

LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COMUNITARIO EN ESPAÑA DURANTE 2000 Y 2001

Por DIEGO J. LIÑÁN NOGUERAS *
y PABLO J. MARTÍN RODRÍGUEZ **

Esta presente crónica tiene como objeto repasar los principales pronunciamientos de los tribunales españoles durante los años 2000 y 2001 que tienen una relación directa con las normas de Derecho comunitario europeo. Es claro que el objetivo que se persigue no es rendir una cuenta exhaustiva de todas las resoluciones judiciales españolas que han aplicado el Derecho comunitario en esta encrucijada milenaria, tarea que estaría más cercana de una condena mitológica que de una aportación de este tenor, entre lo científico y lo informativo. Nuestra finalidad, en línea con las anteriores crónicas realizadas por el equipo de investigación EJIE («Estudios Jurídicos Internacionales y Europeos») de la Universidad de Granada de las que ésta pretende ser continuación¹, es ofrecer una visión

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada. Titular de la Cátedra Jean Monnet.

** Doctor en Derecho. Profesor Asociado de la Universidad de Granada.

¹ D. J. LIÑÁN NOGUERAS; J. ROLDÁN BARBERO: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1986-1989)», *RIE*, 1989-3, pp. 885-914; D. J. LIÑÁN NOGUERAS; A. DEL VALLE GÁLVEZ: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (julio 1989-diciembre 1990)», *RIE*, 1991-3, pp. 989-1120; D. J. LIÑÁN NOGUERAS; M. LÓPEZ ESCUDERO: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1991 y 1992)», *RIE*, 1994-1, pp. 221-263; D. J. LIÑÁN NOGUERAS; M. A. ROBLES CARRILLO: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1993, 1994 y 1995)», *RDCE*, 1997-1, pp. 111-173; J. ROLDÁN BARBERO; L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1996)», *RDCE*, n.º 2, 1997, pp. 549-580; A. DEL VALLE GÁLVEZ; T. FAJARDO DEL CASTILLO: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España en 1997»,

panorámica de la forma en que se han aplicado las normas comunitarias, centrándonos para ello fundamentalmente en las instancias judiciales superiores.

En este período no se observan cambios de magnitud ni pronunciadas oscilaciones desde el punto de vista de la aplicación judicial del Derecho comunitario en España. El Tribunal Constitucional no ha alterado ni un ápice su jurisprudencia en la materia. El ritmo de planteamiento y resolución de cuestiones prejudiciales ha permanecido constante en estos dos años y no ha habido destacables modificaciones en los órganos remitentes. Por último, cabe apreciar cómo paulatinamente se va asentando una mayor corrección en el respeto de los principios de primacía y eficacia directa, aunque perduren resoluciones muy criticables, por exceso o por defecto de espíritu integracionista.

1. CONSTITUCIÓN Y DERECHO COMUNITARIO

Por lo que atañe a esta crónica, durante los años 2000 y 2001 nuestra jurisprudencia constitucional no ha dictado ninguna resolución que revista un especial interés o signifique algún cambio de entidad; antes bien en las contadas ocasiones en que se ha pronunciado sobre alguna cuestión relativa al Derecho comunitario se ha mantenido dentro de lo que es ya su ortodoxia clásica. En este matizado sentido y salvando algún caso más digno del anecdotario jurisprudencial como un tardío epígono de los asuntos Bordessa y Sanz de Lera², se podría mencionar apenas media docena de sentencias que se resumen, por demás, en las afirmaciones usuales: ex-

RDCE, n.º 5, 1999, pp. 109-128; M. LÓPEZ ESCUDERO; F. CUESTA RICO: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 1998», *RDCE*, n.º 6, 1999; L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ; A. SEGURA SERRANO: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 1999», *RDCE*, n.º 8, 2000, pp. 565-592.

² La *STC* núm. 167/2000 (Sala Segunda), de 26 de junio de 2000 (*RTC 2000/167*; *BOE* núm. 180 de 28.07.2000, suplemento, p. 4) se ha debido a que no se cumplieron las formalidades necesarias para desistir en procesos de amparo. En este caso, el proceso como señala el TC carece de objeto, pues el amparo se satisfizo extraprocesalmente por el archivo de la ejecutoria de la sentencia en la que se condenaba al sujeto por delito monetario, desaparecido una vez que el TJCE fijó la interpretación correcta de la Directiva 88/361 en las Sentencias Bordessa y Sanz de Lera de 1995 (F. 2). Sobre esta problemática inaplicación del Derecho comunitario, véase D. J. LIÑÁN NOGUERAS; M. A. ROBLES CARRILLO: *loc. cit.*, pp. 127-ss.

clusión del Derecho comunitario del canon de constitucionalidad; inafectación de la distribución constitucional y estatutaria de competencias por la integración en la Unión Europea; negación del art. 93 como título competencial estatal de ejecución del Derecho comunitario; reconducción al art. 10.2 CE en materia de derechos fundamentales...

Destaca, quizás, en esta dirección y por lo completa de su exposición de la doctrina constitucional sobre el particular la Sentencia núm. 45/2001, de 15 de febrero³, que resuelve un conflicto positivo de competencias incoado por las Autonomías cántabra y catalana contra la normativa estatal sobre ordenación del sector lácteo adoptada con objeto de proceder al cumplimiento de la reforma comunitaria y a la instauración del sistema de la tasa suplementaria. Al respecto su F. 7 es un manual de la doctrina del TC sobre las relaciones entre Constitución y Derecho comunitario: en efecto, el TC primeramente aclara que su pronunciamiento no afecta a las normas comunitarias cuyas características ni discute ni entra a conocer⁴, lo que no influye en absoluto en la posición del Derecho comunitario que no es *per se* canon de contraste o constitucionalidad⁵, aunque en ocasiones sí pueda ser útil para la resolución del conflicto⁶; en este sentido queda claro que la ejecución del Derecho comunitario no es una competencia es-

³ STC núm. 45/2001 (Pleno), de 15 febrero de 2001 (*RTC 2001/45*; BOE núm. 65 de 16.03.2001, suplemento, p. 66).

⁴ El TC aclara que su pronunciamiento por el hecho de tener que afrontar normas internas que transcriben literalmente lo establecido en Reglamentos comunitarios no puede comprenderse como un ataque a la aplicabilidad directa e inmediata, sin necesidad de publicación ni acto de carácter interno, que el TJCE predica de ellos. Características que el TC acepta sin más disquisición. Afirmación obligada si quiere mantener el conflicto entre normas comunitarias y normas internas como un conflicto sin relevancia constitucional (STC 45/2001, de 15 de febrero, F. 7).

⁵ «Asimismo, en lo que constituye una línea ininterrumpida de doctrina presente ya en las SSTC 252/1988, de 20 de diciembre y 132/1989, de 18 de julio, hemos dicho que en los procesos constitucionales el Derecho comunitario no es, «per se», canon o parámetro directo de contraste y examen de los actos y disposiciones de los poderes públicos» (STC 45/2001, de 15 de febrero, F. 7).

⁶ «Ello no supone, no obstante, que este Tribunal no pueda tomar en consideración la normativa comunitaria, ya sea para concluir que la controvertida es una cuestión que «cae dentro de la esfera del Derecho comunitario, y no en la del reparto interno de competencias, objeto del conflicto constitucional» (STC 236/1991, de 12 de diciembre, F. 10), ya sea «para aplicar correctamente ... el esquema interno de distribución de competencias» (STC 128/1999, F. 9), mediante una más precisa determinación del título competencial en disputa, que ha de realizarse atendiendo al carácter de las normas objeto de la controversia competencial (STC 13/1998, de 22 de enero, F. 4)» (STC 45/2001, de 15 de febrero, F. 7).

pecífica, ni siquiera en virtud del art. 93 *in fine* CE, sino que corresponde a aquel que ostente materialmente la competencia⁷.

Esta línea jurisprudencial delimita una posición constitucional para el Derecho comunitario de sobra conocida: en la medida en que no forma parte del canon de constitucionalidad, la alegación o el recurso a normas de este ordenamiento en los procesos constitucionales, incluso cuando cabría apreciar conexiones razonables o naturales, es evitado cuando no desaconsejado o, todo lo más, se reduce a etéreas menciones a mayor abundamiento⁸. Se da luz, así, a una jurisprudencia constitucional huidiza del Derecho comunitario, sin una explicación jurídica de fondo más allá de un apego excesivo a parámetros formalistas muy rígidos, incapaces, a lo que parece, de descifrar qué se oculta tras la renovada complejidad del art. 93 CE⁹.

⁷ Como afirma en esta sentencia: «este Tribunal distingue con nitidez entre la ejecución, en sí misma, y la garantía de la ejecución de las obligaciones «ius comunitarias». Y, a propósito, ha declarado que «la ejecución del derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia...». El art. 93 CE sólo puede dotar al Gobierno de los instrumentos necesarios para desempeñar esa función de garantía de cumplimiento de los compromisos adoptados, pero no constituye título competencial específico a favor del Estado ni solo, «ni por conexión a un supremo interés nacional, ni porque se apele a una expectativa de eficacia ni, en fin, por invocación de un simple motivo de utilidad o mera conveniencia» (STC 45/2001, de 15 de febrero, F. 7).

⁸ Este es el caso de la mayor parte de las sentencias que, en estos dos años, se han visto obligadas a afrontar cuestiones naturalmente conexas con el marco comunitario. En ellas, o bien se desdeña cualquier referencia o, cuando más, se le concede una mención literal: STC núm. 90/2000 (Pleno), de 30 de marzo de 2000 (RTC 2000/90; BOE núm. 107 de 4.05.2000, suplemento, p. 90); STC núm. 166/2000 (Pleno), de 15 de junio de 2000 (RTC 2000/166; BOE núm. 165, de 11.07.2000, suplemento, p. 77); STC núm. 179/2000 (Sala Segunda), de 26 de junio de 2000 (RTC 2000/179; BOE núm. 180 de 28.07.2000, suplemento, p. 50); STC núm. 223/2000 (Pleno), de 21 de septiembre de 2000 (RTC 2000/223; BOE núm. 251 de 19.10.2000, suplemento, p. 59); STC núm. 275/2000 (Pleno), de 16 de noviembre de 2000 (RTC 2000/275; BOE núm. 299 de 14.12.2000, suplemento, p. 63); STC núm. 306/2000 (Pleno), de 12 de diciembre (RTC 2000/306; BOE núm. 14 de 16 de enero de 2001, suplemento p. 79); STC núm. 9/2001, de 18 enero de 2001 (RTC 2001/9; BOE núm. 41 de 16.02.2001, suplemento, p. 45).

⁹ Como afirma el TC: «se ha de retener, por una parte, que conforme al principio de autonomía institucional y procedimental, la atinente a la titularidad y forma de ejercicio de las potestades y funciones precisas al efecto de alcanzar el resultado u objetivo comunitario, es una cuestión que depende del correspondiente sistema u orden constitucional —al margen de su grado de ajuste a las exigencias co-

Huidiza en términos amables: pues, aunque el Derecho comunitario no constituya *per se* canon de constitucionalidad, mientras que, dicho sea de paso, una Orden ministerial de 1962 o de 1970 sí pueda serlo sin particulares reticencias de concepto, es cierto que a veces se acerca caprichosamente a él cuando el TC lo entiende útil, sin que dicho recurso venga amparado en la cláusula del art. 10.2 CE, que como se sabe y durante este período reseñado también se ha reiterado, es la única vía reconocida de penetración constitucional del Derecho comunitario.

Por esta razón, la aplicación judicial desde el punto de vista constitucional se deriva principalmente hacia el estudio de los títulos competenciales —constitucionales y estatutarios— generalmente aducidos cuando se controvierte a quién corresponde la ejecución del Derecho comunitario, aunque no se hagan particulares menciones de sus normas¹⁰. De esta ma-

munitarias y sin perjuicio de su modulación jurisprudencial—; y, por otra parte, y sin necesidad de ahondar más en la complejidad de esta cláusula constitucional, que semejante operación queda extramuros del art. 93 CE (DTC de 1 de julio de 1992, F. 4)» (STC 45/2001, de 15 de febrero, F. 7).

¹⁰ En este sentido, los pronunciamientos más importantes han sido, en primer lugar, la STC 45/2001, de 15 de febrero y la STC núm. 95/2001 (Pleno), de 5 de abril de 2001 (*RTC 2001/95*; BOE núm. 104 de 1.05.2001, p. 129), pues, como se ha dicho, en ellas se discutía la competencia para la ejecución de normas comunitarias (OCM lácteo y sistema de la tasa suplementaria). En ellas el TC señala que no existe título específico de ejecución del Derecho comunitario, ni siquiera el art. 93 CE que acoge esa función garantista en conexión con el art. 149.1.3.º CE y, por tanto, la responsabilidad internacional (STC 45/2001, de 15 de febrero, F. 7) puede concebirse como tal. Por esta razón, «las CCAA pueden adoptar la normativa complementaria necesaria así como ejecutar las normas comunitarias en su ámbito territorial, siempre que no rebasen la linde establecida por la norma comunitaria ni por la estatal básica o de coordinación» (STC 95/2001, de 5 de abril, F. 2). En este sentido, el TC entra a conocer de los títulos competenciales en liza: ordenación general de la economía y agricultura. Sobre esa base y en línea con la evolución de la misma normativa hacia una progresiva descentralización, cuando menos, ejecutiva (que, por cierto, había vaciado ya de gran parte de su contenido ambos conflictos, ahora reducidos a quién decide la asignación de las cantidades de referencia y su reasignación cuando proceden de la reserva nacional), el TC hace valer la especificidad del título competencial autonómico frente al genérico estatal (STC 95/2001, de 5 de abril, F. 3) para afirmar que, una vez asentada la reordenación del sector y establecido un procedimiento claro y consolidado, la competencia autonómica se impone en la decisión última sobre la asignación de las cantidades de referencia, exigiéndose su territorialización, ya que esto en nada afecta ni entorpece la competencia estatal general de ordenación económica. A diferencia de esta asignación, el

nera su crónica igual podría prescindir en su selección de los conflictos que se traban en razón de la ejecución de una iniciativa comunitaria que

Estado conserva la última palabra sobre reasignación de las cantidades procedentes de la reserva nacional (STC 45/2001, de 15 de febrero, FF. 8 y 9). Siguiendo este razonamiento, una CA puede establecer un plan propio de promoción del abandono de la producción lechera en determinadas zonas y determinar sus beneficiarios de las cantidades liberadas, siempre que no afecte a la competencia estatal de reasignación de las que proceden de la reserva nacional (STC 95/2001, de 56 de abril, F. 6).

