicho sistema, cuando haya podido demostrarse que dicha asistencia respondía a una necesidad de urgencia vital.

¹⁵ Se comentan a continuación dos de ellas y se deja el análisis de la tercera (Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid), por ser archivada, al final de esta sección (II).

¹⁶ Auto del Juzgado de lo Social n.º 20 de Madrid de 6.11.2001, recibido por la Secretaría del TJCE el 31.3.2003. Asunto C-145/03, DO C 146 de 21.6.2003, p. 26.

¹⁷ Reglamento 1408/71 del Consejo, de 14.7.1971, DO L 149 de 5.7.1971, p. 2.

¹⁸ Reglamento 574/72 del Consejo, de 21.3.1972, DO 74 de 27.3.1972, p. 1.

¹⁹ En el asunto señalado, la recurrente, en el litigio principal, de nacionalidad alemana y afiliada al Régimen General de la Seguridad Social española, debiendo desplazarse a Alemania por razones familiares, solicita del INSALUD la expedición de un formulario E-111 y que, como quiera que sea, debe ser asistida por una grave enfermedad en la Clínica Universitaria de Colonia, solicita la expedición de un formulario E-112 (los formularios E-111 y E-112 tienen la finalidad de garantizar a la institución del Estado miembro de estancia y a los médicos autorizados por dicha institución que el titular de tales formularios tiene derecho a recibir de ese Estado miem-

También, el Juzgado de lo Social n.º 3 de Orense eleva, a través de un auto de fecha 24 de junio de 2003²⁰, una petición de decisión prejudicial en el asunto entre Cristina Salgado Alonso y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), en el que se plantean dos cuestiones que apuntan a la dudosa compatibilidad del TCE y el Reglamento relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, con la legislación española sobre seguridad social²¹.

bro, durante el periodo determinado en el formulario, una asistencia cuyo coste asumirá la institución competente de expedir dichos formularios). Posteriormente, se le ordena por los facultativos de la citada clínica una intervención de urgencia en la Clínica Universitaria de Zurich (Suiza). Deberá tenerse en cuenta que la trabajadora precisaba de una intervención quirúrgica inmediata como única medida terapéutica para salvar su vida y, además, dicha intervención únicamente podía ser realizada con garantías en un centro hospitalario de un país no perteneciente a la Unión Europea, lo que produce, como consecuencia, que la institución del lugar de residencia (Sanidad Pública alemana) puede remitir al trabajador a dicho centro de un país tercero, sin que en este caso, la institución competente (Seguridad Social española) se encuentre legitimada para exigir a la trabajadora el regreso con la finalidad de someterla a los exámenes médicos que considere oportunos y ofrecerle las opciones asistenciales apropiadas a la patología que presente. Por ello, el Juzgado se pregunta sobre el carácter vinculante, para la institución competente española, del diagnóstico y de la elección terapéutica efectuados por los médicos autorizados por la institución alemana. La segunda cuestión versa sobre si el principio de igualdad de trato que se recoge en el art. 3 del Reglamento 1408/71 (los trabajadores «...podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste») y en relación con los arts. 19.1ª) y 22.1 i) de la misma norma (conforme a los cuales el trabajador desplazado tiene derecho a las prestaciones en especie servidas por cuenta de la institución del lugar de estancia o residencia, como si estuviera afiliada a la misma), debe interpretarse en el sentido de que la institución competente se encuentra obligada a asumir los gastos derivados de la asistencia sanitaria prestada por un país ajeno a la Unión Europea. Máxime cuando el trabajador pueda acreditar que si hubiera estado afiliado o asegurado en la institución del país de residencia (Sanidad Pública alemana) habría tenido derecho a dicha prestación sanitaria y particularmente, dada la circunstancia de que la «*asistencia sanitaria en casos de urgencia vital llevada a cabo por centros privados*» figura entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado competente (Seguridad Social española).

²⁰ Auto del Juzgado de lo Social n.º 3 de Orense de 24.6.2003, recibido en la Secretaría del TJCE el 17.7.2003. Asunto C- 306/03, DO C 226 de 20.9.2003, p. 8.

²¹ El Juzgado de lo Social, primeramente, requiere saber si los arts. 12 y 39 a 42 del TCE, así como el art. 45 del Reglamento 1408/71 del Consejo (Reglamento (CEE) n.º 1808/71 del Consejo, de 14.7.1971, DO L 149, de 5.6.1971, p. 2.) relativo a la

D. El Juzgado de Primera Instancia n.º 35 de Barcelona, presenta una petición de decisión prejudicial mediante auto dictado el 5 de mayo

aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad se oponen a una disposición de Derecho interno (el art. 161.1. d. del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, supedita la concesión de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, al cumplimiento de un periodo mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deben estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho a la prestación, así como los arts. 128 y 215.1.3 y la disposición adicional 28 de la mencionada Ley). De tal manera que con arreglo a la normativa nacional las cotizaciones por jubilación que el Organismo Gestor del Seguro de desempleo ingresó a nombre de un trabajador por el periodo en que éste estuvo percibiendo determinadas prestaciones asistenciales por desempleo, no son computables a los efectos de cubrir los diferentes periodos carenciales establecidos en la legislación nacional y causar derecho a la prestación de vejez. Seguidamente, la segunda cuestión requiere saber si los ya citados artículos del TCE y en este caso el art. 48.1 del mencionado Reglamento se oponen a las disposiciones de Derecho interno según las cuales con arreglo a la normativa nacional las cotizaciones por jubilación que el Organismo Gestor del Seguro de desempleo ingresó a nombre de un trabajador por el periodo en que éste estuvo percibiendo determinadas prestaciones asistenciales por desempleo, tampoco serían computables a los efectos de considerar que la duración total de los periodos de seguro y residencia, cubiertos bajo la legislación de dicho Estado miembro, llegue a ser de un año. En ambos casos, se agrega en la cuestión prejudicial, que se da la circunstancia de que, por la prolongada situación de desempleo que se pretende proteger, resulta para ese trabajador, materialmente imposible acreditar, en el primer supuesto, «*otras cotizaciones por jubilación que las que han resultado legalmente invalidadas*»; en el segundo supuesto, «*otras cotizaciones por jubilación que las devengadas y pagadas durante el desempleo*». Además, el órgano jurisdiccional nacional apostilla que, de este modo, se deduce que sólo aquellos trabajadores que hicieron uso del derecho de libre circulación son los que se ven afectados por dicha norma nacional sin poder causar derecho a la pensión nacional de jubilación, a pesar de que por aplicación de los dispuesto en el art. 45 del Reglamento en cuestión, en el primer caso, habrían de considerarse cubiertos aquellos periodos carenciales y por aplicación de lo dispuesto en el art. 48.1 del mismo Reglamento, en el segundo caso, no podría quedar liberado el Organismo Gestor nacional de la obligación de conceder prestaciones nacionales (sin entrar a dilucidar sobre el asunto conviene recordar que una importante jurisprudencia del TJCE ha indicado que los Estados miembros poseen la competencia necesaria para definir los requisitos que sean necesarios para la concesión de las prestaciones de la seguridad social, incluso en aquellos casos que la discrecionalidad de la administración estatal los haga más rigurosos, siempre que, como es criterio aquilatado en el marco de la Unión Europea, estos requisitos no impliquen ninguna discriminación manifiesta o encubierta entre los trabajadores comunitarios (sentencia del TJCE de 20.9.1994, *Drake*, C-12/93, Rec. P. I-4337, apartado 27; sentencia del TJCE de 20.2.1997, *Martínez*

de 2003²² en el asunto entre QDQ MEDIA,S.A. y Alejandro Omedas Lecha. El órgano jurisdiccional nacional pregunta si, en el ámbito de protección al acreedor derivado de la Directiva 2000/35/CE²³ del Parlamento y del Consejo, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles, sería posible considerar, como coste de cobro de la deuda, los gastos derivados del uso de abogado y procurador en el proceso monitorio instado para el cobro de dicha deuda²⁴.

2. Por lo que respecta al año 2004, se han presentado, igualmente, ocho peticiones de decisiones prejudiciales por parte de las siguientes instancias, a saber: dos por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), una por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, una por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, una por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, una por la Audiencia Provincial de Barcelona, una por la Audiencia Provincial de Málaga y una por el Juzgado de lo Social n.º 30 de Madrid.

A. En cuanto al Tribunal Supremo, la primera petición de decisión prejudicial se plantea por auto de 22 de diciembre de 2003²⁵, en un asunto

Losada y otros, asuntos acumulados C-88/95, C-102/95 y C-103/95, Rec. P. I-869, apartado 43 y sentencia TJCE de 25.2.1999, *Ferreiro Alvite*, C-320/95, Rec. P. I-951, apartado 23). En esta línea, nos llama la atención el apunte que se realiza en la cuestión prejudicial sobre «*que sólo aquellos trabajadores que hicieron uso del derecho de libre circulación son los que se ven afectados por dicha norma nacional*» ya que, como es sabido, cualquier norma nacional se aplica indistintamente a trabajadores que ejerzan su actividad en territorio nacional como, también, cuando hayan trabajado en el territorio de otros Estados miembros, por lo que resulta aventurado suponer que los trabajadores españoles que hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación tengan un mayor riesgo en caso de desempleo prolongado, cuando regresen a su país de origen, frente a aquellos que se han optado por ejercer su actividad profesional en España).

²² Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 35 de Barcelona de 5.5.2003, recibido por la Secretaría del TJCE el 2.6.2003. Asunto C-235/03, DO C 171 de 19.7.2003, p. 19.

²³ Directiva 2000/35/CE del Parlamento y del Consejo de 29.6.2000 (DO L 2000 de 8.8.2000, p. 35).

²⁴ Habrá de tenerse en cuenta, en este sentido, que la Ley de Enjuiciamiento Civil española prevé que no se puede acudir al procedimiento monitorio con el fin de exigir el pago de deudas inferiores a un determinado importe y, en particular, que para la presentación de la petición inicial del procedimiento monitorio no será preciso valerse de procurador y abogado (art. 814.2).

²⁵ Auto del Tribunal Supremo de 22.12.2003, y rectificado el 22.1.2004, recibido en la Secretaría del TJCE el 16.2.2004. Asunto C-71/04, DO C 94, de 17.4.2004, p. 23.

entre la Administración del Estado y la Junta de Galicia. El litigio se suscita cuando la Junta de Galicia adopta un régimen de ayudas a favor de la construcción y transformación navales en Galicia, a través del Decreto 217/1994, de 23 de junio, respecto el cual la Administración del Estado pide la anulación, en particular, porque en su adopción no se ha observado la obligación de notificación previa impuesta por el art. 88 del TCE (antiguo art. 93 del TCE)²⁶.

La segunda cuestión prejudicial que eleva el Tribunal Supremo viene planteada por el auto de 1 de diciembre de 2003²⁷, en un asunto entre el Comité Andaluz de Agricultura Ecológica y la Administración del Estado, apoyada por el Comité Aragonés de Agricultura Ecológica, para aclarar la interpretación del Reglamento (CEE) 2092/1991 del Consejo de 24 de junio de 1991, sobre la producción agrícola ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios²⁸, completado, para incluir las producciones animales, por el Reglamento (CE) 1804/1999 del Consejo, de 19 de julio de 1999²⁹. La cuestión va dirigida a aclarar la utilización comercial, en los Estados miembros y en particular en España, de los términos «Biológico» y «Ecológico» y sus prefijos «Bio» y «Eco», como indicadores de que los productos o los ingredientes han sido obtenidos conforme a las normas comunitarias de la producción ecológica³⁰.

²⁶ La Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección tercera) pregunta si los arts. 87 (antiguo art. 92) y 88 (antiguo art. 93) del TCE, puestos en relación con la Directiva 90/684/CEE, de 21.12.1990 (Directiva 90/684/CEE, de 21.12.1990, DO L 380 de 31.12.1990, p. 27), sobre las ayudas a la construcción naval, permiten la aprobación, sin previa notificación a la Comisión Europea, de una reglamentación nacional (como la contenida en el Decreto 217/1994, de 23 de junio, de la Junta de Galicia), que establece un «nuevo régimen de ayudas» para un sector específico de la construcción y transformación naval, que se trata de un sector que, por el arqueo bruto, potencia y demás factores de los buques afectados, no entra en el campo de la Directiva 90/684 (la cuestión ha sido resuelta por la STJCE de 21.5.2005).

²⁷ Auto del Tribunal Supremo de 1.12.2003, recibido por la Secretaría del TJCE el 1.3.2004. Asunto C-107/04, DO C 94, de 17.4.2004, p. 31.

²⁸ Reglamento (CEE) 2092/1991 del Consejo de 24.7.1991, sobre la producción agrícola ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios, DO L 198, de 22.7.1991, p.1.

²⁹ Reglamento (CE) 1804/1999 del Consejo, de 19.7.1999, DO L 222, de 24.8.1999, p. 1.

³⁰ La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo (sección cuarta) desglosa su petición en tres cuestiones. En primer lugar, la Sala pregunta si los Reglamentos 2092/1991 y 1804/1999 consideran, en todos los Estados miembros, a los términos «Biológico» y «Ecológico» y sus prefijos «Bio» y «Eco», como indicaciones que

B. En cuanto a los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA, tenemos tres peticiones de decisión prejudicial³¹. Una de ellas proviene del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, por auto de 1 de octubre de 2004³², en el asunto entre M. Acereda Herrera y el Servicio Cántabro de Salud, en la que cuestiona si el Reglamento 118/1997 puede interpretarse en el sentido de que la concesión por la institución competente de la autorización, para que un trabajador se desplace al territorio de otro Estado miembro con el fin de recibir en el mismo la asistencia sanitaria apropiada, conlleva el derecho del beneficiario al reembolso de los gastos de desplazamiento, estancia y/o mantenimiento en el territorio del Estado miembro al que se desplaza³³.

sugieren al comprador que el producto o los ingredientes han sido obtenidos conforme a las normas de la producción ecológica. En segundo lugar, la Sala duda sobre si ambos Reglamentos reservan necesariamente, en todos los Estados miembros, los términos «Biológico» y «Ecológico» y sus prefijos «Bio» y «Eco», para los productos que se han obtenido conforme a las normas establecidas para la producción ecológica en dichos Reglamentos. Y en tercer lugar, la Sala se demanda si ambos Reglamentos, limitan, en español, la reserva del término «Ecológico» y su prefijo «Eco» para los productos que se han obtenido conforme a las normas establecidas para la producción ecológica en dichos Reglamentos, de tal manera que no sea contraria al Derecho comunitario la utilización en España del término «Biológico» y su prefijo «Bio» para productos no ecológicos, si el uso de tal término y del prefijo les han convertido en término y prefijo de carácter genérico al no designar, en España, productos alimenticios de determinadas características relacionadas con el método de producción ecológica (la cuestión ha sido resuelta por la STJCE de 14.7.2005).

