

APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COMUNITARIO EN ESPAÑA Y EN OTROS PAÍSES DE LA UE (ENERO 2009-DICIEMBRE 2010)

Antonio Lazari*

Sumario: I. A MODO DE PRÓLOGO: DIÁLOGO Y RESISTENCIA JUDICIALES EN EL *EUROPEAN STATE-MAKING*. II. EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA GRAMÁTICA JUDICIAL. III. EL PAPEL DE LOS JUECES ORDINARIOS EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO. IV. LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL PRINCIPIO DE EFICACIA DIRECTA *INTER PRIVATOS*: EL NUEVO PARADIGMA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO. V. EL CAUCE PROCESAL DEL DIÁLOGO JUDICIAL: EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y SU TERMINAL NACIONAL VI. EL JUEZ TEJEDOR Y SU RESPONSABILIDAD EN LA ÓPTICA DEL PARADIGMA COMUNITARIO. VII. A MODO DE EPÍLOGO: EL ESTADO DE LA NUEVA GRAMÁTICA JUDICIAL

I. A MODO DE PRÓLOGO: DIÁLOGO Y RESISTENCIAS JUDICIALES EN EL *EUROPEAN STATE-MAKING*

Mientras que los niveles legislativo y político constituyen una consabida clave de lectura del proceso de integración comunitaria, las controvertidas relaciones entre jueces – comunitario y nacionales - recientemente consolidadas gracias a la contrastada participación de las cortes constitucionales¹, se desarrollan según un compás identitario que abarca asuntos de gran envergadura constitucional y privatista, siguiendo una nueva gramática, sustancialmente basada en criterios hermenéuticos. Los tradicionales puntos neurálgicos de composición de los intereses entre el sistema jurídico comunitario y los ordenamientos nacionales (principios de primacía, de eficacia directa y de responsabilidad) se tiñen recientemente de una nueva y vivaz coloración axiológica, al margen de las farragosas negociaciones intergubernamentales. La profundidad de las cuestiones, incluso sociales, recientemente abordadas por la corte comunitaria necesita un mayor grado de apoyo judicial tanto por parte de las cortes ordinarias como de las cortes constitucionales, que conduce a reconstruir los principios-fuerza de este diálogo

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

¹ En este nuevo contexto colaborativo, novedoso es el auto 103/2008 con que la *Corte Costituzionale* italiana remite una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Cfr. G. ITZCOVICH, *Fundamental Rights, Legal Disorder and Legitimacy: The Federfarma Case*, Jean Monnet Working Paper 12/08. Por otro lado, opone resistencias a la incorporación del Tratado de Lisboa, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30.06.2009, relativa a la aprobación del Tratado de Lisboa.

silente². El Tribunal de Justicia hace hincapié, por ejemplo, en el principio de interpretación conforme, capaz de “salvar-conformar” la disciplina nacional en la dirección indicada por las normativas comunitarias. Dicho criterio sirve también para romper gradualmente la tradicional verticalidad internacionalista de las relaciones entre normativa supranacional y ciudadanos, introduciendo gracias también a la elaboración de superprincipios constitucionales comunitarios, como el criterio de igualdad y no discriminación, la posibilidad de extender a las situaciones jurídicas entre privados las normativas comunitarias destinadas exclusivamente a los Estados: las directivas. La férrea línea de demarcación entre el derecho público y derecho privado, entre las “constituciones del siglo XIX”³ y del siglo XX, se va entrelazando con cada vez más frecuencia gracias al hilo del juez tejedor⁴ así como van entrelazándose los hilos del derecho comunitario y del derecho nacional e internacional.

Los principios básicos del proceso de integración (primacía, eficacia directa, responsabilidad del Estado), pues, cambian progresivamente su inicial estructura esclerotizada hacia un modelo dialógico: en otros trabajos anteriores se ha hablado de principio de primacía hermenéutica⁵ y del principio de responsabilidad del Estado basado en el mecanismo de *cross-fertilisation*⁶. El derecho comunitario europeo es consustancialmente comparado⁷.

Al no poder prescindir del bagaje cultural, social, político y jurídico de la experiencia estatal, desde el principio, en efecto, la aventura comunitaria se ha desarrollado siempre en la dirección de una conjugación dialéctica con los órganos y los ordenamientos nacionales: la política, la sociedad y el derecho europeo son siempre bifrontes en el sentido en que progresan siempre que sean capaces de conjugarse con la realidad nacional. A un primer periodo de ruptura del cordón umbilical de unión con los Estados, donde la propia corte comunitaria seguía empleando la *forma mentis* y la terminología tradicional, se abre paso recientemente una época que se suele definir constitucional también en referencia a las vicisitudes intergubernamentales, donde el juez comunitario trata de entablar una conversación con un registro jurídico distinto, incardinado en la metodología comparativa.

² Recientemente G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Jovene, Napoli, 2009.

³ S. RODOTÀ, *The Civil Code within the European 'Constitutional Process'*, en AA.VV. (ed), *The Politics of a European Civil Code*, editado por M. W.Hesselink, M.W., Kluwer Law International, 2006, 118: 'we can easily see how the civil codes played an essential role in the development of the national State, representing the real Constitution of civil society'.

⁴ DUNCAN KENNEDY, *The Stage of the Decline of the Public/Private Distinction*, en *Univ. Pa. L. Rev.*, 1982, 1349 ss.; Idem, *Two Globalization of Law & Legal Thoughts: 1850-2000*, en *Suff. Univ. L. Rev.*, 3, 2003, 631 ss.; D. CARUSO, *Private Law and Public Stakes in European Integration: the Case of Property*, en *Europ. L. Journal*, Vol. 10, No. 6, November 2004, 751 ss.

⁵ A. LAZARI, *Crónica de la aplicación del Derecho Comunitario en España y en otros Países de la Unión Europea*, en www.reei.org

⁶ A. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2005.

⁷ Cfr. K. LENAERTS, *Interlocking legal orders in the European Union and comparative law*, en *International and comparative law quarterly*. Vol. 52 (2003), part 4, 905: “Situating at the crossroads **different, yet closely intertwined, legal cultures**, the Community judicature is ‘by nature’ a **comparative institution**” [énfasis añadida].

Frente a la decostitucionalización formal afluída en el gestante Tratado de Lisboa se vislumbra un nuevo horizonte judicial que no se debería limitativamente definir constitucional, en la medida en que va a afectar las relaciones entre privados. Es una nueva gramática del diálogo judicial transnacional, más sutil, más sobria respecto al fastuoso proceso de constitucionalización formal o al articulado diseño del *Common Frame of Reference*. La vestimenta es seguramente menos fastuosa; se presta, además, a acertadas críticas acerca de su 'ideología'⁸; pero representa un cauce cultural capaz de insinuar normas supranacionales de carácter constitucional en el *humus* nacional y de urdir en un único modesto traje colores jurídicos tan distintos⁹.

Descomponiendo antiguas barreras ideológicas público-privado, la nueva gramática judicial se nutre del funcionalismo conceptual europeo, ocasionado principalmente por el ámbito de atribución de las competencias comunitarias¹⁰, y de recuperación sistémicas del patrimonio cultural nacional a la luz del andamiaje conceptual comunitario, a saber del renovado principio de interpretación conforme, más y antes que del principio absoluto de supremacía.

La aplicación judicial del derecho comunitario es la respuesta patente, y en ocasiones latente, a la visión maniquea kelseniana o schmittiana del derecho: el *aut aut* kierkegaardiano, a saber o se aplica exclusivamente el derecho nacional o se aplica solamente el derecho exógeno. Por estas razones, la aplicación judicial del derecho comunitario constituye el banco de prueba del propio derecho supranacional: bien porque mide el grado de ejecución del mismo, bien porque es sintomático de un nuevo paradigma conceptual de conjugación e integración de sistemas jurídicos. Ni sólo derecho público (como se pretendía al principio con la exclusión de la disciplina sobre derecho privado) ni sólo derecho privado (como es en el caso de la resolución de conflictos de leyes en el ámbito del derecho internacional privado). Ni sólo el monismo del derecho nacional, como en utópicas situaciones autárquicas o en la visión schmittiana del derecho, ahora emergente en la decisión del **Tribunal Constitucional alemán del 30 de junio 2009**¹¹, o del derecho internacional como en el caso del monismo kelseniano. El derecho judicial europeo se ha perfilado *ab urbe condita* en términos políticos transversales respecto de la política oficial de los Consejos Europeos y de las Conferencias Intergubernamentales.

⁸ Cfr. AA.VV., *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, en *Rivista critica del diritto privato*, 2005, 110; U. MATTEI - F. NICOLA, A 'Social Dimension' in *European Private Law? The Call for Setting a Progressive Agenda*, en *Global Jurist*, 2007, Vol. 7, 1 ss.; H. COLLINS, *European Private Law and the Cultural Identity of the States*, en *Europ. Rev. Priv. L.*, 1995, 353

⁹ Otro registro conceptual distinto es el formante doctrinal, por el que se remite a las actividades promovidas por la *Lando Commission* y por la *Accademia dei Giusprivatisti europei* coordinada por el prof. Gandolfi.

¹⁰ Por ejemplo, en esta clave ha de interpretarse los límites institucionales a la elaboración y edición de un código civil europeo.

¹¹ La mencionada sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30.06.2009, relativa a la aprobación del Tratado de Lisboa.

II. EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA GRAMÁTICA JUDICIAL

La tensión existentes en la antes mencionada fallo del tribunal alemán se reverberan *ad intra* en la división abierta en el Tribunal Constitucional con la **sentencia núm. 199/2009 de 28 septiembre**, Voto particular de los jueces Rodríguez-Zapata Pérez y Pérez Tremps en tema de constitucionalidad del procedimiento de orden europea de detención y entrega, por el que se acuerda la entrega a Rumania del demandante de amparo para cumplimiento de una pena de cuatro años de prisión.

En la demanda de amparo se alegaba, en primer lugar, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por no haberse condicionado la entrega del recurrente a Rumania a la exigencia de revisión de la Sentencia condenatoria dictada en su ausencia, tal como exige la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 91/2000, de 30 de marzo y 177/2006, de 5 de junio).

En segundo lugar, se aducía como vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por haber incurrido el Auto impugnado en insuficiente motivación en cuanto al rechazo de las alegaciones formuladas por el recurrente sobre el riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes en Rumania, dada la situación existente en este país de persecución de la población homosexual, y las condiciones de hacinamiento y peligro en las cárceles rumanas, en las que el recurrente manifiesta haber sufrido tratos vejatorios por parte de otros reclusos.

En opinión del tribunal constitucional el hecho de que la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, promulgada en cumplimiento de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002, no haya incorporado expresamente a su articulado una causa de denegación de la entrega en supuestos de riesgo serio y fundado de sufrir el reclamado torturas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de emisión de la euroorden, no puede llevar a ignorar la exigencia de denegar la entrega en tales supuestos, pues, además de que la misma se contiene en el preámbulo de la propia Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, en cuyo apartado 13 se dispone que «nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes», nos hallamos ante uno de los «valores fundamentales de las sociedades democráticas» (SSTC 91/2000, de 30 de marzo [RTC 2000, 91] , F. 8; 32/2003, de 13 de febrero [RTC 2003, 32] , F. 7, citando las SSTEDH de 7 de julio de 1989 [TEDH 1989, 13] , caso Soering c. Reino Unido , y de 11 de julio de 2000 [TEDH 2000, 151] , caso Jabari c. Turquía), «dado que la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son actos intolerables de violación de la dignidad humana, a la par que una negación frontal de la transparencia y la sujeción a la Ley del ejercicio del poder propias de un Estado de Derecho», por lo que configuran una «prohibición absoluta... que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales» (STC 34/2008, de 25 de febrero [RTC 2008, 34] , F. 5).

Vuelve así la problemática de la protección de los valores democráticos encomendados en primer lugar, según la mencionada decisión del tribunal federal alemán de 30 de junio de 2009, a las cuerdas constitucionales nacionales, excluyendo, por tanto, cualquier entrelazamiento conceptual e institucional con la cuerda supranacional. De la misma manera, el tribunal constitucional español se aleja del planteamiento comunitario ínsito en la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 en virtud de valores democráticos sólo confiados en la Magna Charta española. A este planteamiento, fruto del paradigma nacional, se oponen dos votos particulares, el primer de los cuales, formulado por el magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, distingue dos visiones de la extradición en base al mecanismo tradicional de cooperación entre Estados, que permite denegar la entrega y verificar, al hacerlo, las garantías de cada sistema, y “la euroorden, que es un mecanismo propio de la Unión Europea del siglo XXI”. Para el magistrado disidente se trata de paradigmas distintos, de culturas jurídicas diferentes, pues “la Decisión Marco 2002 ha supuesto un cambio trascendental en las relaciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea. Hemos pasado de un sistema arcaico de mantenimiento de tecnicismos particulares nacionales, representado emblemáticamente por la institución de la extradición, a la cultura de una Europa nueva, basada en el reconocimiento cuasi automático de resoluciones, la confianza mutua y la relación directa e inmediata entre autoridades judiciales homogéneas que, en definitiva, han experimentado y compartido ya experiencia, en el primer pilar o pilar comunitario, en la aplicación de un mismo ordenamiento alentado en los principios y valores de respeto y salvaguardia de los derechos y libertades públicas que garantiza, entre otros instrumentos, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales».

El paradigma comunitario impone una distinta idea a la hora de plantear excepciones fundadas en valores democráticos. “España - sostiene Rodríguez-Zapata - no puede imponer su propio ordenamiento como si fuera un espejo en el que deba contemplarse la interpretación uniforme de los veintisiete Estados de la Unión. No hay, por principio, vulneración indirecta de derechos reconocidos en el ordenamiento del foro en el marco de la Unión Europea, por lo que la nueva doctrina habría necesitado, para ser convincente, una justificación más amplia de la que se ofrece en los precedentes que se invocan”. En la misma línea filo-europeista se colocan las observaciones formuladas por Pablo Pérez Tremps.

“Los países miembros de la Unión Europea comparten una cultura de los derechos fundamentales, tal y como se deriva de su pertenencia a este ente supranacional (art. 49 en relación con el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea. Dicha cultura se ha elaborado y se sigue elaborando en su seno a través del parámetro común (art. 6.2 TUE) derivado de diversos elementos: las previsiones normativas del Derecho comunitario, las tradiciones constitucionales comunes, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el sometimiento de todos esos países al sistema de protección y garantía que ofrece, en el seno del Consejo de Europa, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), y la tarea que a su amparo lleva a cabo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). En la cultura común de los derechos

fundamentales en que ese entramado jurídico-institucional se enmarca, la **equivalencia** en la protección de esos derechos no se traduce, o no debe traducirse, en una mera equivalencia formal, sino también en la **aceptación de la suficiencia de «las garantías sustanciales ofrecidas y [de] los mecanismos previstos para su control»** (STEDH Bosphorus c. Irlanda, de 30 de junio de 2005, § 155), coronado en todo caso, como ya se ha indicado, por la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ese principio de equivalencia y de suficiencia en la protección resulta especialmente claro y exigible en el seno de la Unión Europea, que sólo adquiere sentido como proyecto político y jurídico sobre la base de la confianza legítima en las instituciones comunitarias y en los demás Estados miembros. En definitiva, y por lo que ahora importa, un Estado, en principio, no pueden imponer a los demás su parámetro de protección de los derechos fundamentales, debiendo moverse en sus relaciones dentro del parámetro común sustantivo y procesal. Además, y en todo caso, una hipotética lesión de derechos fundamentales en cualquiera de los Estados que se considera no reparada en él no debe esperar repararse en otro Estado sino que, por la propia lógica del Convenio europeo, exige acudir el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisdicción, como se ha indicado, ha sido aceptada por todos esos Estados” [énfasis añadida].