Destaca, en segundo lugar, la STC núm. 190/2000 (Pleno), de 13 de julio de 2000 (*RTC 2000/190*; BOE núm. 192, de 11.08.2000, suplemento, p. 49) que dilucida la constitucionalidad de la Orden Ministerial de 16 de julio de 1992, sobre medidas de adaptación a la competencia internacional y diversificación de zonas con implantación de industria textil-confección, que se enmarca en la Iniciativa Comunitaria RETEX que articula un sistema de ayudas a este sector. La OM de 1992 controvertida, así como las sucesivas que la han perpetuado (1995 y 1997), estableció una gestión centralizada de las ayudas que, lógicamente cuestionó la Generalidad catalana, apoyándose en sus competencias exclusivas en materia de industria y reclamando para sí su gestión en Cataluña y la preceptiva consignación y territorialización de las partidas en los Presupuestos Generales. El debate no es, pues, muy nuevo y se plantea en los consabidos términos de gestión de subvenciones y su nula incidencia sobre el reparto constitucional de competencias (STC 190/2000, de 13 de julio, F. 3). La controversia realmente gira en torno a los títulos de «industria» y «reestructuración de sectores industriales», ya que en virtud del conocido principio de especialidad desplazan a los más genéricos alegados. Sobre este particular, el Tribunal analiza cada uno de los tipos de ayudas que contiene la OM para encajarlas en algún título, sustentándose en el marco de la Ley 27/1984 de 26 de julio, de Reconversión y Reindustrialización. La clave de su análisis se apoya en el carácter excepcional del título estatal, pues la reestructuración de sectores industriales, si no está identificada con la reconversión industrial, sí lo está con situaciones de este carácter que exigen afrontar procesos de obsolescencia mediante medidas extraordinarias, que exceden de la innovación tecnológica permanente como un componente más de la política de «industria» (STC 190/2000, de 13 de julio, F. 6). Por esta razón, y en la medida en que los objetivos buscados no justifican una centralización de la gestión, que sólo podría admitirse con carácter muy excepcional (STC 190/2000, de 13 de julio, F. 9) sobre la base del título estatal de «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (149.1.13.º CE), el TC declara inconstitucional por invadir las competencias de la Generalidad catalana, la práctica totalidad del sistema instaurado, a excepción hecha del control financiero externo por parte del TCu.

Exclusivamente, escapa a la competencia autonómica un tipo de las ayudas previstas, indicativas del alcance atractivo del «fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica» (art. 149.1.15.º CE), donde el Estado ostenta competencias normativas y ejecutivas. Dicho título valdrá, siempre y cuando no consis-

apenas sí es citada, que podría incluir como pertinente un conflicto sobre una materia no comunitaria como la regulación de las Cámaras de Comercio en la medida en que, en este caso con ninguna claridad, el TC enjuicia y delimita el alcance del título «comercio exterior»¹¹.

Junto a esta problemática sobre conflictos de competencias entre el Estado y las CCAA, el segundo pronunciamiento del TC destacable lo constituye la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, dictada en un recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley Orgánica de Protec-

ta en una invocación formal, pues se concibe en términos estrictos y exige que la función o actividad principal sea la investigación, excediendo de una mera innovación tecnológica natural y permanente en la evolución de todo sector económico (STC 190/2000, de 13 de julio, FF. 7 y 12 y F. 5 de la STC núm. 98/2001 (Pleno), de 5 de abril de 2001 (*RTC 2001/98*; BOE núm. 104 de 1.05.2001, suplemento, p. 153).

Finalmente, podemos mencionar la STC 9/2001, de 18 de enero, que resuelve en términos sorprendentes, como prueba el Voto particular del Magistrado Cruz Villalón, el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno contra la Ley 6/1993 del Parlamento Gallego de 11 de mayo, de Pesca en Galicia. La cuestión, que el TC afronta al margen del Derecho comunitario prácticamente, consiste básicamente en la erosión del título estatal de pesca marítima (art. 149.1.19.º CE) por dos títulos autonómicos. El primer envite, a cargo del título autonómico de «ordenación del sector pesquero», pretendía acaparar para la CA la elaboración de planes de pesca y el otorgamiento de licencias para faenar en aguas internacionales o de terceros países. El TC frena tal pretensión: apoyado en jurisprudencia anterior, sitúa esa materia dentro de la competencia estatal de pesca marítima (F.5). Ahora bien, el segundo asalto, esta vez, por parte del título autonómico de «marisqueo, acuicultura y pesca en aguas interiores» (arts. 148.1.11.º CE y 27 EAG) que, como señala Cruz Villalón, ya había mostrado su *vis expansiva* con anterioridad, sí es acogido por el Tribunal que articula sobre la base de la normativa preconstitucional un concepto de «marisqueo» frente a «pesca marítima» que no atiende a zonas marítimas sino a artes de pesca, de tal manera que las CCAA tienen competencia exclusiva sobre el marisqueo en cualquier zona marítima, delimitada dicha actividad por la extracción de marisco con artes selectivas que respetan las demás especies marinas (STC 9/2001, de 18 de enero, F. 9).

¹¹ STC núm. 206/2001 (Pleno), de 22 de octubre de 2001 (*RTC 2001/206*; BOE núm. 279 de 21.11.2001, suplemento, p. 35) resuelve dos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por las CCAA catalana y valenciana contra la Ley 3/1993, Básica de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. Este proceso aunque no afecte a materias de Derecho comunitario afronta, confusamente, el alcance del título competencial estatal de comercio exterior (art. 149.1.10.º CE), desde su concepción estricta, reducida a la promoción de la actividad exportadora expresiva de una política comercial exterior del Estado y su limitación por las competencias autonómicas en materia de Cámaras de Comercio (F. 5).

ción de Datos¹², que termina por engullir al planteado hace ya bastantes años con respecto a la normativa prístina en la materia (la LORTAD¹³). Resalta esta resolución, amén de por la constancia con que el Defensor del Pueblo blanda la normativa comunitaria e internacional, por la claridad y generalidad con que nuestro Tribunal Fundamental equipara, en el F. 3¹⁴, tratados internacionales y Derecho comunitario derivado a efectos de, *no podía ser de otra manera*, negarle la consabida pertenencia al canon de constitucionalidad porque «no poseen rango constitucional» y de reconocerle la virtualidad hermenéutica del art. 10.2 CE. La velada amenaza con que acaba dicho reconocimiento en el sentido de estar dispuesto a utilizarlas se lleva efectivamente a término en el F. 8, donde el TC acude a estos textos, incluyendo una mención a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, con objeto de verificar el contenido esencial de este derecho constitucionalmente extraído del derecho a la intimidad y del mandato del art. 18.4 CE¹⁵.

¹² STC núm. 292/2000 (Pleno), de 30 de noviembre de 2000 (*RTC 2000/292*; BOE núm. 4 de 4.01.2001, suplemento, p. 104), dictada en un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor de Pueblo contra algunos preceptos de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

¹³ STC núm. 290/2000 (Pleno), de 30 de noviembre de 2000 (*RTC 2000/290*; BOE núm. 4 de 4.1.2001, suplemento, p. 70).

¹⁴ «El Abogado del Estado ha reprochado al Defensor del Pueblo el empleo del Convenio internacional de 1981 y de la Directiva antes mencionados no como canon interpretativo de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en nuestra Constitución sino como verdadero canon de la constitucionalidad de la LOPD. Lo que ciertamente desbordaría el alcance del art. 10.2 CE, pues tanto los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite este precepto constitucional como el Derecho comunitario derivado no poseen rango constitucional y, por tanto, no constituyen canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley, como hemos declarado con tanta reiteración en nuestra jurisprudencia que excusa su cita. Aunque también hemos declarado reiteradamente que sus disposiciones, a tenor del citado art. 10.2 CE, sí constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce. Lo que es predicable no sólo de dicho Convenio internacional sino también de la citada Directiva 95/46/CE» (STC 292/2000, de 30 de noviembre, F.3)

¹⁵ «Estas conclusiones sobre el significado y el contenido el derecho a la protección de datos personales se corroboran, atendiendo al mandato del art. 10.2 CE, por lo dispuesto en los instrumentos internacionales que se refieren a dicho derecho fundamental (...) [O]tro tanto ocurre en el ámbito comunitario, con la Directiva 95/46, sobre Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento

El tercer grupo de sentencias reseñable está conformado por algunos pronunciamientos en procesos de amparo en los que el TC ha acudido en mayor o menor medida al ordenamiento jurídico comunitario. Lógicamente, se destaca específicamente la prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral, materia sobre la que dos sentencias dictadas en este período muestran el ambivalente sentimiento de apego y desapego de nuestra jurisprudencia constitucional con respecto al Derecho comunitario. Así, en consonancia con otras ocasiones¹⁶, en la primera sentencia el TC otorga el amparo a una funcionaria interina de larga duración a la que se había negado el derecho de excedencia temporal para el cuidado de hijos, acudiendo con amplitud al Derecho comunitario e incluso a la jurisprudencia del TJCE¹⁷. Por el contrario, en el segundo caso sólo una

de Datos Personales y la Libre Circulación de estos datos, así como con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del presente año, cuyo art. 8 reconoce este derecho, precisa su contenido y establece la necesidad de una autoridad que vele por su respeto. Pues todos estos textos internacionales coinciden en el establecimiento de un régimen jurídico para la protección de datos personales en el que se regula el ejercicio de este derecho fundamental en cuanto a la recogida de tales datos, la información de los interesados sobre su origen y destino, la facultad de rectificación y cancelación, así como el consentimiento respecto para su uso o cesión. Esto es, como antes se ha visto, un haz de garantías cuyo contenido hace posible el respeto de este derecho fundamental» (STC 292/2000, de 30 de noviembre, F. 8).

¹⁶ Véase, L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ; A. SEGURA SERRANO: *loc. cit.*, pp. 574-ss.

¹⁷ En la STC núm. 203/2000 (Sala Primera), de 24 de julio de 2000 (*RTC 2000/203*; BOE núm. 203 de 24.08.2000, suplemento, p. 46) el TC acude a las Directivas 92/85 y 96/34 para recalcar la relevancia que el instituto familiar ha adquirido en la actualidad (F. 4). De igual manera se apoya en la jurisprudencia del TJCE sobre discriminación indirecta para determinar el alcance de nuestro art. 14 CE: «Ciertamente, la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (SSTC 145/1991, de 1 de julio; 147/1995, de 16 de octubre; 198/1996, de 3 de diciembre). Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de las trabajadoras (por todas, SSTJCE de 27 de junio e 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötzel, o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez)» (STC 203/2000, de 24 de julio. F. 6).

lamentable sentencia del TSJ de Andalucía posibilita un amparo inaudito: una funcionaria interina de muy larga duración (desde 1984 y de la Administración de Justicia) se ve retirada del servicio mientras está en período de baja maternal, por carecer de las condiciones físicas idóneas para la prestación del servicio público, presupuesto de su empleo interino según la Administración y también el TSJ de Andalucía (que no ve lesión del art. 14 CE al no tener su cese relación alguna con su sexo ni haberse aportado término válido de comparación con varón en su misma situación al que se le haya deparado trato distinto). La prohibición de un despido como ése constituye, como es sabido, el centro neurálgico de la Directiva 92/85, específicamente destinada a proteger a las trabajadoras desde el embarazo hasta el final del permiso por maternidad. Sin embargo, a pesar de que se encontraba pendiente una cuestión prejudicial (cuya resolución, además, ha despejado cualquier duda acerca de que el art. 10 de la Directiva era directamente aplicable al caso ya en el momento de producirse el cese¹⁸), la Directiva no es tan siquiera mencionada por el TC que se limita a una apelación genérica al Derecho comunitario y a citar, esto sí, la Ley española que con retraso le da transposición en nuestro ordenamiento interno (Ley 39/1999)¹⁹.

En idéntico sentido, esto es, indicativo de lo fluctuante de la posición del TC cabe señalar el Auto 236/2000, de 9 de octubre. Se trataba de un recurso de amparo interpuesto por el entonces Diputado Europeo S. Berlusconi contra Autos de la AN 27.10.1999 y del TS de 11.5.2000, que le negaban el privilegio de aforamiento y, por tanto, la prerrogativa de instrucción de la causa por la Sala Segunda del TS. La alegación se basaba en que el principio de igualdad exigía la equiparación en materia de privilegios e inmunidades con los parlamentarios nacionales, por lo que al alcanzarle el aforamiento, no respetado en el caso, se vulneraba la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. En dicho Auto el TC inadmite (art. 50.1 c) LOTC) el

¹⁸ El cese como funcionaria interina se produce en febrero de 1995, ya transcurrido el plazo de transposición fijado por el art. 14 de la Directiva (que terminaba el 19.10.1994). En la medida en que su art. 10 impone una obligación concreta para cuyo cumplimiento el Estado, como empleador, no cuenta con ningún margen de apreciación, dicho art. 10 goza de efecto directo (Sentencia del TJCE de 4 de octubre de 2001, asunto C-438/99, María Luisa Jiménez Melgar c. Ayuntamiento de Los Barrios, apdo. 33) y era aplicable directamente al caso.

¹⁹ STC núm. 20/2001 (Sala Segunda), de 29 de enero de 2001 (RTC 2001/20; BOE núm. 52 de 1.03.2001, suplemento, p. 65), F. 4.

recurso por carecer manifiestamente de contenido. A pesar de que, aparentemente, «circunscribiéndose a un problema de interpretación de la legalidad, por completo ajeno al contenido constitucionalmente protegido en amparo de los derechos fundamentales a la igualdad y al juez ordinario predeterminado por la ley» (F. 3), el TC entra a interpretar y a aplicar (cierto que aunque se carezca de jurisprudencia del TJCE sobre el particular, la argumentación no es muy compleja ni tampoco parecen descabelladas las negativas del TS y TC a plantear cuestión prejudicial) el art. 10 del Protocolo sobre Privilegios e Inmunidades de las Comunidades Europeas de 8 de abril de 1965, que aunque sea Derecho convencional es también Derecho comunitario (originario)²⁰.

De todo lo dicho se observa que nuestro Tribunal Constitucional mantiene perfectamente inalterada su postura acerca de la irrelevancia constitucional del Derecho comunitario. Ahora bien, cabe preguntarse por los límites del mantenimiento de esta doctrina constitucional, si se advierte que el ámbito objetivo del Derecho comunitario va ocupando materias de un clásico corte constitucional. En esa dirección, creemos que apuntan las ya frecuentes llamadas a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²¹, la creciente complejidad de la extradición que ya ha excedido de los Convenios adoptados en el marco del Consejo de Europa, para alcanzar al Convenio de Dublín²², o el mismo Voto particular del Magistrado González Campos en relación con el control de extranjeros y la afectación de la dignidad personal, dentro del europeo espacio de libertad, seguridad y justicia²³. Aunque lo previsible sea que nuestro TC siga explotando hasta la extenuación el art. 10.2 CE para resolver constitucionalmente las cuestiones problemáticas que plantea la integración del Derecho comunitario, convendría que nuestra jurisdicción constitucional superase la insensibilidad que deja traslucir su posición (la irrelevancia

²⁰ Auto del TC núm. 236/2000 (Sala 1.ª), de 9 de octubre, F. 2 (*RTC 2000/236 AUTO*. Recurso de amparo 2940/2000).

²¹ Véase la STC 292/2000, de 30 de noviembre, F. 8 y Voto particular del Magistrado Jiménez de Parga a la STC 290/2000, de 30 de noviembre.

²² STC núm. 87/2000 (Sala Primera), de 27 de marzo de 2000 (*RTC 2000/87*; BOE núm. 107 de 4.05.2000, suplemento, p. 77), F. 7 y STC núm. 102/2000 (Sala Segunda), de 10 de abril de 2000 (*RTC 2000/102*; BOE núm. 119 de 18.05.2000, suplemento, p. 65) F. 10.