³¹ Se comenta a continuación una de ellas, y se deja el análisis de las otras dos (Tribunales Superiores de Justicia de Galicia y de la Comunidad Valenciana), por ser archivadas, para el final de esta sección (II).

³² Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 1.10.2004, recibido en la Secretaría del TJCE el 3.11.2004. Asunto C-466/04, DO C 19, de 22.1.2005, p. 12.

³³ La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria plantea diversas cuestiones. En primer lugar, si el Reglamento (CEE) 1408/1971 del Consejo, reformado en 1997 (Reglamento (CEE) 1408/1971 del Consejo, de 14.1.1971, en su nueva versión contenida en el Reglamento (CE) 118/1997 del Consejo, de 2.12.1996, DO L 28, de 30.1.1997, p.1), puede interpretarse en el sentido de que la concesión por la institución competente de la autorización, para que el trabajador se desplace al territorio de otro Estado miembro para recibir en el mismo la asistencia sanitaria apropiada, conlleva el derecho del beneficiario al reembolso de los gastos de desplazamiento, estancia y/o mantenimiento en el territorio del Estado miembro al que se desplaza; en caso afirmativo, el Tribunal pregunta si existe alguna norma o criterio comunitario para determinar tales gastos. En segundo lugar, si no cabe la primera interpretación, el Tribunal plantea la duda sobre la compatibilidad entre el TCE, junto al Reglamento 1408/71, y el hecho de que España mantenga disposiciones internas

C. En el ámbito de las Audiencias Provinciales, se plantean dos peticiones. La primera procede de la Audiencia Provincial de Barcelona, por auto de 28 de junio de 2004³⁴, en el asunto entre MATRATZEN CONCORD, AG y HUKLA-GERMANY, S.A.. La Sección Decimoquinta de la Audiencia pregunta si puede constituir una restricción encubierta al comercio entre los Estados miembros, la validez del registro de una marca en un Estado miembro, cuando la misma carezca de carácter distintivo o sirva en el comercio para designar el producto que ampara o su especie, calidad, cantidad, destino, valor, procedencia geográfica u otras características del producto, en la lengua de otro Estado miembro cuando la misma no sea la que se hable en aquel primero, como puede ser la marca española «MATRATZEN» para distinguir colchones y productos relacionados³⁵.

La segunda tiene origen en el auto de 8 de julio de 2004 de la Audiencia Provincial de Málaga, en el asunto de un recurso contra el auto de incoación del procedimiento abreviado de 21 de noviembre de 2003³⁶, introducido por G.F. Gasparini y otros. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga plantea dos cuestiones en dos ámbitos muy distintos pero conectados en este caso, por un lado cuestiones de derecho penal, en virtud del Convenio de Schengen y, por otro lado,

que concedan a los beneficiarios de la Seguridad Social, derechos prestacionales adicionales a los conferidos por tal Reglamento, pero diferenciando entre los distintos supuestos contenidos en el mismo, de forma que sólo se dejen de conceder dichas prestaciones adicionales en un determinado caso, sin que parezca existir una justificación objetiva, proporcionada y razonable de dicha diferencia. En tercer y último lugar, el Tribunal duda si el Real Decreto 63/1995 es compatible con la prohibición de discriminación de nacionalidad del art. 12 del TCE, con la libre prestación de servicios de los arts. 49 y ss. del TCE, y con el Derecho comunitario de la competencia de los arts. 81, 82 y 87 del TCE, pues suprime la posibilidad, para los beneficiarios del sistema público de Seguridad Social español, de obtener el reembolso de gastos de prestación de asistencia sanitaria por empresas o profesionales sanitarios establecidos en el territorio español, en caso de que la prestación no les sea dada en un plazo razonable, mientras que la entidad gestora del Sistema de Seguridad Social está obligada a autorizar que el beneficiario reciba esa prestación en tales casos, de empresas o profesionales sanitarios establecidos en otros Estados miembros.

³⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28.6.2004, recibido en la Secretaría del TJCE el 1.10.2004. Asunto C-421/04, DO C 300, de 4.12.2004, p. 31.

³⁵ El término alemán *matratze* (o *matratzen* en plural) se traduce en español como «colchón».

³⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 8.7.2004, recibido el 4.11.2004. Asunto C-467/04, DO C 6, de 8.1.2005, p. 31.

cuestiones comerciales, vinculadas al concepto de mercancía en libre práctica en el mercado interior³⁷.

D. La última decisión prejudicial del año 2004 corresponde a la planteada por el Juzgado de lo Social n.º 30, mediante auto de 5 de julio de 2004³⁸, en el asunto entre C. Sarkatsis Herrero y el Instituto Madrileño de la Salud en la cual se manifiestan diversas dudas sobre la aplicación del Derecho comunitario en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres en situaciones de posible confrontación entre el acceso o la promoción profesional con la interrupción temporal del trabajo provocada por el permiso de maternidad³⁹.

³⁷ En primer lugar, con respecto a la cosa juzgada penal, la Audiencia pide que se precise primero, si, en virtud del art. 54 del Convenio de Schengen, la apreciación de la prescripción de un delito por un tribunal nacional es vinculante para el resto de los tribunales de los Estados miembros; segundo, si la absolución de un acusado por prescripción también favorece a los acusados en otro Estado miembro por hechos idénticos; y en tercer lugar, que si un tribunal penal nacional declara que no consta la extracomunitariedad de una mercancía a los efectos de un delito de contrabando y, por ello, absuelve, si puede el tribunal de otro Estado miembro ampliar la investigación para demostrar que la introducción de la mercancía, sin pagar el arancel aduanero, se ha realizado desde un Estado no comunitario. Por lo que respecta a la segunda cuestión, la Audiencia pide que se concrete el concepto de mercancía en libre práctica del art. 24 del TCE, en el sentido de que, si un tribunal penal comunitario declara que no consta que la mercancía haya sido introducida ilícitamente en territorio comunitario o que ha prescrito el delito de contrabando, si esa mercancía puede considerarse en libre práctica en el resto del territorio comunitario y, también, si puede considerarse que la comercialización en un tercer Estado comunitario, posterior a la importación en el Estado comunitario que absuelve, es una conducta autónoma y por ello punible, o de lo contrario es una conducta consustancial a la importación.

³⁸ Auto del Juzgado de lo Social n.º 30 de Madrid de 5 de julio de 2004, recibido en la Secretaría del TJCE el 12.7.2004. Asunto C-294/04, DO C 228, de 11.9.2004, p. 28.

³⁹ El Juzgado de lo Social expone sus dudas acerca de si el Derecho comunitario en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres debe ser interpretado en el sentido de que, por una parte, si una mujer que se encuentra disfrutando del descanso por maternidad, y en tal situación obtiene una plaza de empleo público, debe disfrutar de los mismos derechos que los demás aspirantes que hayan superado el concurso de acceso; o, no tratándose de un acceso por primera vez (pues ya existe una relación de servicios, aunque suspendida por la maternidad), si el acceso a la condición de empleado de plantilla o con carácter fijo es uno de los derechos de promoción en el empleo cuya efectividad no puede verse afectada por el hecho de disfrutar de un permiso de maternidad. Por otra parte, el Juzgado quiere verificar si el Derecho comunitario en materia de igualdad de trato permitiría que la empleada interina en permiso de maternidad, cuando obtiene la plaza definitiva, tiene derecho a tomar posición de

E. Finalmente, querríamos hacer referencia a las tres peticiones de decisiones prejudiciales presentadas durante el período 2003-2004, y que, sin embargo, fueron archivadas.

La primera corresponde al Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid, que, mediante auto dictado el 8 de julio de 2003⁴⁰ en el asunto entre A.I. López Gil y el Instituto Nacional de Empleo (INEM), eleva dos cuestiones prejudiciales⁴¹, las cuales son archivadas mediante auto de 11 de diciembre de 2003 del Presidente del TJCE⁴².

su plaza administrativa y a adquirir la condición de funcionario y sus derechos inherentes a tal condición, desde ese momento, y en igualdad con los demás aspirantes que obtienen plaza, con independencia de que, según el derecho interno aplicable, en su caso, el ejercicio de los derechos unidos a la efectiva prestación de servicio pueda quedar en suspenso hasta el inicio real de la prestación.

⁴⁰ Auto del Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid de 8.7.2003, recibido por la Secretaría del TJCE el 23.7.2003. Asunto C- 309/03, DO C 226 de 20.9.2003, p. 9.

⁴¹ Las preguntas resultan muy interesantes dado que señalan si una adecuada transposición de la cláusula 2.8 del Acuerdo Marco contenido en la Directiva 96/34 del Consejo (Directiva 96/34 de 3.6.1996, DO L 145 de 19.6.1996, p. 4, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES), al derecho interno de los Estados miembros y en concreto, al Derecho español, habría exigido adoptar en la legislación de la Seguridad Social, y específicamente en la materia de las prestaciones por desempleo, medidas que neutralizaran la menor cotización al sistema derivada del menor salario percibido por el trabajador, como consecuencia de ejercitar su derecho de la prestación de desempleo con el disfrute de reducción de jornada y salario por cuidado de un hijo menor, con el fin de no ver disminuidas sus prestaciones por desempleo. Y en la segunda cuestión, en el caso en el que el TJCE respondiera positivamente a la pregunta anterior, se desea saber si el incumplimiento del mandato establecido en la cláusula 2.8 del Acuerdo Marco, y una vez superado el plazo previsto en el art. 2 de la Directiva para su transposición, pudiera suplirse directamente por el juez nacional y, para el supuesto litigioso en cuestión, por el juez titular en la resolución que se adopte para resolverlo. Conviene recordar, como ha señalado la doctrina y la jurisprudencia del TJCE, que el Tribunal de Justicia nunca ha afirmado que una directiva sea directamente aplicable, pues en todos los casos en que una directiva ha sido correctamente aplicada sus efectos alcanzan a los particulares a través de las medidas de aplicación adoptadas por el Estado miembro afectado (sentencia del TJCE de 19.1.1982, *Becker*, 8/81, fund. 19); sin embargo, habrá que tener presente que el efecto directo de la directiva emerge cuando un Estado no lleva a cabo la transposición adecuada de la directiva en el plazo fijado, como se indica en el asunto *Vaneetveld* (sentencias del TJCE de 3.3.1994, *Vaneetveld*, C-316/93) en donde se señala que los particulares pueden invocar una directiva ante los poderes públicos cuando haya vencido el plazo fijado para transponer ésta al Derecho nacional. No obstante, apunta la doctrina que en esta materia «*desde hace algunos años la*

La segunda cuestión archivada es planteada mediante el auto de 19 de enero de 2004⁴³ por parte del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el asunto entre Divina Cortiñas Yáñez y el Instituto Nacional de Seguridad Social y la Tesorería General de Seguridad Social⁴⁴. Como en el caso anterior, el Presidente del TJCE toma la decisión de archivar el asunto⁴⁵.

La tercera petición de decisión prejudicial archivada corresponde al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, planteada en el auto de 12 de julio de 2004⁴⁶, dentro del asunto entre R.M. Torres Aucejo y el Fondo de Garantía Salarial. El Tribunal solicita al TJCE que se pronuncie sobre unas cuestiones, que son idénticas a las que el mismo Tribunal Superior había sometido con anterioridad al TJCE, a

*jurisprudencia del Tribunal es incierta e insegura» (MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid 2005, pp. 409-410) pues, cuando una disposición de una directiva no transpuesta tiene efecto directo, y el particular no la invoca en su favor, el juez nacional sólo podrá aplicar de oficio la disposición en cuestión si el Derecho interno se lo permite o si esa obligación le viene impuesta por el propio Derecho interno).*

⁴² Archivo del Asunto C.309/03, DO C 226 de 20.9.2003.

⁴³ Auto del Tribunal Superior de Justicia Galicia de 19.1.2004, recibido en la Secretaría del TJCE el 1.3.2004. Asunto C-108/04, DO C 94, de 17.4.2004, p. 31.

⁴⁴ La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Galicia pide al TJCE que determine si la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978 (Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, DO L 6 de 10.1.1979, p. 24) es vulnerada, por un lado, por una norma interna en cuya virtud, para poder afiliarse a un régimen especial de trabajadores agrarios de la seguridad social, además del cumplimiento de los requisitos establecidos con carácter general, se exige, si el trabajador está casado, que los ingresos derivados de la actividad incluida en ese régimen sean los principales de dicho matrimonio, en el sentido de ser los más cuantiosos; y, por otro lado, si la citada Directiva es contradicha por una norma interna en cuya virtud se presume que, por la simple afiliación del cónyuge en otro régimen de la seguridad social, el trabajador agrario debe acreditar que los ingresos derivados de la actividad incluida en el régimen especial de los trabajadores agrarios de la seguridad social, son superiores a los de su cónyuge, de modo que si no los acredita, se presume que no lo son.

⁴⁵ El Tribunal Superior de Justicia pidió la retirada de su cuestión prejudicial por el auto de 22.4.2005, por lo que el TJCE, mediante auto de su Presidente de 3.5.2005, procedió al archivo del asunto C-108/04.

⁴⁶ Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 12.7.2004, recibido en la Secretaría del TJCE el 26.7.2004. Asunto C-314/04, DO C 228, de 11.9.2004, p.31.

través del asunto *Olaso Valero y FOGASA*⁴⁷. Nuevamente, en este caso, el Presidente del TJCE toma la decisión de archivar el asunto⁴⁸.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Por lo que respecta al Tribunal Constitucional, consideramos de sumo interés realizar un análisis puntual de dos sentencias seleccionadas de su repertorio, en las cuales, especialmente en la segunda, se reflexiona directamente sobre el alcance e importancia del mecanismo del art. 234 del TCE y, se pone de manifiesto indirectamente la fecunda interacción entre el Derecho comunitario y el Derecho interno, y la relación entre la jurisdicción comunitaria y la constitucional, en consecuencia, las mismas resultan muy ilustrativas para este trabajo⁴⁹.