En el supuesto de dudas acerca de la interpretación de la normativa comunitaria, el magistrado del Tribunal Constitucional destaca la necesaria intervención del sistema judicial comunitario. La teoría de integración entre ordenamientos implica necesariamente un mayor e incisivo uso del sistema de las cuestiones prejudiciales en el frecuente caso de dilucidaciones sobre una materia mayormente tutelada en ámbito doméstico respecto del europeo. En estos supuestos, “correspondería depurarlo al propio ordenamiento comunitario, contando con la colaboración de los tribunales nacionales, incluidos los tribunales constitucionales, cuando concurrieran las condiciones materiales y procesales del art. 35 TUE, aceptadas por España (disposición adicional única de la Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre). Si el Tribunal Constitucional entiende, como ha hecho, que la condena en ausencia supone siempre una lesión del «contenido absoluto» de las garantías procesales y, por tanto, imposibilita la entrega, debiera haberlo planteado al Tribunal de Justicia a través de una cuestión prejudicial de validez para que éste apreciara que la Decisión Marco vulnera el correspondiente derecho fundamental. Lo que no puede la autoridad nacional, en este caso el Tribunal Constitucional y los órganos judiciales al seguir su doctrina, es **incumplir una obligación impuesta por el Derecho comunitario, incumplimiento imputable a España y que puede generar la correspondiente responsabilidad frente a las instituciones comunitarias y al resto de los Estados, según la doctrina fijada en las SSTJCE de 30 de septiembre de 2003** (TJCE 2003, 292) (asunto Köbler C-224/01) y de 13 de junio de 2006 (TJCE 2006, 163) (asunto Traghetti del Mediterraneo C-173/03)” [énfasis añadida]. El paradigma europeo emerge distintamente en esos dos votos particulares, así como en la decisión de la **House of Lords Judgments Dabas de 2007**¹² acerca del tema análogo de la entrega de un supuesto criminal en virtud de la aplicación de la denominada euroorden.

¹² House of Lords Judgments - Dabas (Appellant) v. High Court of Justice, Madrid (Respondent) (Criminal Appeal from Her Majesty's High Court of Justice) [2007] UKHL 6.

III. EL PAPEL DE LOS JUECES ORDINARIOS EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO

En la estela de la distinción efectuada por la decisión del Tribunal Constitucional español, se ha aseverado que “la primacía es una palabra que se ha predicado siempre de las normas, concretamente de la Constitución; la supremacía es una palabra histórica y sustantivamente judicial (la supremacía en la justicia la tenía el Rey). Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en dos órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de una norma válida; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que están infraordenadas. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tiene capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente”¹³. Esta nueva *forma mentis* se basa en un nuevo concepto de aprendizaje¹⁴, asentado en una *cross-fertilisation* judicial, en un modelo hermenéutico de interpretación conforme y en un concepto de “primacía templada”, que no de supremacía, abierto a las instancias constitucionales nacionales¹⁵.

La relación entre los ordenamientos está, por tanto, basada en el mecanismo de preferencia crítica, de comparación ponderada de los sistemas estatal y supranacional. Por otro lado, del principio de primacía se van progresivamente desprendiendo corolarios que, engarzándose con el concepto de eficacia, imponen la eliminación de cualquier obstáculo contrario a la aplicación para los particulares de los derechos procedentes del ordenamiento comunitario. El camino del proceso de constitucionalización formal se interseca inevitablemente con el sendero paralelo de codificación privatista europea. En el campo del derecho privado y en tiempos casi contemporáneos, se avanza la hipótesis de intensidad mucho más suave inherente a la posibilidad de armonizar u orientar el derecho privado europeo mediante el *Draft of Common Frame of Reference*¹⁶. El derecho civil representa la constitución real de la sociedad civil nacional, en las lúcidas palabras de Rodotà¹⁷. El mismo jurista italiano

¹³ R. DE MENDIZÁBAL ALLENDE, *Intervención en P. Puissochet, La primacía del Derecho comunitario*, cit., 52.

¹⁴ En el campo del derecho privado europeo, muy iluminantes son las teorías de G. Benacchio, *Diritto privato delle Comunità Europee. Fonti, modelli, regole*, Cedam, Padova, 2008, esp. 168 : “*Ci limiteremo ad osservare ed analizzare il fenomeno in atto, che è essenzialmente culturale*”.

¹⁵ La teoría avanzada por M. KUMM, ‘*Constitutionalism Beyond the State*’ proporciona un cuadro conceptual capaz de explicar los motivos de la riqueza y complejidad del conflicto constitucional en Europa. M. KUMM, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, en *European Law Journal*, Vol. 11, No. 3, May 2005, pp. 262–307.

¹⁶ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, editado por C. Von Bar – E. Clive – H. Schulte-Nölke .

¹⁷ S. RODOTÀ, *The Civil Code within the European ‘Constitutional Process’*, en AA.VV. (ed), *The Politics of a European Civil Code*, editado por M. W.Hesseling, M.W., Kluwer Law International, 2006, 118: ‘*we can easily see how the civil codes played an essential role in the development of the national State, representing the real Constitution of civil society*’.

apuesta por un cambio de ritmo institucional y conceptual, donde los valores aflorados en el terreno constitucional se reviertan y terminen rezumando en el recinto del derecho privado¹⁸. La elección de la clave de *soft law* depende obviamente también de la extrema complejidad en la consecución de un Código Civil Europeo o de una forma similar de armonización de amplio alcance privatista y claramente de la actual ausencia de atribuciones en consideración de la idea funcionalista del art.114 TFUE, antiguo art. 95 TCE en tema de armonización legislativa.

La desnudez del rey, ocasionada por la abortada intento de aprobar un denominado Tratado Constitucional, suscita una difundida y honda sensación de derrotismo, en cierto modo parecida a la frustración decenal que experimentan los jusprivatistas que aspiran a una unificación de los derechos civiles europeos.

Las voces contrarias a las iniciativas mercantilistas comunitarias se alzan también en sede civilista en cuanto a la aplicabilidad del concepto de justicia social también en la esfera del derecho privado europeo¹⁹. Del primer movimiento de delimitación y autonomía del derecho comunitario de los años Sesenta desciende el corolario de la vertebración del constitucionalismo europeo alrededor de la figura del ciudadano. ¿Pero cuál ciudadano? Justamente en oposición a un ethos que permeaba la idea de Europa monetiana, o también spinelliana, o madariaguana, en la práctica la idea de ciudadano depositario de intereses y destinatario de derechos individuales marca la distancia respecto de la paralela evolución axiológica nacional. Un individuo- el *homo aeropaeus* – incapaz de recoger las instancias solidaristas expresadas por ejemplo en las constituciones nacionales y en la óptica privatista contenidas hace tiempo en el **Manifiesto per Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo**²⁰.

Las cortes ordinarias, sin embargo, han progresivamente emprendido una fructífera conversación con el Tribunal de Justicia aplicando los dos principios de eficacia y primacía con creciente frecuencia y, tramitando sus perplejidades sobre la aplicación del derecho comunitario al juez comunitario²¹. El enfrentamiento frontal entre instancias judiciales nacionales y comunitaria se recrudece allí donde la relación entre ordenamientos se interpreta en términos de abrogación de normas (supremacía) más que de respeto de esferas jurídicas y sistémicas distintas e integrantes (primacía)²².

En sede privatista se señala en vía preliminar una serie de fenómenos jurídicos absolutamente similares a la temática afrontada en el ámbito constitucional.

¹⁸ S. RODOTÀ, *Il codice civile e il processo costituente europeo*, en *Riv. Crit. Dir. Priv.* 2005, 25.

¹⁹ Cfr. U. MATTEI-F. NICOLA, *A "Social Dimension" in European Private Law? The Call for Setting a Progressive Agenda*, en *41 New Eng. L. Rev.* 1, 2006, 1 ss; C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti dei consumatori*, Milano 2003, p. 56 ss.; WEATHERILL, *European Private Law and the Constitutional dimension*, en Cafaggi (ed.), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 90 ss.; V. ROPPO, *Strumenti procedurali e contenuti sostanziali di un diritto contrattuale giusto*, en AA.VV. *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, editado por A. Scalisi, Milano, 2007, 604.

²⁰ “Grupo de estudio sobre la justicia social en el derecho privado europeo” (Rapporteur H. COLLINS).

²¹ A. M. BURLEY - W. MATTLEY, *Europe Before the Court*, en *Intern. Organ.*, 1993, 70 ss.;

²² Cfr. D. SARMIENTO, *Poder Judicial e Integración Europea*, cit., princ. 284 ss.

Una nueva gramática judicial se instala con la progresiva inserción de temas constitucionales en la sedimentada trama del proceso de integración: un nuevo código de integración entre ordenamientos que no tiene sólo la dimensión constitucional ni exclusivamente privatista. No se detiene ante los límites decimonónicos que otrosí no le pertenecen; al contrario, los desconstruye. En esta fase, inaugurada en los Años Noventa, a la mayor constitucionalización formal corresponde una profundización de esta gramática judicial también en el campo privatista. A menudo un paso en el proceso de “verticalización” de las relaciones entre ciudadanos europeos e instituciones comunitarias, que ha, en definitiva, caracterizado el mecanismo de constitucionalización europea, sigue un avance paralelo en la “horizontalización” del mismo principio en la relaciones entre privados²³. Por este motivo, no es posible definir el fenómeno de progresivo alejamiento de la dinámica institucional y jurídica típica del Derecho Internacional clásico tan sólo en términos de constitucionalización, allí donde ella abarca un más amplio radio de acción judicial. La nueva gramática judicial caracteriza la jurisprudencia del tribunal comunitario y de los jueces españoles, abordando tema *ratione materiae* intrínsecos en un sistema constitucional integrado y entablando un contrastado y frecuente diálogo con los interlocutores privilegiados de las cortes nacionales, incardinado principalmente en los principios hermenéuticos judiciales, *in primis* el criterio de interpretación conforme. Estos cambios actitudinales en la vertiente supranacionales judicial y nacional terminan inevitablemente por reconfigurar la sustancia de los principios tradicionales de eficacia directa, *primauté*²⁴ y responsabilidad del Estado²⁵.

²³ Cfr. C. JOERGES, *Il ruolo della Corte di Giustizia e la sua interazione con le corti nazionali nel processo di europeizzazione del diritto privato*, en *Riv. Crit. Dir. Priv.* 2000, 278 ss.

²⁴ El acercamiento entre las dos cuerdas homéricas se destaca en las últimas decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de primacía europea. Vd. sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de enero de 2010, C-555/07, **Seda Küçükdeveci**: “La facultad así reconocida al juez nacional por el artículo 267 TFUE, párrafo segundo, de solicitar una interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia antes de dejar sin aplicación la disposición nacional contraria al Derecho de la Unión no puede, sin embargo, transformarse en una obligación por el hecho de que el Derecho nacional no permita a dicho juez abstenerse de aplicar una disposición nacional que estime contraria a la Constitución sin que dicha disposición haya sido previamente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. En efecto, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, del que también goza el principio de no discriminación por razón de la edad, una normativa nacional contraria que esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión debe dejarse sin aplicación”; y de 19 de noviembre de 2009, C-314/08, **Krzysztof Filipiak**: “El juez nacional está obligado a aplicar el Derecho comunitario y a dejar inaplicadas las disposiciones nacionales contrarias a éste, conforme al principio de primacía del Derecho comunitario, independientemente de la decisión del tribunal constitucional nacional de aplazar la pérdida de vigencia de esas disposiciones, declaradas inconstitucionales”.

²⁵ Sentencia Transportes Urbanos, 26 de enero 2010, C-118/08: “El Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una Ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada con arreglo al artículo 226 CE sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha Ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma Ley declarada por el órgano jurisdiccional competente”.

La nueva dialéctica judicial se basa en lo que Sarmiento define dialéctica discorsiva habermasiana²⁶. El juez español va progresivamente percibiendo plenamente el alcance de ese diálogo tanto en relación a la importancia del principio de interpretación conforme, como en la relevancia de las cuestiones prejudiciales. También en la provincia del Derecho Privado el papel desarrollado por los derechos fundamentales implica una profunda revisión axiológica del principio decimonónico de la autonomía privada y de la libertad contractual. Es anacrónico volver a proponer en el incipiente *acquis communautaire* el famoso mote de Ripert “*Qui dit contractuel dit juste*»²⁷. En esta óptica la superación del periodo meramente mercantilista, de construcción negativa del mercado interior coincide con la creación de nuevas formulas jurídicas que extienden su alcance también a las relaciones entre particulares. Una vez más también en el campo privatista cualquier giro jurisprudencial ha sido acompañado por la utilización de una aproximación comparativa: la propia sentencia Kadi²⁸ no sólo es muestra del entrelazamiento de las cuerdas constitucionales e internacionales, sino también de la progresiva superación crítica de la *summa divisio* entre derecho público y derecho privado. Observatorio privilegiado de tal mecanismo no es sólo la aplicación de las directivas de alcance privatista, sino también toda la jurisprudencia comunitaria sobre los denominados contratos discriminatorios²⁹: el *arrêt Mangold docet*.

En este sentido, la petición de cuestión prejudicial tramitada por la neonata **Supreme Court del Reino Unido de 2 de abril de 2010**³⁰ se inserta en la cuestión relativa a la reglamentación comunitaria de acuerdos laborales *inter privados*, donde la Alta Corte británica interpela al Tribunal de la Unión Europea sobre los requisitos relativos a la naturaleza y/o al nivel de la retribución que debe pagarse por los periodos de vacaciones anuales retribuidas y, eventualmente, si los Estados miembros pueden establecer la forma de calcular dichas retribuciones. Pregunta la Suprema Corte inglesa : “Concretamente, ¿es suficiente que, con arreglo al Derecho y/o a prácticas nacionales y/o convenios colectivos y/o estipulaciones contractuales negociadas entre empresarios y trabajadores, la retribución pagada permita y estimule al trabajador a tomar y disfrutar, en el sentido más propio de estas palabras, sus vacaciones anuales, evitándose cualquier riesgo razonable que impida al trabajador hacerlo?”. La cuestión jurídica gira alrededor, entonces, de la circunstancia que la retribución deba corresponder exactamente con la retribución «normal» del trabajador, o si sea comparable con ella en términos generales.

²⁶ D. SARMIENTO, *Poder Judicial e Integración Europea*, cit., distingue en vía diacrónica tres distintas metodologías de trabajo de la corte de Luxemburgo, mientras mi razonamiento se desarrolla principalmente en un sentido sincrónico. También en los ámbitos donde más incisiva - podríamos decir invasiva - ha sido la jurisprudencia de la corte europea, se ha alcanzado la aplicación de métodos habermasianos discorsivos.

²⁷ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955. Cfr. S. MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della costituzione europea*, en *Europa e diritto privato*, 2005, 1, 51 ss.

²⁸ Sentencia de 3 septiembre de 2008, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation / Consejo y Comisión*.