²³ Véase el párrafo 3.º del Voto particular del Magistrado González Campos a la STC núm. 13/2001 (Sala Segunda), de 29 enero de 2001 (*RTC 2001/13*; BOE núm. 52 de 1.03.2001, suplemento, p. 16).

constitucional del conflicto entre norma interna y comunitaria, la exclusión por principio del canon de constitucionalidad, el desdén por la prejudicialidad...) hacia un ordenamiento que penetra en la esfera jurídica nacional y, como tal, afecta nuestro orden jurídico.

2. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

A) LA INTERPOSICIÓN DE CUESTIONES PREJUDICIALES

En el período 2000-2001, la interposición de cuestiones prejudiciales ha seguido la tónica general de los últimos años: si bien la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS se ha convertido en un remitente asiduo de cuestiones prejudiciales, han solido ser órganos inferiores, en su mayoría del orden social, los que se han dirigido al TJCE indagando sobre el significado de alguna norma comunitaria.

Durante el año 2000, se presentaron cinco cuestiones, de las cuales tres procedían de órganos jurisdiccionales inferiores del orden social. Es el caso del Auto de 17.7.2000 con que el Juzgado de lo Social núm. 3 de Orense se dirige al TJCE para dilucidar si los períodos ficticios que contempla la legislación interna a efectos de determinar los años de cotización y, por tanto, la cuantía de la pensión de vejez deben considerarse períodos de seguro desde el punto de vista del Derecho comunitario y consecuentemente formar parte del cálculo a efectos del Reglamento 1408/71²⁴. Por su parte, otro Juzgado de lo Social, el núm. 1 de Pontevedra, por Auto de 28.09.2000 somete al Tribunal una pregunta relativa a la Directiva 79/7/CEE²⁵. Finalmente, la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha se ha dirigido mediante Auto de 27.10.2000 al TJCE solicitándole la interpretación de la Directiva 80/987/CEE, para ver si la protección que ésta brinda a los créditos a favor de los trabajadores en caso de insolvencia

²⁴ Asunto C-347/00. 2000/C 355/14 (DO C 355 de 9.12.2000, pp. 8-9). Sobre esta misma cuestión existen distintos pronunciamientos internos que dificultan la clarificación de la situación desde la perspectiva del operador jurídico. Así, jurisprudencia reciente del TS (*ad ex.* STS (Sala de lo Social), de 15.11.2001 (*RJ 2001/9760*)) ha casado en unificación de la doctrina sentencias de Tribunales Superiores de Justicia. Igualmente es destacable la Sentencia núm. 196/2001 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada, de 30.03.2001 (*AS 2001/788*) que justifica dictar sentencia, aun conociendo la existencia de este reenvío planteado.

²⁵ Asunto C-382/00. 2000/C 355/29 (DO C 355 de 9.12.2000, p. 15).

del empresario acoge los salarios de tramitación por despido improcedente y en su caso si éstos pueden haber sido fijados por vía de conciliación judicial —y no sólo por su determinación mediante sentencia como, según interpreta nuestra jurisprudencia, exige la normativa interna española (ET)— y si toda esta protección goza o no de efecto directo²⁶.

La cuarta cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de los de Oviedo eleva al TJ una cuestión de interpretación relativa al art. 13 de la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos mediante Auto de 13.4.2000²⁷, mientras que la quinta, que procede de la Sala Tercera del

²⁶ Asunto C-442/00. 2001/C 28/45 (DO C 28 de 27.01.2001, p. 23). Sin embargo, en un supuesto similar el TSJ de Castilla-La Mancha no ha planteado ninguna cuestión prejudicial sino que lo ha resuelto en el sentido de que «entiende esta Sala que es viable interpretar la conciliación realizada a presencia judicial, como incluida dentro de la mención que realiza el artículo 33,1 segundo párrafo a lo que «acuerde de la Jurisdicción competente», toda vez que la conciliación judicial es objeto de control por parte del Magistrado actuante, que debe intentarla, advirtiendo a las partes de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderle (artículo 84,1 LPL), y siendo necesaria la aprobación de lo acordado por parte del propio órgano judicial interviniente, que en ningún caso lo deberá aprobar si lo convenido constituye lesión grave para alguna de las partes, fraude de ley o abuso de derecho, y firmándose la correspondiente acta, que firma también el órgano judicial, y cuyo contenido se llevará a efecto «por los trámites de la ejecución de sentencias» (artículo 84,4 LPL). Sin necesidad por tanto de tener que acudir a ningún previo proceso declarativo, todo lo que evidentemente, separa tal tipo de acuerdo conciliatorio de un mero contrato transaccional, ante la necesaria intervención y control judicial. De todo ello deriva que quepa el equiparar esa intervención judicial a la solicitada en el artículo 33,1, segundo párrafo ET, lo que es, además, acorde con pretensiones del legislador de promover los actos de conciliación. En resumidas cuentas, que considera esta Sala que cabe realizar una interpretación del precepto interno de acuerdo con lo que parece la finalidad querida por la Directiva 80/987, evitando así la presentación de nueva duda judicial, y además, resolviendo con una mayor celeridad, de conformidad con exigencias de efectividad de tutela judicial que derivan del artículo 24,1 del texto constitucional. No sería por tanto una cuestión de aplicación del efecto directo de la Directiva, en cuanto que, sin la intervención sobre el tema del TJCE, no resulta claro que el artículo 1,1 de la Directiva 80/987 sea claro, preciso e incondicional, como sería exigencia para ello, cuanto de hacer por los órganos judiciales nacionales, una interpretación del propio derecho interno que sea conforme con la finalidad querida por la norma comunitaria» (STSJ de Castilla-La Mancha núm. 586/2001 (Sala de lo Social), de 24.04.2001, FJ 4.º, AS 2001/998).

²⁷ AC 2000/653. Dicho Auto fue registrado en el TJCE como Asunto C-183/00 (DO C 192 de 8.7.2000, p. 14). La cuestión se suscita en el marco de un litigio

TS²⁸, ha sido resuelta por el TJCE durante este mismo período por Sentencia en el asunto Telefónica.

El año 2001 también ha presenciado cerca de media decena de cuestiones prejudiciales, cuatro en concreto procedentes por mitad de la Sección Tercera de la Sala Tercera del TS, que ha dirigido en días consecutivos dos prejudiciales de gran interés: el Auto de 3.10.2001 plantea al TJ unas preguntas acerca del Derecho de la competencia y la concentración de empresas en el marco de la nueva organización común del mercado del azúcar²⁹ y el Auto de 4.10.2001 indaga sobre el alcance de la libre circulación de trabajadores y específicamente de su excepción: el TS en el asunto ANAVE, pregunta al Tribunal de Justicia por la compatibilidad con el Derecho comunitario de una normativa en que se reservan a los nacionales españoles los puestos de capitán y primer oficial de los buques, incluidos los mercantes y sólo se admiten algunas excepciones bajo condición de reciprocidad³⁰. Las otras dos cuestiones prejudiciales planteadas proceden del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, que mediante Auto de 3.09.2001 solicita al TJCE que se pronuncie sobre el derecho de la trabajadora de que sus vacaciones, incluso las pactadas por convenio colectivo para toda la plantilla, no coincidan con su baja maternal³¹ y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha,

entre M. Victoria González Sánchez y Medicina Asturiana por un posible contagio por transfusión en dicho establecimiento médico. La pregunta dirigida al TJ pretende que éste dilucide si el art. 13 de la Directiva es una prohibición de *reformatio in peius*, reforma que habría ocurrido en España, pues el régimen de la Directiva y de su norma de transposición (Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños causados por Productos Defectuosos), es menos favorable para el consumidor que la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984. Durante este mismo período, el Abogado general Geelhoed presentó sus Conclusiones el 18.9.2001 (asuntos acumulados C-183/00 V. González Mesa c. Medicina Asturiana y C-52/00 Comisión c. Francia).

²⁸ Se trata del Auto del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 14.2.2000, RJ 2000/618.

²⁹ Asunto C-416/01. 2002/C 84/59, DO C 84 de 6.04.2002, pp. 35-36.

³⁰ Asunto C-405/01. 2002/C 17/12, DO C 17 de 19.10.2002, p. 8.

³¹ Sólo en el caso de que el TJCE responda en sentido positivo, pregunta el Juzgado si ese derecho a disfrutar de vacaciones anuales debe interpretarse como las cuatro semanas contenidas en la Directiva 93/104 o como los 30 días naturales que reconoce la legislación nacional. Asunto C-342/01. 2001/C 317/29, DO C 317 de 10.11.2001, p. 16.

acerca del concepto de fuerza mayor en materia agrícola, concretamente el Reglamento 1294/96 de 4 de julio³².

B) LA NEGATIVA A PLANTEAR CUESTIONES PREJUDICIALES

En la medida en que nuestros tribunales, principalmente los superiores, son reacios al planteamiento de cuestiones prejudiciales es usual en las crónicas sobre la aplicación judicial del Derecho comunitario dedicar un pequeño espacio a esta negativa. Para ilustrar lo justificado que está, basta recordar la firme posición de nuestro TC, no modificada en este período, por la que él mismo se margina y se declara excluido de la colaboración prejudicial, en razón de no ser un órgano de la jurisdicción interna ordinaria³³, así como la tradicional renuencia de nuestro TS tan proclive al acto claro.

Ciertamente, la situación no ha variado al respecto como lo muestra la relativa homogeneidad de los remitentes prejudiciales, pues, salvo honrosas excepciones de tribunales inferiores que amenizan la crónica de cada período, se dirigen al TJCE los mismos: Oviedo, uno o dos TSJ que van rotando y, desde hace un par de años, la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Esta homogeneidad no podría significar otra cosa que un curioso reparto judicial por razón de la materia o, más bien, la negativa de la mayoría de nuestros tribunales a plantear cuestiones prejudiciales.

Dicha negativa³⁴, más grave cuando se da por tribunales de instancias superiores, se ha producido también durante este período, donde nos en-

³² Inquire el TSJ de Castilla-La Mancha si el concepto de fuerza mayor debe atemperarse equiparándolo al de circunstancias imprevistas y poderosas que excluyan la existencia de negligencia en el cumplimiento de los plazos y por la calificación jurídica como sanción o pena de las consecuencias de dicho incumplimiento (Asunto C-208/01. 2001/C 227/16, DO C 227 de 11.08.2001, p. 10).

³³ D. J. LIÑÁN NOGUERAS; M. A. ROBLES CARRILLO: *loc. cit.*, pp. 137-ss.

³⁴ Este es el caso de dos sentencias de Juzgados de lo Social que hacen una interpretación muy extensiva del concepto de «condiciones de trabajo», donde rige la prohibición de discriminación de los nacionales de terceros Estados vinculados por acuerdos con la Comunidad y que suponen prácticamente la aplicación a estos casos de la jurisprudencia Bosman (véase *infra*, apdo 3).

contramos con supuestos de pronunciamientos internos contradictorios en materia de Derecho comunitario³⁵.

Aunque esta crítica conserve su pertinencia, también es cierto que se ha generalizado 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 instancia³⁶.

³⁵ Así, durante este período ha eclosionado una polémica relativa a la tasa fiscal aplicable a las máquinas recreativas de tipo B de contornos complejos, pues convergen en el caso una declaración de inconstitucionalidad de su gravamen complementario por tener carácter retroactivo, su descalificación como tasa y su calificación como impuesto, la afectación del recargo autonómico y su compatibilidad con la Sexta Directiva. Al respecto el TS ha casado de forma constante las Sentencias del TSJ de Cataluña que lo consideran un impuesto sobre el volumen de negocio incompatible con la normativa comunitaria (Cfr. *ad ex.* STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 25.11.2000 (*RJ 2001/1212*) con la STSJ de Cataluña núm. 731/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 6.07.2000 (*JT 2000/1566*). En el mismo sentido, cabe señalar lo incierto de la regulación del almacenamiento de caldos procedente de otras zonas distintas de la denominación de origen donde se encuentre la bodega siempre que se garantice su tratamiento diferenciado, pues comprendido por el TS como una facultad que el Derecho comunitario permite a los Estados abrir y que en el caso español corresponde a los Consejos reguladores (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 31.05.2000, *RJ 2000/5127*), el TSJ de Navarra lo ha considerado un auténtico derecho del bodeguero con eficacia directa invocable frente al Consejo regulador de la denominación de origen (STSJ de Navarra núm. 66/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 21.01.2000, *RJCA 2000/38*).

³⁶ Es el caso, por ejemplo, de los reiterados intentos de algún Colegio profesional por impugnar todo Plan de Estudios, apoyándose en interpretaciones sin ningún fundamento de las normas comunitarias, cuya convalidación pretenden por vía prejudicial (Véase la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 10.07.2000 (*RJ 2000/6161*) cuyo FJ 3.º, cansado de responder en idéntico sentido, acude al principio de identidad de doctrina para rechazar el planteamiento de la cuestión prejudicial. En supuesto similar la STSJ del País Vasco núm. 440/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 28.07.2000, FJ.3.º (*RJCA 2000/2103*). Igualmente ajustados a Derecho son los rechazos en la STSJ de Galicia núm. 234/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 2.03.2000, FJ 2.º (*RJCA 2000/866*) por alegarse *extra petitum*; en la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 14.01.2000, FJ 7.º (*JT 2000/756*) y STS núm. 705/2000 (Sala de lo Civil), de 6.07.2000, FJ 1.º (*RJ 2000/6749*) por ser manifiestamente improcedente o incongruente (como la STSJ de Madrid núm. 65/2000 (Sala de lo Social, Sección 4.ª), de 8.02.2000, FJ 5.º (*AS 2000/1534*); en los Autos de los

Cuestión distinta de la pertinencia material del rechazo a plantear el reenvío prejudicial es la corrección o incorrección del razonamiento denegatorio. En efecto, la jurisprudencia de estos años nos ofrece, como no podía ser de otra manera, ejemplos extremos. Así, no son pocos los pronunciamientos que argumentan con solidez y generosidad la decisión del órgano judicial de no plantear una cuestión prejudicial³⁷ (incluso acudiendo a la doctrina del acto claro³⁸). Pero junto a este tipo de pronunciamientos

Juzgados de lo Social núm. 2 y 3 de Vitoria-Gasteiz, ambos de 9.11.2000, FJ 4.º, (*AS 2000/3434* y *AS 2000/3436*) no tanto por la argumentación utilizada, sino por tratarse de adopción de medidas cautelares o, finalmente, por ejemplo la STSJ de Cataluña núm. 282/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 5.03.2001, FJ 7.º (*RJCA 2001/773*), por tratarse de un proceso con una implicación comunitaria ficticia.

³⁷ Este es el caso de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 28.05.2001 (*RJ 2001/5704*), que resuelve la impugnación del RD 2819/1998 regulador de las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, formalizada por ciertas empresas distribuidoras por una supuesta contravención de la Directiva comunitaria 96/92/CE y la norma europea de normalización. El TS en una sentencia ejemplar desestima por infundado tanto el recurso como el planteamiento de la cuestión prejudicial, pero con amplia argumentación (FJ 7.º). También podemos citar la extraordinaria Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada de 30.03.2001 (*AS 2001/788*), en la que el órgano judicial justifica ampliamente que no plantea una cuestión prejudicial, aun conociendo que sobre la materia se encuentra pendiente la planteada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Orense, por existir jurisprudencia del TJCE y de tribunales internos que resuelven la cuestión (FFJJ 2.º y 3.º).

