

ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA*Asesor fiscal.**Especialista Universitario en Sistema Fiscal Español.**Máster en Tributación/Asesoría Fiscal por el CEF*

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2005** en la Modalidad de **DERECHO ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Joaquín BORRELL MESTRES, don Joaquín FERRER JACAS, don Tomás FONT LLOVET, don Alfredo GALÁN GALÁN, doña María Jesús MONTORO CHINER y don Joaquín TORNOS MAS.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto:

LA Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo viene entendiendo en su jurisprudencia que los tribunales españoles no pueden ejercer el control de adecuación de las leyes con las directivas que desarrollen o introduzcan, pues se lo veda el artículo 1 de su ley jurisdiccional.

Esta jurisprudencia es contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y desconoce el papel del juez nacional

.../...

.../...

como juez comunitario. Cualquier ciudadano puede dirigirse al juez nacional con la pretensión de que inaplique normas internas contrarias al Derecho comunitario, y el juez nacional, por su propia jurisdicción, debe proceder a la inaplicación de la norma interna incompatible.

En el presente artículo se analiza críticamente dicha jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de la doctrina, que es prácticamente unánime y contraria a la posición del Tribunal Supremo español.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Petición a la Comisión Europea.
- III. La opinión anterior al servicio jurídico de la Comisión Europea.
- IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Como expuso la Comisión Europea en su «Decimonoveno Informe Anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2001)»¹:

«Si bien, según destaca el Libro Blanco publicado por la Comisión en 2001, "la principal responsabilidad de la aplicación del Derecho comunitario recae en las Administraciones y **órganos jurisdiccionales nacionales**", corresponde a la Comisión controlar la transposición de las normas de Derecho comunitario que así lo requieren, la adecuación a las normas comunitarias de las disposiciones nacionales de transposición, así como la correcta aplicación de las normas comunitarias por los distintos órganos de los Estados miembros.»

«La acción de la Comisión en materia de control de la aplicación del Derecho comunitario se extiende al conjunto del Derecho comunitario. No es, por tanto, infrecuente que la Comisión persiga a un Estado miembro por haber adoptado o mantenido disposiciones legislativas o reglamentarias **contrarias a los principios fundamentales del Derecho comunitario o consagrados por los Tratados.**

En el marco de esta misión, la cooperación entre los órganos administrativos de los Estados miembros y los servicios de la Comisión constituye un elemento indispensable para el ejercicio de la función de *«guardiana del Derecho comunitario»* que los Tratados confían a la Comisión.»

En el Libro Blanco «La Gobernanza Europea»², la Comisión Europea señala que:

«persiste el sentimiento de que las normas comunitarias son "leyes extranjeras". **El Derecho comunitario forma parte del ordenamiento jurídico nacional**, y como tal debe aplicarse. Pese a la ya larga cooperación con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, los juristas y **tribunales nacionales** necesitan adquirir una mayor familiarización con el Derecho comunitario y **asumir la responsabilidad de garantizar la protección coherente de los derechos conferidos por el**

¹ Bruselas, 28 de junio de 2002. COM (2002) 324 final.

² Bruselas, 25 de julio de 2001. COM (2001) 428 final.

Tratado y la legislación europea. La Comisión seguirá respaldando la cooperación judicial y la formación en Derecho comunitario de los juristas y jueces; pero también los Estados miembros deberán intensificar sus esfuerzos en este ámbito.»

La Comisión Europea viene manifestando reiteradamente su preocupación por los efectos negativos de la incorrecta o tardía transposición de las Directivas. Así, en su Recomendación de 12 de julio de 2004, relativa a la transposición al Derecho nacional de las Directivas que afectan al mercado interior³, subraya que «la transposición tardía o incorrecta de las Directivas de mercado interior perjudica a las empresas y los ciudadanos, ya que a menudo les priva de sus derechos» y «una transposición tardía o incorrecta impide que las empresas y los consumidores disfruten de todos los beneficios económicos de un mercado interior que funcione correctamente y perjudica la competitividad de la economía europea en su conjunto, socavando la capacidad de la Comunidad de generar crecimiento económico a la vez que se mantiene un nivel de cohesión social elevado». Estas apreciaciones de la Comisión ponen de manifiesto la necesidad de que los jueces nacionales, como jueces comunitarios, colaboren activamente en la defensa de los derechos conferidos por la normativa comunitaria, aplicando los principios de primacía y efecto directo. El Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 11 de julio de 2002 (Asunto C-62/00, Marks & Spencer) afirmó que los particulares pueden invocar frente al Estado miembro una Directiva de armonización fiscal:

«En todos los casos en que no se garantice la aplicación plena de ésta, es decir, no sólo en los casos en que no se haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva o tal adaptación haya sido incorrecta, sino también en aquellos casos en que las medidas nacionales por las que el Derecho interno se ha adaptado correctamente a la referida Directiva **no se apliquen de manera que se alcance el resultado que ésta persigue.**»

Asimismo, en su Sentencia de 8 de octubre de 1987 (Asunto 80/86), el Tribunal de Justicia asevera:

«Como el Tribunal ha precisado en su Sentencia de 10 de abril de 1984 (Von Colson y Kamann, 14/83, Rec. p. 1891), la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de alcanzar el resultado previsto por ésta, así como su deber de adoptar, en virtud del art. 5 del Tratado, cualquier medida general o específica apropiada para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen *a todas las autoridades de los Estados miembros...* De ello deriva que, al aplicar el Derecho nacional, y *sobre todo las disposiciones de una ley nacional especialmente aprobada con vistas a la ejecución de una Directiva*, la jurisdicción nacional queda obligada a interpretar su derecho nacional a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva para alcanzar el resultado contemplado en el art. 189, párrafo 3, del Tratado».

³ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del 16 de abril de 2005.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de diciembre de 2004 ⁴, se ha expresado en los siguientes términos sobre la eficacia directa y primacía del Derecho comunitario ⁵:

«La eficacia directa y primacía del Derecho europeo, en el ámbito del ejercicio de las competencias atribuidas a las instituciones europeas y con respeto a la identidad de los Estados integrados y a sus estructuras constitucionales básicas, ha sido proclamada reiteradamente por la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia, así como por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de este Alto Tribunal y dicha eficacia del Derecho Comunitario Europeo se produce en las relaciones verticales (poderes públicos/particulares) y en las relaciones horizontales (entre particulares). Esta plenitud de eficacia de la normativa europea aparece reconocida en el artículo 250 del Tratado consolidado (anterior art. 189), de manera que resulta directamente aplicable y produce efectos inmediatos en cuanto confiere a los particulares de cualquiera de los Estados derechos e intereses **que las jurisdicciones nacionales deben proteger y a este efecto se opone la aplicación de cualquier medida legislativa incompatible con las disposiciones del Derecho europeo.**»

Incluso, aunque la inaplicación de la norma nacional incompatible permita la aplicación preferente de la norma comunitaria, un Estado miembro que mantenga en vigor una norma nacional contraria incumple la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del Tratado y de los actos de las Instituciones (art. 10 del Tratado consolidado, antiguo art. 5). O, dicho en otros términos, la primacía y el efecto directo de las disposiciones comunitarias no dispensan a los Estados miembros de la obligación de eliminar de su orden jurídico interno aquellas disposiciones que resulten incompatibles. Se trata, así, de evitar situaciones de incertidumbre en cuanto a la posibilidad de que cualquier ciudadano comunitario (sin exclusión de los propios nacionales) se acoja a la normativa europea...»

Vemos cómo nuestro Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) señala en esta sentencia que las jurisdicciones nacionales deben proteger los principios del Derecho comunitario de primacía y efecto directo, y «a este efecto se opone la aplicación de cualquier medida legislativa incompatible con las disposiciones del Derecho europeo».

Sin embargo, como veremos enseguida, es el mismo Tribunal Supremo (y la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo) quien viene entendiendo que no puede inaplicar una norma interna contraria al Derecho comunitario si ésta tiene rango legal, al interpretar que se lo impide el artículo 1 de

⁴ Sala de lo Contencioso-Administrativo. Recaída en el recurso núm. 7893/1999. Vista en www.aedaf.es, el 11 de febrero de 2005.

⁵ Ya en su Sentencia de 28 de abril de 1987, el Tribunal Supremo se manifestó en los siguientes términos: «Este planteamiento desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español (la exigencia de la Ley para reservar al sector público recursos o servicios esenciales, conforme al art. 128 de la Constitución), queda reforzada por la incidencia del Derecho comunitario europeo, **con eficacia directa y carácter prevalente** en virtud de la cesión parcial de soberanía que supone la adhesión a la Comunidad, autorizada por la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, en cumplimiento del artículo 93 de nuestra Constitución, hecho a la medida para esta circunstancia».

la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Jurisprudencia esta que no es respetuosa con el Derecho comunitario, en nuestra opinión.

Dicha interpretación no es conforme con la doctrina del propio Tribunal Constitucional, quien entiende que «la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales **que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria**». Para el Tribunal Constitucional, el ordenamiento comunitario «constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros **y que se impone a sus órganos jurisdiccionales** (Sentencia COSTA/ENEL, de 15 de julio de 1964)» (STC 28/1991, de 14 de febrero de 1991).

Como ha señalado LINDE PANIAGUA ⁶, respecto al principio de primacía del Derecho comunitario sobre los derechos nacionales, comentando las principales sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: «La primera de ellas, caso Simmenthal, dejó acreditado, en contra de lo sostenido por la Corte Costituzionale italiana, que el juez nacional tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de las normas comunitarias y, por consiguiente, **debe dejar inaplicadas la norma o normas nacionales**, cualesquiera que sea su rango ⁷, cuando sean contrarias a la norma comunitaria, aunque éstas sean posteriores. Igualmente estableció que para dicha inaplicación no debe esperar a la previa derogación de la norma o normas nacionales en cuestión. La segunda sentencia, caso Factortame, irá más allá. En efecto, contestó a la cuestión planteada por la House of Lords que: el «Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, **debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide medidas provisionales**». Es decir, que el principio de primacía del Derecho comunitario determina la inaplicación de cualquiera derecho nacional que directa (caso Simmenthal) o indirectamente (caso Factortame) pudiera hacer ineficaz al Derecho comunitario aplicable».