²⁹ Cfr. sentencia, 28 abril 2005, *Comisión c. Alemania*, caso C-329/04.

³⁰ Petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court of the United Kingdom (Reino Unido) el 2 de abril de 2010 — Williams y otros/British Airways plc (Asunto C-155/10)

El derecho de la Unión Europea se adentra con progresiva intensidad en los meandros del derecho privado nacional, exorbitando de la clásica distinción público-privado. Nace así un nuevo concepto de derecho, basado en la interlegalidad. Así describe el entrelazamiento de las cuerdas Collins: “*the break with the traditional private law reasoning lies in the need to refer to two or more bodies of law, both the traditional private law rules in civil codes and the statement of human rights and constitutional principles found in a different branch of the law such as the national constitution or bill of rights*”³¹. El principio de primacía se une simbióticamente con el criterio judicial de interpretación del derecho nacional mediante un bagaje hermenéutico comunitario: se trata de un nuevo sistema de aprendizaje jurídico³².

Siempre en materia laboral, en específico en el supuesto de incapacidad temporal previa al periodo de vacaciones con fecha anteriormente pactada, se parte de la base conceptual reciente de la decisión comunitaria del **20 de enero 2009**, que analiza dos supuestos distintos: el primero se refiere al caso de un trabajador que pretende disfrutar de vacaciones durante su situación de Incapacidad Temporal y el segundo afecta a la situación de unos trabajadores que han agotado el período de devengo en situación de Incapacidad Temporal sin haber disfrutado de vacaciones, extinguiéndose después sus contratos de trabajo³³.

En cuanto a lo primero, no establecen el derecho del trabajador a disfrutar de vacaciones cuando está en situación de Incapacidad Temporal pero, en cuanto a la segunda hipótesis, obtiene dos claras conclusiones, en la primera de las cuales se sostiene que si existe baja por Incapacidad Temporal durante todo el período de devengo de vacaciones, no se pierden sino que han de disfrutarse después. La segunda conclusión desciende de plano de la primera: si en tal período el contrato se extingue, han de compensarse económicamente³⁴.

En esta secuencia temporal, el segundo fragmento jurídico se halla en la sentencia del Tribunal Supremo³⁵, que analiza un supuesto en el que un trabajador fija según convenio su período de vacaciones pero durante este lapso de tiempo el mismo sujeto está en situación de Incapacidad Temporal, que comienza antes del comienzo del período de vacaciones y termina después de ese plazo, solicitando que se le asignen

³¹ H. COLLINS, *Governance implications of the changing character of private law*, en AA. VV., *The Making of European Private Law. Governance Design*, editado por F. Cafaggi – H. Miur-Watt, Edgar Elgar Publishing, Massachussetts, 2008, 279.

³² Cfr. F. SABATINI, *Il diritto privato ed il contesto comunitario: la ricerca di conformità e l'interpretazione del diritto nazionale alla luce delle direttive*, en *Contratto e Impresa/Europa*, 2007, 113 ss.; contra P. MENGOZZI, *Il Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo e la preconizzazione di un principio di « interpretazione comparativa orizzontale »*, *ibidem*, 2008, 63 ss.

³³ STJCE 20 enero 2009, C-350/06 y C-520-06, acumulados Schultz-Hoff (o Schultz y Stringer).

³⁴ Ya anteriormente la corte comunitaria se había ocupado de casos análogos a petición de jueces españoles. Cfr. STJCE de 18 de marzo de 2004 (caso Paz Merino): derecho de la trabajadora a disfrutar su descanso anual en período distinto al del permiso por maternidad, incluso si se ha superpuesto a los turnos vacacionales prefijados. En caso de coincidencia de ambos períodos, podrá hacer uso del derecho a la vacación anual en tiempo distinto al establecido en la empresa para la vacación anual.

³⁵ STS, 24 junio 2009, Rec. 1542/2008.

vacaciones en otra fecha. Ante el rechazo de la empresa y el consiguiente recurso del trabajador, el Alto Tribunal declara «su derecho a disfrutar del período de vacaciones frustrado por la situación de Incapacidad Temporal iniciada con anterioridad al inicio de aquél», entrando en conflicto latente con una consolidada jurisprudencia de la misma corte resumida en la del **sentencia de Pleno del 3 de octubre de 2007**. En esta decisión se concluyó que la fijación del calendario de vacaciones constituye el resultado del acuerdo bilateral alcanzado por el empresario y los trabajadores, y que como sucede en todo acuerdo o compromiso, “puede haber sacrificios y cesiones de preferencias por una u otra parte. Entre los sacrificios posibles para el empresario figura la imposibilidad de contar con el trabajador durante los días señalados de vacaciones; entre los sacrificios posibles para el trabajador figura la asunción del riesgo de incapacidad temporal una vez que el período de vacaciones ha sido fijado regularmente”. En definitiva, la sentencia del octubre 2007 negó el derecho del trabajador a un nuevo señalamiento del disfrute de vacaciones, porque iría en contra de lo convenido colectivamente, y por tratarse de un riesgo que debía asumir él y no el empresario”. El principio de autonomía contractual *über alles*. Volvemos a las colinas del Kirchberg para recuperar el tercer segmento de la secuencia del diálogo judicial: el fallo de la corte comunitaria en el asunto Pereda³⁶. El asunto es muy similar al *casus decidendi* de la Sentencia Schultz-Hoff. Un trabajador con el período de vacaciones previamente fijado cae de baja por Incapacidad Temporal, derivada de Accidente de Trabajo, días antes del período vacacional, trascurriéndolo (salvo el último día) en situación de Incapacidad Temporal. El Tribunal de Justicia declara que el ciudadano tiene derecho a nuevo período de fijación de vacaciones, incluso aunque éste haya de ser fijado «fuera del período de referencia de las vacaciones anuales en cuestión».

La última parte de esta convesación judicial, en la que nos detendremos específicamente a continuación, se desenvuelve en las aulas del Tribunal Supremo en Madrid con la decisión del **24 de junio de 2009**³⁷, relativa a la interpretación nacional del art. 7.1 de la Directiva 2003/88 /CE, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo. Se analiza una hipótesis de conflicto no tanto entre normas comunitaria y nacional, cuanto de interpretaciones judiciales en un asunto donde la propia legislación española no dispone de previsión específica sobre la cuestión litigiosa. La interpretación interna de la propia corte suprema, mayoritariamente aceptada en la **sentencia de Pleno del 3 de octubre de 2007**, se considera incompatible con el criterio expresado por el Tribunal de Justicia.

Ante el precepto interpretado por el Tribunal de Justicia, que obliga a una nueva lectura de los textos internos en liza, la Alta Corte española recurre a la herramienta judicial interpretativa del principio de la primacía del Derecho comunitario, continuamente afirmada por el TJCE y reconocida con claridad en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 93CE.

³⁶ STJCE, 10 septiembre 2009, C-277-08, Vicente Pereda.

³⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), 24 junio 2009, RJ 2009\4286.

Se determina la prevalencia de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina de los Tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho Comunitario, mediante “la interpretación de la normativa nacional, puesto que «el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva. O lo que es igual, conforme a esta constante doctrina del TJCE, los Tribunales nacionales han de interpretar al límite el Derecho interno, al objeto de alcanzar una interpretación que sea acorde con las Directivas y los principios del Derecho Comunitario. Interpretación pro communitate que incluso se llega a predicar respecto de la propia Constitución, puesto que «las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» [art. 10.2 de la Constitución]». Y, llegado a este punto, el Tribunal Supremo vira hacia procelosos mares constitucionales: una vez más, la interpretación del principio de *primauté* de índole hermenéutico hace aflorar cuestiones de envergadura constitucional. Deduce la corte española que “la consideración del Derecho Comunitario como canon hermenéutico del bloque de constitucionalidad, muy particularmente cuando el nivel de protección dispensado al ciudadano es superior al proporcionado por la Constitución, a virtud del juego combinado de los arts. 10.2 y 93 CE. Siquiera también se mantenga la conveniencia, todo hay que decirlo, de la interpretación pro constitutione del Tratado”. Este discurso dialéctico sólo se podrá desarrollar correctamente en la medida en que ambos protagonistas sepan entablarlo de manera flexible y abierta. No hay resquicios, llegados a este punto de *contaminatio* conceptual, para defensas ideales esclerotizadas o a ultranza.

Las cuerdas del derecho constitucional interno con los hilos del derecho supranacional se entrelazan, así como se entrelazan las temáticas sobre derecho privado-laboral y disposiciones comunitarias: en última instancia, la novedad de mayor relieve reside justamente en la aplicación *inter privatos* de una normativa internacional. Es la aportación del derecho privado al *State making* para decirla *à la Caruso*, o viceversa es la contribución del derecho comunitario a la transnacionalización del derecho privado, antiguamente sólo monopolio del castillo medieval nacional. A la intocabilidad del principio de autonomía contractual *inter privatos*, defendido por el Tribunal Supremo en el fallo del 2007, se contraponen la posibilidad de salvaguardia de los intereses del trabajador, no ya derivada de instrumentos normativos internos, sino de interpretaciones judiciales comunitarias³⁸.

³⁸ Ya anteriormente el Tribunal Supremo con **sentencia de 2 de octubre de 2007** resuelve en única instancia el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, de fecha, 21 de octubre de 2005, por el que se desarrollan y aplican distintas medidas relativas al sector del transporte por carretera, adoptadas, a su vez, por Acuerdo del mismo órgano, de 24 de junio de 2005, para la mejora de las condiciones de transparencia y competencia en el referido sector. El Alto Tribunal alega a la fundamentación jurídica el artículo 14, Disposición Final Primera, de la Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera, que establece que "Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 23 de marzo de 2005 o

Pero hay más. En este fallo se entrelazan también criterios judiciales comunitarios, allí donde la corte española sostiene que “estas rigurosas exigencias no imponen en el presente caso -pese a todo- el planteamiento de la cuestión prejudicial, por cuanto que en manera alguna afirmamos -ni consideramos «acto claro»- que la doctrina sentada por la STJCE sea directamente aplicable al caso objeto de debate [IT previa a vacación con fechas pactadas], en el sentido de considerar que la cuestión ya ha sido materialmente resuelta por el Tribunal de Justicia [aunque así lo hayamos entendido en términos de muy alta probabilidad]. Antes al contrario, nuestra afirmación se limita a sostener que no tenemos duda alguna sobre el significado atribuible a los principios que se exponen en diversos apartados de la sentencia Shultz-Hoff [muy significativamente en los numerales 48, 45 y 49]”. La aplicación del criterio de interpretación conforme, en el sentido de una *primaute* hermenéutica, se halla significativamente en el aserto según el cual “tal conclusión se formula no ya por la aplicación directa y prioritaria del Derecho Comunitario y su Jurisprudencia [ello pudiera estar condicionado al planteamiento de la cuestión prejudicial], sino desde una **nueva hermenéutica de las propias disposiciones nacionales** [arts. 40.2 CE y 38 ET], que ciertamente -repetimos- no ofrecen respuesta clara a la cuestión controvertida y por sí solas nos llevaron al solución adoptada en nuestra precitada sentencia de Pleno 03/10/07. Y se impone aquel criterio en razón a que -como se ha indicado- resulta obligada una interpretación pro communitate de nuestras normas internas [en la forma antes expresada] y a la fecha presente ya estamos vinculados por el sentido que el TJ ha atribuido recientemente al art. 7.1 de la Directiva 2003/88 /CE, condicionando -así- nuestra presente respuesta. Conclusión, por otra parte, que tiene también apoyo en algunas afirmaciones de la doctrina constitucional [siquiera expresadas en supuesto diverso] y muy particularmente en pronunciamientos de esta misma Sala, cual la sentencia invocada de contraste [énfasis añadida].

La progresiva incursión de la normativa supranacional en la sagrada sede privatista, protegida a menudo por el principio decimonónico de la autonomía contractual, aflora en ámbito nacional mediante algunos fallos que declinan una serie de sentencias de la corte comunitaria, a menudo de origen español. En el derecho privado jurisprudencial europeo, en efecto, grande relevancia adquiere la constante tara de impulso a la armonización judicial procedente de los jueces españoles.

garantizarán que, antes de esa fecha, los interlocutores sociales hayan establecido las medidas necesarias mediante acuerdo, quedando obligados los Estados miembros a tomar las disposiciones que les permitan poder garantizar en cualquier momento los resultados impuestos por la presente Directiva". El Acuerdo del Consejo de Ministros fue adoptado a todas luces sin que se hubiera producido la transposición de la Directiva en cuestión pues el plazo final indicado en la norma comunitaria había sido ampliamente superado. Tal circunstancia ocasiona una infracción de la normativa europea sobre la que correspondería pronunciarse a los órganos comunitarios competentes. Al no haberse procedido correctamente a la transposición de la Directiva, el Acuerdo impugnado es anulado como consecuencia de la aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el interno de cada Estado. Dicha conclusión no puede quedar enervada por el argumento utilizado por la Administración demandada en el que sostiene lo exigido al Estado no es la transposición de la Directiva sino la garantía de su transposición lo que la misma entiende haber realizado al tiempo que facilita los posibles acuerdos a que pudieran llegar los interlocutores sociales.

Su asimilación doméstica representa una enésima demostración del nuevo canon de circulación judicial, que supera las barreras conceptuales del derecho privado y constitucional. En tiempos recientes, la corte de Luxemburgo acelera el compás de la circulación entre el neo-paradigma comunitario y los consolidados modelos nacionales mediante un concepto flexible de primacía que recupere superándolo el bagaje de los conceptos nacionales de derecho privado.

Sobre el reequilibrio del equilibrio conceptual mediante un reelaboración de superprincipios europeos, ya se ha analizado la jurisprudencia en ámbito de derecho laboral. Ahora tal operación se explorará en la sedimentada temática de la contractualística allí donde el riguroso respeto de la libre voluntad de las partes asume una dimensión atávica y ajena a la lógica estatalista del derecho internacional clásico.

En palabras de la **Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) Sentencia núm. 125/2009 de 16 septiembre**: *“Resulta innegable, que después de la incorporación, de España, a la entonces denominada Comunidad Económica Europea, y como consecuencia directa de los principios de primacía del Derecho Comunitario y su aplicabilidad directa, los jueces civiles españoles, siguiendo el principio de interpretación conforme con el Derecho Europeo, han visto por decirlo de algún modo “erosionada”, su exigencia de neutralidad, al menos en determinados ámbitos como lo son el de la protección de los consumidores , lo que se ha traducido en alteraciones procesales y sustantivas. Y así, por lo que respecta a la posición del juez en el proceso, y en particular, en litigios entre empresas y consumidores , resulta inexcusable la referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2000 (TJCE 2000, 144) “Océano Grupo Editorial/Salvat Editores”, dictada, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en respuesta a determinados reenvíos prejudiciales verificados por el Juzgado de Primera Instancia Nº 35 de Barcelona. En el párrafo 27 de esta trascendental sentencia, se afirma que: “el sistema de tutela instaurado por la Directiva se basa en la idea de que la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes en contratos”. Lo que supone, como argumenta el TJCE, lo siguiente: “la protección que la Directiva otorga a los consumidores implica que el juez nacional puede apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometida cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales”.*

Y asimismo, señala el TJCE, en la sentencia de 26 de octubre de 2006 (TJCE 2006, 299) “Mostaza Claro”, en la que se responde a un reenvío prejudicial remitido por la Audiencia Provincial de Madrid, que: “la naturaleza en importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifica que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional”, -párrafo 37 de la expresada sentencia”.