³⁸ En este sentido, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 3.03.2001, (*RJ 2001/3301*), tras justificar ampliamente en Derecho comunitario, incluida la jurisprudencia del TJCE la solución al supuesto (FJ 3.º), enuncia correctamente la jurisprudencia CILFIT y se defiende de cualquier acusación en su FJ 4.º: «Pues bien; en el supuesto de autos, la apreciación de que se está en presencia de lo que ha venido en denominarse un «acto claro» no constituye un cómodo procedimiento de eludir el planteamiento de la cuestión prejudicial que la parte ha interesado tanto en la instancia jurisdiccional como en esta casación. Por el contrario, anteriormente se ha examinado que el IAJD gravando la constitución de préstamos hipotecarios otorgados en el ámbito de la actividad empresarial o profesional no constituía ningún gravamen sobre el volumen de negocios ni incurría en las prohibiciones existentes en punto a los gravámenes que pueden recaer respecto de la concentración de capitales. En consecuencia, no es un gravamen contrario a las Directivas Comunitarias a que se ha hecho cumplida referencia, pero no ya sólo porque así resulta de un correcto entendimiento de cuanto al respecto aquéllas establecen, sobre todo cuando abordan la regulación de las excepciones a las prohibiciones de imposición, sino porque así lo ha interpretado, además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas».

de los que es señero la STS de 4 de junio de 2001³⁹, tras fórmulas altisonantes que aún usan nuestros tribunales como la pertenencia de dicho planteamiento «a la soberanía de juez», se esconden concepciones de la cuestión prejudicial, o bien erróneas o, desde luego, poco sensibles con la naturaleza de la función jurisdiccional como (además de un poder del Estado) un servicio público justificado por y construido a la medida del derecho del justiciable a la aplicación del Estado de Derecho que es lo que, en definitivas cuentas, significa el derecho a la tutela judicial efectiva desde sus múltiples perspectivas y dimensiones.

En este sentido, preocupa, más por lo reiterado que por el contenido en sí, el pronunciamiento que, con rudeza, afirma que la cuestión prejudicial exige motivación exclusivamente en el caso de plantearla pero no cuando se deniega, como si fuese admisible un espacio de decisión judicial de motivación voluntaria⁴⁰. Aún más preocupantes son resoluciones judiciales, cuya incorrección se muestra con evidencia al seguir de cerca una ya conocida doctrina *Pescatore*⁴¹ o al enunciar la jurisprudencia CILFIT

³⁹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 4 de junio de 2001, FFJJ 2.º-3.º Esta Sentencia es, sin duda, un ejemplo por lo detallado de su motivación en relación con el rechazo de planteamiento de la cuestión prejudicial solicitada, pese a tratarse de un caso en el que existía jurisprudencia del TJCE e interna consolidada (rechazo de responsabilidad patrimonial por la vulneración de los principios de confianza legítima y proporcionalidad por las consecuencias sobre el mercado de maíz de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y EEUU).

⁴⁰ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 15.06.2000, FJ 3.º (RJ 2000/4286); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 17.04.2000, FJ 2.º (RJ 2000/3784).

⁴¹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 16.12.2000 (RJ 2000/9501), afirma en su FJ 4.º la improcedencia del planteamiento de cuestión prejudicial al TJCE pues «En efecto, como ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala, así en Sentencia de 23 de mayo de 1998, aunque es cierto que el art. 177 último párrafo del Tratado de la Unión Europea, vigente y aplicable en este aspecto, prevé que cuando se plantee cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un Órgano Jurisdiccional Nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho Órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia, circunstancia —la de ser última instancia— que concurre en esta Sala, también ha de tenerse en cuenta que esa norma ha sido flexibilizada mediante la aplicación, acogida por la Comisión Europea, de la llamada «doctrina *Pescatore*», según la cual, no es preciso el referido planteamiento de la cuestión prejudicial, cuando el órgano llamado a hacerlo no tenga duda alguna sobre la validez de la disposición comunitaria cuestionada. En este caso la Sala no abriga reserva alguna sobre la compatibilidad entre el artículo cuestionados de la Ley Española y la Directiva Comunitaria invocada» (cursiva añadida).

o doctrina del acto claro justo al contrario⁴², o bien al amalgamar diversos fundamentos en razonamientos sincréticos⁴³. Otras resoluciones, aun-

⁴² Como hemos mencionado la STS núm. 705/2000 de 6 de julio, Sala de lo Civil (RJ 2000/6749) afronta una petición infundada de cuestión prejudicial, pero para dar respuesta el TS llama primero la atención con la correcta afirmación de que «No resulta procedente plantear la cuestión prejudicial que se aporta, ya que, conforme al artículo 177 del Tratado de Roma, su interposición por el órgano judicial interno sólo procede cuando exista duda racional, y con ello fundada, respecto a la interpretación que deba darse a cualquier disposición de Derecho Comunitario en relación a una determinada contienda judicial y así lo proclama la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que detalladamente recoge la sentencia de esta Sala sobre la cuestión, de fecha 22 de septiembre de 1999. No es competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea entrar a resolver cuestiones de derecho interno y pronunciarse sobre la aplicabilidad de la legislación de los Estados miembros, que es lo que sucede en el supuesto que nos ocupa», pero con objeto de cerrar la justificación de su negativa afirma «El Tribunal de Justicia en el caso CILEFIT-Ministerio de la Santé [sic] (Sentencia de 6 de octubre de 1988, que acepta con reservas, los principios básicos de la doctrina francesa del «acto claro», declaró que el artículo 177 del Tratado no constituye una vía de recurso abierta a las partes en un pleito ante el Juez nacional y no basta ni es suficiente que uno de los litigantes promueva cuestión de interpretación del Derecho Comunitario, para que la jurisdicción afectada tenga que admitir que hay cuestión planteada en el sentido del referido artículo 177. *Para formalizar la cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional debe de estar convencido de que la misma evidencia se impondrá igualmente a la jurisdicción civil de otros Estados miembros y al Tribunal de Justicia, y, de no darse estas condiciones, el Juez nacional ha de resolver bajo su propia responsabilidad*» (cursiva añadida).

⁴³ Valga de muestra la STS núm. 63/2001 (Sala de lo Civil), de 1 febrero (RJ 2001/2231), cuyo FJ 1.º enuncia primero cuál es la cuestión prejudicial solicitada por la parte recurrente; continúa por señalar los dos requisitos para el planteamiento de una cuestión prejudicial al TJCE olvidando que el TS es un órgano de última instancia; en tercer lugar, recuerda que «la sentencia del Tribunal Constitucional español establece que el juez español como juez comunitario, puede inaplicar la norma interna con rango de ley si es contraria al derecho comunitario o plantear la cuestión prejudicial sobre la adecuada o correcta interpretación de la norma comunitaria, pero no de la norma del ordenamiento interno o su adecuación al derecho comunitario», para concluir que «La única norma de derecho comunitario que se recoge en la sentencia recurrida, ello por aceptación de los fundamentos jurídicos de la de primera instancia, es el art. 17.2 b) de la Directiva 86/653/CEE, y esto con criterio orientativo para determinar la indemnización; aparte de que resultaba innecesaria tal cita puesto que, calificado en la instancia el contrato litigioso como de «agencia» era aplicable al mismo la regulación de dicho contrato contenida en la Ley 12/1992, de 27 de mayo (RCL 1992/1216), por razón del momento en que se produjo la resolución unilateral del mismo, y cuyo art. 28.3 es transposición, casi

que menos patentes, no dejan de ser erróneas o, cuando menos, pruebas de una cierta incoherencia judicial, como cierta práctica, a lo que parece creciente, de ante litigios idénticos resolver el fondo en unos y plantear cuestión prejudicial en otros⁴⁴. Por su parte, destaca por pasarse por uno de los terrenos más resbaladizos de todo el ordenamiento jurídico comunitario, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en un litigio referente a derechos fundamentales, en este caso la libertad de asociación⁴⁵.

literal, del citado art. 17.2 b). En definitiva, la resolución del presente litigio ha de fundarse exclusivamente en normas de derecho interno tanto para la calificación del contrato en cuestión como para la determinación de los efectos indemnizatorios que, en su caso, puedan derivarse de la pretendida resolución unilateral del mismo por la aquí recurrente. En consecuencia, no procede el planteamiento de las cuestiones prejudiciales propuestas, e incluso en relación con el Reglamento 123/1985 de la Comisión de 12 de diciembre de 1984, aparte de que su objeto no es la regulación del régimen jurídico de los contratos a que se refiere, no plantea dudas racionales en cuanto a los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación; las dudas que el mismo pueda suscitar se refieren a si las cláusulas de los acuerdos a que se contrae son contrarias o no al derecho de la competencia, cuestión que no se plantea en el presente litigio».

⁴⁴ Es el paradójico caso del TSJ de Castilla-La Mancha, una vez planteada la cuestión prejudicial que hemos reseñado, ha resuelto un caso similar sin reenvío con el razonamiento siguiente: «Por otra, que considera esta Sala que, *inexistente un trámite particular que permita suspender la tramitación del presente recurso, hasta que se resuelva la duda prejudicial planteada al TJCE, solamente cabría, o plantearla también en el presente caso, con la consiguiente acumulación de actuaciones en la sede judicial europea, sin que ello tenga ya el provecho de colaboración judicial y de depuración del ordenamiento jurídico comunitario que deriva de la intervención prejudicial solicitada, o bien en otro caso, intentar resolver la contienda, teniendo en cuenta para ello tanto la regulación interna como la comunitaria, que debe servir de parámetro interpretativo del derecho interno, interpretado de acuerdo con la finalidad del derecho comunitario, en la medida en que ello sea posible, conforme a reiterada doctrina del TJCE*» (STSJ de Castilla-La Mancha núm. 586/2001 (Sala de lo Social), de 24.04.2001, FJ 4.º (AS 2001/998) (cursiva añadida).

⁴⁵ El litigio que provoca esta interesantísima disquisición del TSJ de Madrid utiliza el pago del recurso cameral para impugnar la obligatoria pertenencia a una Cámara de Comercio, Industria y Navegación por ser contraria a la libertad de asociación (en su vertiente negativa del derecho de no asociarse). Planteada por el TSJ la posibilidad de un reenvío prejudicial sobre este asunto al TJCE, se decide finalmente no hacerlo, no porque la cuestión de los derechos fundamentales sea ajena al ordenamiento jurídico comunitario como muy correctamente enuncia en el FJ 2.º, sino porque: «Sucede, sin embargo, que *no existe cauce procesal para que recabemos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas un pronunciamiento*

C) LA RESPUESTA DEL TJCE A CUESTIONES PREJUDICIALES Y SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Durante los años 2000 y 2001, el TJ ha dictado ocho sentencias y dos autos en respuesta a remisiones prejudiciales planteadas en su gran mayoría durante los años 1998 y 1999.

En la Sentencia Amengual Far⁴⁶, el Tribunal de Justicia responde a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca acerca de la compatibilidad del art. 13 parte B de la Sexta Directiva⁴⁷ con la Ley del IVA 37/92 de 28 de

sobre la interpretación y alcance que debe darse al mencionado derecho fundamental en el seno del derecho comunitario; y no disponemos de ese cauce procesal sencillamente porque el citado Tribunal con sede en Luxemburgo no tiene atribuida competencia para emitir un pronunciamiento como el que acabamos de indicar. Aunque el Tratado de Amsterdam firmado el 2 de octubre de 1997 amplió considerablemente las atribuciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en diversos ámbitos, no lo hizo en grado suficiente como para que por la vía de la cuestión prejudicial del antiguo artículo 177 del Tratado de Roma (actual artículo 234 del Tratado Constitutivo de la CEE) podamos recabar su interpretación sobre el alcance de un determinado derecho fundamental incardinado en el derecho comunitario para luego determinar si un precepto de la legislación interna ha sido o no respetuoso con aquella interpretación. En efecto, a raíz de las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam en el artículo «L» del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht en 1992, las competencias del Tribunal de Justicia se extienden a la materia contemplada en el artículo F.2 (actual 6.2) del citado Tratado de la Unión Europea que antes hemos transcrito, pero tal asignación competencial relacionada con la protección de los derechos fundamentales se formula únicamente «... con respecto a la actuación de las instituciones (comunitarias) y en la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y al presente Tratado (de Amsterdam)». Así las cosas, el Tribunal de Justicia tiene atribuida competencia para examinar y controlar, por los cauces previstos en los Tratados, que la actuación de las instituciones comunitarias sea respetuosa con los derechos fundamentales tal y como éstos se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; pero no existe una atribución de igual alcance con relación a la actuación de los poderes públicos de cada uno de los Estados miembros», STSJ de Madrid núm. 50/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 19.01.2000, FJ 3.º (JT 2000/1030) (cursiva añadida).

⁴⁶ Sentencia del TJCE de 3 de febrero de 2000, asunto C-12/98, Miguel Amengual Far c. Juan Amengual Far, Rec. p. I- 527.

⁴⁷ Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas

diciembre, cuyos arts. 11 y 20 establecen un sistema distinto de exención-imposición de los bienes inmuebles. Así, mientras que la Directiva opta por eximir todos los arrendamientos de bienes inmuebles, pero permite excepciones; la norma española los grava con carácter general, aunque exceptúa aquellos destinados exclusivamente a vivienda. El asunto se hacía más complicado a causa de un error de traducción en la versión española de la Directiva: en lugar de indicar que el Estado puede «excluir» algunos supuestos de la exención, la versión española señala que puede «ampliarlos»⁴⁸. El TJCE, dado el amplio margen de apreciación que deja la Directiva, entiende que entra dentro de la discrecionalidad de los Estados configurar este sistema como una regla general de imposición de la que se exceptúen algunos supuestos (opción elegida por la LIVA) o como una regla general de exención con la posibilidad de excluir algunas categorías sí sujetas a gravamen. Con esta sentencia, el TJ cierra el paso a la sentencia de 29.10.1998, donde el TS había alterado su jurisprudencia anterior para afirmar la exención al IVA del arrendamiento de locales de negocio sobre la base de que la Sexta Directiva imponía un sistema de exención general a la que cabía introducir excepciones pero no al contrario⁴⁹.

La Sentencia del TJCE dictada en el caso EGEDA c. HOASA⁵⁰ responde a la cuestión planteada mediante Auto de 1 de junio de 1998 por uno de nuestros habituales de Luxemburgo: el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Oviedo. En él se preguntaba al TJ si, en virtud del art. 1 de la Directiva 93/83/CEE⁵¹, el hecho de la captación de programas de televisión difundidos vía satélite o terrestre por parte de un establecimiento hotelero (Hotel La Reconquista en este caso) para su posterior distribución a las habitaciones del hotel constituía un acto de comunicación al público o de recepción por el público. De ser así, dicho

a los impuestos sobre el volumen de negocios - Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme, EE 09/01, p. 54.

⁴⁸ Véase el punto 7 de las Conclusiones del Abogado general y el apartado 10 de la Sentencia.

⁴⁹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 29.10.1998, FFJJ 7.º y 8.º (RJ 1998/7939).

⁵⁰ Sentencia del TJCE de 3 de febrero de 2000, asunto C-293/98, EGEDA c. HOASA, Rec. p. I- 629.