Como se explica didácticamente desde instancias comunitarias ⁸, sobre la fundamentación del principio de primacía:

⁶ En la obra colectiva *Principios de Derecho de la Unión Europea*. COLEX, 2005.

⁷ Es evidente, a nuestro juicio, que el juez no puede inaplicar la propia constitución nacional, que tiene supremacía sobre el Derecho comunitario. Pero en esta cuestión no vamos a detenernos en este trabajo.

⁸ www.europa.eu.int/eur-lex.

Para el Presidente del Consejo de Estado, RUBIO LLORENTE («La constitucionalización del proceso de integración en Europa», *Revista de Occidente*, n.º 284, enero 2005. Visto en www.revistas culturales.com), la primacía del derecho europeo sobre el puramente interno se ha apoyado hasta el presente en construcciones muy laxas y de más valor pragmático que teórico. Después de la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, del Tribunal Constitucional, sobre el texto de la Constitución Europea, MOLINA A. DE CIENFUEGOS («Abrir la Constitución Española a la integración europea: opciones y modelos». *ARI* n.º 21/2005, 8-2-2005. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos) ha postulado por «mejorar la genérica redacción actual del artículo 93» de la Constitución Española. Para este autor, una de las medidas sería la «constitucionalización de la primacía y el efecto directo». No obstante, señala que «aunque, como se ha dicho, el Tribunal de Luxemburgo combate esta solución, consagrar por escrito la aceptación de estos principios impide que posibles interpretaciones obstaculizadoras de los tribunales o una coyuntura política irresponsable pudieran poner en peligro el cumplimiento de las obligaciones europeas de España».

«La aplicabilidad directa de una disposición de Derecho comunitario plantea una segunda cuestión igualmente fundamental: **¿qué sucede si una disposición de Derecho comunitario establece derechos y obligaciones directos para los ciudadanos comunitarios y su contenido está en contradicción con una norma de Derecho nacional?**

Dicho conflicto entre Derecho comunitario y Derecho nacional sólo puede resolverse si uno de los dos ordenamientos jurídicos cede a favor del otro. El Derecho comunitario escrito no contiene ninguna disposición expresa al respecto. En ninguno de los Tratados comunitarios se establece que el Derecho comunitario prima sobre el Derecho nacional o que está supeditado a este último. No obstante, el conflicto entre Derecho comunitario y Derecho nacional sólo puede resolverse en la medida en que se conceda una primacía al primero sobre el segundo, de forma que prive de eficacia a todas las disposiciones nacionales que difieran de una disposición comunitaria y ocupe su lugar dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales. Pues, **¿qué quedaría del ordenamiento jurídico comunitario si se supeditara el Derecho comunitario al nacional? La respuesta es: muy poco.** Las disposiciones de Derecho comunitario podrían ser abolidas por cualquier ley nacional. Y ya no podría hablarse de la validez uniforme e igual del Derecho comunitario en todos los Estados miembros. Asimismo, a la CE le resultaría imposible llevar a cabo las misiones que le han encomendado los Estados miembros. El funcionamiento de la Comunidad quedaría en entredicho y se vendría abajo demolida la construcción de una Europa unida, erigida sobre la base de tantas esperanzas.»

El ex presidente de la Comisión Europea, Jacques SANTER ⁹, ha subrayado que **«el principio de primacía contiene una regla incondicional y absoluta»**, señalando, asimismo, que:

«Aunque el principio de la primacía es de obligado cumplimiento por todas las instancias del Estado, **la doctrina elaborada por el Tribunal de Justicia incumbe directamente al Juez nacional.** Éste tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y de proteger los derechos que este confiere a los particulares "dejando, si es necesario, sin aplicación, por su propia autoridad, toda disposición eventualmente contraria de la legislación nacional, ya sea ésta anterior o posterior a la norma comunitaria, y no tiene por ello que pedir o que esperar a que el legislador o cualquier otro medio constitucional la elimine con anterioridad".»

Hay que reconocer, pues, que el principio de la primacía no puede producir sus efectos plenamente si no existen en el ordenamiento jurídico interno decisiones judiciales que reconozcan tal principio.

Después de todo, como decía PLATÓN: «La Ley sin un magistrado que garantice su observancia es como un cuerpo sin alma».

En ciertos Estados miembros, el reconocimiento de la primacía viene, pues, a veces explícitamente, previsto en una disposición constitucional (tal es el caso, por ejemplo, del art. 94 de la Cons-

⁹ Discurso pronunciado con motivo de su investidura como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Alicante. Visto en www.ua.es.

titución de los Países Bajos); otras veces, especialmente en aquellos Estados que no tienen una Constitución escrita o que, aun teniéndola, no prevean dicho reconocimiento por Constitución o por ley ordinaria, es la jurisprudencia de los Tribunales nacionales la que suple la laguna o interpreta el Derecho comunitario con arreglo a los principios establecidos por el Tribunal de Justicia en materia de primacía.

No voy a cansarles con una exposición pormenorizada de la solución dada por cada Estado miembro a la teoría de la primacía. Baste señalar que en todos los Estados miembros originarios (los seis) las más altas jurisdicciones han reconocido la primacía del Derecho comunitario. En algunos casos, los Tribunales nacionales no sólo han citado la autoridad del Tribunal de Justicia, sino también las sentencias dictadas por otros Estados miembros. En el Reino Unido, en la Sentencia *Factortame*, la Cámara de los Lores no sólo ha hecho que el Derecho británico se ajuste al Derecho comunitario, sino que, de paso, ha confirmado los derechos de varios empresarios pesqueros españoles establecidos en el Reino Unido.

En algunos Estados (Alemania y España), aunque se haya reconocido el principio de la primacía, todavía quedan pendientes algunas cuestiones constitucionales y en particular el alcance exacto de la obligación del órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, de someter la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 177. Finalmente quedan por pronunciarse las jurisdicciones de Austria, Finlandia y Suecia, los nuevos Estados miembros.

En el orden jurídico comunitario, como en todo orden jurídico de integración, la primacía es una exigencia fundamental. Si las reglas comunitarias pudieran, en efecto, dejar de aplicarse en virtud de las legislaciones nacionales sin que el Derecho comunitario lo sancionara, los ciudadanos y los operadores económicos no serían tratados con igualdad, y la unidad del espacio económico y social comunitario se vería amenazada.

Por eso, el reconocimiento de eficacia a una manifestación de voluntad de una autoridad nacional contraria a las reglas comunes equivaldría a comprometer toda la construcción querida por los Estados que son los autores de los Tratados Comunitarios. Una actitud así pondría en peligro la confianza que los Estados se han depositado mutuamente y arruinaría la posibilidad de realizar progresos en el proceso comunitario. Yo creo que los jueces de la Comunidad han comprendido generalmente estos riesgos y por esta razón han rechazado planteamientos que, a pesar de que parecían bien anclados, estaban totalmente inadaptados a las nuevas realidades.

Forzoso es reconocer que el principio de la primacía constituye una de las adquisiciones más importantes del orden jurídico comunitario y que tal principio ha impregnado de forma sobresaliente la jurisprudencia de la mayor parte de los Estados miembros. El principio presupone evidentemente la existencia de Administraciones nacionales de calidad y de sistemas jurisdiccionales en los que los Magistrados tienen una formación suficiente en Derecho comunitario. Se trata de una condición que debe cumplir todo Estado candidato a la adhesión».

Del Informe 13/00, de 6 de julio de 2000, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, titulado «Exposición al público de pliegos y anuncios de contratos en el ámbito de la Administración local. Preceptos derogados. Prevalencia de la norma básica estatal sobre la norma autonómica» se desprende gran claridad de ideas respecto al principio de primacía:

«4. A mayor abundamiento de lo hasta aquí expuesto a la misma conclusión habría que llegar partiendo de las **relaciones entre Derecho comunitario y Derecho nacional**, pues si la materia de publicidad es una de las que constituyen el objeto de la regulación de las Directivas comunitarias, **la legislación nacional que la contradiga, en este caso, el artículo 233.2.4 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local, debe ceder ante la normativa comunitaria "dejando inaplicable", ha dicho el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, toda disposición eventualmente contraria al Derecho comunitario, de la Ley nacional, sea ésta anterior o posterior a la regla comunitaria**. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español, entre otras, en la citada sentencia 141/1993, de 22 de abril, en la que se reconoce que el hecho de que las Directivas comunitarias "sean de obligado cumplimiento por todas las autoridades, centrales y descentralizadas, de los Estados miembros" y vinculen, desde luego, a las Comunidades Autónomas lo es "por su propia fuerza normativa y no por la que les atribuye su traslación al Derecho interno como normas básicas".»

En sus conclusiones, la Junta Consultiva se manifiesta así:

«2. Que el artículo 233.2.41 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, no ha podido ser derogado por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, **pero debe considerarse inaplicable por la doble preferencia del Derecho estatal y de las Directivas comunitarias**, tal como se ha razonado en los últimos apartados de este informe.»

Debe tenerse en cuenta que dicho informe de la Junta Consultiva se dirige a una Administración Pública (Ayuntamiento de Cadrete. Zaragoza). Por tanto, dicho principio de primacía es aplicable por todas las instancias del Estado.

Sobre «el papel determinante del juez nacional en la aplicación del Derecho comunitario», el Abogado General Sr. LÉGER ha sostenido ¹⁰:

«53. Constituidas por el Derecho, las Comunidades Europeas se han desarrollado y consolidado esencialmente a través del Derecho. El juez nacional, cuya función es aplicar el Derecho, incluido el comunitario, constituye indudablemente una pieza esencial del ordenamiento jurídico comunitario. Situado en la "encrucijada" de diversos sistemas jurídicos, tiende a contribuir esencialmente a la aplicación efectiva del Derecho comunitario y, en definitiva, al desarrollo del proceso de integración europea. En consecuencia, es comprensible que el Tribunal de Justicia no haya dejado de subrayar, en su

¹⁰ Conclusiones en el Asunto C-224/01, presentadas el 8 de abril de 2003.

jurisprudencia, el papel determinante del juez nacional en la aplicación del Derecho comunitario. Además, puede advertirse en este contexto la elaboración progresiva de una verdadera "ética jurisdiccional comunitaria". Como ha subrayado BARAV, A., **"tanto la primacía del Derecho comunitario como su efecto directo constituyen, ante todo, instrucciones dirigidas a los órganos jurisdiccionales nacionales"**. En efecto, en virtud de ambos principios, se insta al juez nacional a desempeñar al mismo tiempo el papel de árbitro en caso de conflicto de normas –internas y comunitarias– y el de protector "natural" de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario reconoce a los particulares.