Esta nueva dimensión del derecho privado europeo, que recientemente desemboca a nivel legislativo en el *Draft of Common Frame of Reference* y en la propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores³⁹, se refleja en sede municipal en algunas importantes sentencias entorno a la nulidad de contratos contrarios a la normativa comunitaria del **Tribunal Supremo TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 221/2006 de 15 marzo**⁴⁰, **TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 249/2009 de 15 abril**⁴¹, **TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 1066/2008 de 20 noviembre**⁴².

Aún más cercano temporalmente se sitúa el fallo (**Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 533/2009 de 30 junio**⁴³, en tema de nulidad de pleno derecho de contratos incompatibles con el Derecho comunitario de la competencia. El contrato de auto versaba sobre el arrendamiento de estación de servicio y exclusiva en el abastecimiento de carburante concertado con usufructuaria.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal, declarando que la compañía mercantil codemandante-reconvenida incumplió la exclusiva de abastecimiento pactada en el contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento y otrosí declarando resuelto dicho contrato por incompatibilidad con el Derecho comunitario de la competencia.

Pero aún más interesante es el análisis del mecanismo de conversación judicial mediante su aplicación en la vertiente interna. A raíz de la sentencia Océano, por ejemplo, se dicta una batería de sentencias acerca de la apreciación de oficio de nulidad de convenios arbitrales abusivos, principalmente falladas por la Audiencia Provincial de Madrid, [**AP Madrid (Sección 20ª), auto núm. 15/2009 de 16 enero; AP Madrid (Sección 20ª), auto núm. 74/2009 de 24 febrero, AP Madrid (Sección 20ª), auto núm. 153/2008 de 25 abril, entre otras**]. En todas estas decisiones, en la estela de la *ratio decidendi* jurisprudencial de la corte europea, inaugurada por la sentencia Océano⁴⁴, la corte de Madrid opera un reajuste de los equilibrios contractuales entre un suministrador de terminales de telefonía móviles y un particular claramente perjudicial para los intereses del consumidor. La aplicación de la normativa comunitaria relativa a la defensa de consumidores y usuarios es el resultado, por tanto, de una interpretación judicial mayormente favorable al consumidor y, que, a contraluz, consiente y fomenta una armonización judicial ciertamente invasiva también con el fin de perseguir un principio de justicia social. Aquella reivindicaciones fundadas principalmente sobre un derecho privado europeo “sin alma social”, sin *ethos* – diría Weiler - ven aquí una respuesta parcialmente opuesta, a saber orientada en la dirección de un “*reequilibrio de la*

³⁹ La Comisión Europea presentó el 8 de octubre de 2008 la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores [documento COM(2008) 614 final].

⁴⁰ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 221/2006 de 15 marzo. RJ 2006\5612

⁴¹ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 249/2009 de 15 abril. RJ 2009\1765

⁴² TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 1066/2008 de 20 noviembre. RJ 2009\140

⁴³ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 533/2009 de 30 junio, RJ 2009\4704.

⁴⁴ Sentencia Tribunal de Justicia, 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C 240/98 a C 244/98, rec. p. i 4941.

situación de inferioridad del consumidor que le lleva a adherirse a contratos con condiciones que no puede modificar, desequilibrio que exige una intervención positiva por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales". Tal operación judicial se perfila en términos de absoluta novedad bien en relación al paralelo experimento legislativo de la propuesta de directiva sobre consumidores, tendente a un fenómeno contrario de armonización máxima, bien en el plano histórico de un progresivo empleo de los instrumentos del derecho privado para la construcción de un *State making* europeo, capaz de introducir un *ordre publique* europeo correctivo del principio de autonomía contractual puro.

Esta recorrido jurisprudencial comunitario no es lineal: claramente el Tribunal de Justicia no está habilitado a edificar titánicamente solo la compleja trama del derecho privado europeo, pero es igualmente cierto que, a lado del esfuerzo legislativo de *hard* y *soft law*, del complejo entramado del *aquis communautaire* y del *Draft of Common Frame of Reference*, va emergiendo poderosamente esta nueva gramática judicial que se utiliza también en la provincia del derecho privado, y que va lentamente y tímidamente adquiriendo coloraciones de justicia social.

Paradigmático de esta nueva tendencia armonizadora privatista de corte judicial en la línea de una aplicación hermenéutica del principio de primacía europea es un fallo de la Audiencia Provincial de Salamanca, donde registra *apertis verbis* la activa participación de los jueces nacional y comunitario mediante el cauce procesal del planteamiento de la cuestión prejudicial. En el fallo Isidora de 2009⁴⁵, causa promovida por una petición de decisión prejudicial planteada por la **Audiencia Provincial de Salamanca**, mediante auto de 20 de mayo de 2008 determina que "el artículo 4 de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional declare de oficio la nulidad de un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva por no haberse informado al consumidor de su derecho de rescisión, aun cuando éste no haya invocado en ningún momento esa nulidad ante los órganos jurisdiccionales nacionales competentes". La aplicación interna de la **Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª), sentencia núm. 79/2010 de 22 febrero**, tras haber recordado el claro y convincente fallo de la corte comunitaria, sostiene que: "El objetivo de la Directiva, afirma el Tribunal, según los considerandos cuarto y quinto de la misma, es la protección del consumidor contra el riesgo que se deriva de las circunstancias que rodean la celebración de contratos fuera de los establecimientos comerciales, contratos que se caracterizan por el hecho de que la iniciativa de las negociaciones procede, normalmente, del comerciante y que el consumidor no está, de ningún modo, preparado para dichas negociaciones, concretamente para comparar la calidad y el precio de las diferentes ofertas disponibles. Para el Tribunal de Justicia esta disposición encierra un interés público en el sentido de que la jurisprudencia dictada (Van Schijndel y van Veen, apartado 21, y Van der Weerd y otros, apartado 35) puede justificar una intervención positiva del juez nacional con el fin de subsanar el desequilibrio existente

⁴⁵ Sentencia, 17 de diciembre de 2009, Isidora, C-227/08.

entre el consumidor y el comerciante en el marco de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales.

Analizando en concreto la cuestión planteada por la Audiencia Provincial de Salamanca, el Tribunal de Justicia recuerda que los órganos judiciales nacionales que conozcan de un litigio entre particulares deben interpretar en la medida de lo posible el conjunto de las normas del derecho interno a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por esta. [...] El Tribunal afirma que en estas circunstancias, una medida como la que tiene intención de adoptar el órgano jurisdiccional remitente, consistente en declarar la nulidad del contrato litigioso, puede calificarse de "adecuada" en el sentido del mencionado artículo cuatro, párrafo tercero, puesto que sanciona el incumplimiento de una obligación cuyo respeto, como se señala en los apartados 26 y 27 de la sentencia, es esencial a efectos de la formación de la voluntad del consumidor y de la obtención del nivel de protección al que aspira el legislador comunitario. [...] Así pues, el Juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. Por consiguiente, el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata **no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial.** A la hora de cumplir la mencionada obligación, sin embargo, el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula".

La aplicación del principio de *primauté* asume una dimensión absolutamente imprescindible también en el campo del derecho privado, alterando también la configuración interna de respeto de la autonomía contractual.

VI. LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL PRINCIPIO DE EFICACIA DIRECTA *INTER PRIVATOS*: EL NUEVO PARADIGMA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Terminemos *à rebours* el tema de la aplicación de los principios de eficacia directa y primacía con un fallo de un juez jerárquicamente inferior que, sin embargo, adopta una sentencia con un alto contenido europeísta: se trata de la sentencia del **Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 Sevilla Recurso núm. 415/2009, 11 de diciembre 2009**, en la que la actora, que venía prestando servicios para la Junta de Andalucía como funcionaria interina desde el 1 de octubre de 1985, impugna Resolución de 24 de noviembre de 2008 de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Agricultura y Pesca por la que se le deniega el abono de atrasos en concepto de trienios. La demandante invoca como fundamento de su pretensión la Cláusula 4ª de la Directiva 1999/70 /CE del Consejo de la Unión Europea, relativa a la

ratificación del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada.

Precisamente respecto de la Directiva en cuestión, se ha pronunciado el tribunal europeo en su sentencia de 13 de septiembre de 2007, (caso Yolanda del Cerro contra Servicio Vasco de Salud), reconociendo el derecho de los funcionarios interinos a percibir la retribución por trienios. Tal conclusión, proclamando que la Función Pública se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 99/70, que fue ya avanzada en el asunto Konstantinos **Adeneler** (St. de 4 de julio de 2006), se vio ratificada por la sentencia de 15 de abril de 2008 (caso **Impact**), que llega a proclamar la igualdad de derechos entre el personal temporal no funcionario y el funcionario comparable de las administraciones públicas irlandesas, reconociendo la equiparación en retribuciones y en algunos aspectos de la protección social; y por la de 23 de abril de 2009 (caso **Kiriaki Angelidaki**) relativa a la consolidación del empleo de los funcionarios interinos. El impulso de esta jurisprudencia europea en materia laboral llega inevitablemente a las salas de los tribunales españoles suscitando una reacción articulada acerca de la teoría de la integración entre los dos ordenamientos.

“En cuanto al carácter vinculante y preferente del Derecho comunitario, no debe olvidarse que el efecto directo de las directivas puede ser observado por el Juez nacional incluso sin necesidad de que el particular lo invoque a su favor. [...] En consecuencia, al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional a la hora de interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para alcanzar el resultado que persigue la misma y de esta forma atenerse al artículo 189.3 del Tratado CE (actualmente artículo 249 TCE, párrafo tercero). De lo anterior se deduce, en primer lugar que es obligación del Juzgador nacional realizar una exégesis de la normativa interna que sea conforme a las normas comunitarias; lo que ha venido a bautizarse como la doctrina de la "interpretación conforme". Tras haber examinado en sede nacional, el principio de primacía hermenéutica, el juez hispalense pasa a la tradicional versión de la *primauté*. “Más, si dicha interpretación conforme no es posible, cuando la norma comunitaria resulte "incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional" -es decir hábil para desplegar el efecto directo- el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición nacional en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho comunitario”.

Algo controvertida es la secuencia temporal de la aplicación directa o indirecta del principio de primacía, pero seguramente interesantes son las teorías generales sobre las consecuencias de tal principio. “Es lo que se ha venido en denominar "efecto directo de exclusión y de sustitución", ya apuntado en las sentencias CIA Security (del 30 abril 1996) y Unilever (de 26 septiembre 2000) entendiendo que las normas comunitarias engendran directamente derechos a favor de los particulares (ff.jj. 49 y 50 CIA Security), doctrina cristalizada en la sentencia Landelijke (de 7 de septiembre de 2004); en virtud de los cuales una vez regulada una materia por una Directiva, la Ley nacional

que lo hacía con anterioridad queda sustituida, deviniendo excluida al tiempo la posibilidad de que se elabore una norma nacional al respecto que no se dicte en transposición de la misma. Por otra parte nuestro Tribunal Constitucional ha venido en reconocer reiteradamente la primacía del Derecho comunitario respecto de la Ley nacional, debiendo los Tribunales españoles, en caso de conflicto normativo, relegar la segunda a favor de la aplicación del primero, si aquél gozase de eficacia directa. Precisamente en Declaración del Pleno de fecha 13 de diciembre de 2004 a requerimiento del Gobierno de la Nación para que se pronunciara sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución Española y el malogrado Tratado de Roma el 29 de octubre de 2004, el Alto Tribunal proclamaba: ‘En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93 , la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado’.

En la sentencia del **Tribunal Supremo de Iº de junio de 2010, 114/2007**, se anulan diversos apartados de los arts. 2 y 9 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, así como varias expresiones de los art. 2, 3, 4, 9, 18, DF 3ª.1 y 2 de la norma reglamentaria. El Real Decreto impugnado supone una limitación subjetiva del ámbito comunitario y una interpretación restrictiva de la Directiva 2004/38/CEE, al excluir de su ámbito de aplicación a los familiares de los ciudadanos españoles que quedan sometidos al régimen general de extranjería. En este caso, la normativa comunitaria penetra plenamente en la disciplina española, anulando las disposiciones internas no conformes a la normativa comunitaria como la situación de “separación legal” en la que desaparece la consideración familiar del cónyuge, y exigir al cónyuge separado legalmente que aporte una resolución judicial o mutuo acuerdo que determine un derecho de visita a un hijo menor para conservar así el derecho de residencia. Tampoco es compatible con la norma comunitaria considerar pareja de hecho únicamente a la pareja de un Estado miembro que tenga un sistema de registro único, ni restringir el derecho de libre circulación de ciudadanos comunitarios y de libre circulación de trabajadores, condicionándolo -respecto a los ascendientes y descendientes mayores de 21 años que vivan a cargo del ciudadano de la Unión-, a su situación económica para poder acceder a cualquier actividad. Asimismo, es contrario al derecho comunitario limitar la continuación del derecho de residencia para los familiares que no sean nacionales de un Estado miembro, en el supuesto del fallecimiento del ciudadano de la Unión, a la exigencia de unos requisitos para la obtención de una nueva e independiente autorización de residencia, no contenidos en la Directiva 38/2004/CEE. Finalmente, se suprime la posibilidad de la ejecución inmediata de expulsión prevista por impedir el régimen de control jurisdiccional de la medida de expulsión y su posibilidad de ser suspendida cautelarmente.

También muy incisiva es la sentencia del **Consiglio di Stato, sez. VI, 03-09-2009, n. 5197**, donde el nuevo principio de primacía interpretativa se aplica a la Autoridad de Garantía de las Comunicaciones, imponiéndole incluso el respeto de las disposiciones de una directiva no transpuesta en materia de publicidad televisiva, si bien tal órgano de control administrativo sólo está sometido a la observancia de las normas reglamentares. Sostiene la Suprema Corte administrativa italiana che “*le direttive comunitarie non*

ancora recepite, ma dettagliate, sufficientemente chiare, precise e incondizionate contribuiscono ad integrare il diritto interno, tenuto anche conto del più generale principio dell'interpretazione delle norme nazionali in senso conforme al diritto comunitario; tali principi sono stati confermati dalla corte costituzionale proprio con riferimento al potere regolamentare, che deve basarsi su un fondamento legislativo, ma tale fondamento legislativo è integrato dalle stesse direttive comunitarie che, in forza dei principi del «primato», della «diretta applicabilità» e degli «effetti diretti» del diritto comunitario, possono legittimamente integrare, ovvero sostituirsi agli atti legislativi interni».

La posibilidad de evaluar la compatibilidad de actos reglamentarios con las normas de las disposiciones de las directivas comunitarias se abre paso también en el sistema francés gracias a la sentencia del **Conseil d'Etat, 30 octubre 2009**, que modifica completamente la jurisprudencia anterior (**CE, Ass., 22 décembre 1978, Min. de l'intérieur c/ Cohn-Bendit, n° 11604**). Teniendo en cuenta que la transposición al derecho interno de las directivas comunitarias representa una obligación de rango constitucional en virtud del art. 88, y que corresponde al juez nacional competente dar aplicación efectiva al derecho de la Unión Europea, el Consejo de Estado galo considera que cualquier ciudadano puede solicitar la anulación de disposiciones reglamentarias contrarias a los objetivos definidos por una directiva comunitaria y que los jueces administrativos han de cesar de aplicar las normas administrativas incompatibles con la normativa comunitaria.