⁵¹ Directiva 93/83/CEE del Consejo de 27 de septiembre de 1993 sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable (DO L 248, p. 15).

establecimiento debería abonar a la entidad de gestión de los derechos de autor (EGEDA) una remuneración única por cuenta de los productores y de los intérpretes o ejecutantes de tales obras en virtud de los arts. 20 y 122 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril). Al respecto el TJ rechaza la argumentación de la Comisión, que sí había retenido el Abogado general en sus Conclusiones, relativa a la obligatoriedad del cumplimiento por parte de los Estados miembros del Convenio de Berna sobre Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1971, modificado en 1979, tanto en razón del art. 5 del Protocolo 28 al Acuerdo por el que se crea el EEE, como en virtud del art. 9 del Acuerdo ADPIC, anexo al Acuerdo por el que se crea la OMC. El Tribunal sigue a algunos Gobiernos personados en el caso y se centra en el objetivo de «armonización de mínimos» de la Directiva 93/83/CEE, que pretende únicamente sentar las bases imprescindibles para eliminar la inseguridad jurídica derivada de la aplicación cumulativa de las legislaciones de los Estados en la materia, imponiendo solamente la aplicación de la legislación del Estado de origen de la grabación y su respeto por parte de los demás Estados en lo referente a la difusión vía satélite (que no por cable) y el reconocimiento del derecho exclusivo del autor de autorizar las comunicaciones al público de sus obras. Según el Tribunal, éste es el único objetivo de la definición del art. 1 de la Directiva sobre «comunicación al público vía satélite» y de la determinación del lugar en el que se lleva a cabo dicha comunicación, por lo que la cuestión planteada por el juez *a quo* debe resolverse aplicando la normativa nacional⁵².

El tercer reenvío prejudicial resuelto por el Tribunal de Luxemburgo con la Sentencia en el asunto Gabalfrisa⁵³ es, sin duda, de los más rele-

⁵² El Juzgado de Oviedo ha dictado Sentencia de 24 de abril de 2000 (AC 2000/795) en la que, a falta de Sentencia prejudicial y atendido el estado indeciso de nuestra jurisprudencia interna, se apoya ampliamente en las Conclusiones del Abogado general La Pergola (FFJJ. 5.º y 7.º) para afirmar la existencia de un acto de comunicación pública y reconocer el derecho de la Entidad de gestión de los derechos de los productores audiovisuales, aunque reduzca sensiblemente sus tarifas abusivas. Lo cual está en consonancia con la Resolución del Pleno del TDC de 27.07.2000 (AC 2000/1528), por la que se sanciona a EGEDA, junto con otras empresas, por abuso de posición dominante en el campo de la gestión de los derechos de propiedad intelectual vulnerando los arts. 5 LDC y 86 TCE.

⁵³ Sentencia de 21 de marzo de 2000, Gabalfrisa S.L. y otros c. Agencia Estatal de Administración Tributaria (asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, Rec. p. I-1577).

vantes de este período. Ello no se deriva tanto por el tema material tratado⁵⁴, sino esencialmente por la admisión de los Tribunales Económico-Administrativos españoles como órganos jurisdiccionales a efectos del art.

⁵⁴ La cuestión tratada hacía referencia a la compatibilidad con la Sexta Directiva (cuyos arts. 4 y 17 establecen el derecho de deducción del IVA soportado por el sujeto pasivo en las actividades preparatorias anteriores al inicio de la realización habitual de las operaciones gravadas), de una normativa como la española (fundamentalmente los arts. 111 de la Ley 37/92, del IVA y 28 del Real Decreto 1624/92 que aprueba el Reglamento del IVA) que supeditaban dicha deducción a que el sujeto iniciase efectivamente esas actividades empresariales o profesionales dentro del año siguiente, eventualmente prorrogable por la Administración, a la solicitud expresa al efecto. El TJ, apoyado en jurisprudencia ya establecida —Sentencias de 14 de febrero de 1985, Rompelman, (268/83, Rec. p. 655) y de 29 de febrero de 1996, INZO (C-110/94, Rec. p. I-857)— acerca de la inclusión de las actividades de inversión preparatorias y de la perfecta neutralidad del IVA, rechaza que una normativa como la española pueda justificarse sobre la base de asegurar la percepción del impuesto y evitar el fraude porque cuestiona sistemáticamente el derecho a deducir el IVA, que constituye un principio fundamental del sistema, al establecer requisitos cuyo incumplimiento implica un retraso sistemático del derecho de deducción e incluso su pérdida si transcurre el plazo legal de caducidad de cinco años o no se inician finalmente las actividades. Consecuentemente con este pronunciamiento se han modificado los criterios tributarios como resume la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (Vocalía 5.ª), de 18.12.2000 (JT 2001/124), cuyo F. 2 señala: «En este panorama se producen recientemente dos hechos de relevancia: la Sentencia, llamada ... emitida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el 21 de marzo de 2000, con referencia a España, y la Resolución 1/2000, de 11 de octubre, de la Dirección General de Tributos, publicada en el BOE núm. 265, de 4 de noviembre, dictada para unificar los criterios aplicables al respecto, precisamente a la luz de la expresada sentencia. Ambos pronunciamientos, recogiendo y profundizando los criterios vertidos por el Tribunal de Justicia en anteriores resoluciones, consideran que es más ajustado al Derecho comunitario la supresión de los condicionantes específicos antes citados, reconociendo que el derecho a la deducción se puede ejercer inmediatamente; basta con que se cumplan los requisitos generales que para la deducción se establecen en la Ley y, fundamentalmente, que quienes pretendan la deducción tengan la condición de empresarios o profesionales. Así se dispone en el artículo 93.Uno.1.º de la Ley; ahora se matiza esta lógica exigencia entendiendo que quien realiza la adquisición de bienes o servicios con la intención de destinarlos al desarrollo de una actividad empresarial o profesional, adquiere la condición de empresario o profesional a efectos del Impuesto. Habrá, por tanto, de probarse esa intención». En idéntico sentido, Resolución del TEAC (Vocalía 5.ª), de 17.01.2001, F. 2 (JT 2001/181). Finalmente, podemos señalar pronunciamientos judiciales que ya han aplicado esta jurisprudencia Gabalfrisa: SSTSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 27/2001 de 10.01.2001, FJ 4.º (JT 2001/618) y núm. 538/2001, de 18.04.2001, FJ 2.º (JT 2001/1194).

234 TCE, aptos por tanto para formular cuestiones prejudiciales. Aunque, en efecto, el Tribunal Económico-Administrativo Central ya se proclamó, sólo él solo, como tal en Resolución de 29.3.1990 y el TJCE ya dio respuesta a una remisión interpuesta por él en el asunto *Diversinte*⁵⁵, la aptitud de estos órganos a efectos del planteamiento de reenvíos prejudiciales era un tema debatido⁵⁶. Como se sabe, este asunto se encuentra dentro de una materia que aleja a Abogados generales y a Jueces en el Tribunal de Luxemburgo acerca de la necesidad de delimitar y enjuiciar estrictamente el concepto de órgano jurisdiccional del art. 234 TCE. En esa línea, frente a lo propuesto por el Abogado Saggio afirma el Tribunal en este caso el cumplimiento de los requisitos jurisprudencialmente determinados, incluyendo aquellos más problemáticos como la contradictoriedad del procedimiento y, especialmente, la independencia o cualidad de tercero del órgano (el talante jurisdiccional de la decisión no fue tratado en este asunto). El fundamento principal que soporta esta posición es la separación funcional que los Tribunales Económicos-Administrativos, como órganos administrativos para la resolución de las reclamaciones fiscales y otras, tienen respecto de los demás órganos de la Administración Tributaria encargados de la liquidación, recaudación y gestión del tributo. Esta jurisprudencia, por demás muy problemática desde el punto de vista del Derecho comunitario que acerca la cuestión prejudicial a una suerte de función consultiva cualificada para las Administraciones⁵⁷, ha sido saludada por nuestra doctrina tributarista de forma favorable.

En cuarto lugar, el TJCE ha resuelto en la Sentencia *Océano*⁵⁸, una cuestión presentada por Auto de 31 de marzo de 1998 del Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Barcelona con referencia a la Directiva 93/13/CEE⁵⁹,

⁵⁵ Sentencia de 1 de abril de 1993, *Diversinte* (C-260 y 261/91, Rec. p. I-1885).

⁵⁶ Véase la posición del Abogado general D. Ruiz-Jarabo Colomer, en las Conclusiones en el asunto en el que recayó Sentencia de 12 de diciembre de 1996, *Procesos penales c. X* (C-74 y 129/95, Rec. p. I-6609).

⁵⁷ Al respecto, entendemos que son definitivas las críticas consignadas en los puntos 11-101 de las Conclusiones del Abogado general D. Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto en el que recayó sentencia de 29 de noviembre de 2001, *De Coster* (C-17/00, aún no publicada en la Recopilación) presentadas el 28 de junio de 2001.

⁵⁸ Sentencia del TJCE de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial c. Rocío Murciano Quintero y Salvat Editores c. José Sánchez Alcón Prades y otros* (asuntos acumulados C-240 a 244/98, Rec. p. I-4941).

⁵⁹ Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29).

que establece un marco de protección del consumidor al que la normativa española no se había adaptado en el plazo previsto (31 de diciembre de 1994), sino que lo ha hecho con posterioridad mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación. La problemática no se centra en este caso en una aplicación intertemporal del Derecho vigente: ciertamente, desde el punto de vista del Derecho comunitario, si tales cláusulas no se han negociado individualmente y «obstaculizan o suprimen el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor» (como lo señala la letra q) del Anexo, destinado a ofrecer ejemplos de cláusulas que causan un desequilibrio en detrimento del consumidor) no vincularán al consumidor en las condiciones señaladas por su Derecho nacional (art. 6.1 de la Directiva). Pero el problema aquí no está en la consideración de este tipo de cláusulas como abusivas y, por tanto, inaplicables o nulas en Derecho interno (así lo había afirmado la jurisprudencia interna, aunque bien es verdad que con argumentaciones jurídicas muy dispares y no siempre correctas que convertían esta cuestión en, cuando menos, oscura⁶⁰) sino que fundamentalmente se refiere a la posibilidad de apreciación y de extracción de las consecuencias de tal calificación de oficio por el juez.

Frente a una osada posición del Abogado general, el Tribunal se muestra más prudente y fijando que el resultado querido por la directiva es establecer dicha apreciación de oficio y ante la imposibilidad de afirmar un efecto directo horizontal, se limita a recordar el principio de interpretación del Derecho nacional, anterior o posterior (porque la adaptación de la norma española a la directiva sólo se produce con el art. 54.2 de la LECiv de 2000), en el sentido de permitir al juez negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva. Esta sentencia, en la medida en que abunda en la ambigüedad, no permitirá aclarar el problemático patio de las cláusulas de sumisión expresa, al menos hasta que desaparezcan los asuntos que se rigen por la normativa anterior⁶¹.

⁶⁰ Esta cuestión ha llamado la atención de la doctrina comunitarista por la heterodoxa eficacia directa horizontal de la Directiva. En este sentido incide la STS núm. 1110/2000 (Sala de lo Civil), de 24.11.2000, FJ 1.º (RJ 2000/9241). Sobre el particular véase, M. LÓPEZ ESCUDERO; F. CUESTA RICO: *loc. cit.*, pp. 412-ss.; L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ; A. SEGURA SERRANO: *loc. cit.*, pp. 591-592.

⁶¹ En este sentido, cabe mencionar algunos Autos dictados en litigios similares ante Juzgados de Primera Instancia, precisamente de Barcelona, más o menos coetáneos con el planteamiento de la cuestión prejudicial, que afirman de oficio tan

En quinto lugar, el TJCE resuelve en la Sentencia SIMAP⁶², la amplia serie de preguntas que el TSJ de Valencia le dirigió concernientes a la Directiva 93/104/CE⁶³ con objeto de dilucidar si sus prescripciones (fundamentalmente sobre jornada laboral y períodos de descanso diario, semanal y anual, y sobre el trabajo nocturno y por turnos) alcanzan a la actividad de los médicos en el servicio público de atención primaria (urgencias y asistencia domiciliaria) tanto cuando éste se desarrolla dentro del centro hospitalario como cuando se realiza en régimen de localización. El TJCE reagrupa las preguntas para contestar: primero, sitúa esta actividad dentro de alcance de la Directiva 93/104 al no estar excluida ni por su art. 1.3 (que se refiere a médicos en período de formación), ni tampoco por el art. 2 de la Directiva de base 89/391/CEE; aun así, como esta actividad cumple los requisitos del art. 17 de la Directiva, legal, reglamentaria o administrativamente, o incluso por convenio colectivo pueden establecerse excepciones a lo contemplado en ella. Estas excepciones deben mantenerse dentro de un margen y, en particular, la Directiva impide que el período de referencia para el cómputo de la duración máxima de la jornada semanal exceda de 12 meses, gozando dicha prohibición, además, de efecto directo.

En la misma vena, el TJCE afronta, en primer lugar, la cuestión de si la atención primaria ha de considerarse tiempo de trabajo (y en su caso horas extraordinarias, calificación irrelevante a efectos de la Directiva que incluye éstas también para los cálculos de las distintas duraciones y períodos de descanso). El Tribunal entiende que debe computarse como tiempo de trabajo todo el que pase el médico en el centro hospitalario, y con respecto al régimen de localización, sólo se considera tiempo de trabajo aquél durante el cual efectivamente se esté prestando asistencia. En segundo lugar, el Tribunal entra a determinar si dicha actividad puede calificarse como trabajo nocturno y por turnos. Así, si es claro que ese servicio constituye trabajo por turnos al cumplir los requisitos del art. 2.5 de

incompetencia y que han sido validados en recursos de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona que, sin embargo, no hace alusión a esta Sentencia del TJCE. Véase Autos de la Audiencia Provincial Barcelona de 12.12.2000 (AC 2001/1647) y de 21.06.2000 (AC 2000/2501).

⁶² Sentencia del TJCE de 3 de octubre de 2000, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) c. Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana (C-303/98, Rec. p. I-7963).

⁶³ Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO L 307, p. 18).

la Directiva, para poder calificarlo como trabajo nocturno, exclusivamente en virtud de la Directiva, se precisaría que la atención primaria formase parte de la jornada diaria habitual. Lógicamente, el Tribunal no contesta a una de las preguntas formuladas por el TSJ por carecer de competencia para pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno. Ésta era si la aplicación analógica de la normativa española que regula esta actividad en el sector privado podía considerarse como el ejercicio de la opción que la Directiva permite para que el Derecho interno de un Estado miembro califique una actividad como trabajo nocturno sobre la base de un cómputo anual.

Por último, señala el TJCE que la vía de acuerdo colectivo no es apta para recabar el consentimiento individual del trabajador que exige la Directiva para que la jornada de éste pueda exceder de 48 semanales, calculado como promedio del período de referencia del art. 16.2, que recordemos puede estar afectado por el ejercicio de la excepción del art. 17, pero con el límite de 12 meses.

El TSJ de Galicia había planteado una cuestión sustancialmente idéntica a ésta, que respondió el TJCE por Auto de 3 de julio de 2001, en donde extiende simplemente esta jurisprudencia al personal de enfermería⁶⁴. El TSJ de Galicia ha dictado sentencia de 10.9.2001 sobre el fondo aplicando con corrección este auto⁶⁵.

La Sentencia del TJCE en el asunto ANALIR⁶⁶ tiene origen en una cuestión prejudicial remitida por el Tribunal Supremo al conocer de un litigio planteado por distintas empresas navieras que solicitaban, en recurso

⁶⁴ Auto del TJCE de 3 de julio de 2001, Confederación Intersindical Galega (CIG) c. Servicio Galego de Saúde (SERGAS), (C-241/99, aún no publicado en la Recopilación).