54. La función del juez nacional se articula en torno a una doble obligación: la de interpretar, en la medida de lo posible, su Derecho interno conforme al Derecho comunitario y, **de no ser posible, la de no aplicar el Derecho interno contrario al Derecho comunitario.**»

Respecto al papel de los tribunales supremos nacionales respecto al Derecho comunitario, el Abogado General considera que:

«72. En efecto, conforme a sus funciones tradicionales de unificación e interpretación del Derecho, se confía a los tribunales supremos la tarea de garantizar que los demás órganos jurisdiccionales nacionales apliquen correcta y efectivamente el Derecho comunitario. En este sentido, han de prestar especial atención a la conformidad del Derecho interno con el Derecho comunitario y sacar las necesarias conclusiones.

73. Además, la experiencia demuestra que los Tribunales Supremos conocen frecuentemente de asuntos que justifican tal examen, de modo que han de realizar una interpretación conforme de las disposiciones nacionales e **incluso no aplicarlas por ser incompatibles o contrarias al Derecho comunitario...**»

ARROYO MENA y ESTÉVEZ JIMENO ¹¹ han señalado que «... podemos asegurar que "el principio fundamental de primacía del ordenamiento jurídico comunitario", llamado así en la Sentencia VARIOLA, de 10 de octubre de 1973, se formula fundamentalmente como una **norma dirigida al juez nacional, al aplicador del Derecho**. Por supuesto, en aplicación del artículo 10 del TCEE (*ex art. 5 TCE*), tanto el legislador como la Administración del Estado deben ajustarse "a las obligaciones comunitarias" en su quehacer legislativo y ejecutivo o administrativo: **pero el principio de primacía concierne propiamente al juez interno**».

El tema analizado en este trabajo es uno de los problemas existentes en la actualidad sobre la aplicación del Derecho comunitario. Para el profesor LINDE PANIAGUA (ob. cit.): «El Estado, en su conjunto, tiene el deber de administrar justicia y estamos en una situación en que esta garantía tiene lagu-

¹¹ «Cuestiones prejudiciales planteadas en el Orden Social en España», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núms. 221-222, agosto-septiembre 2001. Este artículo obtuvo el primer Premio Estudios Financieros 2001, en la modalidad: Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

nas considerables... La aplicación del Derecho comunitario plantea muy serios problemas que no se están afrontando, ni por vía jurisprudencial ni por vía legislativa, ni mediante acuerdos políticos».

En otros Estados miembros el principio de primacía se aplica sin estos problemas. Así, por ejemplo, en Francia:

«Derecho francés y Derecho europeo»¹²

Como Francia es a la vez miembro de la Unión Europea y del Consejo de Europa, el Derecho francés y su aplicación se han modificado sensiblemente a lo largo de los últimos veinte años. Efectivamente, la Constitución de 1958, en su artículo 55, reconoce al Derecho internacional una "autoridad superior" a la del Derecho interno.

El derecho comunitario se fundamenta en los Tratados (CEE, CECA, Euratom, UE, etc.) y en el "Derecho derivado" establecido por las instituciones europeas, en forma de reglamentos, directivas y decisiones. La legalidad del conjunto de estas normas está garantizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo. **Éste ha basado su jurisprudencia en dos grandes principios: el efecto directo y la primacía del Derecho comunitario.** El principio del efecto directo (resolución de 1963) permite a toda persona invocar ante el juez nacional una gran parte del Derecho comunitario. **En cuanto al principio de primacía (resolución de 1964), establece la preeminencia de la regla comunitaria sobre la regla nacional. En Francia, el Tribunal de Casación –desde 1975– y el Consejo de Estado –desde 1989– aplican el principio de primacía para oponer la norma comunitaria a toda ley nacional ulterior que no sea compatible con ella.»**

II. PETICIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA

Con fecha 27 de diciembre de 2004 remití el siguiente escrito al Presidente de la Comisión Europea, Sr. DURÃO BARROSO:

«En España se ha consolidado una *práctica judicial*, como le expongo a continuación, consistente en admitir que no se puede llevar a cabo por los Tribunales de Justicia el control de la aplicación de las directivas en España siempre que nos encontremos ante una norma con rango de ley.»

Dicha jurisprudencia, del Tribunal Supremo, estimo que es contraria al Derecho comunitario, pues impide la aplicación de los principios de primacía y efecto directo y tiene por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de denegar al juez competente para aplicar este Derecho, la facultad de hacer, en el momento de dicha aplicación, todo lo necesario para excluir las

¹² www.diplomatie.gouv.fr. Visto el 18 de marzo de 2005.

disposiciones legislativas nacionales que obstaculicen la plena eficacia de las normas comunitarias (doctrina Factortame). En efecto, nuestro Tribunal Supremo se inhibe de la aplicación del principio de primacía en cuanto se encuentra con una norma con rango de ley, y dado que ha sentado jurisprudencia en este sentido, es más que probable que los tribunales inferiores sigan este criterio.

Por ello, creo conveniente que la Comisión Europea abra un procedimiento de infracción al respecto, pues con la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo en la mano, en España es prácticamente imposible la aplicación judicial del principio de primacía.

Con ocasión de la tramitación de dicho procedimiento de infracción podría solventarse el problema creado en sede jurisdiccional mediante una pequeña reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, promovida por el Gobierno español.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La Sentencia del Tribunal Supremo español, de 11 de junio de 2004, recaída en el recurso de casación núm. 8110/1999 (publicada en la revista *Jurisprudencia Tributaria*. Editorial Aranzadi, núm. 13, diciembre 2004) dedica todo su fundamento de derecho «Quinto» a analizar el control de las Directivas comunitarias en España:

«QUINTO. ... debemos analizar la referente al **control en la aplicación de las Directivas, es decir, verificación de su correcta o incorrecta introducción en el ordenamiento nacional**. Sabido es que, de una parte, existe un control a cargo de ciertas instituciones comunitarias (Comisión y Tribunal de Justicia en la Comunidad Europea); pero lo que aquí se cuestiona es el control por el Juez nacional respecto de la adecuación de las normas internas adoptadas en la aplicación de la Directiva, al texto de ésta. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea reiteradamente ha reconocido (Sentencia *Verbond Nederlandse Ondernemingen* –Asunto 51/1976–, Sentencia *Delkvist* –Asunto 21/1978–) que **los particulares tienen derecho a hacer controlar por el Juez nacional las normas internas aprobadas por el Gobierno para desarrollar las Directivas; mas ese control tiene en el Ordenamiento jurídico español el límite que viene impuesto por el artículo 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa**, es decir, que las normas internas dictadas para desarrollo de la Directiva **tengan rango inferior al de Ley**. En otro caso (y así es, precisamente, en el caso que constituye la materia propia de este pleito) **los Tribunales españoles no pueden ejercer el control de adecuación de las Leyes con las Directivas que desarrollen o introduzcan**. En tal situación, el único remedio viable ¹³ para la recurrente hubiera sido el planteamiento del asunto ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Así lo apuntaba esta Sala

¹³ Sabido es que no es posible el acceso directo en estos casos de los particulares al Tribunal de Justicia, sino la mera presentación de una denuncia ante la Comisión Europea, quien decidirá si inicia o no un procedimiento por incumplimiento del Derecho comunitario. **El particular tiene derecho a invocar, ante los Tribunales nacionales, la normativa comunitaria y a que éstos la apliquen si resulta procedente.**

en su Sentencia de 30 de noviembre de 1990 a propósito de la pertinencia de una exención respecto de un acto sujeto al gravamen del IVA.»

Dicha doctrina la ha mantenido el Tribunal Supremo en otras ocasiones, por lo que constituye jurisprudencia del alto tribunal y, por tanto, según lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código Civil, complementa el ordenamiento jurídico. Así, en su Sentencia de 29 de octubre de 1998 ¹⁴, dictada paradójicamente pocos días después de la Sentencia de 22 de octubre de 1998 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto IN.CO.GE.'90, el Tribunal Supremo estudia el caso de la aplicación incorrecta por el Estado de una Directiva y respecto a su control jurisdiccional, sienta que:

«Ahora bien, ese control, que en nuestro país corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, tiene un **límite infranqueable** marcado por la Constitución, que en su artículo 106 alude a la potestad reglamentaria que el 97 atribuye al Gobierno de la Nación, así como a la propia de las Comunidades Autónomas [artículo 153 c) de dicho texto fundamental], perímetro coincidente con el diseñado en el artículo 1 de la Ley de ese orden jurisdiccional, donde se le encomienda el enjuiciamiento de las disposiciones (de carácter general) **con categoría o rango inferior a la Ley**. Ésta, por tanto, sólo puede ser residenciada ante el Tribunal Constitucional» (frase, esta última, que debe ser modulada en el sentido de que dicho Tribunal, como ha declarado en varias ocasiones, sólo es competente para contrastar si las Leyes nacionales se atemperan, o no, a la Constitución, quedando fuera de su radio o marco de acción decisor el determinar si dichas Leyes son la traducción exacta, o no, de una disposición comunitaria europea).

Asimismo, en la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 11 de junio de 1998 ¹⁵ «queda plasmada una cuestionable doctrina (en palabras de MARTÍNEZ LAFUENTE) ¹⁶ en

¹⁴ Publicada en Noticias de la Unión Europea, núm. 171, abril de 1999.