En su sentencia de 9 de febrero de 2004⁵⁰ realiza una referencia al tema, cuando critica la sentencia y el auto del TS⁵¹ sobre los que versa el recurso de amparo, al indicar que, por lo que se refiere a la supuesta omisión de pronunciamiento sobre la *exceptio doli* en relación con la denominada «prescripción por tolerancia» de las acciones de nulidad y violación del derecho de marca, fundada en el art. 9 de la Directiva comunitaria 89/104/CEE. Hay que poner de relieve que el auto resolutorio del incidente de nulidad incurre en errores patentes, entre otros, al afirmar que estaba «basado en una norma comunitaria que, en ningún caso, fue aplicada para la resolución del proceso como el propio recurrente

⁴⁷ Cuando el TJCE resuelve este último caso en diciembre de 2004 (sentencia del TJCE de 11.12.2004, *J.V. Olaso Valero y FOGASA*, asunto C-520/03), le envía una copia de la sentencia y le pregunta, si a la vista de dicha decisión, desea mantener su remisión prejudicial, ante lo cual, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia le comunica, por escrito de 14 de enero de 2005, su voluntad de retirar la petición prejudicial.

⁴⁸ El TJCE, por auto de su Presidente de 28.1.2005, archiva el asunto C-314/04, DO C 106, de 30.4.2005, p. 22.

⁴⁹ Todas las referencias jurisprudenciales nacionales de este trabajo han sido extraídas de la base de datos electrónica Aranzadi *on line* (<http://westlaw.es/westlaw/frames.do?posicion=frame&action=default>).

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 8/2004 (Sala Primera) de 9.2.2004 (Recursos de amparo n.º 4260/1999 y 4941/1999), RTC 2004/8.

⁵¹ Sentencia del TS n.º 779/1999 de 22.9.1999 (RJ 1999/ 6604) y el auto de 4.11.1999 (RJ 1999/7768).

vino a admitir cuando se discutió la cuestión prejudicial comunitaria», en referencia equivocada al primer fundamento jurídico de la sentencia que, en efecto, desestimó la cuestión prejudicial planteada en relación con los arts. 10, 12.1 y 13 de la citada Directiva. Por ello, el TC considera que cuando el TS incurre en una omisión de pronunciamiento sobre el planteamiento de una cuestión prejudicial, sugerida por la parte recurrente en amparo, comete un vicio de incongruencia omisiva que vulnera el art. 24.1 de la Constitución Española.

De mayor interés resulta, la sentencia de 19 de abril de 2004⁵², en la que el TC, por primera vez, estima un recurso de amparo fundamentado en que la decisión judicial cuestionada⁵³ ha vulnerado el derecho de la Administración recurrente a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, dado que no se ha respetado, entre otros, el derecho de la Administración a un proceso en el que pudiera llegar a declararse, en su caso, la inaplicación de la ley por incumplimiento del Derecho comunitario. En este sentido, para el TC, recordando lo que ya declaró en jurisprudencia anterior en lo que se refiere al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad⁵⁴, establece que «cuando se trata de inaplicar una ley, el planteamiento de una cuestión (...) prejudicial, si es contraria al Derecho comunitario (eso sí, siempre y cuando, respecto de esta última y como ocurre en el presente caso, se den las circunstancias para tal planteamiento), debe convertirse en una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española (...) utilizando como excusa la primacía del Derecho comunitario (...). El art. 117.3 de la Constitución Española no faculta al juez, una vez seleccionada la única norma legal aplicable al caso concreto,

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 58/2004 (Sala Segunda) de 19.4.2004 (Recurso de amparo n.º 4979/1999), RTC 2004/58. Para un análisis pormenorizado de la sentencia, vid. BAÑO LEÓN, J. M.: «El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial», *RDCE*, año 8, n.º 18, mayo-agosto 2004, pp. 465-481; el autor considera que estamos ante una «decisión histórica, no tanto por el razonamiento que exterioriza sino por el contenido del fallo», dado que «el Tribunal Constitucional ha otorgado por primera vez amparo frente a una sentencia que inaplicó la ley española, aduciendo su incompatibilidad con el Derecho comunitario, sin previo planteamiento de la cuestión prejudicial», *ibíd.* pp. 465 y 466.

⁵³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5.10.1999 (JT 1999/1759).

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 173/2002, RTC 2002/173.

simplemente a inaplicarla, soslayando el procedimiento establecido para ello en nuestro ordenamiento jurídico (...) para el planteamiento de la cuestión prejudicial recogida en el art. 234 TCE. Tal actuación es contraria al principio de legalidad inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su Título Preliminar..., y que se instituye en un límite no sólo de la actuación administrativa... sino también de la judicial...»⁵⁵. Esto evidencia que el TC abandona su jurisprudencia anterior en la que rechazaba considerar la ausencia de planteamiento de una cuestión prejudicial como una violación del art. 24 de Constitución española⁵⁶, para pasar a considerar que puede examinar si, a la luz del contexto fáctico y jurídico del caso, es o no conforme a la Constitución la decisión del juez ordinario de no plantear una cuestión prejudicial. Si bien, este cambio jurisprudencial obedece a la intención de dar respuesta a un caso muy específico, en el que, de forma paralela, se da la doble circunstancia de que se omite un reenvío prejudicial y se inaplica una norma interna.

En conclusión, podemos aseverar que nuestra jurisdicción constitucional manifiesta una disposición favorable a la utilización del reenvío prejudicial, llegando a considerarlo como una de las garantías que conforman el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española⁵⁷.

⁵⁵ *Ibíd.* Fund. 14.

⁵⁶ BAÑO LEÓN sintetiza dicha doctrina en las siguientes ideas: «*el art. 177 TCEE [actual 234 TCE] no es canon de jurisprudencia constitucional... y en paralelo a la precedente jurisprudencia sobre la cuestión de inconstitucionalidad, el planteamiento o no de una cuestión prejudicial es una potestad del juez que sólo a él incumbe y que, en principio, no es susceptible de enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional*», Baño León, J. M., *ibíd.* p. 466.

⁵⁷ No obstante, siguiendo a BAÑO LEÓN, nos preguntamos si esta decisión abre o no una nueva etapa de jurisprudencia constitucional en la materia; en su opinión «*es de esperar que, tras la sentencia, muestre la misma sensibilidad hacia todos los casos en que nuestros Tribunales desconocen la supremacía de la norma comunitaria incumpliendo la obligación de plantear cuestión prejudicial. Y, sobre todo, acepte, como ya han hecho otros Tribunales Constitucionales, que la cuestión prejudicial obligatoria es el medio más útil de diálogo entre la instancia nacional y la comunitaria*», *loc. cit.*, p. 476.

IV. LA NEGATIVA A PLANTEAR CUESTIONES PREJUDICIALES

Resulta sumamente sugestivo, en el marco del análisis jurisprudencial que nos aboca, realizar un recorrido sobre el abanico de una serie de decisiones de los órganos jurisdiccionales españoles que han desestimado la utilización del reenvío prejudicial. Por ello, hemos seleccionado las más interesantes sentencias en la materia pronunciadas por el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y algunos Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, sistematizando los argumentos más relevantes que estas instancias utilizan para denegar el planteamiento del reenvío prejudicial.

1. Por lo que respecta al Tribunal Supremo, se colige que, si bien se acoge como es debido al contenido del art. 234 del TCE, como puede comprobarse en otras secciones de este trabajo, sin embargo, también se observa que, en algunas de sus sentencias, se manifiesta reticente a operar dentro del mencionado mecanismo prejudicial. En lo que concierne a esta segunda tendencia, podemos apreciar que el TS se opone a remitir la cuestión prejudicial solicitada por las partes, utilizando argumentos de diversa índole, entre los que destacaríamos la aplicación de la doctrina del *acto claro*, el principio de unidad de doctrina, la innecesaria aplicación de normas del Derecho comunitario en la solución del asunto principal, la constatación de maniobras procesales irregulares de los recurrentes, o la alegación incorrecta de motivos que justificarían el reenvío prejudicial. En comentarios publicados anteriormente⁵⁸, se ha puesto de manifiesto la preocupación, que compartimos, de que esta práctica se generalice mediante la aplicación de la denominada doctrina del *acto claro*, en base a la cual sólo se hace necesario plantear la cuestión prejudicial cuando la jurisdicción de última instancia tiene una duda fundada sobre la interpretación o validez de la norma comunitaria aplicable al caso⁵⁹. No obstante, sin que esta preocupación pierda su pertinencia, hay que reconocer que *«también es cierto que se ha generaliza-*

⁵⁸ Ver nota n.º 1 del presente trabajo.

⁵⁹ LIÑÁN NOGUERAS, D. J. y LÓPEZ ESCUDERO, M.: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1991-1992)», *RIE*, 1994-1, p. 256, indican que *«la aplicación estricta de la misma —doctrina del acto claro—, sin tener en cuenta los matices establecidos por el TJCE en la sentencia Cilfit, ha sido perniciosa para la uniforme aplicación del Derecho comunitario y constituye, en definitiva, un incumplimiento del artículo 177.3»*.

do alegar normas de Derecho comunitario por parte de los operadores jurídicos y que, en ocasiones, el planteamiento de la cuestión prejudicial que solicita alguna parte carece del menor fundamento, por lo que su rechazo es perfectamente ajustado a derecho, incluso ante un órgano de última instancia»⁶⁰.

La selección de las sentencias, que a continuación comentamos, nos permite detectar cual es la tendencia que mantiene el TS durante el periodo 2003-2004. Para su mejor comprensión, hemos aglutinado la jurisprudencia seleccionada en torno a los siguientes criterios que fundamentan su negativa: la doctrina del *acto claro*, el principio de unidad de doctrina, la ausencia de relación entre el litigio principal y el Derecho comunitario, la no violación de una norma comunitaria, la discrecionalidad del planteamiento del mecanismo prejudicial en instancias inferiores cuyas decisiones sean susceptibles de ulterior recurso judicial y otros argumentos de menor calado.

A. Por lo que se refiere a la doctrina del *acto claro*, hemos recogido tres sentencias del TS. En la sentencia de 9 de junio de 2003⁶¹, el TS realiza un análisis pormenorizado, dedicándole varios párrafos de la sentencia, y apoya fundamentalmente su decisión en la conocida sentencia *Cilfit* del TJCE⁶², en la que indica que «*puede entenderse que resulta justificada la exclusión del planteamiento de la cuestión prejudicial: cuando no condicione el sentido del fallo (irrelevancia de la cuestión), de manera que, cualquiera que sea la respuesta del TJCE, ésta no tendría ninguna influencia en la decisión del proceso que la cuestión suscita; cuando pueda afirmarse la evidencia en la respuesta porque no existe duda razonable y fundada relativa a la interpretación y/o validez de la disposición comunitaria aplicable, teniendo en cuenta como ha puesto de relieve el TJCE, tanto el contexto como el conjunto normativo al que*

⁶⁰ LIÑÁN NOGUERAS, D. J. y MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J.: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (2000-2001)», *RDCE.*, n.º 12, 2002, p. 598.

⁶¹ Sentencia del TS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Cuarta) de 9.6.2003 (Recurso de casación n.º 7789/1996), RJ 2003/5617.

⁶² Sentencia del TJCE de 6.10.1982, *Cilfit*, 283/82, Rec. 1982, pp. 3415 y ss, en la que el Tribunal de Justicia exoneraba al órgano nacional de última instancia cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario pueda imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable para resolver la cuestión planteada y además, el órgano jurisdiccional nacional debe estar convencido de que «*la misma evidencia se impondría igualmente a los tribunales de otros Estados miembros y al propio Tribunal de Justicia*» (fund. 16).

pertenece la norma a interpretar (sentido claro); y cuando se encuentra «aclarada» la duda del litigio dada la identidad de la cuestión con algún litigio resuelto por el TJCE, de manera que pueda invocarse la doctrina del precedente o, incluso la jurisprudencia comunitaria»⁶³.

Igualmente, otras sentencias posteriores del TS consideran que no ha lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial, como es el caso de las de 14 de mayo de 2004⁶⁴ y 6 de noviembre de 2004⁶⁵, en las que vuelve a argumentar que, en razón de la doctrina del *acto claro*, «la valoración de la pertinencia de la cuestión prejudicial suscitada, que corresponde al juez nacional, incluso cuando culmina la instancia judicial interna, según deriva de la propia formulación del art. 177 TCE que se refiere a ‘si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo’, ha estado presidida, paradigmáticamente, por el ‘criterio del acto claro’, doctrina utilizada por el Consejo de Estado francés (...) como por el Tribunal de Finanzas alemán (...) y ha tenido reflejo en algunas decisiones de este Alto Tribunal (...). En consecuencia, puede entenderse que resulta justificada la exclusión del planteamiento de la cuestión prejudicial, cuando no condicione el sentido del fallo (irrelevancia de la cuestión), de manera que, cualquiera que sea la respuesta del TJCE, ésta no tendría influencia en la decisión del proceso en el que la cuestión se suscita»⁶⁶.

B. Como exponente del principio de la *unidad de doctrina*, recogemos la sentencia del TS de 21 de mayo de 2003⁶⁷, en la que decide que, contra la pretensión de la parte recurrente, y basándose en su propia y reiterada jurisprudencia, en aplicación del principio de *unidad de doctrina*, debe rechazarse el recurso de casación, «así como la pretensión que subsidiariamente le acompaña de planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE»⁶⁸.

C. Otro de los motivos alegados por el TS parte de la constatación

⁶³ Sentencia del TS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Cuarta) de 9.6.2003, *cit.*, Fund. Tercero.

⁶⁴ Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 14.5.2004, Recurso de casación n.º 4075/1999, RJ 2004/4924.

⁶⁵ Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 6.11.2004, Recurso de casación n.º 682/1999, RJ2004/7836.

⁶⁶ *Ibid.*, Fund. Séptimo.

⁶⁷ Sentencia del TS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección tercera) de 21.5.2003 (Recurso de casación n.º 6935/1997), RJ 2003/4797.

⁶⁸ *Ibid.* Fund.Tercero.

de que el litigio principal no guarda relación con el Derecho comunitario, o en el contexto del mismo no se ha producido una violación del Derecho comunitario.