⁶⁵ La STSJ de Galicia realiza una buena aplicación tanto del Auto en el asunto CIG como de la Sentencia SIMAP, disponiendo el derecho del personal médico y de enfermería a una jornada no superior a 48 horas semanales en un período de referencia no mayor de 12 meses y el derecho a un período de descanso de 11 horas tras una guardia de presencia física o de prestación continuada de 24 horas sin perjuicio de que por distintas vías quepa establecer excepciones y siempre que se concedan períodos equivalentes de descanso compensatorio o excepcionalmente una protección equivalente (STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 10.09.2001, AS 2001/2986). También aplica la jurisprudencia SIMAP la STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 21.03.2001, FJ 3.º (AS 2001/2128).

⁶⁶ Sentencia del TJCE de 20 de febrero de 2001, Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (ANALIR) y otros c. Administración General del Estado (C-205/99, aún no publicada en la Recopilación).

directo, la anulación del R.D. 1466/1997 de 19 de septiembre por el que se determina el régimen jurídico de las líneas regulares de cabotaje marítimo y de las navegaciones de interés público por ser contrario al Reglamento CEE 3577/92⁶⁷. La respuesta ofrecida por el TJCE no es muy concluyente: se limita a enunciar unos criterios (que se aventuran severos pero que están sólo relativamente claros) a la luz de cuyo cumplimiento el órgano jurisdiccional nacional deberá enjuiciar la compatibilidad del Derecho interno.

El asunto es que la normativa española exige para la prestación de los servicios de cabotaje regular insular una autorización administrativa que, además, se supedita a estar al corriente de las deudas tributarias y con la Seguridad Social. En la medida en que la defensa española, con astucia, se enrocó en que las obligaciones de servicio público que cabe imponer a los prestadores se hacen por esta vía de la autorización administrativa, el TJCE no rechaza de plano dicho sistema pero lo sujeta a una serie de condiciones que el TS deberá comprobar: 1) que exista una necesidad real de servicio público, debida a la insuficiencia de los servicios regulares en una situación de libre competencia; 2) que dicho régimen sea necesario y proporcionado al objetivo perseguido y 3) que se base en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas.

En segundo lugar, el TJ entiende, de la mano de la argumentación española, que el Derecho comunitario no se opone a que se exija, como requisitos previos al otorgamiento de una autorización como medio de imposición de obligaciones de servicio público, a los armadores comunitarios estar al corriente de deudas tributarias y de la Seguridad Social, pues dichos requisitos son indicios objetivos de la solvencia de la empresa.

Finalmente, el TJ admite la posibilidad articulada por la norma española de hacer coexistir en una misma línea de cabotaje obligaciones de servicio público (impuestas a unas empresas navieras) con un contrato de prestación de servicio público celebrado con otra u otras, pero siempre que pueda demostrarse la existencia de una necesidad real de servicio público y en la medida en que dicha aplicación simultánea se haga de forma no discriminatoria y esté justificada con respecto al objetivo de interés público perseguido.

⁶⁷ Reglamento CEE 3577/92 del Consejo de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje) (DO L 364, p. 7).

La Sentencia dictada por el TJ en el asunto Jiménez Melgar⁶⁸ tiene su origen en cuatro preguntas prejudiciales planteadas por el Juzgado Único de lo Social de Algeciras en Auto de 10.11.1999 referentes a la aplicación del art. 10 de la Directiva 92/85/CEE⁶⁹. Aunque no era disparatada la objeción del Gobierno español de no ser imprescindible la aplicación del Derecho comunitario para resolver el caso, el TJCE, siguiendo unas brillantes Conclusiones del Abogado general Tizzano, contesta en la medida en que el reenvío prejudicial es facultad del juez interno y no se trataba de un litigio ficticio, sino vinculado con las normas comunitarias cuya interpretación se solicitaba. Desde el punto de vista de la aplicación judicial española del Derecho comunitario, la respuesta ofrecida en este caso cobra interés, pues el Tribunal de Justicia determina que dicho art. 10 goza de efecto directo (naturalmente vertical), lo que colma un vacío jurídico existente en España, que no se adaptó a la Directiva sino mediante la Ley 39/1999⁷⁰.

La última respuesta del TJ durante este período ha sido la Sentencia Telefónica⁷¹, reenvío prejudicial interpuesto y resuelto dentro del período que reseñamos. Sea por su novedad, sea por otra causa, planteada por la Sección Tercera de la Sala Tercera del TS español mediante Auto de 14.2.2000, el TJ le ha dado respuesta dentro del año 2001, adelantándose, incluso, a otras cuestiones prejudiciales españolas interpuestas con anterioridad.

⁶⁸ Sentencia del TJCE de 4 de octubre de 2001 María Luisa Jiménez Melgar c. Ayuntamiento de Los Barrios (C-438/99, aún no publicada en la Recopilación).

⁶⁹ Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre, relativa a la mejora de la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima directiva específica) (DO L 348 de 28.11.1992, p. 1).

⁷⁰ Por lo demás, el resto de las cuestiones planteadas son interesantes desde el punto de vista de la interpretación del Derecho comunitario: así, dicho art. 10 no impone a los Estados la obligación de fijar unas causas específicas de despido de la mujer en estos casos ni un procedimiento específico con participación o aprobación de una autoridad nacional; esta prohibición alcanza a todo contrato de trabajo indefinido o temporal mientras dure, pero la no renovación de un contrato temporal no puede asimilarse a un despido, lo que no obsta a que atendidas las circunstancias, dicha no renovación tenga su origen en el embarazo y deba considerarse con arreglo a la Directiva 76/207/CEE como una negativa a contratar basada en una discriminación directa por razón de sexo (apartados 38, 47 y 52 de la Sentencia).

⁷¹ Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 2001, Telefónica de España c. Administración General del Estado (C-79/00, aún no publicada en la Recopilación).

La cuestión giraba, como hemos visto, en torno a la Directiva 97/33/CE y su problemática transposición al ordenamiento español a través del RD 1651/1998 de 24 de julio. Telefónica impugna ante el Supremo dicho RD por imponerle, en tanto que operador dominante en el mercado, la obligación de dar acceso al bucle de abonado y ofrecer la interconexión en las centrales de conmutación locales y de niveles superiores de conmutación a los demás operadores, mientras que en la Directiva no aparecen como obligaciones que puede imponer el Estado al operador dominante sino dentro del anexo que contempla las materias por las que los poderes públicos velarán para que sean incluidas en los acuerdos entre las operadoras privadas. El Tribunal de Justicia se apoya sobre el alcance limitado de la Directiva comunitaria, cuya finalidad es abrir el sector a la libre competencia y, por tanto, lograr una armonización básica pero no total, para afirmar la compatibilidad de la norma española con la comunitaria⁷².

Para terminar con las respuestas del TJ durante este período, debemos hacer alusión a un segundo Auto del Presidente del TJCE⁷³ por el que se archivan las cuestiones prejudiciales que formuló el TSJ del País Vasco ante sendos procesos en los que la Administración del Estado impugnó determinadas Normas Forales de medidas fiscales urgentes de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica. Dichas normas establecían un dispositivo de beneficios fiscales, especialmente en materia de IRPF e IS, circunscrito a los sujetos con domicilio fiscal en el Territorio Histórico o que realizasen en él la mayor proporción del volumen de sus operaciones. La cuestión no ha sido resuelta por el TJCE, puesto que a los siete meses de la presentación (1.7.1999) de las Conclusiones del Abogado general Saggio que, evidentemente, denunciaban la incompatibilidad de una normativa como la foral y el Derecho comunitario (no sólo en materia de libre establecimiento, cuya discriminación no evitaba la Disposición adicional octava de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, que se limitaba a canalizar la eliminación del tratamiento discriminatorio mediante el reconocimiento del derecho al reembolso por parte de la Administración del Estado y que puso fin a un precedente procedimiento de incumplimiento incoado por la Comisión con respecto a Normas forales anteriores esencialmente idénticas, sino en particular por constituir una ayuda de Estado

⁷² Apartados 26, 29 y 36 de la Sentencia.

⁷³ Auto del Presidente del TJCE de 16 de febrero de 2000, Administración del Estado c. Juntas Generales de Guipúzcoa y otras (asuntos acumulados C-400, 401 y 402/97, Rec. p. I-1073).

y no una medida de política económica) se produjo el desistimiento del demandante en el proceso principal, procediéndose al archivo del asunto. No obstante, el TS se ha pronunciado durante este período sobre la incompatibilidad de normativas de este tipo con la distribución competencial constitucional y con el Derecho comunitario⁷⁴.

3. LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO ESPAÑOL

Con carácter general, se puede constatar que nuestros tribunales, al menos los superiores, aplican el Derecho comunitario sin particulares problemas que lo diferencien del ordenamiento jurídico interno, de tal manera que puede afirmarse que a los tres lustros de nuestra participación en el proceso de integración, esta complicada operación jurídica se ha ido asentando no sólo en los operadores jurídicos nacionales, sino también en los aplicadores judiciales.

Aunque algunos casos de nostalgia son menos explicables como el firme apego de nuestros jueces a la denominación «Económica» de la Comunidad Europea o de mercado común, que contrasta con la soltura a la hora de nombrar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, otros son más comprensibles o, cuando menos, previsibles: los habituales errores en las referencias a las disposiciones de los distintos Tratados constitutivos y de los que los modifican se han multiplicado, como era de esperar lógicamente, con el Tratado de Amsterdam a causa de la nueva

⁷⁴ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 22.01.2000 (*RJ 2000/2778*) cuyo FJ 5.º, partiendo de que el «Derecho Comunitario Europeo, como es sabido, de aplicación directa y preferente al Ordenamiento interno, y que los Jueces nacionales, como Jueces Comunitarios de Derecho Común, están obligados a salvaguardar y proteger», acude precisamente al procedimiento por incumplimiento que terminó con la Decisión 93/337/CEE, de 10 de mayo de 1993 y a su solución legislativa porque «demuestra, con referencia a unos incentivos fiscales de menor calado que los aquí analizados y conforme se concluyó en las sentencias anteriormente mencionadas, la existencia de una auténtica discriminación entre las empresas establecidas en el Territorio de que aquí se trata y las de los demás Estados de la Comunidad Europea y del resto de España, con la agravante de que estas últimas no podían acogerse al reembolso prevenido en la Disposición Adicional de referencia», para concluir en la anulación de la norma foral alavesa.

numeración establecida. Ello ha rebajado el ya de por sí escaso porcentaje de resoluciones judiciales que consiguen identificar correctamente el artículo en cuestión, incluyendo aquellas que critican, con severidad impropia, este extremo⁷⁵. No dedicaremos esta crónica a resaltar estos errores cotidianos que más bien afean nuestra jurisprudencia, sino a observar con qué talante se han aplicado los principios que rigen las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho español.

A) LA PRIMACÍA Y LA APLICACIÓN DIRECTA

Salvo casos aislados, nuestros órganos judiciales no muestran reticencias en aceptar el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho español, principio base que sustenta estas relaciones. Desde el punto de vista de su aplicación judicial, la afirmación del principio de primacía se produce generalmente de la mano del de aplicación o eficacia directa, pues es fundamentalmente cuando se alega la contradicción entre norma interna y norma comunitaria que se manifiesta la primacía de ésta al imponerse su aplicación preferente y la inaplicación de la norma nacional.

Así ha ocurrido por lo que respecta al Derecho comunitario originario, cuyas primacía y eficacia directa se han reiterado en distintos asuntos relativos a las libertades del mercado interior⁷⁶, si bien persiste una jurisprudencia errónea en algunas materias⁷⁷.

⁷⁵ La STSJ de Andalucía se excede con una demanda que impugnaba una resolución tributaria en materia de IRPF interpuesta por una ciudadana alemana. En la demanda el error material era fácilmente detectable, pues alegaba los arts. 5 y 6 del TCE, pero señalaba expresamente que éstos hacían referencia al deber de confianza mutua (léase lealtad comunitaria) y al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Estaba claro que se trataba de la numeración anterior al Tratado de Amsterdam (TA). El TSJ de Andalucía transcribe ácidamente en su sentencia los arts. 5 y 6 del TCE, del TUE y del TA para dejar sentado que los fundamentos jurídicos alegados son erróneos. Pero, paradojas del destino, cuando pretende rematar su razonamiento y demostrar lo infundado del *petitum* blande la excepción de un artículo que nunca existió: el «art. 73.D.1.a) del Tratado de Maastricht de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, conforme al cual, lo dispuesto en el art. 73 B...» (STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, sede de Sevilla) de 27.01.2001, FJ 2.º, cursiva añadida, *JT 2001/1236*).

⁷⁶ Sobre libre circulación de trabajadores y acceso a los empleos de la Administración pública: STSJ de La Rioja núm. 695/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Unica), de 27.12.2000, FJ 2.º (*RJCA 2001/424*); STS (Sala de

No obstante, por lo que atañe a las normas de Derecho comunitario derivado, sí se han producido durante este período pronunciamientos de carácter más genérico. Precisamente cabe comenzar recordando la citada STC 45/2001, de 15 de febrero, en cuyo F. 7 nuestro TC acepta sin discusión las características de las normas comunitarias, en concreto de los reglamentos: «Es preciso clarificar, ante todo, que no se discute aquí la reglamentación estatal, en cuanto transcribe literalmente lo ya establecido en los Reglamentos comunitarios a los cuales se pretende dar cumplimiento, *en tanto no se oculte la naturaleza o se comprometa o cuestione la directa aplicabilidad* de unas disposiciones que, *conforme a la pauta comunitaria sentada por el Tribunal de Justicia* de las Comunidades Europeas al interpretar el art. 249 (antiguo art. 189) TCE, *han de tener una directa, inmediata y —a salvo excepciones regladas— simultánea aplicación en el conjunto del territorio de la Comunidad, sin necesidad —se-*

lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 17.05.2000 (*RJ 2000/4495*) en relación con un recurso de revisión y STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Unica, Sede de Málaga), de 21.12.2000, FJ 3.º (*RJCA 2001/482*) reconducido sagazmente a la interpretación concreta de la norma interna, pues ya no cabía su impugnación directa. Con respecto a la libre circulación de capitales, la STSJ de Madrid núm. 20/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª), de 18.01.2001, FJ 4.º (*RJCA 2001/592*) declara, fundándose en la derogada Directiva 1988/361/CEE, la conformidad a Derecho comunitario de las operaciones de verificación previa cuando la actividad de la sociedad receptora es la tenencia de acciones o participaciones en otras sociedades lidiando con el siempre problemático control administrativo previo. Finalmente, cabe señalar, en materia de libre circulación de mercancías, otra STSJ de Madrid, la Sentencia núm. 54/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª), de 25.01.2000, FFJJ 5.º-7.º (*RJCA 2000/2259*) que resuelve, en aplicación del reconocimiento mutuo, la inscripción en el Registro pertinente de un producto dietético de origen italiano y, particularmente, la STS núm. 852/2001 (Sala de lo Civil), de 28.09.2001, FFJJ 6.º-10.º (*RJ 2001/8718*), que realiza una aplicación en materia de marcas muy documentada y perfectamente fundamentada en Derecho comunitario.