Esta Sentencia del Tribunal Supremo contiene el mismo argumento que el sustentado en su Sentencia de 8 de octubre de 1992, en cuanto al límite impuesto por la Ley jurisdiccional, en su artículo 1, a la jurisdicción contencioso-administrativa (que las normas internas dictadas para el desarrollo de la Directiva tengan rango inferior al de la ley); **por lo que es posible que las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, así como los Juzgados unipersonales de lo Contencioso-Administrativo se atengan a esta jurisprudencia y, de hecho, no se apliquen en España los principios de primacía y efecto directo.**

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 1992 contiene la siguiente doctrina:

«Subyace, entonces, en la pretensión de la apelante cuestión distinta, cual es la del control en la aplicación de las directivas, es decir, verificación de su correcta o incorrecta introducción en el ordenamiento nacional. Sabido es que, de una parte, existe un control a cargo de ciertas instituciones comunitarias (Comisión y Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea); pero lo que aquí se cuestiona es el control del juez nacional respecto de la adecuación de las normas internas adoptadas en aplicación de la directiva, al texto de ésta. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea reiteradamente ha reconocido (Sentencia Verbond Nederlandse Ondernemingen –Asunto 51/76–, Sentencia Delkvist –Asunto 21/78–) que los particulares tienen el derecho a hacer controlar por el juez nacional las normas internas aprobadas por el Gobierno para desarrollar las directivas; mas ese control tiene en el ordenamiento jurídico español el límite que viene impuesto por el artículo 1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es decir, que las normas internas dictadas para el desarrollo de la directiva tengan rango inferior al de ley. En otro caso (y así es, precisamente, en el que constituye la materia propia de este pleito) **los Tribunales españoles no pueden ejercer el control de adecuación de las leyes con las directivas que desarrollen o introduzcan.**»

¹⁵ *Revista Impuestos*, núm. 2, enero 1999.

¹⁶ Comentarios de Jurisprudencia, en el mismo número de la revista citada.

torno a las relaciones entre las Directivas comunitarias y el Derecho interno, al indicarse que el contribuyente habrá de pasar por él aunque estuviera mal adaptado este último al contenido de aquéllas». Para este autor:

«Invocando una errónea tesis que en algún momento pudo mantener el Tribunal Supremo (Sentencias de 5 de junio y 8 y 28 de noviembre de 1992), se concluye que sólo es procedente la invocación de las Directivas por parte de los particulares afectados cuando el legislador nacional no haya adaptado el Derecho europeo, pero no cuando lo haya hecho incorrectamente, pues en este caso debe prevalecer la normativa interna, por más que quede constatada la desviación entre las Directivas comunitarias y la legislación nacional.

No es éste el parecer del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencias de 2 de diciembre de 1997, en el asunto *Fantask*, y 5 de marzo de 1998, en el asunto *Solred*), pues según éste, cuando las disposiciones de una Directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean lo suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los Órganos Jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado, *bien cuando haya procedido a una adaptación incorrecta*.

Ésta es la doctrina a tener en cuenta y no la que se nos ofrece por parte del Tribunal Económico-Administrativo Central, que carece de razón cuando restringe el efecto directo de las Directivas a la falta de adaptación interna.»

La cuantía controvertida ante el Tribunal Económico-Administrativo Central no era menor, pues ascendía a 44.413.444 pesetas (266.930,17 euros).

Es opinión pacífica que el juez nacional, en virtud del principio de primacía, ha de aplicar el Derecho comunitario, aunque a él se oponga el Derecho interno (tenga éste rango de ley o reglamentario). Es igualmente pacífico que no se puede invocar una norma de Derecho interno para no aplicar un principio o una norma de Derecho comunitario. **Este principio rige también en materia procesal**. Es decir, no se puede invocar la ley jurisdiccional interna para establecer una limitación en el control de la aplicación del Derecho comunitario por el juez nacional.

La sentencia citada anteriormente –del máximo órgano jurisdiccional español– establece que en España no es posible el control judicial del Derecho comunitario –por el juez nacional– en cuanto entre en juego una norma nacional con rango de ley.

Esta doctrina jurisprudencial –del máximo órgano jurisdiccional español– pone en tela de juicio el principio de primacía y el principio de no oponibilidad de una norma interna para incumplir el Derecho comunitario.

El Tribunal Constitucional español, en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, sobre el texto de la Constitución Europea, ha dicho lo siguiente sobre la primacía del Derecho comunitario:

«Y así han sido las cosas entre nosotros desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas en 1986. Entonces se integró en el Ordenamiento español un sistema normativo autónomo, dotado de un régimen de aplicabilidad específico, basado en el principio de prevalencia de sus disposiciones propias **frente a cualesquiera del orden interno con las que pudieran entrar en contradicción**¹⁷. Ese **principio de primacía**, de construcción jurisprudencial, formaba parte del acervo comunitario incorporado en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, pues se remonta a la doctrina iniciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades con la Sentencia de 15 de julio de 1964 (*Costa contra ENEL*).

Por lo demás nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el interno en el ámbito de las "competencias derivadas de la Constitución", cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias con fundamento, como hemos dicho, en el artículo 93 de la Constitución Española.

En concreto nos hemos referido expresamente a la primacía del Derecho comunitario **como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad** en nuestra STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6, con reproducción parcial de la Sentencia *Simmenthal* del Tribunal de Justicia, de 9 de marzo de 1978, y en la posterior STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a). En nuestras posteriores SSTC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 4, 120/1998, de 15 de junio, FJ 4, y 58/2004, de 19 de abril, FJ 10, **reiteramos el reconocimiento de esa primacía de las normas del Ordenamiento comunitario, originario y derivado, sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos**, asumiendo la caracterización que de tal primacía y eficacia había efectuado el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus conocidas y ya antiguas Sentencias *Vand Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963, y *Costa contra ENEL*, de 15 de julio de 1964, ya citada».

La doctrina.

La doctrina mayoritaria española es pacífica a la hora de abordar el principio de primacía.

El Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, RODRÍGUEZ IGLESIAS («Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*

¹⁷ Puede verse cómo el Tribunal Constitucional se refiere a «cualquiera (norma) del orden interno», mientras que el Tribunal Supremo limita su conocimiento a las "normas internas **aprobadas por el Gobierno** para desarrollar las Directivas", es decir, las normas reglamentarias.

y de la Competencia, núm. 200, abril/mayo 1999) ha escrito, respecto a los principios de efecto directo y primacía de las normas comunitarias, así como del principio de responsabilidad del Estado, que este último «representa un complemento de la protección efectiva de los derechos de los particulares basados en el ordenamiento comunitario. Tales derechos surgen de las normas de Derecho comunitario sin necesidad de intervención alguna de los ordenamientos jurídicos nacionales (**efecto directo**), prevalecen frente a cualquier norma del derecho interno (**primacía**) y, en el caso de que sean vulnerados por acciones u omisiones de los Estados, sus titulares tienen derecho a reparación (**principio de la responsabilidad del Estado**)». Este autor recalca que, dejando a un lado las circunstancias excepcionales en las que las directivas tienen efecto directo –**y es importante recordar que este tipo de efectos sólo se da en casos de omisión de transposición o de transposición incorrecta**–, «la directiva está concebida como un instrumento que inicia un proceso normativo que sólo culmina con la adopción de normas de Derecho interno **conformes** a la directiva».

Asimismo, la prensa jurídica ha subrayado las posiciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a los principios de primacía y efecto directo. Así, en la información sobre el Informe Anual del Tribunal de Justicia correspondiente a 1998, el Diario de Noticias *La Ley* (9 de abril de 1999) abre con el siguiente título la información al respecto: «Los jueces están obligados a seguir el Derecho comunitario aunque deje sin aplicación disposiciones de las leyes nacionales». Igualmente, en el Comunicado de Prensa núm. 18/99, de 18 de marzo de 1999, de la División de Prensa e Información del Tribunal de Justicia, relativo a dicho Informe Anual, dentro del apartado «Precisiones a determinados principios del Derecho comunitario», se resalta la Sentencia IN.CO.GE'90:

«Por otra parte, el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de precisar el alcance de su Sentencia Simenthal, en la que había declarado que la incompatibilidad con las normas comunitarias producía el efecto de impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales. *Todo Juez nacional está obligado a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y a tutelar los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación cualquier disposición de la Ley nacional eventualmente contraria, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria.*»

Este derecho del particular a que prime el Derecho comunitario sobre el nacional, se manifiesta en sentencias del Tribunal de Justicia como, por ejemplo, la de fecha 10 de junio de 1999 (Asunto C-346/97), en la que falla lo siguiente: «2. La obligación establecida en la letra b) del apartado 1 del artículo 8 de la Directiva 92/81, de eximir del impuesto especial armonizado los hidrocarburos suministrados para su utilización como carburante en la navegación aérea, con exclusión de la navegación aérea de recreo privada, **puede ser invocada por los particulares ante el juez nacional para oponerse a una normativa nacional incompatible con ella**».

Como han indicado GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ (*Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, 1997), «la primera y fundamental observación a retener es que el Derecho comunitario forma parte del Derecho nacional de los Estados miembros y, por lo tanto, constituye Derecho propio de cada uno de ellos, en la misma medida que el Derecho creado por los órganos constitucionales de cada Estado. Éste es el efecto primario de la cláusula de supranacionalidad.

La norma comunitaria produce también un *efecto directo* (de acuerdo, naturalmente, con su propia naturaleza y contenido, que varía en cada caso) en el doble sentido siguiente: toda persona tiene derecho a pedir a cualquier Juez o Tribunal que conozca de un proceso en el que sea parte que le apliquen las disposiciones de los Tratados, Reglamentos, Directivas y decisiones relativas al objeto de la *litis* y **el Juez o Tribunal tiene, por su parte, la obligación de aplicar dichas disposiciones cualquiera que sea la propia legislación nacional**». T.R FERNÁNDEZ (*De la arbitrariedad del legislador*. Civitas, 1998) considera que la Sentencia del TJCE, Factortame I, de 9 de junio de 1990, «ha dejado bien establecido que, no sólo el propio Tribunal Europeo de Justicia, sino también todos y cada uno de los jueces nacionales pueden y deben **suspender cautelarmente** la aplicación de una Ley nacional que "a primera vista" está en contradicción con el Derecho comunitario». Para este autor, la jurisprudencia del TJCE ha hecho que «los dos grandes privilegios de la soberanía—la intangibilidad de las Leyes y la irresponsabilidad del legislador— quedan así definitivamente arrumbados en aras de la eficacia de un Derecho, el comunitario», que, como acertó a subrayar Lord DENNING, **no suplanta a nuestro propio Derecho, sino que «es ahora parte de nuestro Derecho y dondequiera que se encuentra una oposición a él, tiene prioridad» y, como tal parte, «desplaza a cualquier otra parte de él que sea contradictoria con el mismo»**.