En el recurso de casación planteado ante el TS⁶⁹, se solicita que se promueva una cuestión prejudicial ante el TJCE por entender que es presupuesto necesario para decidir el litigio a la luz del Derecho comunitario. El TS, tras afirmar que el precepto invocado por la parte reclamante (art. 234 TCE) delimita con precisión la competencia del TJCE para pronunciarse con carácter prejudicial, entiende y manifiesta categóricamente que, para resolver la actual controversia, tal como ha quedado configurada, «no es preciso aplicar norma alguna de Derecho comunitario, originario o derivado». Por tanto, «el litigio ha de encontrar solución en el ámbito del Derecho interno español, que no entra en colisión en este caso con el Derecho comunitario sino que opera de manera autónoma e independiente (...) y si a esto se añade que el ordenamiento comunitario no se ocupa de esta cuestión en concreto la desestimación del motivo es consecuencia obligada de todo lo razonado⁷⁰ y de que a esta Sala no le asalta ninguna duda jurídica para seleccionar el apoyo normativo necesario para decidir sobre el fondo del recurso ni encuentra fundamento ni finalidad práctica para el planteamiento que se pide de la cuestión prejudicial»⁷¹.

El TS, en otra sentencia de 2 de junio de 2003⁷², declara que «la jurisprudencia constitucional y de este Tribunal Supremo es clara sobre este punto. En cuanto al hecho de que no haya resuelto sobre el fondo (la sentencia recurrida), hay que decir que también está firmemente establecido que no es lesiva al derecho de la tutela judicial una decisión de inadmisión cuando medie la causa legalmente establecida que la

⁶⁹ Sentencia del TS (Sala de lo social) de 12.5.2003 (Recurso de casación n.º 360/2001), RJ 2003/5438.

⁷⁰ *Ibid.* Fund. Cuarto, ya que entiende que «el Tribunal comunitario no es competente para pronunciarse acerca de la solución concreta para el litigio sometido al conocimiento del juez nacional que plantea la cuestión, ni tampoco sobre la interpretación que haya de darse a las normas internas de cada Estado miembro, puesto que no aplica el derecho al caso controvertido, limitándose a señalar cuál deba ser la interpretación de la norma de manera abstracta y desconexionada del tema concreto debatido en el pleito principal, para que el juez nacional decida en consecuencia».

⁷¹ *Ibid.* Fund. Cuarto.

⁷² Sentencia del TS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección séptima) de 2.6.2003 (Recurso de casación n.º 6688/1999), RJ 2003/5533.

imponga. (...) Llegados a este punto ninguna duda cabe sobre la corrección de la Sentencia recurrida, ni sobre la improcedencia de plantear la cuestión prejudicial»⁷³.

Por lo que respecta a los asuntos donde no se ha producido una violación del Derecho comunitario, encontramos varios ejemplos. Es el caso de la sentencia de 13 de junio de 2003⁷⁴, donde la parte recurrente alega la conculcación del Derecho comunitario, y por ende, solicita el planteamiento de una cuestión prejudicial; el TS responde que la interesada no cumple con las exigencias del Derecho comunitario, y que, por tanto, la Sala considera que no debe «plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, ya que no estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir el fallo, pues la exigencia de un requisito como el aplicado a la recurrente y que conlleva el rechazo de lo que pretende, no va contra el Tratado de la Unión»⁷⁵. Otro caso, en el mismo sentido, es la sentencia de 3 de noviembre de 2003⁷⁶, en la que la parte recurrente alega la violación de principios básicos del Derecho comunitario para reclamar la elevación de una cuestión prejudicial, a lo que la Sala contesta que «no tiene duda de que no hay infracción de las normas comunitarias ni españolas»⁷⁷. Durante el año 2004, cabe destacar la

⁷³ *Ibid.* Fund. Cuarto.

⁷⁴ Sentencia del TS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección tercera) de 13.6.2003 (Recurso de casación n.º 9805/1998), RJ 2003/6772.

⁷⁵ *Ibid.* Fund. Primero. En el presente caso la recurrente, de nacionalidad belga, reclamaba contra la Resolución del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente que le denegó la solicitud de reconocimiento de título para el ejercicio en España de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, frente a lo que, tanto la autoridad administrativa competente como la Sala de instancia, entendieron que esto no era posible porque faltaba un requisito esencial establecido, no sólo en la norma europea de aplicación sino también en el Derecho español, es decir, que carecía de la titulación de enseñanza superior acreditativa de una formación mínima de tres años.

⁷⁶ Sentencia del TS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección séptima) de 3.11.2003 (Recurso de casación n.º 1979/1998), RJ 2003/8003.

⁷⁷ *Ibid.* Fund. Cuarto. El recurso es interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales contra una Orden del Ministerio de Educación y Ciencia que homologó un título de Ingeniero Electricista expedido en Cuba al título español de Ingeniero Industrial (especialidad electricidad) por entender que violaba los principios de confianza legítima, preferencia comunitario y no discriminación por el hecho de que un Estado miembro de la UE permita una homologación más flexible de los títulos de países terceros que de los títulos expedidos en los otros Estados miembros. La Sala no tiene dudas de que no se han infringido normas comunitarias ni españolas ya que las alegadas no son aplicables al caso, y agrega que «en

sentencia de 10 de junio⁷⁸, en materia de prácticas restrictivas de la competencia, donde el TS estima que la actividad de la recurrente no es contraria al Derecho comunitario, y que el art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia (siguiendo lo previsto en el art. 81.3 del TCE), permite autorizar determinados acuerdos y prácticas cuando contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico⁷⁹.

D. Por lo que respecta a las decisiones del TS en las que entra a considerar la discrecionalidad del planteamiento del mecanismo prejudicial por parte de las instancias inferiores, cuyas decisiones sean susceptibles de ulterior recurso judicial, podemos citar las sentencias de 15 de marzo de 2004 o la del 30 de abril de 2004. En estos casos, el recurso de la casación se cimienta en el hecho de que la instancia judicial anterior no haya querido plantear la cuestión prejudicial al TJCE. El TS considera, siguiendo reiterada jurisprudencia, que no hay obligación de plantear una cuestión prejudicial por parte de los órganos jurisdiccionales, si, contra sus decisiones, cabe ulterior recurso⁸⁰ y, además, el no planteamiento en tales circunstancias ni genera indefensión procesal, ni viola el art. 24.2 de la Constitución Española o la legislación procesal española⁸¹.

E. En relación con otros argumentos de menor calado, encontramos una variada casuística que exponemos a continuación. En la sentencia de 10 de junio de 2004⁸², que versa sobre un recurso de casación interpuesto por la Agrupación de Artesanos y Bodegueros de Rioja, contra una sentencia de la Audiencia Nacional en la que se impugnaba la Or-

realidad las exigencias más severas a las que alude el escrito de interposición al desarrollar este motivo no se refieren a supuestos en los que, como en el presente, se haya comprobado la equivalencia que existe entre el título extranjero y el nacional, sino, precisamente a aquellos otros en los que no se da tal circunstancia».

⁷⁸ Sentencia del TS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección tercera) de 10.6.2004 (Recurso de casación n.º 4333/1999), RJ 2004/3685.

⁷⁹ *Ibid.* Fund. Séptimo.

⁸⁰ Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 15.3.2004, Recurso de casación n.º 6466/1999, RJ2005/2672; y STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 30.4.2004, Recurso de casación n.º 8622/1999, RJ2004/5015.

⁸¹ Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, o la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998.

⁸² Sentencia del TS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección cuarta) de 10.6.2004 (Recurso de casación n.º 2736/1997), RJ 2004/4020.

den del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, que otorga el carácter de Denominación de Origen calificada «Rioja», el recurrente, si bien es el que solicita el planteamiento de cuestión prejudicial, será quien, posteriormente, renuncie al planteamiento de la misma⁸³.

En otros asuntos, el TS se niega a plantear la cuestión prejudicial porque considera su solicitud como una maniobra procesal irregular de la recurrente⁸⁴, o no llega a entrar en ello, bien por inadmitir el recurso de casación por defectuosa interposición de los motivos⁸⁵, bien por considerar que la casación ha sido estimada ya por otras razones⁸⁶, o bien porque la parte actora no ha planteado de forma directa la vulneración de la normativa comunitaria por parte de la sentencia recurrida y se ha limitado a objetar —mediante motivos defectuosamente formulados—, la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial⁸⁷.

2. La Audiencia Nacional también ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del planteamiento de la cuestión prejudicial, en el marco de diversos procedimientos, en los que, finalmente, ha rechazado el reenvío, bien esgrimiendo la doctrina del *acto claro*, o bien utilizando argumentos de variado cariz como expondremos a continuación.

A. La sentencia de 29 de octubre de 2003⁸⁸ se inclina por la doctrina del *acto claro*, indicando que «*la interpretación que ha venido manteniendo, es conforme con la letra y el espíritu de dicha Directiva y que*

⁸³ *Ibíd.* Fund. Quinto y Sexto. Existen otras dos sentencias del TS relacionadas con este asunto (STS/ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección cuarta, de 20.7.2004 —recurso de casación n.º 2715/1997—, RJ 2004/4917, y la STS/Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección cuarta, de 20.7.2004 —recurso de casación n.º 2731/1997—, RJ 2004/4916), en cuyos Antecedentes de Hecho se explica que se suspende el señalamiento acordado, hasta la resolución del recurso de casación n.º 2736/97 (*citado en nota anterior*), en el que se había solicitado el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE.

⁸⁴ Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 12.5.2004, Recurso de casación n.º 6117/2000, RJ2004/2846.

⁸⁵ Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 20.10.2004, Recurso de casación n.º 4685/2001, RJ2004/6753.

⁸⁶ Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 15.10.2004, Recurso de casación n.º 4374/2001, RJ2004/6028.

⁸⁷ Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 10.11.2004, Recurso de casación n.º 6149/2001, RJ2004/6886.

⁸⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 29.10.2003. Recurso de Apelación n.º 95/2003, RJCA 2003/975.

*nos hallamos ante un supuesto que la doctrina denomina «acto claro», que permite eludir el planteamiento de la cuestión prejudicial a que se refiere el artículo 234 del Tratado CE (antiguo artículo 177)»⁸⁹; del mismo modo, en la sentencia de 1 de octubre de 2003⁹⁰, vuelve a alegar en idénticos términos la doctrina del *acto claro*⁹¹.*

En la sentencia de 26 de noviembre de 2003⁹², el recurrente pide el planteamiento de una cuestión prejudicial para aclarar la interpretación de una normativa comunitaria sobre el impacto de proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente en relación a la actuación prevista para la zona compuesta por el embalse de Itoiz, el Canal de Navarra y otros. La Audiencia Nacional rechaza tal planteamiento basándose en la doctrina del *acto claro*, pues no hay duda para la misma respecto a que, primero, se trata de proyectos y espacios distintos —y como tales los considera la propia normativa comunitaria aplicable—, segundo, la jurisprudencia nacional ya ha resuelto en sentido contrario al pretendido por la recurrente respecto a los proyectos de Itoiz y Navarra, y tercero, el impacto en tales zonas ya ha sido evaluado.

B. Aparte de la doctrina del *acto claro*, la Audiencia Nacional ha recurrido a una variada gama de argumentos que pasamos a reseñar.

En la sentencia de 10 de julio de 2003⁹³, la Audiencia no estima necesario el planteamiento de la cuestión prejudicial solicitada por la sociedad recurrente, pues aunque ésta última alega una supuesta vulneración del principio de no discriminación del Derecho comunitario, la Audiencia le replica que la normativa internacional e interna aplicable al caso no suponen una infracción o exceso legal alguno, dada la peculiaridad de la normativa tributaria aplicable.

⁸⁹ *Ibid.* Fund. Cuarto.

⁹⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 1.10.2003, JUR 2003/265673.

⁹¹ *Ibid.* Fund. Quinto. Se indica que «la Sala considera que la interpretación que ha venido manteniendo, es conforme con la letra y el espíritu de dicha Directiva y que nos hallamos ante un supuesto que la doctrina denomina «acto claro», que permite eludir el planteamiento de la cuestión prejudicial».

⁹² Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 26.11.2003. Recurso contencioso-administrativo n.º 1274/2000. RJCA 2004/407.

⁹³ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 10.7.2003, Recurso contencioso-administrativo n.º 242/2001. JUR 2004/272690.

En la sentencia de 16 de septiembre de 2003⁹⁴, ante la solicitud de planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación por la parte actora, la Audiencia Nacional considera que la normativa comunitaria y la española sobre el IVA aplicables son coincidentes en la exigencia de los requisitos para la aplicación del régimen especial para las agencias de viajes, por lo que se hace innecesario dicho planteamiento.

En la sentencia de 6 de octubre de 2003⁹⁵, la parte actora pide el planteamiento de dos cuestiones prejudiciales, una para dilucidar la validez de la normativa comunitaria aplicable al sector de la leche y productos lácteos con los principios generales del Derecho comunitario, y otra para conocer la correcta interpretación de algunas disposiciones de la citada normativa. La Audiencia Nacional declara que no ha lugar a dicho planteamiento, pues la Sala, a través de casos anteriores con la misma temática tributaria, ya ha tenido oportunidad de resolver tales dudas realizando un interpretación conjunta de la normativa comunitaria e interna aplicables.

En la sentencia de 5 de noviembre de 2003⁹⁶, el recurrente plantea la necesidad de presentar una cuestión prejudicial basada en una presunta contradicción entre la normativa comunitaria y la normativa española sobre el mercado de valores. La Audiencia Nacional, aunque considera que tal contradicción no existe, establece que no hay necesidad de plantear la cuestión prejudicial porque la normativa comunitaria sobre la que, según el recurrente, recaen las dudas, no guarda relación con el litigio, por lo que no se observa uno de los requisitos imprescindibles para presentar la misma⁹⁷.

En la sentencia de 23 de marzo de 2004⁹⁸, la parte actora solicita el

⁹⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 16.9.2003. Recurso contencioso-administrativo n.º 624/1999. JT2004/970.

⁹⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 6.10.2003. Recurso contencioso-administrativo n.º 565/2001. JUR 2004/371.

⁹⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 5.11.2003. Recurso contencioso-administrativo n.º 622/2000. RJCA 2004/859.

⁹⁷ Según reiterada jurisprudencia del TJCE, como por ej. la STJCE de 21.11.2002, as. C-356/00 Rec. 2002, p. 343.