V. EL CAUCE PROCESAL DEL DIÁLOGO JUDICIAL: EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y SU TERMINAL NACIONAL

En el análisis de los principios de eficacia directa y primacía, se ha registrado una significativa osmosis jurídica entre ellos en nombre de un renovado principio de interpretación conforme a las normas comunitarias. El impulso emanado en este sentido por la corte comunitaria en los últimos años alcanza las salas nacionales y sólo es reelaborado en el recinto nacional en la medida en la que tal operación hermenéutica se desarrolle dentro del cauce procesal de la cuestión prejudicial⁴⁶. Principio de *primauté*,

⁴⁶ Una atenta utilización del principio de eficacia indirecta, en efecto, termina por disminuir los casos de planteamiento de la cuestión prejudicial, como en el ejemplo de la sentencia de **17 de julio de 2007 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo**. Este fallo resuelve el recurso interpuesto en relación con una cuestión que giraba alrededor de la denegación del derecho a la percepción, con cargo exclusivo a la Seguridad Social española, de una pensión de jubilación por no reunir el trabajador solicitante los períodos de carencia –genérico y específico– precisos para ello al rechazarse la posibilidad de computar a estos efectos como cotizaciones las bonificaciones especiales establecidas por realización de la actividad laboral en el mar y derivadas de la aplicación del Decreto 2309/1970, sobre reducción de la edad mínima de jubilación en el correspondiente Régimen especial, en aquellas actividades profesionales de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa e insalubre, en relación también con la Orden de 17 de noviembre de 1983.

La jurisprudencia dictada en relación con las referidas bonificaciones establecía que las mismas debían diferenciarse de las tradicionales por edad o históricas dado que éstas tenían una naturaleza jurídica concreta, pues eran completamente ficticias y no obedecían a ninguna presunción de realidad, abonándose

eficacia directa y cuestión prejudicial, pilares básicos de la teoría de la integración entre ordenamientos, están, por tanto, ligados recíprocamente a doble hilo.

Desde una óptica objetiva, las cuestiones prejudiciales planteadas por las cortes españolas son circunscritas en términos relativos, a saber en comparación con los autos planteados por las cortes de otros Estados. En las estadísticas oficiales sobre la evolución general de la actividad judicial en particular en torno a las cuestiones prejudiciales iniciadas (1952-2009), la Comisión Europea ofrece un fresco jurídico asaz claro en el que hasta la fecha de la memoria el Tribunal Supremo español sólo había levantado veinticuatro cuestiones prejudiciales, frente, por ejemplo, a las veinticuatro del *Hojesteret* danés o a las ciento tres de la *Corte di Cassazione* italiana; mientras que la Audiencia Nacional, por su parte, sólo se había limitado a pedir la contribución del Tribunal de Justicia en un caso. De por sí el dato no es decepcionante en la medida en que el lapso temporal de ejercicio de la actividad en el caso del Reino de España es claramente reducido. Los otros órganos jurisdiccionales habían planteado ciento noventa acciones de prejudicialidad. A nivel diacrónico, sin embargo, ha de destacarse la cifra de cincuenta y cinco autos de prejudicialidad comunitaria tramitados en 1995 ante los once del 2009 y los diecisiete de 2008. Números, de todas formas, escasos si los se compara con las diez cuestiones prejudiciales levantadas por Hungría en 2009 y las veintiocho de Francia y veintinueve de Italia. Este dato no enerva la relevante contribución en términos cualitativos de los jueces españoles a la construcción de la gramática judicial europea tanto desde la óptica de la constitucionalización del derecho privado, como bajo el perfil de la constitucionalización del derecho comunitario⁴⁷.

exclusivamente para el reconocimiento de la prestación y para el cálculo del porcentaje de pensión a recibir.

Esta jurisprudencia, sin embargo, ha sido revisada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a la vista de la consolidada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pronunciada en relación con el Reglamento 1408/71 (“caso Barreira”) respecto al modo en que han de considerarse para el cálculo de la prorrata las denominadas cotizaciones ficticias. En ella se afirma la necesidad de considerar, con carácter general, tales cotizaciones “ficticias” siempre que sean anteriores al hecho causante.

Una vez que las partes contestaron sobre la conveniencia de plantear la cuestión prejudicial ante el tribunal comunitario, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo reunida en Pleno ha llegado a la conclusión “de que no procede llevarla a cabo, pues aun cuando la problemática aquí planteada, como se ha dicho, no es la misma que se realizó en la sentencia “Barreira” ni en las anteriormente citadas por tratarse del cómputo de cotizaciones realmente “ficticias” se trata de cotizaciones que se toman en consideración para el cálculo de la pensión de los trabajadores del mar que no han emigrado, y, siendo ello así, de acuerdo con las previsiones de igualdad de trato que se contienen dentro del principio de libre circulación que viene recogido como uno de los que rigen en derecho comunitario y en concreto para el cálculo de las prestaciones conforme a lo previsto en el artículo 40 a) TCE [entonces] vigente, la duda acerca de si aquellas cotizaciones ficticias deben calificarse o no como período asimilado a seguro los efectos previstos en los artículos 1 r) y 46.2 del Reglamento (CEE) 1408/81, considera la Sala que debe resolverla en favor de una interpretación favorable a tal consideración, aunque desde la mera literalidad de los términos en que se hallan regulados en el derecho interno pudiera merecer la distinta consideración que hasta hora se le ha dado; todo ello en aplicación del principio de primacía que, conforme a reiterada doctrina del Tribunal de Justicia Comunitario preside la relación entre el ordenamiento europeo y los nacionales, y sin necesidad de plantear la cuestión prejudicial anunciada”.

⁴⁷ Se ha sostenido lucidamente que “el Tribunal Supremo español ha mostrado en los últimos años una importante labor de recepción del Derecho comunitario, asumiendo su función de Tribunal Supremo Comunitario en el panorama jurisdiccional nacional. Sin embargo, la práctica del alto Tribunal deja en evidencia aspectos preocupantes, entre los que destaca un escaso empleo de la cuestión prejudicial,

Sin embargo, esta operación requeriría la intervención de la *longa manus* del juez en la esfera de la autonomía contractual, tradicionalmente poco permeable a las injerencias exógenas. En primer lugar esta visión liberal decimonónica no es reproponible *sic et simpliciter* en un ámbito multinivel donde la dicotomía entre derecho público y privado se ha casi del todo disuelto o cuando menos, ha sido deconstruida.

En la decisión **3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid**, C-484/08, en una petición de decisión prejudicial planteada, por el **Tribunal Supremo**, mediante auto de 20 de octubre de 2008, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entra de lleno en la reglamentación de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato contratos celebrados con consumidores, así como en el citado fallo de 17 de diciembre de 2009, C-227/08, causa promovida por una petición de decisión prejudicial planteada por la **Audiencia Provincial de Salamanca**, mediante auto de 20 de mayo de 2008. Otro reciente importante caso afrontado por la corte europea se refiere al fallo de 6 de octubre de 2009, C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones, S.L., que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el **Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Bilbao**, mediante resolución de 29 de enero de 2008, donde se sostiene que “La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin comparecencia del consumidor, está obligado, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, a apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, en la medida en que, con arreglo a las normas procesales nacionales, pueda efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno. Si éste es el caso, incumbe a dicho órgano jurisdiccional extraer todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello para cerciorarse de que dicho consumidor no está vinculado por la citada cláusula”. La construcción conceptual de un orden público europeo de rango privatista se ha nutrido, como podemos constatar, de la aportación determinante de los jueces españoles⁴⁸.

ciertos abusos de la doctrina del acto claro y un marco procesal y normativo que no siempre facilita la recta aplicación del ordenamiento comunitario”; así D. SARMIENTO, *La cuestión prejudicial comunitaria y el tribunal supremo*, en AA.VV., *España ante los tribunales internacionales europeos*, editado por S. Ripol Carulla, Bosch, 2008, 167 ss.

⁴⁸ En la estela de los asuntos ya anteriormente citados en materia de derecho del trabajo, *in primis* el fallo del 13 de septiembre de 2007, (caso Yolanda del Cerro contra Servicio Vasco de Salud), se coloca también la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 16 de julio de 2009, **Evangelina Gómez-Limón Sánchez-Camacho** C-537/07, promovido por una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el **Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid**, mediante auto de 20 de noviembre de 2007, recibido en el Tribunal de Justicia el 3 de diciembre de 2007, que en tema de acuerdo marco sobre el permiso parental establece que: “1) La cláusula 2, apartado 6, del Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado el 14 de diciembre de 1995, que figura en anexo a la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, puede ser invocada por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales. 2) La cláusula 2, apartados 6 y 8, del Acuerdo marco sobre el permiso parental no se opone a que se tenga en cuenta, a la hora de calcular la pensión de incapacidad permanente

Las dos coordenadas del modelo Rewe, es decir los principios de efectividad y equivalencia, que favorecen la circulación jurídica de índole judicial según un modelo de *cross-fertilisation*, connotan también la vertiente constitucionalista de la gramática judicial. Ejemplo evidente de tal mecanismo circulatorio se halla en el asunto **Transportes Urbanos**, que se analizará en el párrafo dedicado a la responsabilidad del Estado por vulneración del derecho comunitario. De la misma guisa del caso Traghetti de 2006, la línea de demarcación de la posible utilización de los instrumento procesal estatales a protección de los derechos de origen comunitaria es representada por los dos principios mencionados. Más que por el empleo de instituciones jurídicas incisivas, o posiblemente justamente a causa de la aplicación de tales “sondas jurídicas” más intrusivas, la corte de Luxemburgo adopta una metodología de trabajo comunicativa o dialogante⁴⁹. La corte comunitaria en sede privatista como constitucional invita a su “interlocutor privilegiado” nacional a evaluar la situación jurídica, objeto del caso en cuestión, no sólo exclusivamente a la luz del derecho supranacional ni solamente en virtud de la normativa estatal. Dicho método se refuerza aún más en el contexto de “*tragic choises*”⁵⁰ (íntimamente relacionados con la interacción de las cuestiones constitucionales con la dinámica comunitaria ya afrontadas *infra* en el comentario al fallo del **Tribunal Constitucional, núm. 263/2007 (Sala Primera, Sección 2), de 25 mayo**), allí donde la conjugación de paradigmas es fuertemente recomendada o incluso necesaria. La gramática judicial es, en definitiva, conjugación de paradigmas culturales, que se expresan en la trama jurídica mediante normas (principio de interpretación conforme) o modelos (principio de responsabilidad del Estado en el ámbito de la *cross-fertilisation*) interfaciales. Problemáticas muy delicadas desde la óptica nacional ha abordado, por ejemplo, el fallo europeo **C-428/06 Unión General de Trabajadores de La Rioja**.

Precedida por la sentencia del **Tribunal Supremo de diciembre 2004**, donde se anulaban determinadas medidas fiscales a favor de empresas establecidas en el País Vasco en disconformidad de los antiguos arts. 87 y 88 TCE⁵¹, y **la sentencia de su**

de un trabajador, la circunstancia de que ha disfrutado de un período de permiso parental a tiempo parcial durante el que ha cotizado y ha adquirido derechos a pensión en proporción al salario percibido. 3) La cláusula 2, apartado 8, del Acuerdo marco sobre el permiso parental no impone a los Estados miembros más obligación que la de examinar y determinar los asuntos de seguridad social vinculados con dicho Acuerdo de conformidad con la legislación nacional. En particular, no les impone la obligación de prever la continuidad en la percepción de prestaciones de seguridad social durante el permiso parental. Los particulares no pueden invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales la mencionada cláusula 2, apartado 8, frente a las autoridades públicas. 4) El principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en particular, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social en el sentido de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, no se opone a que, durante el período de permiso parental a tiempo parcial, el trabajador adquiera derechos a pensión de incapacidad permanente en función del tiempo de trabajo efectuado y del salario percibido y no como si hubiera trabajado a tiempo completo”.

⁴⁹ D. D. SARMIENTO, *Poder Judicial e integración europea*, cit., 189 ss.

⁵⁰ G. CALABRESI - P. BABBITT, *Tragic choices*, W.W. Norton and Co., New York, 1978. Recientemente cfr. L. ZUCCA, *Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas*, en AA.VV., *Conflicts between fundamental rights*, editado por E. Brems, Portland, Intersentia, 2008.

⁵¹ Tribunal Supremo 9 Diciembre 2004 (recurso de casación nº 7893/1999).

Gran Sala de 6 de Septiembre de 2006, en el **asunto C-88/03**, que había sentado las premisas necesarias para que sea el territorio en el que la entidad infraestatal que ha adoptado la medida ejerce su competencia el que deba considerarse referente para determinar si una medida adoptada por dicha entidad conlleva el rasgo de selectividad que la hace contraria al Tratado, el fallo de la corte comunitaria de 2008 confirma la línea de diálogo anteriormente trazada, admitiendo la posibilidad de apreciar el carácter selectivo de una medida fiscal autonómica, teniendo en debida cuenta la autonomía institucional, de procedimiento y económica de la que goce la autoridad que adopte esa medida. Una vez más, incumbe al órgano jurisdiccional remitente, único competente para identificar el Derecho nacional aplicable e interpretarlo, así como para aplicar el Derecho comunitario a los litigios de los que conoce, verificar si los Territorios Históricos y la Comunidad Autónoma del País Vasco gozan de tal autonomía, lo que tendría como consecuencia que las normas adoptadas dentro de los límites de las competencias otorgadas a dichas entidades infraestatales por la Constitución española de 1978 y las demás disposiciones del Derecho español no tienen carácter selectivo, en el sentido del concepto de ayuda de Estado tal como aparece recogido en el artículo 87 CE, apartado 1.

A la luz de este fallo de 2008, prolifera una serie de sentencias nacionales, que se ocupan justamente de conjugar tal paradigma bastante amplio a la realidad autonómica vasca, *in primis* la sentencia del **Tribunal Supremo de 27 de Mayo de 2008 en Recurso de Casación nº 2.648/2006**, que ha procedido a revocar los anteriores autos. La decisión **Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, núm. 337/2009 de 25 mayo** constituye, en cambio, la decisión de retorno del fallo de la corte comunitaria de 2008, recordando que “el TJCE, como el mismo reitera, es un Tribunal que asiste al órgano judicial interno exclusivamente en la interpretación de los puntos de Derecho comunitario que éste último le somete, y que deja al Tribunal remitente la determinación y examen de todas las cuestiones que exceden de esa interpretación del derecho comunitario que le cumple decidir”. El TJCE en la sentencia de 6 de Septiembre de 2006, asunto C-88/03, ya estableció los tres criterios acumulativos de que la autonomía de la región europea examinada debería gozar para excluir la calificación de medidas selectivas y recientemente viene a reafirmarlos con ocasión de plantearse dudas sobre la concreta situación del País Vasco a la hora de juzgar de las disposiciones fiscales establecidas con carácter de generalidad dentro de su ámbito. Las deducciones últimas del tribunal vasco dejan, sin embargo, cuando menos perplejos: “Como conclusión consideramos que no hay un punto de partida idéntico entre ambas proposiciones sobre unidad de mercado, interno y comunitario. En el ámbito de la CEE, la necesidad armonizadora surge actualmente, -una vez ya superada la fase de desarme aduanero y de desaparición de las barreras fiscales entre los Estados miembros-, de la conclusión de que los sistemas fiscales múltiples entorpecen el ejercicio de las cuatro libertades que deben poderse ejercer por cualquier nacional de los Estados miembros desde que nació el mercado interior en base al Acta Única. Esto ocurre no solo porque los sistemas fiscales son instrumentos protectores de los intereses nacionales y del desarrollo de las propias fuerzas económicas, (proteccionismo y captación de inversiones), sino porque, aunque no se pretenda incidir con ellos en la voluntad de los agentes económicos, las simples divergencias de regulación conllevan una restricción

objetiva de esas libertades. Es decir, se está ante un mercado único inacabado. En cambio, en el ámbito del Estado miembro que, como España, admite en su interior una variedad de regímenes fiscales en base al principio de autonomía de nacionalidades y regiones, -artículo 2 CE - y del especial reconocimiento de los Derechos Históricos de algunas de ellas, -Disposición Adicional Primera CE -, el punto de partida de la unidad de mercado es una premisa del sistema de Estados nacionales ya alcanzada al que reconducen finalmente la variedad de normativas internas. Es muy posible **que la condición de subsistencia de estas últimas sea el retraso en la armonización fiscal en la UE**, pero sin que tal condición suponga que no sea el derecho interno quien las reconozca y regule”[énfasis añadida]. En este caso, pues, la flexibilización del principio de *primauté* mediante un método comunicativo termina por minar la misma existencia del derecho comunitario en tema de armonización fiscal. El juez nacional, por tanto, más que gorrón puede ser sensible y/o responsable respecto de los impulsos comunitario, a la misma guisa que el propio tribunal de Justicia en relación a las necesidades nacionales.