Recordemos en este punto que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, autorizó la ratificación del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, que entró en vigor el 1 de enero de 1986. De acuerdo con lo establecido en el Acta de Adhesión, adjunta al Tratado, el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, **originario y derivado**.

Por su parte, DÍEZ DE VELASCO (*Las Organizaciones Internacionales*. Tecnos, 1994), subraya, respecto a los principios de primacía y efecto directo, que «ello es debido, fundamentalmente, e independientemente de las garantías institucionales del sistema comunitario, a que las normas comunitarias no tienen como únicos destinatarios a los Estados ni como objeto exclusivo relaciones interestatales o comportamientos estatales, sino que, además, afectan a los derechos y obligaciones de los particulares y están dirigidas a éstos». Para este autor, «en los supuestos de colisión de las normas comunitarias con las de Derecho interno, *la primacía del derecho comunitario* ha sido consagrada por la jurisprudencia sobre la base de una argumentación múltiple, de la que cabe destacar los siguientes aspectos:

- a) Los caracteres y objetivos de las Comunidades, a las que los Estados han transferido determinadas atribuciones que llevan consigo la consiguiente limitación de la competencia estatal.
- b) El carácter obligatorio y directamente aplicable de los reglamentos... disposición que carecería de sentido si tal eficacia pudiera ser anulada por actos unilaterales de los Estados.
- c) La obligación de los Estados miembros de abstenerse de cualquier medida susceptible de poner en peligro la realización de los objetivos comunitarios...».

Resalta este autor «la obligación del juez nacional, en el ámbito de su competencia, de garantizar la plena eficacia de la norma comunitaria y, por consiguiente, de dejar, en su caso, inaplicada la ley nacional contraria, con independencia de que ésta sea anterior o posterior **y de que la facultad de inaplicar las leyes le sea reconocida o no por su sistema constitucional**».

CASTILLO BLANCO (*La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 1998) señala que «las diferencias radicales que se producen entre el Derecho internacional y el Derecho comunitario se manifiestan, al menos, en dos cuestiones fundamentales: la primera, consistente en que el orden jurídico internacional es un orden basado fundamentalmente sobre la idea de cooperación, mientras que el orden jurídico comunitario es un orden destinado a desarrollar un proceso de integración; la segunda, referida a que **el Derecho comunitario, a pesar de tener su origen en los Tratados, va a ser ampliamente desarrollado por las instituciones comunitarias, las cuales disponen de un verdadero poder normativo generador de lo que se ha dado en llamar el Derecho comunitario derivado. Frente a éste, el Derecho internacional es básicamente un Derecho convencional**». Respecto a la prevalencia de la norma comunitaria en sus relaciones con el Derecho nacional y la obligación correlativa de modificar o derogar el Derecho interno incompatible con el Derecho comunitario, este autor cita la opinión de ALONSO GARCÍA («La seguridad jurídica como presupuesto de una aplicación plena y completa del Derecho comunitario», *REDA*, núm. 51/1986), quien ha puesto de manifiesto cómo el principio de seguridad jurídica, precisamente, informa la actividad de acomodación del Derecho interno al Derecho comunitario y ha señalado, a modo de conclusión, que:

1. La aplicabilidad directa de las normas comunitarias, es decir, la posibilidad de ser invocadas ante las jurisdicciones nacionales, no es más que una **garantía mínima** de la aplicación plena y completa del Derecho comunitario.
2. **Es preciso, además, que el ciudadano de la Comunidad se encuentre en situación de hacer efectiva esa aplicabilidad directa.**
3. Para ello, es necesaria una acción positiva por parte de los Estados miembros, tendente a eliminar toda situación de incompatibilidad interna, cuando exista, con el Derecho comunitario (con independencia de que esa incompatibilidad sea anterior o posterior a la norma comunitaria).
4. Esta acción debe materializarse en medidas que lleguen al conocimiento de todos los ciudadanos, excluyendo la posibilidad de incertidumbre, siendo a este respecto las más pertinentes las previstas de una publicidad adecuada.

A mi juicio, la cláusula de supranacionalidad del artículo 93 de la Constitución Española, unida a la obligación que asume el Estado español —a través de los Tratados— de abstenerse de adoptar medidas contrarias al acervo comunitario, provocan el vicio de la ley interna contraria a la comunitaria; y de ahí viene la potestad del juez nacional —que es también juez comunitario— de inaplicar la norma no conforme al ordenamiento comunitario. Puede acudir, también, para refrendar esta tesis, a la teoría de los poderes implícitos. Según la STC 28/1991: «En resumidas cuentas, a partir de la fecha de su adhesión, el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas,

originario y derivado, el cual –por decirlo con palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas– constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros **y que se impone a sus órganos jurisdiccionales** (Sentencia Costa/ENEL, de 15 de julio de 1964)». Y sobre la recta aplicación del Derecho comunitario, la STC 64/1991, dice: «Tiene razón el Abogado del Estado al decir que no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo. **Este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario**, y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través del recurso por incumplimiento (art. 170 TCEE). La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, pues, una **cuestión de carácter infraconstitucional** y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales».

Buena muestra de la integración existente entre Derecho comunitario y nacional, y de la responsabilidad del Juez nacional en su aplicación, es la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 1998 en el asunto Kefalas. El Tribunal declara que «el Derecho comunitario no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen una disposición de Derecho nacional con el fin de apreciar si un derecho derivado de una disposición comunitaria se ha ejercido de forma abusiva». Se trataba de la aplicación, por el juez helénico, del artículo 281 del Código Civil griego: «queda prohibido el ejercicio de un derecho cuando sobrepase manifiestamente los límites impuestos por su finalidad social o económica o por la buena fe o las buenas costumbres».

Puede decirse que los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea gozan del derecho subjetivo a que se les aplique el ordenamiento jurídico comunitario. Así, R. LECOURT (*L'Europe des juges*. Bruselas, Bruylant, 1976), quien fue Presidente del Tribunal de Justicia cuando se proclamó el efecto directo de las directivas, tiene escrito que el efecto directo, «es el derecho para cualquier persona de pedir a su juez que le aplique tratados, reglamentos, directivas o decisiones comunitarias. Es la obligación para el juez de hacer uso de esos textos, cualquiera que sea la legislación del país del que depende. Es el respeto de ese derecho y de esa obligación no sólo en las relaciones de los particulares entre sí, sino también entre los particulares y el Estado miembro del que son ciudadanos. **Reconocer la eficacia directa es garantizar el estatuto jurídico del ciudadano europeo...**».

A nuestro juicio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que venimos comentando es errónea, pues estamos ante un caso de **selección del derecho aplicable**, como ha señalado en repetidas ocasiones el Tribunal Constitucional. De la doctrina del Tribunal Constitucional se deduce la incorrección de la que mantiene el Tribunal Supremo, cuando declara (STC 180/1993) que el control de la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario compete a los órganos de la jurisdicción en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales es, pues, una cuestión excluida del recurso de amparo. Como ya quedó establecido de manera general en relación con los tratados internacionales, la supuesta contradicción entre éstos **y las leyes** y otras disposiciones normativas posteriores –y por lo que aquí interesa también las anteriores– no es cuestión que afecte a la constitucio-

nalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional, sino que, **como puro problema de selección del derecho aplicable al caso concreto**, debe ser resuelto por los órganos judiciales de que conozcan (STC 49/1988).

Como ha indicado Díez-HOCHLEITNER (A vueltas con las Directivas: el XVIII Congreso de la FIDE Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia. Boletín-132, abril 1998), respecto de la actitud de los Tribunales nacionales frente a las directivas, «el reconocimiento de eficacia directa a las directivas invocadas por un particular frente al Estado cuando se cumplen las condiciones exigibles (eficacia vertical), así como el correspondiente juego del principio de primacía en los supuestos de incompatibilidad con cualesquiera disposiciones nacionales, parece hoy ampliamente aceptado. Así pues, la posición de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo negando que pueda descartarse la aplicabilidad de la ley del IVA en caso de incompatibilidad con la Sexta Directiva, al carecer de competencia para enjuiciar la validez de las leyes (reiterada últimamente en una Sentencia de 3 de octubre de 1994), **constituye un caso aislado; la mayor parte de los tribunales de los Estados miembros han entendido que la Sentencia Simmenthal no exige proceder a un juicio de validez de las normas nacionales contrarias al Derecho comunitario, contentándose con la aplicación preferente de este último**»¹⁸.

Este autor, en el *rapport espagnol* presentado al XVIII Congreso de la FIDE, considera como «excepciones preocupantes» la jurisprudencia de la Sala 3.^a de nuestro Tribunal Supremo, contenida en sus Sentencias de 23 de noviembre de 1990 y de 3 de octubre de 1994.