⁹⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 23.3.2004. Recurso contencioso-administrativo n.º 391/2002. JUR 2004/135367.

planteamiento de una cuestión prejudicial de validez sobre la normativa comunitaria aplicable a la leche y productos lácteos y los principios generales del Derecho comunitario. La Audiencia Nacional resuelve a favor del recurrente, declarando que la liquidación girada para dicho productor lácteo no es conforme a derecho, sin considerar necesario plantear la cuestión prejudicial, pues el procedimiento previsto en la normativa comunitaria y nacional respeta los principios generales del derecho.

En el asunto visto por la sentencia de 17 de mayo de 2004⁹⁹, la parte recurrente solicita el planteamiento de una cuestión prejudicial para interpretar la normativa comunitaria aplicable a la leche y productos lácteos (el régimen interno de retención y repercusión de la tasa suplementaria). La Audiencia Nacional niega tal posibilidad porque, al constatarle la existencia de una jurisprudencia del TJCE aplicable al caso, ya da por contestadas las dudas suscitadas¹⁰⁰.

Para mayor abundamiento, reseñamos simplemente una serie de decisiones en las que la Audiencia, siguiendo la línea señalada anteriormente, rechaza por diversas razones el reenvío prejudicial. Así la sentencia de 2 de noviembre de 2004¹⁰¹, la sentencia de 2 de junio de 2004¹⁰², la sentencia de 20 de abril de 2004¹⁰³, la sentencia de 30 de enero de 2004¹⁰⁴ y la sentencia de 28 de enero de 2004¹⁰⁵.

⁹⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 17.5.2004. Recurso contencioso-administrativo n.º 1719/2002. JUR 2004/183958.

¹⁰⁰ STJCE de 29.4.1999, as. C-288/97, Rec. 1999, p. 94.

¹⁰¹ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 2.11.2004, JT 2004/1519.

¹⁰² Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 2.6.2004, JT 2004/1087. La parte plantea una demanda en relación con la denominada tasa suplementaria de la leche y se solicita, en primer lugar, el planteamiento de la cuestión prejudicial de validez ante el TJCE para dilucidar si existe una discriminación entre aquellos ganaderos que están afiliados a distintos compradores y esta discriminación no se corrige con la compensación nacional lo que atenta contra los arts. 14 y 40.3 del TCE. La Audiencia, en el Fund. Cuarto, indica que la determinación de la procedencia de plantear la cuestión exige un análisis de la naturaleza jurídica de la Tasa suplementaria de la leche, «*lo que ya ha sido resuelto por esta Sala en numerosas sentencias*» anteriores.

¹⁰³ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 20.4.2004, RJCA 2004/853.

¹⁰⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 30.1.2004, RJCA 2004/496. Fund. Segundo: La parte demandante por medio de Otrosí planteó la posibilidad de «*en caso de que exista duda razonable*

3. Como *botón de muestra* hemos seleccionado dos sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. En el caso del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la sentencia de 17 de noviembre de 2004¹⁰⁶, ante la solicitud de la parte actora de plantear una cuestión prejudicial en orden de determinar si el art. 33 de la Sexta Directiva permite al Estado español mantener la Tasa Fiscal y sus recargos que gravan la explotación de máquinas recreativas, la Sala responde que *«es evidente que en el presente caso no se dan los requisitos apuntados para el planteamiento de la cuestión prejudicial postulada porque el fallo de esta resolución no depende de la aplicación de una norma de Derecho comunitario cuya interpretación o validez sea dudosa, sino de la aplicación de una norma de Derecho interno. (...) No existe un problema real de interpretación o apreciación de validez de una norma de Derecho comunitario, ya que la respuesta se desprende de un texto legal de Derecho interno que debe ser aplicado por el juez nacional y teniendo en cuenta, además, que la Ley interna se refiere a un impuesto que no grava el volumen de negocios, como resulta del que configura la Directiva comunitaria»*¹⁰⁷.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de marzo de 2003¹⁰⁸, la parte demandante considera que determinadas decisiones de la Administración Pública española en materia de enseñanza universitaria (estudios de enfermería) son contrarias a la normativa comunitaria y que tal contradicción debe someterse al TJCE. El Tribunal Superior, por aplicación del principio de unidad de doctrina, declara que

sobre la interpretación del artículo 28 TCE en el sentido de que impide a las autoridades nacionales establecer una política de precios con las características propias de la Orden de 6 de octubre de 2000 proceda a plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE».

¹⁰⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 28.1.2004, JT 2004/1030. Fund. Primero y Cuarto: La parte actora fijaba también sus argumentos, entre otras cuestiones, en la inadecuación de la Ley española del IVA al Derecho comunitario en materia de alquiler de inmuebles, habiéndose planteado por la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca cuestión prejudicial sobre la materia.

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, n.º 3042/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 17.11.2004, JUR 2004/27583.

¹⁰⁷ *Ibid.* Fund. Segundo y Cuarto.

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, n.º 254/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 5.3.2003. JUR 2004/223822.

basta con acudir a la consolidada jurisprudencia del TS en la materia para desestimar el motivo impugnatorio del recurso de carácter material, así como la necesidad de plantear la cuestión prejudicial.

V. LA RESPUESTA DEL TJCE A CUESTIONES PREJUDICIALES

Durante el periodo 2003/2004, el TJCE ha dado respuesta a un total de seis reenvíos prejudiciales sobre variadas materias que pasamos a comentar siguiendo un criterio cronológico.

- La sentencia de 30 de septiembre de 2003¹⁰⁹ versa sobre una decisión prejudicial relativa a la interpretación del art. 39.4 del TCE y de los arts. 1 y 4 del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo¹¹⁰ sobre la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. La cuestión fue elevada por el Tribunal Supremo mediante Auto de 4 de octubre de 2001 en un asunto entre el Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española y la Administración del Estado (con la intervención de la Asociación de Navieros Españoles, ANAVE). En el asunto¹¹¹, se plantean dos cuestiones prejudiciales que se suscitan en el marco de un recurso de anulación interpuesto por el Colegio de Oficiales contra el Real Decreto 2062/1999 por el que se regula el nivel mínimo de formación en profesiones marítimas¹¹².

¹⁰⁹ Sentencia del TJCE de 30.9.2003, *Colegio Oficiales de la Marina Mercante y Administración del Estado* (C-405/01).

¹¹⁰ Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo de 15.10.1968, DO L 257, p. 2.

¹¹¹ Este asunto tuvo al juez Sr. M. Wathelet como ponente y a la Sra. C. Stix-Hackl como Abogado General

¹¹² Como es sabido, el art. 39 del TCE establece la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad y la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, y matiza, en su apartado n.º 4, que las disposiciones de este artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública. De esta limitación se hace eco la legislación nacional en el art. 8 del Real Decreto 2062/1999, por lo cual la Dirección General de la Marina Mercante reconoce a los ciudadanos de la Unión Europea los títulos profesionales o certificados de especialidad expedidos en uno de dichos Estados, excepto para el ejercicio de empleos que impliquen o puedan implicar el ejercicio de funciones públicas atribuidas legalmente a los españoles, como capitán o patrón o primer oficial de puente. Sin embargo, en su apartado 3, explicita una excepción en donde los ciudadanos de la Unión Europea con título acreditado podrán ejercer el mando de buques mercantes de determinadas

El Colegio de Oficiales interpuso un recurso de anulación ante el TS contra las citadas disposiciones por entender que con ello se vulneran los intereses colectivos de la marina mercante española. Por tanto, el TS al comprobar que se plantean dudas sobre la compatibilidad de las citadas disposiciones con el Derecho comunitario decide suspender el procedimiento y plantear dos cuestiones prejudiciales ante el TJCE¹¹³.

El TJCE ha indicado, con respecto a la primera cuestión, que tal como se especifica en el apartado 4 del art. 39 del TCE, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad entre trabajadores de los Estados miembros no será aplicable a los empleos en la administración pública, pero en esta línea, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹¹⁴ el concepto de administración pública a efectos del mencionado artículo «*debe interpretarse y aplicarse uniformemente en toda la Comunidad*», por lo que no es posible dejarlo a la absoluta discrecionalidad de los Estados miembros. Se está haciendo referencia, de este modo, a aquellos empleos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás

características (la excepción se dará para «*buques mercantes de arqueado bruto inferior a 100GT, que transporten carga o menos de 100 pasajeros, que operen exclusivamente entre puertos o puntos situados en zonas en la que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción...*») y cuando se acredite, por el interesado, la existencia del derecho de reciprocidad del Estado de su nacionalidad respecto a los ciudadanos españoles.

¹¹³ En la primera cuestión se formula la pregunta de si se puede permitir a un Estado miembro la posibilidad de reservar los empleos de capitán y primer oficial de sus buques mercantes a sus propios nacionales. Y, si tal respuesta fuese afirmativa, se reitera la pregunta, agregando la apostilla de si tal reserva puede formularse en términos absolutos, es decir, para todo tipo de buques mercantes, o sólo sería válida en aquellos casos en que, previsible o razonablemente, pueda ser necesario el ejercicio efectivo, por parte de los capitanes o primeros oficiales a bordo, de determinadas funciones públicas. La segunda cuestión, si como ya se ha señalado, determinadas normas internas de un Estado exceptúan de la reserva de aquellos empleos a favor de sus nacionales en específicos supuestos de navegación comercial para buques de ciertas características (art. 8.3 del Real Decreto 2062/1999), el TS se pregunta si, en estos casos, cabe, entonces, someter este acceso a la condición de reciprocidad (cabe señalar que se presentan observaciones escritas por parte de los Gobiernos español, danés, alemán, griego, francés, italiano y noruego y en nombre de la Comisión).

¹¹⁴ Sentencia del TJCE de 12.2.1974, *Sotgiu* (152/73, Rec., p. 153, fund. 5) y la sentencia del TJCE de 17.12.1980, *Comisión/Bélgica*, (149/79, Rec., p. 3881, fund. 12 y 18).

entidades públicas. Por lo que se refiere a la excepción citada, en el referido apartado 4, y según se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹¹⁵, la disposición debe ser interpretada de tal modo que limite su alcance a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que deben proteger los Estados miembros, y en el caso que nos ocupa, la protección de los intereses generales del Estado del pabellón. Los capitanes actúan como representantes del poder público¹¹⁶, pero de acuerdo con el espíritu de la norma citada, será necesario que dichos titulares ejerzan efectivamente de forma habitual dichas prerrogativas, y que, por tanto, éstas no representen una parte reducida de sus actividades¹¹⁷. Por lo que el Tribunal de Justicia concluye que la exclusión general del acceso de los empleos de capitán y primer oficial de la marina mercante no puede justificarse, a menos que las prerrogativas de orden público que le sean atribuidas se ejerzan de forma habitual y no representen una parte reducida de sus actividades.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, ésta se relaciona con la condición de reciprocidad para el acceso de nacionales de los demás Estados miembros a los empleos de capitán y de primer oficial de buques mercantes en la marco de lo previsto en el Real Decreto 2062/1999¹¹⁸. El TJCE, por su parte, respondió indicando que, en primer lugar,

¹¹⁵ Sentencia del TJCE de 16.6.1987, *Comisión/Italia* (225/85, Rec., p. 2625, fund. 7).

¹¹⁶ Diversas disposiciones de Derecho español atribuyen a los capitanes de buques de la marina mercante funciones públicas como las de seguridad y policía, de fe pública o las relativas al estado civil.

¹¹⁷ Si nos atenemos a las indicaciones del TS y del Gobierno español, se desprende que los empleos de capitán y de primer oficial de la marina mercante española «constituyen empleos en los que el ejercicio de la función de representación del Estado de pabellón es, en la práctica, ocasional».

¹¹⁸ Para el Gobierno español, el apartado 4 del art. 39 del TCE abre la vía para que los Estados miembros puedan ejercer o limitar el derecho a la libre circulación de trabajadores de acuerdo con las condiciones establecidas por el propio Derecho nacional, por lo que puede deducirse que la cláusula de reciprocidad debería considerarse viable (aserto por el que se inclinan las observaciones presentadas por el Gobierno francés, ya que al limitarse a establecer una excepción a la regla de la nacionalidad para los empleos comprendidos en el ámbito de aplicación del art. 39.4 del TCE, a la que sólo pueden acogerse los nacionales de determinados Estados miembros con los que exista reciprocidad, «las autoridades españolas no han renunciado al principio según el cual dichos empleos están reservados a los nacionales españoles, y por tanto no han adoptado la decisión de permitir con carácter general el acceso a dichos empleos», fund. 55). Sin embargo, en su contra, la Comisión arguye, que la

de la respuesta a la primera cuestión ya se desprende que la excepción prevista en el art. 39 del TCE, apartado 4, no es aplicable a los empleos de capitán y primer oficial de buques de la marina mercante, como los contemplados en el art. 8, apartado 3, del Real Decreto 2062/1999 y que, además, procede recordar, como se deduce de la jurisprudencia del Tribunal¹¹⁹, que el cumplimiento de las obligaciones que el Tratado o el Derecho derivado imponen a los Estados miembros no puede someterse a una condición de reciprocidad. Por consiguiente, conforme al art. 39 del TCE, apartado 2, cualquier nacional de un Estado miembro tiene derecho a acceder a tales empleos, sin discriminación alguna por razón de nacionalidad.

• La sentencia del TJCE de 20 de noviembre de 2003¹²⁰ se dicta como respuesta al Auto de 3 de octubre de 2001 elevado por el Tribunal Supremo, en el que se plantea una cuestión prejudicial con tres interrogantes sobre la interpretación de los Reglamentos (CEE) n.º 1785/81 por el que se establece la organización común de mercados en el sector del azúcar¹²¹, n.º 193/82 por el que se adoptan las normas generales relativas a las transferencias de cuotas en el sector del azúcar¹²² y n.º 1260/2001 por el que se establece la organización común de mercados en el sector del azúcar¹²³, y que sustituye a los anteriores¹²⁴.

regla de la reciprocidad resulta incompatible con el principio de igualdad de trato suficientemente aquilatado en reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia del TJCE de 22.6.1972, *Frilli* (1/72, Rec., p. 457, fund. 19 y sentencia del TJCE de 2.2.1989, *Cowan* (186/87, Rec., p. 195, fund. 20).

¹¹⁹ Sentencia del TJCE de 29.3.2001, *Portugal/Comisión* (C-163/99, Rec., p. I-2613, fund. 22 y sentencia del TJCE 16.3.2002, *Comisión/Italia* (C-142/01, Rec., p. I-4541, fund. 7).