Igualmente dudoso el razonamiento adoptado por el Tribunal Supremo en materia de establecimiento de límites basados en un criterio de densidad demográfica. A las *rationes decidendi* dialogantes hacen de contrapunto, en efecto, unas decisiones apodícticas, en las que se dirime *ab imis* la necesidad de plantear la cuestión prejudicial sin motivación alguna, como en la **STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4) de 21 marzo 2007**. En este caso, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias dictó Sentencia, en fecha 12 abril 2004, desestimando el recurso interpuesto contra Resolución de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios del Principado de Asturias de 25-08-1999, que denegó la autorización de venta de medicamentos de uso humano en establecimiento comercial autorizado para venta de medicamentos veterinarios. La afirmación del Tribunal Supremo es categóricamente *tranchant*: “Lo que mueve al Tribunal Superior de Justicia de Asturias a proceder como lo ha hecho es porque la cuestión planteada en los procesos en los que resuelve, convocatoria de concurso para autorización de nuevas oficinas de farmacia en el Principado, sí puede guardar relación con el Dictamen motivado de la Comisión dirigido al Reino de España, pero eso nada tiene que ver con seguridad con la cuestión que aquí resolvemos”. Paralelamente, como resulta del deniego de la Alta Corte, el juez asturiano mediante autos del 26 de octubre y 22 de octubre invocaba la intervención del tribunal comunitario para dirimir la cuestiones relaciones sobre la libertad de establecimiento en relación con la ordenación territorial de las farmacias según un criterio de densidad demográfica. La sentencia del Tribunal de Justicia, **1 de junio de 2010, José Manuel Blanco Pérez, C-570/07 y C-571/07 determina que el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a una normativa nacional, como la controvertida en los asuntos principales, que impone límites a la concesión de autorizaciones de establecimiento de nuevas farmacias, al disponer requisitos demográficos y territoriales. “Sin embargo, el artículo 49 TFUE se opone a tal normativa en la medida en que las normas de base de 2.800 habitantes o de 250 metros impidan la creación de un número suficiente de farmacias capaces de garantizar una atención farmacéutica adecuada en las zonas geográficas con características demográficas particulares, lo que corresponde verificar al órgano**

jurisdiccional nacional”. Una vez más, se abren las abiertas a posibles vías de conversación con los jueces nacionales.

A la tajante postura del Tribunal Supremo en el caso anterior corresponde, en cambio, una actitud conceptual más plenamente convincente del mismo tribunal (**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª**) en la **sentencia de 11 febrero 2010**, donde significativamente se desestima la petición de planteamiento de la cuestión prejudicial formulada por una parte del proceso. La Alta Corte recurre a la doctrina del “acto claro”, expresada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto 283/81 CILFIT de 6 de octubre de 1982, citada de nuevo en el asunto 224/01 de 30 de septiembre de 2003, Köbler. El juez español está nuevamente llamado a pronunciarse sobre la legitimidad de los preceptos de un Real Decreto en materia laboral respecto a la normativa comunitaria, proporcionando una interpretación conforme a la directiva supranacional. “La primera cuestión a destacar es que no nos hallamos ante un concepto jurídico que pueda tener distinto contenido en derecho comunitario y en los diferentes derechos nacionales (apartado 19 de la sentencia CILFIT)”. Un segundo aspecto relevante afrontado por el tribunal de Madrid atañe a la subsunción a este caso concreto de la conocida doctrina expresada por el Tribunal de Justicia en el apartado 16 de la precitada sentencia CILFIT cuando afirma la nítida evidencia de la interpretación del derecho comunitario, que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada. Antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia. Esta operación intrínsecamente comparativa es también llevada a cabo por la corte española, que apostilla de la siguiente guisa: “Entendemos que nos encontramos ante un supuesto que no ofrece dudas sobre la manera de resolver aunque no haya sido objeto de interpretación reiterada del TJCE. No hay elementos de prueba, siquiera indiciarios sobre que la no afectación inmediata a los conductores autónomos incida en los preceptos del Tratado esgrimido”. Se defiende así mismo el respeto al principio de igualdad, caro al derecho comunitario como lo acredita su plasmación en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 20 y siguientes y recientemente avalado en el apartado 48 de la **Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 2009, Sturgeon** y otros, asuntos acumulados C- 402/07 y C-432/07. ““Todo acto comunitario debe interpretarse de conformidad con el conjunto del Derecho primario, incluido el principio de igualdad de trato, que exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se traten de manera idéntica situaciones distintas, a no ser que este trato esté objetivamente justificado” Si atendemos a la jurisprudencia esgrimida hemos de concluir la inexistencia de conculcación del principio de igualdad por cuanto la disposición reglamentaria española se limita a respetar la Directiva comunitaria que, en el momento de su incorporación al derecho interno no resultaba aplicable a los conductores autónomos”.

La bondad o corrección de las argumentaciones esgrimidas con el fin de desestimar o acoger la cuestión prejudicial se reversan *de plano* en el eventual perfil de

responsabilidad del Estado por actuación judicial⁵². El fallo Traghetti, en efecto, ha evidenciado un robusto hilo conductor entre la nueva gramática judicial y su conjugación en el plano hermenéutico. La amplia posibilidad de sanar el contraste entre derecho nacional y supranacional mediante el criterio de la interpretación conforme al derecho comunitario, conocida ya en sede constitucional doméstica, y la eventualidad de hallar perfiles de responsabilidad estatal por actuación del juez nacional testimonia que el nuevo paradigma europeo se desenvuelve principalmente en ámbito interpretativo, más que meramente normativo⁵³.

⁵² Quedan pendiente hasta la fecha del presente capítulo cuestiones prejudiciales de neurálgica relevancia para el desarrollo del derecho de la Unión Europea, como por ejemplo, el auto de **24 septiembre 2009, Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª)**, en materia de imposición indirecta que grava la concentración de capitales; o el auto de **2 de abril de 2010, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. / Administración General del Estado, asunto C-157/10**, sobre la doble imposición internacional en el impuesto sobre sociedades; o el auto de **25 de noviembre de 2009- CLECE, S.A. / María Socorro Martín Valor y Ayuntamiento de Cobisa, asunto C-463/09, formulado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en torno a la inclusión** dentro del ámbito de un supuesto de reversión o asunción por parte de un Ayuntamiento de la actividad de limpieza de sus diversas dependencias, que antes venía siendo prestada por una empresa contratista; o el auto de **decisión prejudicial presentada por el Juzgado Contencioso Administrativo nº 3 de La Coruña el 16 de noviembre de 2009, Rosa María Gavieiro Gavieiro / Consejería de Educación de la Junta de Galicia, asunto C-444/09**, siempre en tema laboral sobre si es una "razón objetiva" base de la diferencia de trato en la percepción de la antigüedad, la mera relación temporal del servicio de los empleados públicos; o nuevamente el caso C-467/08, Sociedad General de Autores y Editores contra Padawan, S.L., petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona, relativa a la dilucidación del concepto de «compensación equitativa» del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor; el auto planteado por **Tribunal Superior de Justicia de Galicia (España) el 19 de marzo de 2009, C-104/09, Pedro Manuel Roca Álvarez contra Sesa Start España ETT, S.A.**, en tema del principio europeo de igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto de una normativa nacional que atribuye exclusivamente a las madres trabajadoras por cuenta ajena, pero no concede a los padres que trabajan por cuenta ajena, un derecho propio a un permiso retribuido para el cuidado de un hijo.

⁵³ Sostiene el Abogado General Léger en las conclusiones al fallo Traghetti, cit.:

“55. En el ejercicio de sus funciones tradicionales de unificación de la interpretación de las normas jurídicas, es posible que esos órganos jurisdiccionales cometan una infracción del Derecho comunitario aplicable que pueda generar la responsabilidad del Estado, siempre que dicha infracción sea manifiesta. Una infracción de esta índole, por razón de la actividad de interpretación de las normas jurídicas, puede acontecer en varias situaciones, de las que daré algunos ejemplos que pueden presentarse de manera autónoma o conjunta.

56. En primer lugar, la infracción de que se trata puede resultar de una interpretación del Derecho nacional en un sentido no conforme con el Derecho comunitario aplicable, contrariamente a la obligación de interpretación conforme que pesa, según reiterada jurisprudencia, sobre la totalidad de los órganos jurisdiccionales nacionales y cuya importancia se ha recordado recientemente en la sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, en un litigio que opuso a particulares a propósito de la aplicación de disposiciones de Derecho interno que habían sido establecidas con el fin de adaptar el Derecho interno a una directiva que confiere derechos a los particulares.

57. La situación examinada por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 9 de diciembre de 2003, Comisión/Italia (dictada poco tiempo después de la sentencia Köbler, antes citada), puede asimilarse a este supuesto de infracción del Derecho comunitario (que requiere, obviamente, que la normativa nacional de que se trate pueda recibir una interpretación conforme).

58. Recuerdo que, en dicho asunto, la Comisión reprochaba a la República Italiana haber mantenido una normativa nacional que, tal como la interpretaban los órganos jurisdiccionales italianos, incluida la Corte suprema di cassazione, y tal como la aplicaba la administración, hacía prácticamente imposible el

El planteamiento de las cuestiones prejudiciales⁵⁴, el principio de la interpretación conforme en términos de *primauté* interpretativa y la responsabilidad del Estado por violación del derecho comunitario son tres caras de la misma moneda del paradigma judicial europeo, que el sistema español va gradualmente y contrastadamente asimilando⁵⁵.

reembolso de los impuestos percibidos en infracción del Derecho comunitario o excesivamente difícil, habida cuenta de las exigencias de prueba impuestas a los particulares para obtener tal reembolso.

59. Esta normativa nacional no era, en sí misma, contraria al Derecho comunitario ya que, como subrayó el Tribunal de Justicia, era neutra tanto en lo que atañe a la carga de la prueba de la repercusión de los citados impuestos sobre otras personas como con los medios de prueba admisibles al efecto. Sin embargo, la referida normativa nacional era objeto de interpretaciones divergentes por parte de los órganos jurisdiccionales, unas llevaban a una aplicación de la citada normativa compatible con el Derecho comunitario, otras llevaban a una aplicación incompatible con éste. Dado que esta última tendencia jurisprudencial era significativa, y no aislada, el Tribunal de Justicia la tuvo en cuenta para determinar el alcance de la normativa nacional de que se trataba. A este respecto, prestó especial atención a las sentencias de la Corte suprema di cassazione, que interpretaba la normativa nacional de una manera no conforme con el Derecho comunitario y en oposición manifiesta con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia.

60. Habida cuenta de estas divergencias de jurisprudencia y de la práctica seguida por la administración en la materia, que demuestran que la normativa nacional en cuestión no era suficientemente clara para garantizar una aplicación compatible con el Derecho comunitario, de modo que el legislador nacional debería haber introducido las modificaciones o aclaraciones oportunas, el Tribunal de Justicia estimó fundado el recurso por incumplimiento⁵⁵; así las conclusiones del Abogado General Philippe Léger, presentadas el 11 de octubre de 2005, asunto C-173/03 **Traghetti del Mediterraneo SpA contra República Italiana**.

⁵⁴ En la dilucidación de los requisitos necesarios para el planteamiento de la cuestión prejudicial, también ha sido relevante la contribución del juez español en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera), C-261/08 y C-348/08, María Julia Zurita García y otros contra Delegado del Gobierno en la Región de Murcia, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo a los artículos 68 CE y 234 CE, por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, mediante auto de 12 de junio de 2008.

⁵⁵ Prosigue, en efecto, la lúcida argumentación del Abogado Léger en las así las conclusiones del Abogado General Philippe Léger, presentadas el 11 de octubre de 2005, asunto C-173/03 **Traghetti del Mediterraneo SpA contra República Italiana**:

“61. Si la infracción del Derecho comunitario de que se trata fuera imputable al conjunto de las autoridades nacionales (jurisdiccionales, administrativas y legislativas), y no sólo a la Corte suprema di cassazione, y se ha examinado en el marco específico del procedimiento por incumplimiento, no es menos cierto que este asunto ofrece un ejemplo interesante de infracción del Derecho comunitario, por un órgano supremo, susceptible de generar la responsabilidad del Estado, por una interpretación no conforme (del Derecho nacional en relación con las exigencias del Derecho comunitario) que fue adoptada en oposición manifiesta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia.

62. En línea con este supuesto, puede evocarse igualmente el caso en el que un órgano jurisdiccional supremo aplique una normativa nacional que considera conforme al ordenamiento jurídico comunitario, cuando hubiera debido excluirla, con arreglo al principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, debido a su oposición irreductible al Derecho comunitario (que excluye toda posibilidad de interpretación conforme). La infracción del Derecho comunitario que se deriva de ello puede estar relacionada con un ejercicio de interpretación del Derecho nacional y/o del Derecho comunitario consistente, por ejemplo, en interpretar el Derecho nacional con el fin de hacer su aplicación compatible con el Derecho comunitario, dado que éste fue, sin duda, mal interpretado, en el presente supuesto, sería precisamente imposible conciliarlos.

63. A este caso, como al precedente, puede asociarse el supuesto en el que la infracción del Derecho comunitario resulte de una interpretación errónea de una norma jurídica comunitaria aplicable, ya sea de una norma de fondo o procesal.

Una vez más, la relación entre el ordenamiento comunitario y los sistemas nacionales no se articula según principios o cauces procesales en forma de compartimientos estancos, sino mediante un articulado conjunto de vasos comunicantes. Se trata de la teoría de la integración entre ordenamientos, que no se desenvuelve según las visiones ni estrictamente dualista à la Schmitt ni meramente monista à la Kelsen.