Criticando la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1990 (en la que también se alude al límite infranqueable del art. 1 LJCA), RUIZ-JARABO COLOMER (*El Juez Nacional como Juez Comunitario*. Civitas, 1993) señala que esta sentencia ignora la jurisprudencia Simmenthal y que «cualquier juez interno puede ejercer el control de sumisión del Derecho nacional al comunitario y **lo puede hacer por su propia autoridad**. Cosa distinta es que, al ejercer ese control, **se le presente alguna duda** sobre la interpretación o la validez de la norma comunitaria, caso en el que podrá o deberá plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, antes de resolver sobre el fondo». Para este autor, **«la doctrina del TJCE sobre la primacía se dirige principalmente al juez nacional»**.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no tiene empacho en aplicar las Directivas cuando la norma interna cuestionada es un reglamento. Así, en su Sentencia de 3 de noviembre de 1997, por la que se anulan diversos preceptos del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, puede leerse:

«Por tanto, el Reglamento de 1995 no puede exigir un gravamen sobre la emisión, ni sobre la extinción o cancelación de empréstitos representados por obligaciones u otros títulos análogos, **so pena de ir contra la normativa comunitaria...**

¹⁸ Sobre este mismo asunto puede verse también: IBÁÑEZ GARCÍA: «El control de la aplicación de las Directivas en España. Aportación a una controversia» (*Noticias de la Unión Europea*, núm. 109, febrero 1994). «El cuestionado control jurisdiccional de la aplicación de las Directivas en España» (*Noticias de la Unión Europea*, núm. 185, junio 2000).

La Directiva integra el ordenamiento jurídico comunitario europeo, **que tiene primacía y efecto directo sobre la normativa española**, y, aunque no ostente la naturaleza de un Reglamento, obliga a todos los Estados miembros de la CEE a adaptar su Derecho interno a la misma, cualquiera que sea la residencia del aportante o del suscriptor de las obligaciones, bonos, etc., **porque fija, de un modo claro y preciso, y con una perfecta e incondicionada complitud jurídica, los objetivos a alcanzar y reúne, por tanto, los requisitos necesarios para esa aplicación directa** (como cierre de la aplicación implícita y progresiva en la legislación de la que dimana la actual que ha sido objeto de examen). Y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en las sentencias, entre otras, dictadas en el asunto Sace, el 17 de diciembre de 1979, en el asunto Ratti, el 5 de abril de 1979, y en el asunto Becker, el 19 de enero de 1982, tiene declarado, al efecto, que las disposiciones suficientemente precisas de una Directiva pueden, en ausencia **o defecto** de la legislación interna de desarrollo, producir efecto directo y ser aplicables por las jurisdicciones internas a los justiciables que las aleguen o a quienes beneficien.»

Asimismo, mediante su Sentencia de 15 de marzo de 1999, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo declara la nulidad de un precepto reglamentario (art. 13.2 del RD 1997/1995, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestre); argumentando en sus fundamentos de Derecho que «en la medida en que la norma reglamentaria cuestionada no sujeta la excepción al régimen general de protección de las especies a los límites que se establecen de manera expresa en la directiva que transpone y en la referida Ley 4/1989 infringe el ámbito con que el ordenamiento configura la potestad reglamentaria y, consecuentemente, incurre en motivo de nulidad conforme al art. 62.2 LRJAP».

Tampoco parece problemático para el Tribunal Supremo (en este caso para su Sala Primera) aplicar directamente una Directiva no transpuesta en plazo, además dotándola de eficacia horizontal. Así, en su Sentencia de 8 de noviembre de 1996, puede leerse lo siguiente:

«A esta legislación interna resulta obligado añadir el contenido de la Directiva Comunitaria núm. 93/13, de fecha 5 de abril de 1993 (sobre cláusulas abusivas de contratos concluidos con consumidores), que define y sanciona de ineficacia las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores». Esta disposición tiene el carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los Estados miembros y, mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los Tribunales judiciales de cada Estado deben actuar como jueces comunitarios, como después veremos.

Antes se ha apuntado el obligado cumplimiento de las Directivas comunitarias por los jueces de los Estados miembros mientras se lleva a cabo la adaptación legislativa en el correspondiente país; como esta opinión ha sido puesta en entredicho por las partes litigantes, bueno será citar las siguientes fuentes jurisprudenciales: A) Sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978, que proclama: «El Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas, dejando inaplicada, si es preciso, y por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que sea necesario solicitar o esperar la eliminación previa de esta última por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional»; B) Comisión contra Francia

de 4 de abril de 1974. El Tribunal llegó a decir que el Ordenamiento Comunitario engendra derechos a favor de los particulares que las autoridades internas deben proteger, y que, por consiguiente, «cualquier disposición contraria del Derecho nacional les resulta, por ello, inaplicable». C) Sentencias del TS (Sala 3.ª) de 14 de abril de 1989, (Sala 4.ª) de 13 de junio de 1991 y 13 julio 1991; D) Sentencia del TC de 14 de febrero 1991. El TC proclama expresamente que, a partir de su adhesión, «España se halla vinculada al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, que constituye un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisprudenciales».

El problema que se suscita con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se comenta críticamente aquí viene dado, a nuestro juicio, por la imprevisión del legislador respecto a la realidad comunitaria. Así, en la última reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), se debería haber completado, **con ánimo aclaratorio**, la redacción del artículo 1.1 en términos parecidos a los siguientes (la precisión es la que consta en negrita):

«1. Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación; **sin perjuicio de la aplicación, en la selección del Derecho aplicable, de los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.**»

En base a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que venimos comentando, entendemos que es necesaria dicha aclaración legal, pues de lo contrario puede ponerse en peligro el derecho del justiciable a que se le aplique el Derecho comunitario, que forma parte del Derecho nacional.

A nuestro juicio, al ser el juez nacional también juez comunitario ceden las normas nacionales sobre extensión y límites de la jurisdicción nacional ante las atribuciones propias que los Tratados y el resto de la normativa comunitaria ponen en manos del juez nacional, tales como la aplicación obligatoria de los principios de primacía y efecto directo, en los términos perfilados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Como ha manifestado FALCÓN Y TELLA (prólogo al libro: *Jurisprudencia Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 1992-1995*, de CAAMAÑO ANIDO y CALDERÓN CARRERO. La Ley-Actualidad, 1997), «tanto las Directivas de armonización fiscal como la doctrina que resulta de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tienen un valor preeminente sobre cualquier otro cuerpo legal o jurisprudencial interno».

Ello afecta muy especialmente a los Jueces y Tribunales internos, que ven modificada su posición constitucional y ampliadas sus competencias cuando actúan en materias reguladas por el ordenamiento comunitario, en la medida en que como jueces comunitarios deben asegurar la aplicación

en todo caso de este último sobre el Derecho interno. Y ello aunque como jueces internos no podrían, por ejemplo, declarar por sí mismos la inconstitucionalidad de una Ley, en sistemas como el nuestro que reservan el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.

Desgraciadamente nuestro Tribunal Supremo no siempre ha sabido verlo así, e incluso en alguna ocasión ha llegado a considerarse incompetente para controlar la adecuación de las normas internas con rango de ley a las Directivas de armonización fiscal (SSTS 5 de junio y 8 de octubre de 1992, relativas a los arrendamientos de locales en el IVA, por ejemplo), por entender que el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa excluye la posibilidad de *«ejercer el control de adecuación de las leyes con las directivas que desarrollen o introduzcan»*. **Se trata, sin embargo, de un incumplimiento grave y claro de las obligaciones que, como juez comunitario, impone a todo órgano jurisdiccional el principio de primacía, que no encuentra parangón en la jurisprudencia de ningún otro Estado miembro.**

La Sentencia IN.CO.GE '90 de 22 de octubre de 1998.

Mediante esta Sentencia del Tribunal de Justicia se da respuesta a una cuestión prejudicial sobre las consecuencias que, en Derecho interno, derivan de la incompatibilidad de un tributo nacional con el Derecho comunitario. El Tribunal, pronunciándose sobre la cuestión planteada por la Pretura Circondariale di Roma, declara:

«La obligación del Juez nacional de descartar la aplicación de una legislación nacional que haya establecido un tributo contrario al Derecho comunitario debe llevarle, en principio, a declarar la procedencia de las solicitudes de devolución de este tributo. Esta restitución debe efectuarse de conformidad con las disposiciones de su Derecho nacional, en la inteligencia de que éstas no deben ser menos favorables que las referentes a acciones semejantes de carácter interno ni hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario. Corresponde al Derecho nacional la eventual recalificación de las relaciones jurídicas nacidas entre la Administración tributaria de un Estado miembro y las sociedades de ese Estado con motivo de la recaudación de un tributo nacional, que posteriormente sea reconocido contrario al Derecho comunitario.»

Para el Tribunal de Justicia, en esta Sentencia:

«procede señalar que, en el asunto Simmenthal, se consultó al Tribunal de Justicia particularmente sobre las consecuencias de la aplicabilidad directa de una disposición de Derecho comunitario en caso de incompatibilidad de ésta con una disposición posterior de la legislación de un Estado miembro. Ahora bien, en su jurisprudencia anterior (véase, especialmente, la Sentencia de 15 de julio de 1964, Costa, 6/64, Rec. p. 1141), el Tribunal de Justicia ya había subrayado la imposibilidad de que un Estado miembro hiciera prevalecer una norma nacional sobre una norma comunitaria, sin distin-

guir entre Derecho nacional anterior y posterior. Por ello, en la sentencia Simmenthal, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró que **los Jueces nacionales que conocen de un asunto en el marco de su competencia están obligados a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y a tutelar los derechos que éste confiere a los particulares, DEJANDO SIN APLICACIÓN CUALQUIER DISPOSICIÓN DE LA LEY NACIONAL EVENTUALMENTE CONTRARIA AL MISMO, YA SEA ANTERIOR O POSTERIOR A LA NORMA COMUNITARIA** (Sentencia Simmenthal, antes citada, apartados 21 y 24). Esta jurisprudencia ha sido confirmada en numerosas ocasiones (véanse, en particular, las Sentencias Debus, antes citada, apartado 32; de 2 de agosto de 1993, Levy, C-158/91, Rec. p. I-4287, apartado 9, y de 5 de marzo de 1998, Solred, C-347/96, Rec. p. I-937, apartado 30).

Por consiguiente, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, de la Sentencia Simmenthal, antes citada, no puede deducirse que la incompatibilidad con el Derecho comunitario de una norma de Derecho nacional posterior produzca el efecto de determinar la **inexistencia de ésta**. Ante semejante situación, **el Juez nacional está obligado, en cambio, a descartar la aplicación de esa norma, en la inteligencia de que esta obligación no limita la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar, entre los distintos procedimientos del ordenamiento jurídico interno, aquellos que sean apropiados para salvaguardar los derechos individuales reconocidos por el Derecho comunitario** (véase la Sentencia de 4 de abril de 1968, Lück, 34/67, Rec. p. 359).»