¹²⁰ Sentencia del TJCE de 20.11.2003, *Sociedad Cooperativa General Agropecuaria (ACOR) y Administración del Estado* (C-416/01).

¹²¹ Reglamento (CEE) n.º 1785/81 del Consejo, de 30 de junio de 1981 (DO L 177, p.4; EE 03/22, p. 80).

¹²² Reglamento (CEE) n.º 193/82 del Consejo, de 26 de enero de 1982 (DO L 21, p. 3; EE 03/24, p.175).

¹²³ Reglamento (CE) n.º 1260/2001 del Consejo, de 19 de junio de 2001 (DO L 178, p. 1).

¹²⁴ La demanda ante el TS se plantea por la Sociedad Cooperativa General Agropecuaria (ACOR) contra la Administración del Estado con la intervención en el litigio principal de la Sociedad Ebro Puleva, S.A. (anteriormente denominada Azucarera Ebro Agrícolas, S.A.) y la Sociedad Azucareras Reunidas de Jaén que presenta un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de septiembre de 1998. En este acuerdo se había aprobado la fusión de las sociedades Ebro

Para el Tribunal de Justicia¹²⁵ es claro que al ser el azúcar un producto cubierto por una organización común de mercados los Estados miembros tienen, según reiterada jurisprudencia¹²⁶, que abstenerse de adoptar cualquier medida que pueda significar una excepción o infrinja

Agrícolas, Compañía de Alimentación, S.A. y la Sociedad General Azucarera de España, S.A., dando nacimiento a la sociedad Azucarera Ebro Agrícolas, S.A.; y con el fin de salvaguardar la competencia efectiva en el mercado del azúcar, el Gobierno español supeditó dicha fusión al cumplimiento de determinadas condiciones (entre las que interesa reseñar: a) la empresa Ebro debería elaborar un plan de reconversión industrial y presentarlo para su aprobación ante los Ministerios de Economía y Hacienda y de Agricultura, Pesca y Alimentación; b) con el fin de aumentar las posibilidades de competencia en el mercado se reasignará de forma no gratuita hasta 30.000 toneladas métricas de la cuota española de producción de azúcar a empresas establecidas en el territorio español y, con el fin de que esta reasignación sea determinada mediante mecanismos de mercado, el precio de la cuota a transferir y el reparto de la misma se decidirán mediante pública subasta; y c) en la operación de reasignación de cuota que se realice mediante el procedimiento de subasta, el Gobierno adoptará las medidas oportunas para evitar cualquier eventual repercusión negativa sobre los agricultores productores nacionales de remolacha azucarera), entre las que se determinaba que, de conformidad con el Reglamento (CEE) n.º 1785/81 del Consejo, se reasignará en su momento de forma no gratuita 30.000 toneladas métricas de la cuota española de producción de azúcar a empresas establecidas en territorio español. Sobre este punto pivota la demanda, al alegar el recurrente que la reasignación onerosa, en lugar de gratuita, de las cuotas, conculca la normativa comunitaria relativa a la organización común de mercados en el sector del azúcar. El TS se cuestiona que aunque de la normativa comunitaria puede deducirse que el Estado miembro podrá ejercer la facultad de transferencia de cuotas sin imponer una contraprestación económica a cargo de la empresa destinataria y a favor de la empresa transferente, sin embargo, *«por mor del objetivo primordial de regulación del mercado a que obedece el régimen de las cuotas, no se deduce, de manera evidente al menos, que la posibilidad de tal imposición y, por tanto, el carácter oneroso de la transferencia decidida quede vedada»*. Además, dado que la normativa aplicable ha ido evolucionando, como puede colegirse de los distintos Reglamentos aplicables y de que los Reglamentos originales han sido modificados posteriormente por otros Reglamentos, el TS se pregunta sobre la aplicabilidad no sólo de la normativa comunitaria vigente cuando se dictó el acuerdo controvertido (*acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de septiembre de 1998*), sino también de la normativa comunitaria vigente en el momento en el que se presenta el reenvío prejudicial.

¹²⁵ En la Sala Sexta del Tribunal de Justicia, en la que actúa como ponente el juez Sr. V. Skouris y el Sr. J. Mischo como Abogado General.

¹²⁶ Sentencia del TJCE de 16.1.2003, *Hammarsten*, (C-462/01. Rec. p. I-781, fund. 28; sentencia del TJCE de 22.5.2003, *Freskot* (C-355/00, Rec.p. I-5263, fund. 19 y sentencia del TJCE de 9.9.2003, *Milk Marque y Nacional Farmers' Union* (C-137/00, Rec. p. I-7975, fund. 63).

el Reglamento que regula la organización común de mercado. Si bien, el Reglamento faculta a los Estados miembros a asignar las cuotas y efectuar la transferencia de las mismas entre las empresas del sector, en el caso de darse una fusión o cesión de empresas, es el Consejo quien, por medio de un Reglamento (en este caso, el *Reglamento n. 193/82*), establece las normas generales relativas a la modificación de cuotas¹²⁷.

El Tribunal de Justicia señala que el sistema de cuotas para la producción del azúcar es un elemento esencial en la organización común de este mercado y tiene por finalidad dominar la producción y acercarla lo más posible al consumo interior¹²⁸. Por tanto, tiene por objeto garantizar la realización de los objetivos de interés general, por lo que debe deducirse que «estas características del régimen de cuotas en el sector del azúcar excluyen que las cuotas puedan ser transferidas de una empresa a otra a título oneroso siguiendo los mecanismos del mercado». Además, la transferencia de las cuotas de una empresa a otra a título oneroso, es decir, la venta de cuotas, se basa en consideraciones meramente económicas que no tienen en cuenta los objetivos de interés general establecidos por la normativa comunitaria y, para mayor dislate, confiere a las empresas que adquieran las cuotas un título de propiedad sobre éstas, y consecuentemente, no permite a las autoridades nacionales garantizar el cumplimiento de los requisitos de interés general establecidos en la norma comunitaria.

En conclusión, la aplicación del Derecho nacional de defensa de la competencia a una transferencia de cuotas de azúcar no puede implicar, en modo alguno, que dicha transferencia sea efectuada a título oneroso.

¹²⁷ La Comisión reconoce que las autoridades españolas previeron la posibilidad de modificar la asignación de las cuotas atribuidas a la empresa resultante de la fusión, no con la finalidad de proceder a la adaptación estructural de los sectores del cultivo de la remolacha y de la producción de azúcar, sino con el fin de mantener la competencia en el mercado español del azúcar, por lo que no puede colegirse que tal reasignación signifique necesariamente que se efectúe con una finalidad diferente de las perseguidas por las disposiciones comunitarias en la materia. También hay que reconocer, y así lo hace saber en su Auto el TS, que los Reglamentos citados no se pronuncian explícitamente sobre la posibilidad del carácter oneroso o gratuito de una reasignación de cuotas, si bien, como señala la sentencia «*contrariamente a lo que sostienen Ebro y el Gobierno español, el silencio de las disposiciones comunitarias sobre este punto no significa que un Estado miembro esté autorizado a imponer que la reasignación de las cuotas se realice a título oneroso*».

¹²⁸ Sentencia del TJCE de 22.1.1986, *Eridania y otros*, (C-250/84, Rec.p.117, fund. 19).

Como es obvio, si la transferencia debe ser gratuita no ha lugar la posibilidad de decidir el reparto de la misma mediante pública subasta y, finalmente, la interpretación de la normativa comunitaria debe ser la misma tras la entrada en vigor del nuevo Reglamento (n.º 1260/2001) que sustituye a los anteriores (n.º 1785/81 y n.º 193/82) por el que se establece una organización común de mercados en el sector del azúcar.

• La sentencia de 11 de marzo de 2004¹²⁹ responde a una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las normas comunes para el desarrollo de un mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio¹³⁰. La petición fue elevada por Auto del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2002, en el marco de un recurso interpuesto por dos asociaciones españolas de operadores de servicios postales contra el Real Decreto n.º 1829/1999, por el que se aprueba el Reglamento que regula la prestación de los servicios postales¹³¹.

¹²⁹ Sentencia del TJCE de 11.3.2004, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (ASEMPRE), Asociación Nacional de Empresas de Externalización y Gestión de Envíos y Pequeña Paquetería y Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, Administración General del Estado (C-240/02)*.

¹³⁰ Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo de un mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, DO L 15, 1998, p.14.

¹³¹ RD n.º 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que regula la prestación de los servicios postales, BOE n.º 313, de 31.12.1999, p. 46433. Las dos asociaciones pretendían la anulación de ciertas disposiciones del mismo, demandando al proveedor del servicio postal universal en España (la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, y la Administración General del Estado), al considerar que los servicios de autoprestación y el de giro postal no pueden quedar reservados, como establece el RD n.º 1829/1999, al proveedor del servicio universal, pues ello violaría el Derecho comunitario y, en especial, la Directiva 97/67/CE. El Tribunal Supremo pide aclarar, primero, si la interpretación del art. 7 de la Directiva 97/67/CE (art. 7: Apartado 1: «En la medida en que sea necesario para el mantenimiento del servicio universal, los servicios que los Estados miembros podrán reservar al proveedor o los proveedores del servicio universal serán la recogida, la clasificación, el transporte y la distribución de los envíos de correspondencia interna, tanto si se trata de distribución urgentes como si no, cuyo precio sea inferior a cinco veces la tarifa pública de un envío de correspondencia de la primera escala de pesos de la categoría normalizada más rápida, cuando ésta exista, siempre que su peso sea inferior a 350 g. [...] Apartado 2. En la medida en que sea necesario para el mantenimiento del servicio universal, el correo transfronterizo y la publicidad directa podrán seguir formando parte del sector reservado, con las limitaciones de precios y pesos establecidos en el

Respecto la primera cuestión prejudicial, el TJCE¹³² aduce que el Considerando 21 debe tenerse en cuenta para interpretar la Directiva, por ello, los requisitos adicionales del RD, dado que no figuran en la Directiva, y que los Estados no están facultados para añadirlos, son contrarios a la Directiva. En conclusión, el art. 7 de la Directiva 97/67/CE debe interpretarse en el sentido de que no permite someter la autoprestación a los siguientes requisitos: que el destinatario sea la misma persona que el remitente; que los servicios nos sean consecuencia de la actividad comercial o empresarial del proveedor de servicios; que los servicios no se presten por el sistema de valijas u otros procedimientos semejantes, ni que estas operaciones perturben los servicios reservados al operador del servicio universal.

apartado 1 [...] Apartado 4. El intercambio de documentos no podrá estar reservado», a la luz del Considerando 21 de la misma («Los servicios nuevos (servicios claramente distintos de los servicios tradicionales) y el intercambio de documentos no forman parte del servicio universal y [...] por lo tanto, no se justifica que estén dentro del sector reservado a los proveedores del servicio universal; [...] lo que precede se aplica también a la autoprestación (prestación de los servicios postales por parte de una persona física o jurídica que se encuentra en el origen de los objetos de correspondencia, o prestación de los servicios de recogida y expedición de estos objetos por un tercero que actúa solamente en nombre de esta persona), la cual no entra en la categoría de los servicios»), permite excluir, del concepto de «autoprestación», los servicios postales prestados por la persona del remitente (u otra en su exclusivo nombre), cuando la receptora no sea esta propia persona, cuando sean consecuencia de su actividad comercial o se realicen por el sistema de valijas u otros procedimientos semejantes, o cuando la autoprestación perturbe los servicios reservados al operador del servicio universal; y, segundo, si es posible incluir los servicios de giro postal entre los reservados al operador del servicio postal universal (según el art. 2.2 del RD, el concepto de «autoprestación» se refiere a los servicios postales prestados por la persona del remitente (u otra en su exclusivo nombre) y la persona receptora sean la misma persona; no incluye los servicios postales a terceros cuando sean consecuencia de su actividad comercial o empresarial, o se realicen por el sistema de valijas u otros procedimientos semejantes; y la autoprestación jamás perturbará los servicios reservados al operador del servicio universal.). El Gobierno español va a considerar que la definición de «autoprestación» que da el RD n.º 1829/1999 es compatible con la Directiva, pues las dos definiciones no difieren sustancialmente y, además, no se siente vinculado por los matices del Considerando 21, pues la parte no dispositiva de una Directiva no puede imponer por sí misma obligaciones a los Estados miembros. Por el contrario, para el Gobierno belga y la Comisión, la normativa nacional restringe sensiblemente el concepto de autoprestación, extendiendo injustificadamente el monopolio de Correos y Telégrafos y por tanto, es contraria a la Directiva 97/67/CE.

¹³² En la Sala Quinta del Tribunal de Justicia, en la que actúa como ponente el juez Sr. P. Jann y el Sr. A. Tizzano como Abogado General.

En cuanto a la segunda cuestión prejudicial, tanto los Gobiernos español y belga como la Comisión, consideran que los servicios financieros prestados por las empresas postales (el giro postal) no están contemplados en la Directiva, por lo que cada Estado miembro puede reservarlo discrecionalmente al proveedor del servicio universal. En este mismo sentido, para el TJCE, debido al tenor de la Directiva, así como a su carácter preciso y restrictivo, los servicios de giro postal, consistentes en la realización de pagos a través de la red postal pública a favor de personas físicas o jurídicas por cuenta y encargo de otras, no están comprendidos dentro del ámbito de la aplicación de la Directiva 97/67.

• La sentencia de 18 de marzo de 2004¹³³, el TJCE responde una petición planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid, mediante Auto de 3 de septiembre de 2001, para la interpretación del art. 7.1 de la Directiva 93/104/CE, del art. 11.2.a) de la Directiva 92/85/CEE, y del art. 5.1 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo¹³⁴, en el marco de un litigio entre la Sra. Merino Gómez y la sociedad Continental Industrias del Caucho, S.A., sobre una solicitud de vacaciones anuales presentada por la Sra. Merino, cuyo permiso de maternidad coincidía con uno de los períodos de vacaciones anuales de su centro de trabajo, establecido en un convenio colectivo¹³⁵.

En esta línea, el TJCE¹³⁶ respondió que el Derecho comunitario apli-

¹³³ Sentencia del TJCE de 18.3.2004, *M.P Merino Gómez y Continental Industrias del Caucho, S.A.* (C-342/01).

¹³⁴ Directiva 93/104/CE del Consejo de 23.11.1993, DO L 307, p. 18; Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19.10.1992, DO L 348, p. 1; y Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9.2.1976, DO L 39, p. 40.