VI. EL JUEZ TEJEDOR Y SU RESPONSABILIDAD EN LA ÓPTICA DEL PARADIGMA COMUNITARIO

El diálogo judicial interordinamental que hemos visto gradualmente delinearse se despliega también en el ámbito de la denominada válvula coactiva de cooperación: el principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario. El principio de responsabilidad del Estado no mueve sus primeros pasos en la dirección de un diálogo jurisprudencial. El fallo Francovich promueve un modelo de responsabilidad del Estado de corte objetivo⁵⁶, sideralmente lejano de la mayoría de los sistemas nacionales de responsabilidad administrativa, fundados en un variable concepto de culpa⁵⁷. Con dicho principio se pretendía reforzar el sistema sancionador ante la sistemática violación de las directivas comunitarias, activando una circulación de modelos jurídicos siempre a la sombra de los dos ejes de la equivalencia y efectividad: el mecanismo de judicial *cross-fertilisation*⁵⁸. Sin embargo, este movimiento de armonización normativa basada en la labor de conjugación del juez nacional no arriba a las orillas de las Altas Cortes y aún menos de los tribunales constitucionales nacionales; ni tiene por contenido la protección de derechos que desborden la frontera conceptual y política del mercado común. El proceso de *cross-fertilisation*, por tanto, asume una dimensión parcial y significativamente mutilada por la ausencia de todas las cortes

64. Excluir la responsabilidad del Estado en caso de infracción del Derecho, por el simple motivo de que la infracción de que se trate esté relacionada con la interpretación de normas jurídicas, equivale a excluir la responsabilidad del Estado en cada uno de esos tres supuestos de infracción del Derecho comunitario. Evidentemente, tal exclusión de la responsabilidad del Estado, cuando la infracción del Derecho comunitario es imputable a un órgano jurisdiccional supremo, vulnera gravemente el principio formulado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Köbler, antes citada.

65. A estos diferentes supuestos de infracción del Derecho comunitario, hay que asimilar la situación en la que un órgano jurisdiccional supremo incumple la obligación de remisión prejudicial para que se interprete el Derecho comunitario, que recae sobre él en virtud del artículo 234 CE, párrafo tercero.

66. En efecto, el incumplimiento de una obligación de este tipo puede conducir al órgano jurisdiccional de que se trate a cometer un error incluido en uno u otro de esos supuestos, ya sea un error en la interpretación del Derecho comunitario aplicable o en la deducción de consecuencias que cabe sacar para la interpretación conforme del Derecho interno o para la apreciación de la compatibilidad de éste con el Derecho comunitario”.

⁵⁶ Cfr. R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad del estado miembro por vulneración del derecho comunitario*, Taurus, Madrid, 1997.

⁵⁷ Cfr. A. LAZARI, *Modelli e paradigma di responsabilità dello Stato*, cit., 301 ss.

⁵⁸ A. LAZARI, *La cross-fertilisation y la formación del paradigma comunitario de responsabilidad del Estado: «el esquema de la crisis»*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2005, 177-225; M.P. GRANGER, *National application of Francovich and the construction of a European administrative jus commune*, en (2007) 32 *E.L. Rev.*, 157 ss.

constitucionales europeas. Tras años de silencio de oro⁵⁹ y de una arraigada resistencia cultural a responsabilizar al legislador nacional⁶⁰, se activa tímidamente un mecanismo de recepción interna sólo en algunas cortes supremas nacionales tras la decisión aperturista Factortame III-Brasserie de Pêcheur⁶¹. Muy emblemático es el método seguido en la conjugación del paradigma lexical comunitario diseñado en las sentencias del Tribunal de Justicia: es decir, “‘*domestic integration*’ approach reflects a desire to preserve the integrity of traditional torts regimes, whilst accommodating the new Community rule”⁶².

Desde la perspectiva privatista, el dialogo judicial se ahonda en el tema de la responsabilidad civil extendida también a la actividad *inter privados* en el fallo Courage⁶³. En esta sentencia se leen a contraluz algunas consideraciones generales que trascienden los límites del caso concreto para asumir una dimensión axiológica: “entre los elementos de apreciación que puede tener en cuenta el órgano jurisdiccional nacional competente debe mencionarse el contexto económico y jurídico en el que se hallan las partes, así como, según señala con razón el Gobierno del Reino Unido, el poder de negociación y el respectivo comportamiento de ambas partes en el contrato”. Emerge, pues, aunque sea *in nuce*, una dimensión axiológica que sólo se puede ver reforzada por una dialéctica institucional vertical, con los jueces nacional, y horizontal, con los otros órganos comunitarios.

La nueva tendencia dialogante del Tribunal de Justicia se irradia también en el terreno de la responsabilidad del Estado, donde ahonda su *longa manus* en una superficie constitucionalmente muy delicada, como es la independencia de los jueces y la intocabilidad de la cosa definitivamente juzgada. El tímido aviso de la decisión Köbler se plasma en una forma más completa en la sentencia Traghetti de 13 junio 2006, donde hay que remarcar que la incompatibilidad de la ley italiana 117/88 en tema de responsabilidad del magistrado se verifica en base a las dos coordenadas-Rewe de efectividad y de equiparación de la legislación nacional, a la par que ocurrió en la sentencia Factortame III-Brasserie du Pêcheur con la actividad legislativa del Estado. En ambos casos el escrutinio de la compatibilidad comunitaria de la actividad del órgano estatal cobra carácter excepcional - como subraya significativamente la corte comunitaria – principalmente en consideración de la relevancia de la actividad estatal y de sus implicaciones constitucionales. En el abanico valorativo plasmado en virtud del

⁵⁹ C. HARLOW, *State Liability: Tort and Beyond*, Oxford University Press, 2004, 45.

⁶⁰ Cfr. entre otras, sentencias Conseil d’Etat Ass., 28 de febrero de 1992, SA Rothmans International France and Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France [1992] AJDA 224 ; Corte di Cassazione, Sez., Lav., enero 1997, n. 133 en *Foro It.*, 1998, 1366; y en Grecia Symvoulio tis Epikateias, sesión plenaria, 26 de febrero 1999, en [1999] *Deltio Forologikis Nomothesias* 1783-1787; [2000] *Eur. C.L.*, Pt 6, n. 75.

Cfr. J. BELL, *French Administrative Law and the Supremacy of European Laws*, en (2005) 11 *European Public Law* 490.

⁶¹ Sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame III, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029.

⁶² M.P. GRANGER, *National application of Francovich and the construction of a European administrative jus commune*, cit., 160.

⁶³ TJCE, 20 septiembre 2001, C-453/99, *Courage*, en *Rec.*, 2001, p. I-6297

requisito de violación suficientemente caracterizada las conductas que ahonden sus raíces en principios constitucionalmente protegidos, como la soberanía nacional en cuanto al Parlamento y la independencia de los jueces en referencia a la actividad judicial se colocan en un extremo. Es, por tanto, fundamental interpretar tal condición a la luz de las lentes comparativas, asimilándola a la *faute administrative* francesa, figura comprensiva tanto de la *faute simple* (falta de transposición de una directiva comunitaria) como, por el otro extremo, de la *faute lourde* (responsabilidad por actividad legislativa o judicial del Estado). Es reveladora la circunstancia que, principalmente en el ordenamiento jurídico italiano, el eje del sistema de responsabilidad vaya gradualmente deslizándose hacia una responsabilidad por culpa de aparato o culpa objetiva, idéntica en la sustancia al requisito de la violación suficientemente caracterizada.

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

Como se adelantaba al principio, también en el cuadro de la responsabilidad del Estado por vulneración del derecho comunitario el centro de gravedad del sistema sancionatorio se ha lentamente y significativamente desplazado hacia la actividad hermenéutica del juez. En una reciente pléyade de recientes sentencias, la Audiencia Nacional se ocupa de dilucidar el alcance municipal del fallo Traghetti de 2006 ya abundantemente señalado. **Las sentencias AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), sentencia de 23 junio 2009; AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), sentencia de 4 junio 2009; AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), sentencia de 30 abril 2009; AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), sentencia de 23 abril 2009; AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), sentencia de 10 febrero 2009** son decisiones-copias en cuanto que la *ratio decidendi* de cada una es sustancialmente idéntica a las otras. Todas estas decisiones han de ser recalibradas obviamente a la luz de la sentencia Transporte Urbanos de 2010. Vamos a destilar, en primer lugar, los razonamientos neurálgicos de la corte española en el fallo de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4 junio 2009. En primer lugar, se necesita depurar la circunstancia por la que el daño, supuestamente configurado como consecuencia de una decisión judicial, que pone fin a un procedimiento, cuyo contenido se reputa contrario al ordenamiento jurídico, está planteado según un supuesto de responsabilidad patrimonial por error judicial, regulado en el art. 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el sistema español, en efecto, el perfil de responsabilidad por actividad judicial se articula procesalmente en una doble fase: en

primer lugar, la previa declaración del error judicial; y una vez declarado este, la reclamación de los daños y perjuicios derivados de este error.

Una vez declarado el error judicial, el afectado podrá presentar su petición indemnizatoria ante el Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado, y contra la resolución administrativa que se dicte cabrá recurso contencioso-administrativo ante los tribunales de justicia, momento en el que ya no es posible cuestionar la existencia del error, sino que partiendo del mismo se habrá de determinar la existencia del nexo causal y la determinación de los daños y perjuicios vinculados a este.

En los casos de auto, se evalúa la compatibilidad del derecho comunitario y su jurisprudencia respecto de un plazo concreto para el ejercicio de esta acción conforme los principios de equivalencia y de efectividad, por los que se exige que los requisitos y las condiciones para ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del derecho comunitario no resultan más gravosas que las fijadas para las reclamaciones semejantes por vulneración del derecho interno (principio de equivalencia) y que el cauce establecido no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario a los particulares (principio de efectividad).

La Audiencia Nacional descarta, sin necesidad de mayores consideraciones al respecto, la eventual vulneración del principio de equivalencia, dado que el plazo para el ejercicio de la acción y los requisitos exigibles son los mismos con independencia de que el error judicial se haya producido en relación con el derecho interno o con el derecho comunitario.

Acierta la corte española en la medida en que argumenta a favor de la excepcionalidad de los supuestos de error judicial quedan limitados a los casos más graves de aplicación e interpretación del derecho con la consiguiente conformidad del principio comunitario de efectividad. Ya se ha tenido ocasión de precisar que el empleo de un parámetro flexible, cual es la *faute administrative* francesa, reelaborada en sede comunitaria en los términos de violación suficientemente cualificada, permite la creación de un abanico de supuestos que va desde la *faute lourde* en los supuestos donde las autoridades estatales pueden contar con un margen de discrecionalidad amplio hasta el extremo de la responsabilidad objetiva o *in re ipsa* para los casos de reducido o ínfimo margen de maniobra nacional: *responsabilité por faute simple*. En cualquier caso –zanja el asunto la Audiencia Nacional- tampoco puede considerarse que la interpretación que viene haciendo nuestro Tribunal Supremo sobre el concepto de "error judicial" resulte contraria a los requisitos y exigencias establecidos en la jurisprudencia del TJCE.

Seguramente más dudosa es el segmento de la sentencia relativa al principio de efectividad. Sostiene la corte española: "tampoco se aprecia que el plazo de tres meses, contados "a partir del día en que pudo ejercitarse la acción", en conexión con el tipo de acción que se ejercita y la finalidad que persigue, pueda ser considerado un obstáculo que haga imposible o muy difícil la articulación de la acción. La acción está destinada a declarar la existencia de un error judicial referido a una sentencia firme que viene

precedida, como acertadamente señala el Abogado del Estado, de un procedimiento judicial en sus diversas instancias en las partes han tenido la oportunidad de alegar y discutir sobre la aplicación y el alcance de la norma o del principio del derecho comunitario que se considera infringido. Por otra parte, el error judicial cuya declaración se pretende se contrae a los supuestos más graves (la propia parte recurrente lo califica como "un error patente, manifiesto y grave") y no a una mera discrepancia en la interpretación o aplicación de una norma o un principio dudoso, por lo que el plazo de tres meses desde la firmeza de la sentencia no puede considerarse un obstáculo que haga imposible o muy difícil la articulación de una acción destinada a argumentar lo que es patente y manifiesto".

Si bien planteado en una controversia similar, el asunto **Transportes Urbanos y Servicios Generales, SAL., C-118/08**⁶⁴, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, mediante auto de 1 de febrero de 2008, va a tocar aspectos relativamente análogos a las decisiones domésticas, alternando inevitablemente el andamiaje argumentativo de las decisiones nacionales ahora reseñadas. El Tribunal Supremo recuerda que la interposición de una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en la inconstitucionalidad de una Ley no está sometida, contrariamente a la misma reclamación basada en la incompatibilidad de dicha Ley con el Derecho de la Unión, a ningún requisito de agotamiento previo de las vías de recurso contra el acto administrativo lesivo basado en dicha normativa legal. Por enésima vez, el derecho comunitario va progresivamente asimilándose procesal y sustancialmente a las temáticas constitucionales.

Una vez más el diálogo judicial se desarrolla a lo largo de los principios de efectividad y equivalencia, extrapolados por la sentencia Rewe de los años Setenta. Prejudicialmente la corte de Luxemburgo aclara que contrariamente a los planteamientos de la jurisprudencia nacional, la reparación del daño causado por una infracción del Derecho de la Unión por un Estado miembro, no está subordinada al requisito de que una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial declare la existencia de tal infracción⁶⁵. Merece atención la *ratio decidendi* relacionada con el principio de equivalencia. "Ahora bien, esta única circunstancia, a falta de cualquier mención en el auto de remisión de otros elementos que permitan declarar la existencia de otras diferencias entre la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado efectivamente presentada por Transportes Urbanos y aquella que habría podido interponer sobre la base de una infracción de la Constitución declarada por el Tribunal Constitucional, no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia. En tal situación, procede señalar que las dos reclamaciones antes mencionadas pueden considerarse similares [...] De ello se deduce que, habida cuenta de las circunstancias descritas en el auto de remisión, el principio de

⁶⁴ Sentencia Transportes Urbanos, 26 de enero 2010, C-118/08.

⁶⁵ Así se expresa el Tribunal Supremo en su auto de remisión de 1 de febrero de 2008: "En cualquier caso, una violación del Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido".

equivalencia se opone a la aplicación de una regla como la controvertida en el litigio principal”.

En este caso la corte de Luxemburgo ha empleado la palanca jurídica del criterio de equivalencia para considerar incompatible la normativa interna española, allí donde en el mencionado fallo Traghetti utilizó la otra coordenada del parámetro de efectividad para evaluar la compatibilidad de la disciplina italiana en materia de responsabilidad del juez estatal. La sentencia Transporte Urbano ha estado en el punto de mira de un perspicaz comentario doctrinario elaborado por Carmen Plaza⁶⁶, la cual con argucia desplaza el centro de gravedad del pronunciamiento hacia la posibilidad de que en el sistema español de responsabilidad del Estado legislador desde hace ya una década cabe plantear la petición de daños tras la declaración de inconstitucionalidad de una disciplina legal por parte del Tribunal Constitucional.