Para el Tribunal:

«... la obligación impuesta al Juez nacional de garantizar la restitución de un tributo nacional percibido con infracción del Derecho comunitario debe cumplirse conforme a las disposiciones de su Derecho interno. De ello se desprende que **corresponde al Derecho nacional determinar el régimen de la devolución** y calificar, a este fin, las relaciones jurídicas entre la Administración tributaria de un Estado miembro y las sociedades de ese Estado con motivo de la recaudación de este tributo.

Por lo demás, es preciso recordar que, como declaró recientemente el Tribunal de Justicia, el Derecho comunitario no se opone a que, en principio, la legislación de un Estado miembro contemple, junto a un plazo de prescripción del Derecho común aplicable a las acciones de repetición de lo indebido entre particulares, **procedimientos específicos** de reclamación y recurso judicial para la impugnación de los tributos y demás exacciones (Sentencias de 15 de septiembre de 1998, Edis, C-231/96, apartado 37, y Spac, C-260/96, apartado 21, aún no publicado en la Recopilación).»

La categoría jurídica en la que se inscribe la obligación de inaplicar.

RUIZ-JARABO COLOMER (*El Juez Nacional como Juez Comunitario*. Ob. cit.) señala que «el orden jurídico comunitario se impone a los de los Estados miembros... Las normas comunitarias reciben *ipso iure*, el Estatuto de Derecho positivo en el orden jurídico interno de los países miembros. En razón de

su superioridad en la jerarquía normativa, deben ser aplicadas por el juez nacional, no obstante la existencia de cualquier otra regla local contraria. **La sanción que se impone es la inaplicabilidad de las normas nacionales contrarias al Derecho comunitario, como solución mínima**, correspondiendo la constatación de esa incompatibilidad al juez nacional de derecho común... El Derecho comunitario impone, como mínimo, esa sanción de la inaplicabilidad de la norma interna que le sea contraria, pero deja libertad al ordenamiento jurídico nacional para que autorice la imposición de una sanción más radical, como puede ser, a título de ejemplo, la **declaración de nulidad de la disposición estatal** de que se trate, lo que ya se puso de relieve en la Sentencia Lück, de 4 de abril de 1968).

Ya como Abogado General, RUIZ-JARABO COLOMER, en las conclusiones sobre el asunto IN.CO.GE. '90, recuerda que cuando el Tribunal de Justicia falla sobre la inaplicabilidad de disposiciones nacionales contrarias al Derecho comunitario, «se ha abstenido –a mi juicio, acertadamente– de pronunciarse sobre la noción abstracta y general, esto es, la categoría, en la que se inscribe la obligación de inaplicar».

Para el Abogado General, «la jurisprudencia del Tribunal de Justicia podría, hipotéticamente, haber utilizado alguna de las categorías jurídicas bien conocidas en la teoría general del Derecho (como, por ejemplo, "inexistencia", "invalidez", "nulidad", "ineficacia", "pérdida de vigencia", "ilegitimidad", u otras similares) para referirse al vicio que afecta a las normas nacionales cuando contravienen el ordenamiento comunitario».

RUIZ-JARABO argumenta lo siguiente sobre esta abstención del Tribunal: «El Tribunal ha evitado cuidadosamente utilizar aquellas nociones en su jurisprudencia sobre la materia, sin duda por entender que la opción por cualquiera de ellas –cuyo significado, además, varía según los diferentes sistemas jurídicos– corresponde más bien a dichos sistemas jurídicos. Dentro de las soluciones adoptadas por cada uno de ellos, serán sus propios órganos jurisdiccionales nacionales, singularmente quienes tengan confiado, en cada uno de los Estados miembros, el control de la "regularidad" de la producción normativa, los que habrán de pronunciarse al respecto». Señalando en nota al final de las conclusiones que **«Todo ello sin perjuicio de que el legislador nacional deba, por razones de seguridad jurídica, proceder a la derogación de la ley nacional contraria al Derecho comunitario»**.

El Abogado General recuerda al respecto la Sentencia de 4 de abril de 1968 en el asunto Lück, en la que «la respuesta de la sentencia fue que, si bien el efecto reconocido al artículo 95 del Tratado excluye la aplicación de cualquier medida de orden interno incompatible con dicho texto, tal artículo no limita la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar, entre los diversos métodos de su orden jurídico interno, aquellos que sean apropiados para salvaguardar los derechos individuales reconocidos por el Derecho comunitario. En consecuencia, añadía el Tribunal de Justicia, **"la elección entre las soluciones indicadas por la cuestión (prejudicial), o entre cualesquiera otras, corresponde al juez de reenvío"**».

Con acierto, el Abogado General entiende que «el hecho de que un Estado miembro, al legislar sobre un tributo armonizado a nivel comunitario, infrinja las normas armonizadoras no supone

que pierda, por ello, su potestad tributaria. Significa, simplemente, que la ley nacional contraria a la norma comunitaria debe ceder ante la primacía de ésta, y no puede, por consiguiente, ser aplicada... No cabe confundir, pues, la "carencia absoluta de potestad legislativa" con el ejercicio irregular, o desviado, de dicha potestad. La primera noción implica negar la competencia a un órgano –o, en este caso, a un Estado– para regular una determinada materia, por estar reservada su configuración normativa a otras instancias. **El ejercicio irregular**, por el contrario, supone que el titular de la competencia legislativa utiliza ésta de modo defectuoso, dando lugar a una disposición legal que, en razón de la primacía de la norma comunitaria, no debe ser aplicada por los jueces nacionales».

Después de sus amplias conclusiones, el Abogado General sugiere al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial del siguiente modo:

«El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de Derecho comunitario está obligado a garantizar la plena eficacia de éste, dejando inaplicadas, en su caso, las normas contrarias de la legislación nacional. Cuando estas últimas hayan establecido un tributo incompatible con las disposiciones de una directiva y deban ser, por tanto, inaplicadas, el Derecho comunitario ni impide ni exige una determinada calificación o recalificación de las situaciones jurídicas preexistentes, nacidas al amparo de la norma nacional.»

Conclusión.

Según la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades, de 19 de junio de 1990 (asunto Factortame), sería:

«Incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario cualquier disposición de un orden jurídico nacional **o cualquier otra práctica legislativa, administrativa o judicial**, que tuviera por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de denegar al juez competente para aplicar este Derecho, la facultad de hacer, en el momento de dicha aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que obstaculicen, incluso temporalmente, la plena eficacia de las normas comunitarias.»

La doctrina contenida en la Sentencia de 14 de diciembre de 1995, en el asunto Peterbroeck Van Campenhout & CIE/Estado Belga, nos llevaría a considerar, caso de que la doctrina de nuestro Tribunal Supremo fuere acertada –sobre el límite infranqueable del art. 1 LJCA–, que la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa es contraria al Derecho comunitario, al imposibilitar o dificultar –como norma procesal nacional– la aplicación de dicho Derecho.

Asimismo, creemos que está claro que en caso de contradicción entre norma comunitaria y norma **nacional corresponde al juez nacional inaplicar la norma interna**, aunque previamente

haya planteado la cuestión prejudicial (en cuyo caso la sentencia del TJCE declara sobre la interpretación de la norma comunitaria, sin inmiscuirse sobre lo que el juez nacional deba hacer respecto a la norma interna). Así se desprende de la «Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales», del TJCE (Gaceta Jurídica CE. B-120, enero-febrero 1997): «La cuestión prejudicial debe limitarse a la interpretación o a la validez de una norma comunitaria, **ya que la interpretación del Derecho nacional y la apreciación de su validez no son competencia del Tribunal de Justicia. La aplicación de la norma comunitaria en el caso concreto del que conoce el juez es competencia de este último.**

... Debe subrayarse, no obstante, que al Tribunal de Justicia no le corresponde resolver ni las controversias relativas a las circunstancias de hecho del asunto principal **ni las divergencias de opinión sobre la interpretación o aplicación de las normas de derecho nacional.**

Como ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 23 de abril de 1998 [Revista de Contabilidad y Tributación (Legislación, Consultas, Jurisprudencia), CEF, núm. 193, abril 1999]. En este procedimiento el Tribunal planteó cuestión prejudicial que dio origen a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 1998 en el caso Solred, S.A. En la Sentencia del Tribunal de reenvío puede leerse: «Siendo tal el alcance que según la sentencia del Tribunal de Justicia debe darse a lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 69/335/CEE del Consejo... **no procede sino declarar que son inaplicables los preceptos de la legislación nacional...**».

No obstante, parece observarse cierta timidez en la Sala de lo Contencioso-Administrativo a la hora de inaplicar la norma nacional –después de pronunciarse el TJCE–, pues trata de motivar aún más su fallo apelando al Tribunal Supremo:

«A mayor abundamiento cabe señalar que a una conclusión análoga ha llegado el Tribunal Supremo respecto a la normativa del impuesto aprobada con posterioridad (y que, por tanto, no es aplicable al caso que ahora nos ocupa). En efecto, encontrándose en curso la sustanciación del presente litigio y antes de que hubiese recaído la mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Supremo dictó Sentencia de 3 de noviembre de 1997 en la que se anulan determinados preceptos del nuevo Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, en particular el artículo 75.5 del citado Reglamento –que establece la sujeción al IAJD de las escrituras que documentan el desembolso de dividendos pasivos–, anulación que se produce, entre otros argumentos, por ser dicho precepto reglamentario contrario a lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 69/335/CEE.»

Por tanto, el juez nacional, si encuentra incompatible la norma interna respecto a la comunitaria –sea aquella de rango legal o reglamentario– tiene la obligación de inaplicarla, sin poder argumentar que en caso de norma legal estaría actuando *ultra vires*. Y si tiene dudas deberá plantear la cuestión prejudicial, pero al fin y al cabo, deberá él, por su propia jurisdicción y en aplicación del principio de primacía, inaplicar la norma nacional.