¹³⁵ El Juzgado de lo Social, ante la existencia de una jurisprudencia nacional contraria a la petición de la Sra. Merino, decide consultar al TJCE al respecto, al no compartir dichos precedentes. En primer lugar, pregunta si cuando un acuerdo colectivo, establecido entre la empresa y los representantes, fija las fechas de disfrute de vacaciones para la totalidad de la plantilla, y esas fechas resultan coincidentes con las de baja maternal de una trabajadora, el art. 7.1 de la Directiva 93/104/CE, el art. 11.2.a) de la Directiva 92/85/CEE y el art. 5.1. de la Directiva 76/207/CEE garantizan el derecho de esta trabajadora a disfrutar de sus vacaciones anuales en período distinto del pactado y no coincidente con el de su baja maternal; y, en segundo lugar, de responderse afirmativamente a la anterior cuestión, se cuestiona si el contenido material del derecho de disfrute de las vacaciones comprende exclusivamente las 4 semanas de descanso referidas en el art. 7.1. de la Directiva 93/104/CE o se extiende a los 30 días naturales establecidos en la legislación nacional (art. 38.1 del Real Decreto 1/95, Estatuto de los Trabajadores).

¹³⁶ En la Sala Sexta del Tribunal de Justicia, en la que actúa como ponente el juez Sr. J. R. Cuhna Rodrigues y el Sr. J. Mischo como Abogado General.

able ha de interpretarse en el sentido de que una trabajadora podrá disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto al de su permiso de maternidad, también en el caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado, con carácter general mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla. Por otra parte, el Tribunal entiende igualmente que el Derecho comunitario garantiza el derecho de una trabajadora, que se encuentra en unas circunstancias como las referidas en el litigio principal, a unas vacaciones anuales más largas que las mínimas establecidas por la Directiva 93/104, dado que así se establecen por el Derecho nacional.

• La sentencia de 25 de marzo de 2004¹³⁷ resuelve sobre la cuestión planteada por el Tribunal Supremo mediante Auto de 6 de febrero de 2002, en relación con un asunto sustanciado ante este órgano jurisdiccional por Industrias de Deshidratación Agrícola, S.A. contra la Administración del Estado, sobre la interpretación de los Reglamentos (CE) n.º 603/95 del Consejo¹³⁸, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los forrajes desecados y n.º 785/95 de la Comisión¹³⁹, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del citado Reglamento de base del Consejo¹⁴⁰.

¹³⁷ Sentencia del TJCE de 25.3.2004, *Industrias de deshidratación agrícola S.A. y Administración del Estado* (C-118/02).

¹³⁸ Reglamento (CE) n.º 603/95 del Consejo de 21.2.1995, DO L 63, p. 1.

¹³⁹ Reglamento (CE) n.º 785/95 de la Comisión de 6.4.1995, DO L 79, p. 5.

¹⁴⁰ En el marco de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa transformadora contra el Real Decreto aplicable al sector de los forrajes deshidratados, la parte demandante solicita la anulación de su art. 5.3 (el Real Decreto 283/1999 de 22 de febrero, BOE n.º 46/1999, de 23 de febrero, p.7463, establece la normativa básica relativa al régimen de ayudas en el sector de los desecados, y en concreto, su art. 5.3, indica las obligaciones de las empresas transformadoras para los forrajes destinados a la deshidratación, donde se determinan de manera exhaustiva las condiciones en las que deben llegar a la planta de transformación), por entender que en la mencionada norma se superaron, por parte del Estado español, las competencias atribuidas a los Estados miembros en el contexto de la organización común de mercado en el sector de los forrajes desecados, ya que debería haberse limitado al control del destino de las ayudas concedidas para la deshidratación de los forrajes y a la gestión del pago en el marco de la organización común de mercado. El TS presenta cuatro cuestiones prejudiciales en torno a las distintas exigencias que determina el art. 5.3 del Real Decreto, ante la duda de que la imposición de condiciones para el control de la calidad haya superado el límite competencial del Estado, siendo incompatibles, por tanto, con el art. 249 párrafo 2, art. 10 y el art. 34.2, párrafo 2 del TCE, así como con los mencionados Reglamentos de base y de aplicación. Por su parte, el

La respuesta del Tribunal de Justicia¹⁴¹ resulta meridianamente clara. Aunque en los campos cubiertos por una organización común de mercado, los Estados miembros no pueden intervenir mediante disposiciones nacionales unilaterales, como lo corrobora su jurisprudencia¹⁴², y su competencia legislativa sólo puede ser residual, en el caso de marras, la organización común de mercado del sector de los forrajes desecados no se ocupa, ni en el Reglamento de base ni en el de aplicación, de los forrajes frescos destinados a la deshidratación; por tanto, queda abierta la vía para que los Estados miembros puedan determinar los requisitos particulares que deben reunir los forrajes frescos. En conclusión, el Tribunal de Justicia resuelve que la normativa nacional que impone, en relación con los forrajes verdes o frescos para transformar, exigencias particulares relativas al modo de entrega, al contenido de humedad, al plazo de transformación y a su cultivo en un área definida, no se opone a la normativa comunitaria¹⁴³.

• La sentencia de 16 de diciembre de 2004¹⁴⁴ permite resolver la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, mediante Auto de 21 de noviembre de 2003, concerniente a la interpretación de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miem-

Gobierno español, en consonancia con la Comisión, entiende que, si bien, los Estados miembros disponen, en principio, de una competencia legislativa residual en las materias cubiertas por una organización común de mercado, «*son libres de regular las situaciones a las que no se aplica el Derecho comunitario*». Indican, también, que ni el Reglamento de base ni el Reglamento de aplicación hacen referencia al forraje verde o fresco, es decir, a la materia prima, sino solamente al forraje desecado, que es al que puede acogerse la ayuda. Por tanto, los Estados miembros pueden, en este sentido, ejercitar una competencia residual con el fin de dar contenido al concepto de forraje fresco en la medida en que las disposiciones que se adopten no contradigan al Derecho comunitario ni obstaculicen el normal funcionamiento del mercado. Además, el Gobierno español sostiene que la normativa en cuestión se estableció con el fin de evitar las prácticas abusivas y el fraude, y con la idea de garantizar la calidad de la mercancía

¹⁴¹ El Tribunal de Justicia resuelve el asunto en su Sala Quinta, con el juez Sr. P. Jann como ponente y la Sra. C. Stix-Hackl como Abogado General.

¹⁴² Sentencia del TJCE de 29.6.1978, *Dechmann* (154/77, Rec. p. 1573, fund. 16).

¹⁴³ Como indica la Abogado General en el punto 42 de sus Conclusiones, la eventual desigualdad de trato que pudiera derivarse no va más allá de lo necesario en estas circunstancias, por tanto, los arts. 249, párrafo segundo, 10 y 34, apartado 2 párrafo segundo del TCE no resultan vulnerados.

¹⁴⁴ Sentencia del TJCE de 11.12.2004, *J.V. Olaso Valero y FOGASA* (C-520/03).

bros relativas a los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario¹⁴⁵.

El TJCE¹⁴⁶ contesta, respecto a la primera cuestión, que el juez nacional debe determinar si el término «retribución», tal como lo define el Derecho interno, incluye las indemnizaciones por despido improcedente; en ese caso, estas indemnizaciones están cubiertas por la Directiva 80/987/CEE, en su redacción anterior al año 2002. En cuanto a la segunda cuestión, si se admite que los créditos debidos a indemnización por despido improcedente, reconocidos por sentencia o resolución administrativa, están comprendidos en el concepto de «retribución», los créditos idénticos, determinados por un acto de conciliación laboral, como lo es el caso de autos, deben considerarse créditos de los trabajadores asalariados y relativos a la retribución, en el sentido de la Directiva 80/987/CEE. Por ello, el juez nacional no debe aplicar una normativa interna que, vulnerando el principio de igualdad, excluya los créditos del concepto de «retribución» en el sentido de dicha normativa.

VI. COMENTARIOS FINALES

En relación con el análisis de jurisprudencia que hemos realizado, puede columbrarse que, si bien, se ha avanzado mucho desde el ingreso de España en las Comunidades Europeas, hoy, cuando va a cumplirse su vigésimo aniversario, aún queda camino por andar para que los operadores jurídicos españoles concurren con mayor asiduidad a la utilización de este magnífico instrumento de cooperación judicial, que es el reenvío prejudicial en el marco de la actual Unión Europea. Si repasamos las estadísticas judiciales publicadas por el Tribunal de Justi-

¹⁴⁵ Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20.10.1980, DO L 283, p.23. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana plantea dos cuestiones; la primera hace referencia a si la indemnización por despido improcedente reclamada está comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva 80/987/CEE, en la redacción anterior a la elaborada por la Directiva 2002/74/CE (Directiva 2002/74/CE del Parlamento y del Consejo, de 23.9.2002, DO L 270. p. 10); y la segunda, alude a si puede entenderse que la Ley del Estatuto de los Trabajadores en cuanto exige sentencia o resolución administrativa para que el FOGASA abone las indemnizaciones correspondientes, no es objetivamente razonable y por ello no debe aplicarse.

¹⁴⁶ El Tribunal de Justicia resuelve el asunto en su Sala Primera, con el juez Sr. N. Colneric como ponente y el Sr. A. Tizzano como Abogado General.

cia¹⁴⁷, podemos observar esta evolución. La presentación de ocho cuestiones prejudiciales en el año 2003, y otras ocho en el año 2004, no resulta un porcentaje demasiado halagüeño, aunque responde a la tónica general del periodo comprendido entre 1986 y 2004¹⁴⁸, en el cual sólo se han presentado un total de ciento cincuenta y tres cuestiones prejudiciales, número evidentemente inferior al que cabría esperar de los órganos jurisdiccionales españoles, teniendo en cuenta el número de habitantes y la veteranía de España como Estado miembro, más aún, si lo comparamos con otros Estados que cuentan con una menor población y que llevan menos tiempo como miembros de la Unión Europea¹⁴⁹.

Creemos conveniente volver a insistir en las virtudes de la técnica del reenvío prejudicial ya que, aplicada en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, abre la vía para que el órgano jurisdiccional nacional, ante el cual se está sustanciando un asunto principal, y que requiere la aplicación de una norma del Derecho comunitario, pueda elevar la cuestión al TJCE, con el fin de que la interprete o determine su validez, y, de este modo, evitar interpretaciones encontradas de las normas comunitarias como resultado de las diferentes apreciaciones, que de las mismas, puedan realizar los jueces nacionales, dadas las particularidades que presentan sus derechos internos. Es evidente que, en la medida en que estas jurisdicciones nacionales vayan tomando conciencia de la utilidad del reenvío prejudicial, se irá acrecentando su número ante el TJCE¹⁵⁰. Incluso razones de economía procesal aconsejan que el juez nacional, aún cuando sus decisiones resulten susceptibles de ulterior recurso, haga uso del reenvío prejudicial como un instrumento que le

¹⁴⁷ Los Informes anuales correspondientes a la actividad del TJCE durante los años 2003 y 2004 pueden consultarse en la página web <http://curia.eu.int/es/instit/presentationfr/index.htm>.

¹⁴⁸ Con excepción de los años 1995, en el que se plantean diez reenvíos prejudiciales, y 1998, en el que se elevan cincuenta y cinco.

¹⁴⁹ Informe anual de la actividad del TJCE en el 2004, pp. 194-195.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 194. La estadística resumen del periodo 1986-2004 para España evidencia que frente a los doce reenvíos por parte del TS, uno de la Audiencia Nacional, siete del Juzgado Central de lo Penal, resultan sumamente indicativos los ciento treinta y tres del resto de los órganos jurisdiccionales españoles. No obstante, nos llama la atención que en la estadística señalada se contabilice sólo un reenvío planteado por la Audiencia Nacional, cuando en este trabajo se reseña el planteamiento de dos cuestiones a cargo de la Audiencia Nacional, lo que evidencia un error, al menos, en el cómputo por órgano de la mencionada estadística.

permite, como se ha dicho por la doctrina¹⁵¹, resolver el contencioso desde la primera instancia y establecer, desde ese momento procesal, una jurisprudencia en el ámbito de toda la Comunidad, «*lo que es un fantástico multiplicador para el juez nacional*»¹⁵².

Dicho esto, y como resultado de la crónica jurisprudencial que presentamos, cabe destacar, en primer lugar, que el Tribunal Constitucional, rompiendo con su trayectoria anterior, manifiesta una disposición favorable a la utilización del reenvío prejudicial, llegando a considerarlo como una de las garantías procesales que conforman el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como ya hemos señalado en párrafos anteriores. Creemos que esta nueva visión puede contribuir a un mejor funcionamiento del reenvío prejudicial y al deseable entendimiento entre las jurisdicciones comunitaria y constitucional¹⁵³.

Seguidamente, apreciamos que el Tribunal Supremo ha realizado un cierto avance en la materia¹⁵⁴, en particular por lo que respecta a las Salas de lo Social y de lo Contencioso-Administrativo, aunque no puede argumentarse lo mismo por lo que hace a las Salas de lo Civil y de lo Penal. En el caso de la Audiencia Nacional, si bien se le presentan bastantes casos donde podría hacer uso del mecanismo prejudicial, quizás en demasiados rechaza esta vía, resultando, a veces, errática en sus razonamientos. En cambio, en el caso de las instancias inferiores, ob-

¹⁵¹ PESCATORE, P.: «La interpretación del Derecho comunitario por el juez nacional», *op. cit.*, pp. 28-29.

¹⁵² *Ibid.* p. 28. Y agrega que «*hay que observar que un problema particular surge en el caso de la apreciación de validez de actos comunitarios, ya que una declaración de invalidez de tal acto por un tribunal nacional puede quebrantar la eficacia del sistema de Derecho comunitario. Por ello el TJCE decidió, en el asunto Foto Frost, que cuando un juez nacional se inclina por considerar inválido un acto de Derecho comunitario, no puede pronunciarse antes de haber sometido el asunto al TJCE. En otras palabras, en este contexto particular cualquier juez nacional está obligado a realizar la remisión previa*», p. 28.

¹⁵³ Esta cuestión ha sido objeto de reflexión en numerosos trabajos doctrinales, en particular, cuando afecta a los derechos fundamentales, como han expuesto en esta Revista, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y DEL VALLE GÁLVEZ, A.: «*El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales*», *RDCE*, 2-vol. I, julio/diciembre 1997, pp. 329-376.