⁷⁷ Así ocurre con la jurisprudencia relativa a los llamados Arbitrios de las ciudades de Ceuta y Melilla, que nuestro TS no considera, a pesar de la jurisprudencia del TJCE un EEE prohibida por el TCE. Durante este período, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 17.04.2000, FJ 2.º (*RJ 2000/3784*) traslada al Arbitrio de Melilla, la jurisprudencia ya sentada respecto del ceutí, jurisprudencia altamente criticable (como indican M. LÓPEZ ESCUDERO y F. CUESTA RICO: *loc. cit.*, p. 407) a la que se ha alineado durante el año 2001 el TSJ de Andalucía (véase la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, Sede de Sevilla), de 7.02.2001, *JT 2001/730*).

gún ha reconocido este Tribunal— de acto estatal alguno que haya de posibilitar su previa incorporación formal al Derecho interno o haya de autorizar o condicionar su plena eficacia en el espacio jurídico estatal (STC 79/1992, de 28 de mayo, FJ 3)»⁷⁸.

Sobre el particular, por dos razones conexas abunda con interés la Sentencia del TSJ del País Vasco de 11.09.2000, que enjuicia en el marco de un recurso contencioso la impugnación de un Decreto del Gobierno vasco relativo a las transferencias de cantidades de referencia en el sector lechero: una primera, más ajena a este apartado de la crónica, permite contrastar y advertir el diferente calado argumentativo en dos pronunciamientos sobre la misma cuestión como es la STC 45/2001 antes citada, que renuncia a toda utilización del Derecho comunitario, mientras que esta sentencia del TSJ sí acude con utilidad y profusión a la norma comunitaria: auténtico parámetro (ahora sí) de legalidad de las normas internas autonómica o estatal y, consecuentemente con ello, en segundo lugar, se afirma con abierta franqueza el principio de primacía. Así, en su FJ 6º asevera esta sentencia: «Finalmente resta por considerar el papel del juez nacional en el enjuiciamiento de la adecuación al ordenamiento comunitario de la actividad de los Estados, y más concretamente en el presente caso de la norma impugnada en relación con el Reglamento (CEE) 3950/1992 del Consejo, de 28 de diciembre de 1992. *No ofrece duda que el reglamento comunitario anteriormente citado se erige en parámetro de la legalidad de la norma impugnada*, toda vez que, de un lado, de conformidad con lo previsto *por el art. 96 CE* los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados en España forman parte del ordenamiento interno, y de otro, *de conformidad con lo dispuesto por el art. 189 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea* hecho en Roma el 25 de marzo de 1957 (TCEE), modificado por el Tratado de la Unión Europea (Maastricht) de 7 de febrero de 1992, ratificado por España por Instrumento de 29 de diciembre de 1992, a partir del cual pasa a denominarse simplemente Tratado de la Comunidad Europea (TCE), *los reglamentos tienen efecto directo en el ámbito de los Estados miembros sin necesidad de normas internas de transposición, y, además tienen primacía sobre el derecho interno al que desplazan en caso de contradicción, correspondiendo al juez nacional la garantía de su aplicación preferente*»⁷⁹.

⁷⁸ STC 45/2001, de 15 febrero, F. 7.

⁷⁹ STSJ del País Vasco núm. 884/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 11.09.2000, FJ 6.º (RJCA 2000/2283) (cursiva añadida).

Aunque la afirmación de la primacía de los reglamentos parezca ya una cuestión zanjada y consolidada⁸⁰, no cabe darla por cerrada como prueba que nuestro TS se haya visto obligado a reafirmarla casando el razonamiento contenido en una sentencia del TSJ de Madrid según la cual los reglamentos comunitarios «únicamente se aplican en cada nación de la UE si pasan cinco años durante los cuales no se haya cumplido con la obligación de integrarlos en su normativa interna», casación que es de agradecer aunque nuestro Tribunal Supremo no acierte a situar jurídicamente el principio de autonomía institucional y procedimental que rige la ejecución del Derecho comunitario, y por tanto también, de los reglamentos⁸¹.

En este sentido, completa la aplicación judicial de los reglamentos comunitarios otra relevante Sentencia de este período, que afronta una ya vieja cuestión relativa a la inactividad del Estado para adoptar la normativa necesaria que posibilite a los funcionarios españoles que prestan servicio en las Comunidades traspasar sus derechos pasivos para acogerse al sistema comunitario de pensiones, tal y como recoge el art. 11-2 del Anexo VIII del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas, a cuyo tenor «el funcionario que entre al servicio de las Comunidades, tras haber cesado en el servicio de una Administración, o de una Organización Nacional o Internacional, o ejercido una actividad por cuenta propia o ajena, tendrá la facultad en el momento de su nombramiento definitivo, de hacer transferir a las Comunidades bien el equivalente actuarial, bien el total de las cantidades de sus derechos de pensión de jubilación que hubiera adquirido en virtud de las actividades mencionadas anteriormente» y que provocó la condena de España por incumplimiento en 1997⁸². En ese momento, una serie de funcionarios de la Comunidad acu-

⁸⁰ Así, por ejemplo, aquellas de la Sala Primera del TS que han afrontado cuestiones de Derecho de la competencia, aplicando sin dificultad los Reglamentos comunitarios en la materia (STS núm. 130/2000 (Sala de lo Civil) de 21.02.2000, FFJJ 4.º y 5.º, *RJ 2000/753*; STS núm. 63/2001 (Sala de lo civil), de 1.02.2001, FFJJ 1.º y 2.º, *RJ 2001/2231*; STS núm. 202/2001 (Sala de lo Civil), de 2.03.2001, FJ 1.º, *RJ 2001/2616*; STS núm. 232/2001 (Sala de lo Civil), de 15.03.2001, FJ 5.º, *RJ 2001/5980*), destacando por su corrección y brillantez la STS núm. 540/2000 (Sala de lo Civil), de 2.06.2000 (*RJ 2000/5092*), cuyos FFJJ 5.º y 6.º son prácticamente un manual en la materia.

⁸¹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) de 16.02.2000, FFJJ 4.º y 5.º (*RJ 2000/1889*).

⁸² Sentencia del TJCE de 17 de julio de 1997, Comisión c. España (C-52/96, Rec. p. I-4637).

de a los Tribunales solicitando que, en tanto que reglamento comunitario (Reglamento 259/68, de 29 de febrero), se aplique directamente dicho artículo del Estatuto. La Sentencia del TS afronta, siguiendo la jurisprudencia Eridania del TJCE, la distinción entre efecto directo y aplicabilidad directa⁸³, resolviendo que en este caso nos encontramos ante un reglamento que precisa de medidas estatales de aplicación, como deja claro la misma Sentencia dictada por el TJCE en 1997 donde se declara el incumplimiento de España.

Como es sabido el aspecto más problemático en materia de eficacia directa y primacía lo constituyen las directivas. Al respecto, este período ofrece ejemplos variopintos: frente a la continuación de la jurisprudencia que otorga eficacia directa horizontal a la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas⁸⁴ (a lo que el TJCE no ha ayudado con una Sentencia clara en el asunto Océano) o que se acerca, por vía hermenéutica, a

⁸³ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 23.07.2001 (*RJ 2001/6922*) señala en el FJ 2.º: «La resolución de la cuestión debatida pasa por determinar las consecuencias del llamado “efecto directo” del Reglamento comunitario concernido, ya que para los recurrentes ese efecto deriva de la misma naturaleza de aquella norma dentro del sistema de fuentes del derecho de la Unión Europea, mientras que el Abogado del Estado señala que su eficacia requiere de la aprobación de normas internas estatales que hagan plenamente operativas sus previsiones, normas internas (...) Así planteado el debate, debemos partir del principio indiscutido de la primacía del Derecho Comunitario sobre el Ordenamiento interno de los Estados miembros de la Unión Europea y de que los Reglamentos, a diferencia de las Directivas, son directamente aplicables en cada Estado una vez que hayan sido publicados en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Pero estos criterios no empecen la posibilidad de que el mismo Reglamento pueda habilitar ya a una Institución comunitaria ya a un Estado miembro, para adoptar medidas de aplicación. Así lo ha reconocido el Tribunal de Justicia en sentencias como la de 27 de septiembre de 1979 (Sentencia Eridania, asunto 230/1978), donde se declara que “la aplicabilidad directa de un Reglamento no se opone a que el mismo reglamento faculte a una Institución Comunitaria o a un Estado miembro para dictar medidas de aplicación. En el segundo caso, las modalidades de ejercicio de esta facultad están reguladas por el Derecho Público del Estado miembro interesado. No obstante, la aplicabilidad directa del acto que faculta al Estado miembro para tomar las medidas nacionales de que se trate tendrá la consecuencia de permitir a los órganos jurisdiccionales nacionales controlar la conformidad de dichas medidas con el contenido del Reglamento comunitario”. Concluye esta sentencia señalando que “no existe incompatibilidad entre la aplicabilidad directa de un Reglamento comunitario y el ejercicio de la facultad, atribuida a un estado miembro, para adoptar medidas de aplicación con base en dicho Reglamento”».

⁸⁴ STS núm. 1110/2000 (Sala de lo Civil), de 24.11.2000 (*RJ 2000/9241*).

un efecto directo vertical descendente de la Directiva 1997/33/CE⁸⁵ o a un compromiso internacional de incierto alcance⁸⁶, otras resoluciones son

⁸⁵ La AN ha dictado algunas sentencias afrontando impugnaciones presentadas por Telefónica de la publicación por parte de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de ciertos datos de sus acuerdos de interconexión con otros operadores, amparados por la confidencialidad. En el FJ 3.º de estas sentencias la AN afirma: «Como señala la resolución impugnada, no existe en el derecho interno, una normativa que expresamente identifique cuáles son los datos o informaciones que pueden quedar protegidos por el secreto comercial o industrial y, en tanto el legislador no puntualice tal extremo, es adecuado acudir a otros puntos de referencia que lógicamente, nos permiten una aproximación y, a ser posible, concreción de los mismos. Ante dicha situación resulta adecuado aplicar directamente las Directivas comunitarias, en aquellos puntos que resulten lo suficientemente precisas y detalladas para su aplicación directa», afirmación que aplica en el FJ 4.º para concluir la conformidad a Derecho de la publicación de la parte del acuerdo relativa a los precios de interconexión, no amparada por la confidencialidad (SSAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª), de 1.03.2000 (*RJCA 2001/53*) y de 24.03.2000 (*RJCA 2000/1418*)).

⁸⁶ A efectos de determinar la obligación real de contribuir en el IS y la aplicación del Convenio de 1973 para evitar la doble imposición entre España y Francia, la AN reitera este alucinante razonamiento jurídico con el que pretende justificar la utilización de una Directiva aún no transpuesta (Directiva 1991/250/CEE) y de la Ley posterior de transposición (Ley 16/1993, de 23 de diciembre) para colmar la laguna existente en nuestro ordenamiento jurídico sobre la calificación de los programas de ordenador como obra literaria: «Es verdad que el hecho imponible tuvo lugar en el ejercicio 1991 y que la precitada Ley 16/1993 no entró en vigor hasta el día 25 de diciembre de ese mismo año, según su Disposición Adicional Primera, pero no se trata de invocar aquí una norma para aplicarla retroactivamente sino de una invocación a los solos efectos interpretativos ante la existencia de una laguna legal en el momento de la realización del hecho imponible. Item más, dicha Ley supone la incorporación al Derecho Español de una Directiva Comunitaria que, esta sí, se había adaptado durante el ejercicio económico correspondiente al hecho imponible de actual referencia puesto que la Directiva en cuestión está fechada el 14 de mayo de 1991 lo que, además, significa que su procedimiento de elaboración se hallaba ya en curso al comienzo de 1991 y por tanto ya en aquella fecha podía decirse que de “*lege ferenda*” los programas de ordenador, como a continuación se dirá, podían ser considerados como “*obras literarias*”. Finalmente, el que las Directivas Comunitarias, aparte los supuestos en que se aplica la doctrina de la invocación directa de Directivas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recogida ya por nuestro Alto Tribunal, no constituyan normas directamente aplicables en los Estados miembros, sino que supongan simplemente una obligación de incorporarlas a los Derechos internos por dichos Estados, no empece a lo anterior porque, y esto es lo que importa, la adopción de una Directiva supone tanto como

particularmente correctas en el enunciado de la eficacia directa de las directivas⁸⁷. Este ha sido el frecuentísimo caso del art. 11 de la Directiva 69/335/CEE sobre impuestos que gravan la concentración de capitales que, como ya había dicho la jurisprudencia comunitaria⁸⁸, goza de efecto directo y primacía frente a la norma española especialmente confusa, de manera que deben considerarse exentas del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados las escrituras de amortización de obligaciones. Así, si alguna sentencia despunta por la claridad con que expone cómo se ha desarrollado toda esta cuestión⁸⁹, un numeroso grupo de sentencias comparte un FJ 3º que describe a la perfección la doctrina del efecto directo de las directivas, concluyendo que «siempre que las disposiciones de una Directiva sean, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, podrán ser invocadas frente al Estado que no haya realizado una transposición correcta de la Directiva en los plazos previstos y los Jueces nacionales están obligados a dar prevalencia a las disposiciones de la Directiva sobre la legislación nacional contraria»⁹⁰.

aceptar la voluntad de los representantes de los Estados miembros en las instituciones de la actual Unión Europea», SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 20.07.2000 (*JT 2001/9*).

⁸⁷ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 28.05.2001, FJ 6.º (*RJ 2001/5704*).

⁸⁸ Sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1998, FECSA y ACESA (asuntos acumulados C-31/1997 y C-32/1997, Rec. p. I-6491).

⁸⁹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 30.09.2000 (*RJ 2000/9448*).