Esta facultad pretorianamente concebida ofrecería la posibilidad de un sistema objetivo *in melius* respecto del propia paradigma comunitario, empernado alrededor del requisito de la violación suficientemente caracterizada⁶⁷. La propia normativa española en tema de responsabilidad de la administración pública tanto en su fase originaria con la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 como su sucesiva reforma con la Ley 30/1992, y específicamente la previsión judicial sobre la responsabilidad del legislador tras la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones legales, supondrían *icto oculi* un modelo objetivo de responsabilidad estatal. Si, sin embargo, se procede, así como la corte de la Unión Europea efectúa en la sentencia Traghetti, a un análisis pragmático de las sentencias internas condenatorias en materia de responsabilidad del Estado, en el caso español respecto de la actividad del legislador, en el supuesto italiano del comportamiento del juez estatal según la ley 117/88, se llega a la conclusión de que - ahora por el principio de efectividad - no se registran fallos que establezcan la responsabilidad del Estado, más allá de lo que se ha definido en la doctrina francesa un “producto de lujo”⁶⁸. Justamente contra esta circunstancia se ha detenido atentamente el Tribunal de Justicia en su sentencia Factortame III/Brasserie de Pêcheur en la parte que analiza la normativa interna inglesa y alemana respecto de la actuación del legislador⁶⁹.

⁶⁶ C. Plaza, Member States Liability for Legislative Injustice National Procedural Autonomy and the Principle of Equivalence; Going too far in Transportes Urbanos?, en Review of European administrative law, vol. 3, nr. 2, 27-51.

⁶⁷ C. Plaza, Member States Liability for Legislative Injustice National Procedural Autonomy and the Principle of Equivalence; Going too far in Transportes Urbanos?, cit., 39: “This [el hecho de que la normativa comunitaria en materia de responsabilidad del Estado sea considerada necesaria y suficiente] entails that if national law establishes more favourable conditions for individuals to be awarded damages national conditions would be given precedence over the Brasserie conditions (‘principle of preference’)”. Cfr. R. Alonso García, La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho comunitario: a propósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y las cuestión prejudicial planteada al TJCE (C-118/08), en QDL, 19 febrero 2009, 178.

⁶⁸ M.J. REDOR, De l’Etat légal a l’Etat de droit. L’évolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914, Économica, Paris, 1992, 62.

⁶⁹ Sentencia Factortame III, cit: “71. Pues bien, el requisito impuesto por el Derecho alemán en caso de infracción, por parte de una ley, de disposiciones nacionales de rango superior que supediten la reparación al hecho de que el acto u omisión del legislador se refiera a una situación individual, haría prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación efectiva de los daños que resultaran de la

Ni, a la luz de la exigua jurisprudencia española de condena del Estado legislador, parece del todo acertado sostener que la normativa comunitaria ha sido conjugada en ámbito interno de una manera más estricta que la propia disciplina interna sobre la responsabilidad del Estado, en especial modo refiriéndose a la evaluación de la condición de la violación suficientemente caracterizada⁷⁰. La jurisprudencia española contempla solamente algunos esporádicos casos de condena del Estado legislador por violación de las normas constitucionales declarada previamente por el Tribunal Constitucional⁷¹, frente a la necesidad reiteradamente evidenciada por el Tribunal de Justicia de declarar la responsabilidad del Estado legislador por parte del juez competente estatal al margen de la sentencia de condena ex art. 226 antiguo TCE, y sólo en algunos casos el juez de lo contencioso administrativo podría condenar el Estado legislador, tan sólo si el mismo legislador en su *ratio legis* había previsto este supuesto de autolimitación respecto de las situaciones jurídicas de legítima confianza de los particulares o de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas⁷². Si procediéramos ahora al análisis del *case law* jurisprudencial español bajo la lupa del criterio de efectividad esgrimido en la sentencia Traghetti por el Abogado General Léger⁷³, claro está que el sistema español en su vertiente operacional podría ser tachada de hacer prácticamente imposible la obtención de la reparación de los daños resultantes de la violación del Derecho comunitario cuando ésta sea imputable al legislador nacional. En todas estas hipótesis, queda de fondo la idea profundamente arraigada en los Estados modernos de que el Parlamento en el ejercicio de sus funciones no puede cometer ilícito y que sólo en algunos excepcionales casos (los “productos de lujos” de francesa memoria) se puede proceder a una autolimitación de lo que en Francia se denomina *responsabilité sans faute* o en Italia *responsabilità per atti leciti*. De todas formas, en cualquier ámbito nacional la legislador no puede incurrir en responsabilidad por funcionamiento anormal de la (*responsabilità o responsabilité pour faute*), sino sólo en una responsabilidad por funcionamiento normal (*indennizzo o responsabilité sans faute*). Tal imposibilidad

violación del Derecho comunitario, dado que las tareas que incumben al legislador nacional afectan, en principio, a la colectividad, y no a ninguna persona o grupo de personas consideradas individualmente. [...]

73. Del mismo modo, el eventual requisito, que impone, en principio, el Derecho inglés para que los poderes públicos puedan incurrir en responsabilidad, consistente en aportar la prueba de un abuso de poder en el ejercicio de una función pública (*misfeasance in public office*), abuso que es inconcebible cuando se trata del legislador, también puede hacer prácticamente imposible la obtención de la reparación de los daños resultantes de la violación del Derecho comunitario cuando ésta sea imputable al legislador nacional”.

⁷⁰ M.C. Alonso García, *La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador (reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas de 26 de enero de 2010)*, en *El cronista del Estado Social y de Derecho* N° 12, 2010, 74. Ya se ha tenido modo de analizar el sistema español en su aspecto aplicativo en A. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2005, donde se ha destacado la faceta crítica del modelo de responsabilidad objetiva del Estado que, en su aplicación jurisprudencial, sólo tiende a condenar la administración pública cuando, de todas formas, existe una anomalía en el funcionamiento del aparato estatal.

⁷¹ Tribunal Supremo, 22 febrero 2000 (*N° Recurso* 84/1996), 29 febrero 2000 (*N° Recurso* 49/1998), y 15 julio 2000 (*N° Recurso* 736/1997).

⁷² STS of 17 February 1998 (*N° Recurso* 327/1993); STS of 29 February 2000 (*N° Recurso* 49/1998), STS of 13 June 2000 (*N° Recurso* 567/1998).

⁷³ Conclusiones presentadas el 11 de octubre de 2005.

ontológica se refleja claramente en la dificultad procesal para conseguir antes los jueces nacionales la indemnización de los daños ocasionados por la conducta del legislador nacional.

No existe, o es absolutamente remota, la posibilidad para el particular afectado por un normativa nacional contraria a los principios del derecho comunitario de reclamar los daños directamente al juez nacional competente, sin antes agotar la vía procesal prevista para la responsabilidad del Estado legislador. Si por un lado la Corte Suprema italiana regresa al territorio de la *indennizzazione* o de la imposibilidad de cometer ilícito por el legislador nacional, en la dirección opuesta de la responsabilización jurídica del mismo órgano se ha expresado en la sentencia de aplicación del fallo comunitario **el Tribunal Supremo del 17 de septiembre de 2010, n. 153/2007**. En la sentencia de la **Corte di Cassazione; sezioni unite civili; sentenza, 17-04-2009, n. 9147**, se sostiene que la vía del funcionamiento normal *“in base alla considerazione che, stante il carattere autonomo e distinto tra i due ordinamenti, comunitario e interno, il comportamento del legislatore è suscettibile di essere qualificato come anti-giuridico nell’ambito dell’ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell’ordinamento interno, secondo principi fondamentali che risultano evidenti nella stessa Costituzione”*. Las dos cuerdas de autocontención de Ulises, por tanto, no se enredan: en el fallo más reciente no existe cross-fertilisation.

En la sentencia de Tribunal Supremo del septiembre 2010, se mantiene, en cambio, que “el Estado ha incumplido sus obligaciones impuestas por el Derecho Comunitario, en particular, en los arts. 17.2 y 5 de la Directiva 77/388/CEE”. En este caso se dan todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que prospere la acción de responsabilidad patrimonial; así, la norma vulnerada, 6ª Directiva, confería derechos a los particulares, concretamente el derecho a la deducción de IVA soportado sin más limitaciones que las que ella establece, añadiendo la normativa española una limitación no prevista en la Directiva. De otro lado, existe una relación de causalidad entre la infracción de la obligación del Estado y el daño sufrido por el particular, sin que tal relación causal se vea perjudicada porque el reclamante no agote los recursos frente a la liquidación tributaria. Concorre el nexo causal entre la aplicación de la norma interna contraria a la 6ª Directiva y el daño ocasionado a la sociedad recurrente, que tuvo que abonar a Hacienda unas cantidades superiores a las correctas de haberse respetado por la legislación española la norma comunitaria. El precedente dictado por la corte de Luxemburgo en enero 2010 “obliga a rectificar la doctrina sentada en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, que entendieron que la no impugnación, administrativa y judicial, del acto aplicativo de la norma contraria al Derecho Comunitario rompía el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia comunitaria para la declaración de la responsabilidad patrimonial, ruptura que, como ya se expreso, no se admite en los casos de actos de aplicación de leyes inconstitucionales, casos en los que no es preciso el agotamiento de los recursos administrativos y jurisdiccionales para el ejercicio de la acción de responsabilidad”. Igualmente correcto es el análisis que se refiere a la valoración de la condición de la violación suficientemente caracterizada. Afirma la Alta Corte: “La valoración del alcance de la infracción, atendiendo a la definición de la situación por las normas comunitarias y la justificación por el Estado de

la opción legislativa adoptada, en los términos que para mayor claridad se han reproducido, conducen a estimar concurrente este requisito de vulneración suficientemente caracterizada, pues los pronunciamientos del Tribunal dejan pocas opciones para justificar la postura del Estado, al señalar que en este caso no existía incertidumbre en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias en cuestión, afirmación que por lo demás resulta del examen de las mismas que se efectúa en la sentencia y que pone de manifiesto que la regla de prorrata de la deducción establecida en el art. 19 de la Directiva viene referida al art. 17.5 de la misma, es decir, a los sujetos pasivos mixtos y es a ellos a los que va referida la facultad de los Estados miembros para introducir en el denominador la cuantía de subvenciones no enunciadas en el art. 11.1.a). El margen de apreciación del Estado al efecto es muy reducido y no se justifica por error en la interpretación del precepto, acudiendo a la finalidad de la Sexta Directiva, que no permite alterar sus previsiones en perjuicio de los contribuyentes. [...]Tal planteamiento del Estado, cuya voluntariedad e intencionalidad se refleja en sus propias alegaciones que tratan de justificar la opción adoptada, no puede atribuirse, por lo tanto, a una incertidumbre objetiva e importante de la normativa comunitaria, como se señala en la sentencia, ni aparece provocada por la actitud de alguna Institución comunitaria que haya podido contribuir a ello”.

La nueva gramática judicial favorece una operación de *cross-fertilisation* entre modelos nacionales, y constitucionales en este último caso, y el paradigma comunitario; pero claro está que este mecanismo de entrelazamiento de los cuerdas de Ulises no puede ir en detrimento del principio de primacía templado del derecho comunitario. Tal principio de preferencia, explicitado por la corte comunitaria entre otros en el punto 45 del fallo Traghetti (“estos tres requisitos son, en efecto, necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, sin excluir, no obstante, que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos”), se tiene que concretar efectivamente en soluciones sustanciales y procesales más favorable al ciudadano afectado. La conjugación del paradigma comunitario con los modelos nacionales de responsabilidad del Estado desvela a contraluz la difícil tarea de enlazar herramientas jurídicas destinadas a la evaluación de la conducta de la administración pública respecto de la actividad del legislador: los fallos Brasserie de Pêcheur de 1996 y Transportes Urbanos de 2010 aclaran esta circunstancia.

VII. A MODO DE EPÍLOGO: EL ESTADO DE LA NUEVA GRAMÁTICA JUDICIAL

Los dos ejes principales del estudio sobre la aplicación judicial en España se encuentran fijados en las dos áreas temáticas del derecho constitucional y privado. En ambas perspectivas se ha podido evidenciar la génesis de un a veces fluido, en ocasiones contrastado, diálogo entre jueces, que constituye un nuevo registro jurídico: una nueva gramática judicial.

Europa ha sido el lugar preeminentemente de floritura de la hermenéutica y la patria de la traducción constante. Se trata ahora de trasponer esta capacidad lingüística en una

capacidad cultural⁷⁴, que, recapitulando, se ha podido reconocer en España en los siguientes puntos:

1. En todas las vertientes concerniente la relación entre derecho comunitario y sistemas nacionales emerge poderosa la temática de la conjugación constitucional del derecho supranacional, bien que se trate de cuestiones prejudiciales (en referencia al fallo comunitario **Transporte Urbanos de 2010**, acerca de la conformidad del sistema español de responsabilidad del Estado legislador, a la decisión **Cordero Alonso** sobre la incompatibilidad de la interpretación ofrecida por el Tribunal Constitucional respecto de la interpretación consolidada del Tribunal de Justicia acerca del principio de igualdad, a **Promusicae de 2008**, donde el centro de gravedad constitucional se desplaza hacia el terreno privatista), bien que se trate de cuestiones sobre primacía, *in primis* la declaración del tribunal Constitucional n. **1/2004**, y los votos particulares en la posterior sentencia sobre la euroorden **de 28 septiembre 2009**, bien sobre eficacia directa y responsabilidad del Estado, también por funcionamiento de la Administración de Justicia. De la fluidez en las relaciones entre sistemas jurídicos y dentro de los propios principios vertebradores de las relaciones entre ellos, procede una teoría que sepa interpretar esta nota de “liquidez jurídica” *á la Bauman*⁷⁵. Es difícilmente comprensible la neta sistematización de tres diferentes tipos de aproximación de la corte comunitaria hacia las cortes nacionales. La misma sentencia Francovich, elevada a ejemplo de imposición vertical de la relación entre cortes, es paradigma de una dialéctica judicial en lo referente al método de aplicación de los tres requisitos comunitarios. Ellos están destinados a conjugarse en los sistemas nacionales mediante un método basado en la *cross-fertilisation* judicial. Tal categorización quizás pueda referirse a épocas distintas de la actividad del Tribunal de Justicia, allí donde la corte europea haya prescindido de la *judicial conversation* con los tribunales nacionales. Ciertamente es que, como hemos podido comprobar, recientemente la progresiva intervención en ámbitos constitucionales comporta como sostiene Sarmiento un consiguiente mayor empleo del método dialógico habermasiano⁷⁶.

2. Cobra neurálgica importancia el principio de interpretación conforme como método para salvar el derecho interno – más que abolirlo- respecto del parámetro del derecho comunitario.

3. El sistema comunitario se perfila, en definitiva, en términos de sistema de vasos comunicantes, pues el principio de supremacía de la sentencia *Costa c. Enel* se va configurando cada vez más como sistema de principio de primacía hermenéutico gracias a la progresiva utilización del principio de interpretación conforme. De hecho, el momento interpretativo emerge poderosamente también en el modelo aplicativo de reenvío prejudicial, a la hora de recuperar adecuadamente la normativa estatal evitando un masivo recurso a la corte comunitaria, y en el sistema de responsabilidad del Estado, donde la aplicación de la institución de la responsabilidad extracontractual va a abarcar hipótesis también de falta de diálogo judicial en los casos de falta de remisión de la

⁷⁴ Z. BAUMAN, *Europa: una aventura inacabada*, Losada, Madrid, 2006, 9.

⁷⁵ IDEM, *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002.

⁷⁶ D. SARMIENTO, *Poder Judicial e Integración Europea*, cit., 43 ss.

cuestión prejudicial en las cortes de última instancia, como establece la sentencia Traghetti.