¹⁵⁴ *Ibid.* p. 194. El TS ha presentado tres cuestiones prejudiciales durante el periodo 2003-2004, lo que presenta un cierto interés cuantitativo, en comparación con las doce planteadas a lo largo de todo el periodo.

servamos claramente una mayor predisposición al uso del mecanismo prejudicial, lo que saludamos con optimismo.

En este trabajo, hemos detectado igualmente que las jurisdicciones nacionales recurren, entre otros argumentos para negarse a plantear la cuestión prejudicial, a la doctrina del *acto claro*, a nuestro entender muy frecuentemente. Esta doctrina, sin duda aquilatada por la propia jurisprudencia del TJCE, de la que cabe destacar la sentencia *Cilfit*¹⁵⁵, alude al claro sentido de la norma comunitaria que, al no ofrecer dudas al órgano jurisdiccional nacional, le legitima para rechazar la solicitud de la cuestión prejudicial. No obstante, no debería pasar desapercibido el hecho, como se ha apuntado en comentarios anteriores en esta misma Revista, de que «*la exposición de la práctica en materia de cuestiones prejudiciales permite advertir, sin muchas dificultades, que se mantiene la tendencia de los órganos jurisdiccionales superiores a prescindir de este mecanismo o a recurrir a la doctrina del acto claro para eludir, a veces con razón pero en muchas ocasiones sin ella, al planteamiento de dichas cuestiones*»¹⁵⁶.

En definitiva, no resulta saludable que los tribunales españoles recurran con asiduidad a la doctrina del *acto claro*, máxime cuando se trata de instancias cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno. El uso excesivo de esta doctrina pone en riesgo la interpretación uniforme del Derecho comunitario que tan importante ha resultado para la consolidación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. No sólo se esgrime la mencionada doctrina, sino que en muchas ocasiones, la misma ha servido de fundamento tácito, es decir, sin citarle explícitamente¹⁵⁷, a la reticencia a elevar la cuestión prejudicial; lo que no deja de ser preocupante ya que no debe pasarnos desapercibido que el juez nacional es el juez ordinario de la Unión¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Sentencia del TJCE de 6.10.1982, *Cilfit* (283/81).

¹⁵⁶ LIÑÁN NOGUERAS, D. J. y ROBLES CARRILLO, M. A.: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1993, 1994 y 1995)», *RDCE*, 1997-1, p. 136 y ss.

¹⁵⁷ LIÑÁN NOGUERAS, D. J. y LÓPEZ ESCUDERO, M.: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1991-1992)», *RIE*, 1994-1, pp. 257-258.

¹⁵⁸ Resultan interesantes los comentarios realizados sobre la jurisprudencia austriaca, por URLESBERBER, F. cuando apunta que «*cuando examinamos cuánto esfuerzo ha costado conseguir que los jueces nacionales acepten la primacía del Derecho comunitario, con qué frecuencia un problema de derecho comunitario estaba “claro” para un juez nacional, mientras que el TJCE dedicaba largas horas a reflexio-*

Pensamos que haría falta difundir, desde la Doctrina y la práctica, el verdadero alcance del reenvío prejudicial con el fin de conjurar las señaladas reticencias. El Tribunal de Justicia, como es lógico, dentro de la naturaleza jurídica del reenvío prejudicial, no interviene en el litigio principal que se desarrolla en la jurisdicción nacional, dejando al juez nacional la función de la aplicación efectiva de las normas del ordenamiento comunitario. Se trata, por tanto, de un mecanismo de «cooperación judicial», y así debe ser entendido por los órganos jurisdiccionales nacionales, por lo que cualquier reticencia de intromisión del Tribunal de Justicia, por parte de las jurisdicciones internas, debería subsanarse a la luz de la propia doctrina jurisprudencial del TJCE, pues, tal como apunta entre otras la sentencia *Schwarze*, «el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia en el orden de sus propias competencias, son llamados a contribuir directa y recíprocamente en la elaboración de una decisión»¹⁵⁹.

En este sentido, apostamos, además, por una mejora de los sistemas de información y formación, de los jueces y magistrados españoles, para la determinación de cuáles son los órganos jurisdiccionales que están capacitados para plantear una cuestión prejudicial, pues, como apuntan los profesores Mangas y Liñán¹⁶⁰, «ante la existencia de significativas diferencias entre los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros, el TJCE consideró que el concepto de 'órgano jurisdiccional', a los efectos del artículo 234, era un concepto comunitario de carácter autónomo y procedió a perfilar sus contornos jurisprudencialmente». Por ello, aunque el TJCE en su jurisprudencia ha sido bastante laxo a la hora de admitir cuestiones prejudiciales¹⁶¹, esta flexibilidad, sin duda positiva, en la

*nar sobre el mismo...». Más adelante indica que «en un breve repaso de su jurisprudencia encontramos varios casos, a mi juicio bastante oscuros, en los que el Verfassungsgesichtshof (VfGH) consideró que se trababa de 'actos claros'», URLESBERBER, F.: «El Derecho comunitario en la experiencia austriaca: la experiencia de un nuevo Estado miembro», *RDCE*, n.º 5, enero-junio 1999, p. 35.*

¹⁵⁹ Sentencia del TJCE de 1.12.1965, *Schwarze*, (C-16/65).

¹⁶⁰ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, op. cit., p. 479.

¹⁶¹ *Ibíd.* p. 479. «En definitiva, el TJCE admite las cuestiones prejudiciales con independencia del carácter ordinario o especializado, la denominación, el grado y el orden jurisdiccional del órgano judicial que la plantea», admitiendo cuestiones prejudiciales planteadas por Colegios profesionales, llamados a adoptar decisiones de naturaleza jurisdiccional, jueces instructores, Tribunales económico-administrativos españoles, Tribunal de Defensa de la Competencia español, etc.

medida en que no termine de ajustarse debidamente, genera una incertidumbre en los operadores jurídicos, que retrasa el uso del mecanismo prejudicial¹⁶².

TABLA 1
CUESTIONES PREJUDICIALES ESPAÑOLAS PRESENTADAS
EN 2003 Y 2004

Tribunal Supremo	Auto de 21.7.2003, asunto entre el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos y la Administración del Estado Auto de 22.12.2003, y rectificado el 22.1.2004, asunto entre la Administración del Estado y la Junta de Galicia Auto de 1.12.2003, asunto entre el Comité Andaluz de Agricultura Ecológica y la Administración del Estado, apoyada por el Comité Aragonés de Agricultura Ecológica
Audiencia Nacional	Auto de 16.4.2003, asunto entre Contse, S.A., Vivisol SRL y Oxigen Salud, S.A. contra INSALUD (actualmente INGESA) Auto de 9.5.2003, asunto entre Igor Simutenkov y el Ministerio de Educación y Cultura y la Real Federación Española de Fútbol
Tribunal Superior de Justicia de Cantabria	Auto de 1.10.2004, asunto entre M. Acereda Herrera y el Servicio Cántabro de Salud
Tribunal Superior de Justicia de Galicia	Auto de 19.1.2004, asunto entre Divina Cortiñas Yáñez y el Instituto Nacional de Seguridad Social y la Tesorería General de Seguridad Social
Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana	Auto de 21.3.2003, asunto entre Olaso Valero y FOGASA Auto de 12.7.2004, asunto entre R.M. Torres Aucejo y el Fondo de Garantía Salarial
Audiencia Provincial de Barcelona	Auto de 28.6.2004, asunto entre MATRATZEN CONCORD, AG y HUKLA-GERMANY, S.A.

¹⁶² Con razón ha señalado el Abogado general RUIZ-JARABO COLOMER, que se hace necesario clarificar el concepto de «órgano jurisdiccional», lo que sin duda redundaría en beneficio de la práctica judicial española y comunitaria (Conclusiones del Abogado general RUIZ-JARABO COLOMER de 28.6.2001, *De Coster*, C-17/00).

Audiencia Provincial de Málaga	Auto de 8.7.2004, asunto de un recurso contra el auto de incoación del procedimiento abreviado de 21 de noviembre de 2003, introducido por G.F. Gasparini y otros
Juzgado de Primera Instancia n.º 35 de Barcelona	Auto de 5.5.2003, asunto entre QDQ MEDIA, S.A. y Alejandro Omedas Lecha
Juzgado de lo Social n.º 20 de Madrid	Auto de 6.11.2001, asunto entre Annette Séller y el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) y el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS)
Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid	Auto de 8.7.2003, asunto entre A.I. López Gil y el Instituto Nacional de Empleo (INEM).
Juzgado de lo Social n.º 30 de Madrid	Auto de 5 de julio de 2004, asunto entre C. Sarkatsis Herrero y el Instituto Madrileño de la Salud
Juzgado de lo Social n.º 3 de Orense	Auto de 24.6.2003, asunto entre Cristina Salgado Alonso y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)

TABLA 2
JURISPRUDENCIA INTERNA SOBRE EL PLANTEAMIENTO
DE UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Tribunal Constitucional	STC n.º 8/2004, de 9.2.2004 STC n.º 58/2004, de 19.4.2004
Tribunal Supremo	STS de 9.6.2003 STS de 12.5.2003 STS de 21.5.2003 STS de 2.6.2003 STS de 13.6.2003 STS de 3.11.2003 STS de 15.3.2004 STS de 30.4.2004 STS de 12.5.2004 STS de 14.5.2004 STS de 10.6.2004 STS de 10.6.2004 STS de 20.7.2004 STS de 20.7.2004 STS de 15.10.2004 STS de 20.10.2004

	STS de 6.11.2004 STS de 10.11.2004
Audiencia Nacional	SAN de 10.7.2003 SAN de 16.9.2003 SAN de 1.10.2003 SAN de 6.10.2003 SAN de 29.10.2003 SAN de 5.11.2003 SAN de 26.11.2003 SAN de 28.1.2004 SAN de 30.1.2004 SAN de 23.3.2004 SAN de 20.4.2004 SAN de 17.5.2004 SAN de 2.6.2004 SAN de 2.11.2004
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada Tribunal Superior de Justicia de Madrid	Sentencia n.º 3042/2003, de Andalucía 17.11.2004 Sentencia n.º 254/2003, de 5.3.2003

TABLA 3
CUESTIONES PREJUDICIALES ESPAÑOLAS RESUELTAS EN
2003 Y 2004

2003
1. Sentencia del TJCE de 30.9.2003, <i>Colegio Oficiales de la Marina Mercante y Administración del Estado</i> (C-405/01)
2. Sentencia del TJCE de 20.11.2003, <i>Sociedad Cooperativa General Agropecuaria (ACOR) y Administración del Estado</i> (C-416/01)
2004
1. Sentencia del TJCE de 11.3.2004, <i>Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (ASEMPRE), Asociación Nacional de Empresas de Externalización y Gestión de Envíos y Pequeña Paquetería y Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, Administración General del Estado</i> (C-240/02)
2. Sentencia del TJCE de 18.3.2004, <i>M.P Merino Gómez y Continental Industrias del Caucho, S.A.</i> (C-342/01)
3. Sentencia del TJCE de 25.3.2004, <i>Industrias de deshidratación agrícola S.A. y Administración del Estado</i> (C118/02)
4. Sentencia del TJCE de 11.12.2004, <i>J.V. Olaso Valero y FOGASA</i> (C-520/03)

LAS CUESTIONES PREJUDICIALES ESPAÑOLAS DURANTE
2003 Y 2004. COMENTARIOS Y VALORACIONES
DE LA PRÁCTICA JUDICIAL

RESUMEN: El mecanismo del reenvío prejudicial supone una pieza clave en la interpretación uniforme del Derecho comunitario europeo y su utilización, por parte de las instancias jurisdiccionales nacionales, potencia al juez nacional como juez ordinario del Ordenamiento comunitario. En España, se ha avanzado bastante en el uso de este singular instrumento de cooperación entre el juez nacional y el TJCE, pero, no obstante, queda aún camino por recorrer, como lo evidencian las estadísticas publicadas por el Tribunal. En este trabajo se realiza un análisis sistemático de las principales actuaciones de los tribunales españoles y una valoración crítica de sus argumentos, sobre el uso o la negativa a utilizar la cuestión prejudicial. Finalmente, se apuesta por una potenciación de los sistemas de formación e información sobre la cuestión prejudicial, que ayude a los jueces y magistrados españoles a un mejor acercamiento al sistema jurisdiccional de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Reenvío prejudicial. Tribunales españoles.

THE SPANISH PRELIMINARY RULINGS DURING 2003 AND 2004.
COMMENTARIES AND ASSESSMENTS ABOUT
THE JUDICIAL PRACTICE

ABSTRACT: The mechanism of the preliminary rulings constitutes the key element to ensure the uniform interpretation of European Community Law and its use by the national courts fosters the national judge as a community judge by its nature. In Spain, the national courts have recourse more and more to this instrument of judicial cooperation between the national courts and the ECJ, however there is still a long way to go, as the statistics of the judicial activity show. This paper analyses systematically the most important decisions of the Spanish courts and a critical assessment on their arguments, concerning the use or not of the preliminary ruling. Finally, we suggest strengthening the training and information system about the references for preliminary rulings in order to improve the access by the Spanish judges to the jurisdictional system of the European Union.

KEYWORDS: Preliminary ruling. Spanish courts.

LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES ESPAGNOLES PENDANT LES ANNÉES
2003 ET 2004. COMMENTAIRES ET ÉVALUATIONS
DE LA PRATIQUE JUDICIELLE

RÉSUMÉ : Le mécanisme du renvoi préjudiciel constitue l'élément clef de la interprétation homogène du Droit communautaire européen et son utilisation, par les juridictions nationales, favorise le juge national comme juge communautaire par nature. En Espagne, on a recours de plus en plus à cet instrument de coopération entre

le juge national et la CJCE, cependant, il y a encore un long chemin à parcourir, comme les statistiques judiciaires publiées par la Cour mettent en évidence. Ce travail fait une analyse systématique des principales décisions des tribunaux espagnols et une évaluation critique de ses fondements en ce qui concerne l'utilisation ou non du renvoi préjudiciel. Finalement, on suggère le renforcement des systèmes de formation et information sur la demande préjudicielle pour améliorer l'accès des juges espagnols au système juridictionnel de l'Union européenne.

MOTS CLÉS : Renvoi préjudiciel. Juridictions espagnoles.