⁹⁰ En este FJ 3.º afirma el TS: «Inclusive el argumento de la inaplicabilidad de la Directiva en cuestión por no haber sido traspuesta adecuadamente al Derecho interno no podría prosperar, tan pronto se tenga presente que, aun cuando del art. 189, párrafo 3.º, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea —hoy art. 249 de la versión consolidada de Amsterdam—, parezca deducirse que las Directivas obligan sólo a una adaptación legislativa a realizar por los Estados miembros y no crean, por eso mismo, derecho directamente aplicable y susceptible de ser hecho valer por los particulares ante los Tribunales, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, hoy de la Unión Europea, ha declarado reiteradamente que, *en aquellos casos en que haya transcurrido el plazo de ejecución de una Directiva sin que ésta haya sido ejecutada adecuadamente, los particulares podrán invocar frente al Estado —efecto directo vertical— aquellos preceptos de la misma que sean claros, precisos y no dejen margen de apreciación discrecional, bien porque el efecto útil de las referidas normas se vería disminuido si los ciudadanos no pudieran invocar las Directivas ante sus propios Tribunales y éstos no tuvieran obligación de aplicarlas* —Sentencias de 1 de febrero y 23 de noviembre de 1977, asuntos VNO y

Junto a estos acertados pronunciamientos, reviste un gran interés la sentencia del TS dictada en un recurso directo dirigido contra el Real Decreto 176/1998 que aprobaba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, aduciéndose su contradicción con la Directiva 97/67/CE. Así lo reconoce el TS en la medida en que la normativa española no respetaba la independencia funcional que la Directiva pretende con la liberalización de este sector, al hacer converger en el Ministro de Fomento y en el Secretario General de Comunicaciones la función de autoridad nacional de reglamentación en el sector postal y la dirección de uno de los operadores postales, precisamente aquel al que se encomienda la prestación del servicio universal (la EPECT). Lo verdaderamente relevante es que nuestro TS enjuicia esta compatibilidad y resuelve declarando la nulidad del art. 16.1 del Estatuto antes de que haya transcurrido el plazo de transposición de la Directiva en aplicación de la jurisprudencia Inter-Environnement Wallonie y de la primacía del Derecho comunitario en su FJ 12º: «Enlazando ahora con lo que dijimos en el cuarto de los Fundamentos de Derecho, se obtiene como evidente la apreciación de que el conjunto de normas consideradas definen un Estatuto de la EPECT que no tiene, en sí mismo y en principio, un carácter de provisionalidad; es decir, no se obtiene la apreciación de que a través del Real Decreto impugnado se pretendiera establecer, en lo que atañe a la cuestión controvertida, un régimen transitorio, que como tal hubiera de fenecer o ser modificado cuando venciera el plazo para dar cumplimiento en nuestro Derecho interno a lo dispuesto en la Directiva 97/67/CE. En consecuencia, utilizando los criterios que indica la sentencia del Tribunal de Justi-

Enka, respectivamente—, bien porque los Estados no pueden oponer a los particulares el propio incumplimiento de las obligaciones que las Directivas les imponen —Sentencias de 5 de abril de 1979, asunto Ratti, y de 19 de enero de 1982, asunto Becker—. En conclusión: siempre que las disposiciones de una Directiva sean, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, podrán ser invocadas frente al Estado que no haya realizado una transposición correcta de la Directiva en los plazos previstos y los Jueces nacionales están obligados a dar prevalencia a las disposiciones de la Directiva sobre la legislación nacional contraria —Sentencias del Tribunal de Luxemburgo de 26 de febrero de 1986, caso Marschall, y de 20 de septiembre de 1988, caso Moormann—» *Ad ex.*, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 19.09.2001, FJ 3.º (RJ 2001/7577) (cursiva añadida). Comparten idéntico FJ 3.º las SSTS recogidas en los siguientes marginales: RJ 2001/7610, RJ 2001/7609, RJ 2001/7583, RJ 2001/7578, RJ 2001/5349, RJ 2001/902.

cia de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 1997, citada en aquel Fundamento de Derecho, ha de concluirse que la norma estatutaria impugnada en este proceso comprometía gravemente, ya al tiempo de dictarse, la consecución del resultado prescrito en la Directiva, de suerte tal que nuestro Estado debió abstenerse de dictarla»⁹¹.

Los pronunciamientos relativos a la primacía y eficacia directa del Derecho comunitario no se han limitado lógicamente a reglamentos y directivas, sino que han alcanzado durante este bienio a otras normas comunitarias. Así por ejemplo, con respecto a las decisiones, en una complicada cuestión de Derecho de la competencia la sentencia del TS afirma: «La Decisión de la Comisión Europea de 18 de diciembre de 1996, *en virtud de su eficacia directa y primacía sobre el derecho interno, que hay que inferir del propio artículo 90.3 del Tratado*, como así lo ha venido declarando el Tribunal de Justicia en reiteradas y conocidas sentencias, a partir de la dictada en el Asunto 226/1987 (Comisión c. Grecia-1988), obligaba al Estado español a adoptar las medidas necesarias...»⁹². El res-

⁹¹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 26.01.2000, FJ 12.º (RJ 2000/10108). El referido FJ 4.º señala con maestría: «Al abordar el estudio del primero de los motivos de impugnación debe, ya de entrada, descartarse que constituya un obstáculo insalvable, determinante por sí solo de su rechazo, el mero dato temporal de que el Real Decreto 176/1998, de 16 de febrero, se dicte cuando aun no había vencido el plazo que el artículo 24 de la Directiva 97/67/CE señalaba para que los Estados miembros pusieran en vigor las disposiciones necesarias para darle cumplimiento. Con independencia de que el preámbulo mismo del Real Decreto haga explícita referencia a dicha Directiva señalando que el Correo deberá adaptarse al contenido liberalizador previsto en ella, basta ahora con recordar lo dicho en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 18 de diciembre de 1997, dictada en el asunto C-129/1996, según la cual el párrafo segundo del artículo 5 y el párrafo tercero del artículo 189 del Tratado CEE exigen que, durante el plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva fijado por ésta, el Estado miembro destinatario se abstenga de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente la consecución del resultado prescrito por dicha Directiva; correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional apreciar si estas circunstancias concurren en el caso de las disposiciones nacionales cuya legalidad debe examinar. Lo decisivo no es por tanto el dato temporal de la fecha en que la disposición interna se dicta, sino si con ésta se compromete gravemente la consecución del resultado prescrito en la Directiva; siendo este aspecto el que, en consecuencia, habrá de ser examinado en esta sentencia en el momento metodológicamente oportuno».

⁹² STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 1.0.2000, FJ 2.º (RJ 2000/318). Esta sentencia afronta la impugnación por parte de Master DIS, ope-

peto de la primacía y eficacia directa de la Decisión de la Comisión facilita la solución de este enrevesado caso, aunque obliga al Tribunal a seguir un tortuoso razonamiento en Derecho español y, acaso también, comunitario⁹³.

Igualmente han sido objeto de reconocimiento en este período que comentamos la primacía y el efecto directo de las normas contenidas en los acuerdos concluidos por la Comunidad con terceros Estados e, incluso, en los actos emanados de los órganos que crean estos acuerdos. Se trata de casos en los que órganos judiciales de lo Social en primera instancia han interpretado que las disposiciones del Acuerdo Europeo con Polonia⁹⁴ y de Asociación con Turquía, así como de la Decisión 1/80 del Consejo de Asociación CE-Turquía⁹⁵, relativas a la prohibición de discrimi-

rador de telefonía móvil, del RD 1252/1997 que otorgaba determinadas compensaciones y ventajas a Airtel con objeto de dar cumplimiento a una Decisión de la Comisión. Esta había declarado que una de las condiciones exigidas en el concurso que otorgó una concesión nacional de telefonía móvil GSM era contraria al Derecho comunitario, al habersele exigido al adjudicatario (Airtel frente a Master DIS) una cuantiosa aportación financiera al Tesoro, mientras que Telefónica había transformado gratuitamente su título habilitante.

⁹³ En la medida en que la Decisión otorgaba libertad al Estado para reparar la distorsión de la competencia creada pero prohibía la revocación de la concesión a Airtel, la opción adoptada por el Gobierno de no devolver la cantidad recibida sino de compensar al operador con numerosas ventajas establecidas en el RD y en un acuerdo entre Telefónica y Airtel, aprobados por la Comisión, el respeto de la primacía de la Decisión —sin cuestionar ni su propia validez desde el punto de vista comunitario, ni que la opción de Derecho interno no fuese, desde luego, la única posible— obliga a no poder revocar la concesión y a justificar con gran dificultad la capacidad del Gobierno para modificar el Pliego de Condiciones.

⁹⁴ La Sentencia núm. 364/2000 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Pamplona, de 13.11.2000, FJ 3.º (AS 2000/3435) entiende que una vez contratado legalmente, se trata de un trabajador a efectos del art. 48 TCE y del art. 37 del Acuerdo de Asociación, que no puede ser discriminado por razón de nacionalidad en lo que respecta a las «condiciones del empleo» entre las que se incluye la licencia como jugador.

⁹⁵ La Sentencia núm. 365/2000 del Juzgado de lo Social núm. 12 de Barcelona, de 14.06.2000, FJ 4.º (AS 2000/1634) enuncia siguiendo la jurisprudencia comunitaria que «una disposición de un Acuerdo celebrado por la Comunidad con terceros países debe considerarse directamente aplicable cuando, a la vista de su tenor, de su objeto, así como por la naturaleza del Acuerdo, contiene una obligación clara y precisa, que en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno» así como que «los mismos criterios son aplicables cuando se trata de determinar si las disposiciones de un Decisión del Consejo de Asociación CEE-

minación de los trabajadores nacionales de estos países en materia de «condiciones de empleo» gozan de efecto directo y primacía frente a distintas resoluciones de la Liga ACB de no otorgar a estos jugadores la licencia como nacionales o comunitarios. Acaso estas consideraciones, susceptibles de plantear recelo desde el punto de vista sustantivo, subyacen a algún otro pronunciamiento menos aceptable⁹⁶.

En conclusión, no cabe duda de que nuestros tribunales han aceptado con un talante extraordinariamente hospitalario la primacía y eficacia directa de las normas del Derecho comunitario, lo que no obsta a que, en ocasiones, se dejen llevar por algún arrebatado integracionista a todas luces excesivo⁹⁷.

B) EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA TUTELA CAUTELAR

Con respecto a estos otros principios que vertebran las relaciones del Derecho comunitario con los ordenamientos internos cabe también resaltar algún pronunciamiento de nuestros Tribunales. Así, en una línea que no es

Turquía pueden tener efecto directo». Concluye el Juzgado que éste es el caso de la Decisión 1/80 y que, por tanto una vez contratado legalmente, se trata de un trabajador amparado por esta norma que prohíbe su discriminación en lo referente a las condiciones de empleo (FFJJ 6.º-7.º).

⁹⁶ Cótéjese la criticable argumentación, a medio camino entre el Derecho comunitario y el Derecho interno, plagada de incoherencias e incorrecciones de la Sentencia núm. 226/2001 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife de 19.04.2001, FFJJ 7.º-8.º (AS 2001/2365), dictada en un caso similar con respecto a jugadores de fútbol.

⁹⁷ Es el caso extremo de la STSJ de Extremadura núm. 253/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Unica), de 15.02.2001 (RJCA 2001/513), que resolviendo un recurso contra la denegación de la inscripción en el Registro General de Entidades Deportivas de la Federación extremeña de fútbol-sala, afirma en su FJ 6.º: «La Administración actuará y gestionará con mayor eficacia los intereses públicos y si otorga unidad de tratamiento a las realidades diferenciadas, *pero también por el principio de primacía del derecho comunitario (Casos Van Gend Loos de 1963) debe tener presente el informe favorable de la Comisión Europea recogida en la información remitida a estos Autos por la Comunidad Autónoma de Andalucía favorable a la independencia del fútbol-sala respecto del convencional a favor de la competencia y para mejor cumplimiento de los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma*».

del todo novedosa⁹⁸, podemos destacar la Sentencia de 3 de julio de 2000 donde el Tribunal Supremo casa con decisión, entre plantillas y severas reprimendas, una Sentencia del TSJ de Navarra que acordaba la suspensión provisional de la orden de incorporación a la prestación social por un objeto de conciencia. En esta sentencia, se acude a la jurisprudencia comunitaria para fijar con claridad los requisitos necesarios para la adopción de medidas cautelares (*fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y *periculum in mora* o peligro en la demora), el orden en que deben examinarse y, en particular, el carácter preceptivo y necesario de la ponderación de los intereses en conflicto —particulares y públicos— que debe realizar el órgano judicial para justificar la adopción de la medida⁹⁹.

En esa dirección, resaltan no por acudir a la jurisprudencia comunitaria sino por proteger cautelarmente derechos derivados del ordenamiento comunitario, los Autos de los Juzgados de lo Social núm. 2 y 3 de Vitoria-Gasteiz dictados en asuntos similares a los ya reseñados, en los que jugadores de nacionalidad lituana, logran la suspensión cautelar de la Resolución del Secretario de Estado por la que se suspendía la licencia concedida como jugadores comunitarios en virtud del Acuerdo de Asociación¹⁰⁰ y especialmente el Auto del TSJ del País Vasco de 15 de febrero de 2001, que acuerda, con un amplio y correcto razonamiento, desde el punto de vista sustantivo, en Derecho comunitario, la suspensión cautelar de una Orden del Gobierno Vasco que excluía del Decreto de Producción Agraria Ecológica (dictado siguiendo los reglamentos comunitarios de 1992 y 1999 sobre este tipo de producción y sus indicaciones en los produc-

⁹⁸ *Ad ex.* ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 16.05.2000, FFJJ 3.ª-4.ª (RJ 2000/3605).

⁹⁹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 3.07.2000, FFJJ 2.C y 2.D (RJ 2000/5944). Ciertamente se trataba de un auto insólito del TSJ de Navarra, de un tenor idéntico a otro anterior utilizado precisamente para justificar la solución opuesta. El TS vierte sobre él este orondo FJ 2.ºB: «la contradicción entre uno y otro auto es evidente y absolutamente sorprendente (...) Había que buscar una explicación a tan flagrante contradicción. Y nuestra Sala la ha encontrado». Si la utilización de las llamadas «plantillas» o modelos es generalizada en todos nuestros tribunales, incluido el TS, como «instrumento de racionalización del trabajo», en este caso el abuso y el descuido llegaba a un extremo tal, que el mismo TS reprende al TSJ de Navarra en la sentencia por haber utilizado la misma plantilla para resolver pretensiones opuestas, sin mayor individualización que la mención de las partes en el proceso.

¹⁰⁰ Autos de los Juzgados núm. 2 y 3 de lo Social de Vitoria-Gasteiz, de 9.11.2000 (AS 2000/3436 y AS 2000/3434)

tos agrarios y alimenticios) los productos lácteos que empleen el término «bio-»¹⁰¹.

Finalmente cabe resaltar, entre otros¹⁰², el pronunciamiento que reconoce la responsabilidad del Estado español por violación del Derecho comunitario en el asunto, ya comentado, de los funcionarios españoles de la UE. Esta sentencia, excluyendo la afirmación del principio para lo cual entiende que «es, pues, *analógicamente aplicable* a este caso la doctrina jurisprudencial del Tribunal sobre la indebida o defectuosa transposición de las directivas comunitarias» que culmina con la Sentencia Francovich, afronta el caso con un enfoque jurídico muy interno, exigiendo un daño irreversible, reconocido sólo en el caso de un funcionario ya jubilado cuya pensión es inferior a causa de la inactividad del Estado»¹⁰³.

¹⁰¹ Auto del TSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 15.02.2001, FFJJ 2.º y 3.º (*RJCA 2001/507*).

¹⁰² El TSJ del País Vasco, tras negarle, acaso con demasiada soltura, efecto directo a una Directiva, deja a salvo precisamente este principio (STSJ del País Vasco (Sala de lo Social), de 26.09.2000, FJ único (*AS 2000/4465*)).

¹⁰³ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 23.07.2001 (*RJ 2001/6922*) rechaza la responsabilidad del Estados en los demás casos, pues, como señala el FJ 5.º, la aprobación de una normativa posterior (el RD 2072/1999) sí permite ya la transferencia actuarial por lo que «la única fuente de responsabilidad sería la tendente a resarcir los daños ocasionados por la tardanza en la aprobación de este Real Decreto, indemnización que, a su vez, será procedente en la medida que el mismo Real Decreto no haya previsto disposiciones específicas para compensar los eventuales perjuicios derivados de dicho retraso». Como sí se «contempla un sistema de aplicación de sus previsiones a las situaciones anteriores a su aprobación (...) tampoco por esta vía existen daños que resulte necesario indemnizar (...) Cuestión distinta es que las previsiones establecidas en este Real Decreto sean consideradas por los mismos contrarias al Derecho de la Unión Europea, pudiendo en tal caso ejercer las acciones procedentes contra las resoluciones administrativas que las apliquen, pero sin que ello pueda ser objeto de pronunciamiento de la Sala en este concreto litigio».

JURISPRUDENCIA