Por todo cuanto antecede,

SOLICITA A VE:

La apertura del procedimiento de infracción citado al principio, por los motivos expresados ¹⁹.

III. LA OPINIÓN ANTERIOR DEL SERVICIO JURÍDICO DE LA COMISIÓN EUROPEA

Planteada con anterioridad ²⁰ la misma cuestión a la Comisión Europea, con fecha 5 de mayo de 1999, el entonces Director General del Servicio Jurídico, J.L. DEWOST, contestó lo que sigue:

«Analizada dicha sentencia, así como el artículo 1 de la Ley española reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se ha llegado a la conclusión de que no existe motivo suficiente para abrir un procedimiento de infracción contra el Reino de España de acuerdo con el artículo 226 (anterior art. 169) del Tratado CE.

En efecto, en la medida en la que la competencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo queda limitada al control de la legalidad de los actos de la Administración, la disposición con rango de ley, que emana del Parlamento, escapa lógicamente a tal control. Ahora bien, ello no impide que cualquier tribunal que entienda de un caso concreto en que se plantee la duda sobre la compatibilidad de una ley con el Derecho comunitario pueda –y si es un tribunal cuyas decisiones no son susceptibles de recurso, esté obligado a ello– utilizar la vía prejudicial del artículo 234 (anterior art. 177) del Tratado CE. Si resultare que el Tribunal de Justicia de las CE declara que el Derecho comunitario se opone a tal ley, el juez nacional está obligado a garantizar los plenos efectos de éste "dejando de oficio inaplicada, si es necesario, cualquier disposición de la legislación nacional que pueda ser contraria, sin que sea preciso pedir o esperar la derogación previa de dicha disposición" (el subrayado es mío) (Sentencia de 11 de julio de 1989, asunto 170/88, Ford España, S.A., Rec. pg. 2305). Se trata en este asunto, precisamente, de una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la entonces Audiencia Territorial de Valencia sobre la conformidad con el Derecho comunitario de una exacción exigida por la Administración española en virtud del artículo 67 de la Ley 50/1984, de Presupuestos Generales del Estado para 1985.

¹⁹ En su «Vigésimo Informe Anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2002)» [Bruselas, 21 de noviembre de 2003. COM(2003) 669 final], la Comisión Europea manifiesta que «el volumen global de denuncias dirigidas cada año a la Comisión por los ciudadanos desearios de contribuir a la construcción y al buen funcionamiento de su Comunidad censurando un comportamiento que les parece contrario al Derecho comunitario, ya les afecte directamente o no, sigue aumentando. El número medio de denuncias registradas anualmente prácticamente se ha doblado a lo largo del período 1990-1998 en relación con el período 1983-1989; en efecto, el número medio de denuncias ha pasado de 536 a 1.047. Durante el período 1999-2002, el número medio de denuncias fluctúa en torno a 1.346».

²⁰ Dicho asunto lo planteamos con fecha 6 de mayo de de 1993, al entonces presidente DELORS, y con relación a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1992.

Todo ello sin perjuicio de que cualquier persona pueda denunciar ante la Comisión lo que entienda pueda constituir una infracción del Derecho comunitario para que ésta inicie, si lo considera apropiado, el procedimiento previsto en el precitado artículo 226 del Tratado CE.»

Esta opinión del Servicio Jurídico no es respetuosa, en mi modesta opinión, con la figura del juez nacional como «juez comunitario»²¹ y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la primacía del Derecho comunitario, según la cual el juez nacional está obligado a inaplicar cualquier normativa nacional –tenga rango legal o reglamentario– que se oponga al Derecho comunitario, sin que sea preciso plantear previamente la cuestión prejudicial, pues ésta ha de plantearse cuando el juez nacional albergue alguna duda.

El artículo 234 del Tratado CE dice que «cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de los Estados miembros, dicho órgano **podrá** pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, **si estima necesaria** una decisión al respecto para poder emitir su fallo».

²¹ Como ha señalado LINDE PANIAGUA (en la obra colectiva *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Colex, 2005), «el Tribunal establece que el Derecho comunitario puede engendrar en la esfera de los justiciables **derechos que los órganos jurisdiccionales internos deben salvaguardar**. Es decir, que la primacía del Derecho comunitario no sólo opera en relación con los poderes legislativos y ejecutivos de los Estados miembros sino que **vincula a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que, de este modo, son órganos judiciales de la Comunidad Europea**». Por su parte, BACIGALUPO SAGGESE (en la misma obra colectiva) observa que «la competencia del juez nacional ordinario para inaplicar por su propia autoridad las leyes nacionales incompatibles con el Derecho comunitario no se extiende a su declaración de nulidad con efecto *erga omnes*. El problema de la compatibilidad o no de las leyes nacionales con el Derecho comunitario no es un problema de jerarquía normativa sino «de selección del Derecho aplicable al caso concreto». RODRÍGUEZ IGLESIAS (en la obra *Las Organizaciones Internacionales*, del profesor DIEZ DE VELASCO. TECNOS, 2003), señala que «tradicionalmente se ha entendido que la primacía de las normas comunitarias sobre las normas internas que se les oponen no lleva consigo la nulidad de éstas, sino sólo su inaplicabilidad en el caso de colisión (así ZULEEG, M.)». Refiriéndose a la Sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978, este autor considera que «la significación fundamental de esta sentencia radica, a nuestro juicio, en la afirmación de **la obligación del juez nacional, en el ámbito de su competencia, de garantizar la plena eficacia de la norma comunitaria y, por consiguiente, de dejar, en su caso, inaplicada la ley nacional contraria, con independencia de que ésta sea anterior o posterior y de que la facultad de inaplicar las leyes le sea reconocida o no por su sistema constitucional**. El TJCE ha confirmado esta interpretación en la Sentencia de 22 de octubre de 1998, INCOGE y otros, en cuyo apartado 21 se afirma que de la sentencia Simmenthal «no puede deducirse que la incompatibilidad con el Derecho comunitario de una norma nacional posterior produzca el efecto de determinar la inexistencia de ésta. Ante semejante situación, el juez nacional está obligado, en cambio, a descartar la aplicación de esa norma en la inteligencia de que esta obligación no limita la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales competentes para aplicar, entre los distintos procedimientos del ordenamiento jurídico interno, aquellos que sean apropiados para salvaguardar los derechos individuales reconocidos por el derecho comunitario». Para este autor «conviene destacar que esta obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales no excluye, ni siquiera en los supuestos de efecto directo de las normas comunitarias, la obligación de los Estados miembros de derogar o modificar las disposiciones de su derecho interno que sean incompatibles con las normas de Derecho comunitario. **La efectividad del principio de primacía consagrado por la jurisprudencia del TJCE depende de su puesta en práctica por los jueces nacionales, ante los cuales se suscitan los conflictos entre normas internas y comunitarias**. En general, cabe observar que, salvo contadas excepciones, la mayor parte de los tribunales nacionales han respetado los criterios establecidos por la jurisprudencia del TJCE sobre el principio de primacía, siendo cada vez más acentuado el alineamiento con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia».

Es decir, el juez nacional, por su propia autoridad puede inaplicar la disposición nacional contraria a Derecho comunitario, sin que sea necesario el planteamiento de la cuestión prejudicial, que podrá plantear si lo estima necesario. Como han señalado ARROYO MENA y ESTÉVEZ JIMENO (ob. cit.), «interesa no perder de vista de que de lo que se trata mediante la cuestión prejudicial es de arrojar luz sobre una regla de Derecho comunitario cuya interpretación no está clara. Por tanto, la misma resulta absolutamente innecesaria tanto en los casos en que la interpretación de aquella regla no ofrece duda razonable, como cuando la existencia de una duda razonable ha sido disipada por una resolución anterior del TJCE». Para estos autores, «si el Tribunal de Justicia es el único órgano jurisdiccional comunitario exclusivamente competente para proceder a la interpretación y/o apreciación de validez de este peculiar ordenamiento jurídico, es, por el contrario, el juez de lo social el encargado de determinar la relevancia y, en suma, la pertinencia del "reenvío" prejudicial». «La particular cooperación judicial instituida en el artículo 234 TCE puede en algunos casos quebrar con el desconocimiento del deber de reenvío por parte del órgano jurisdiccional nacional que podría dar lugar a que la Comisión tramite un recurso de incumplimiento por infracción de esta obligación de reenvío, supuesto que hasta la fecha no ha tenido lugar y al que la propia Comisión se muestra reacia en virtud del principio universal de la independencia del poder judicial. Por lo que podemos concluir que en estos casos, el ordenamiento jurídico comunitario no prevé ningún tipo de acción que permite corregir dicha situación».

Téngase en cuenta, asimismo, que el Tribunal de Justicia interpreta, no inaplica, siendo el juez nacional el que debe efectuar dicha inaplicación en el ejercicio de su propia jurisdicción, por lo que la interpretación del Servicio Jurídico nos llevaría al mismo callejón sin salida: «el límite que viene impuesto por el artículo 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa». De ahí que, como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional, la primacía del Derecho comunitario es una «técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad». Dicha primacía es el título que habilita al juez nacional para inaplicar, no la sentencia recaída en una cuestión prejudicial.

Plantee o no la cuestión prejudicial el juez nacional, la autoridad de inaplicar viene dada por el Derecho comunitario (que como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales) y no por la opinión del Tribunal de Justicia vertida en la resolución de la cuestión prejudicial.

El magistrado SARAZÁ JIMENA ²² subraya, respecto a los poderes del juez nacional en la aplicación del Derecho comunitario, que «la importante función del TJCE en la conservación de la uniformidad del Derecho comunitario no significa que el juez nacional no tenga competencias de aplicación del ordenamiento jurídico comunitario. Antes al contrario, **los principios estructurales del Derecho comunitario en su relación con los ordenamientos jurídicos nacionales, desarrollados por la jurisprudencia del TJCE, han dejado claro que cualquier juez de un Estado miembro es el juez ordinario del Derecho comunitario, que ha de aplicar las normas de dicho Derecho a los litigios sometidos a su conocimiento, que tiene poder suficiente para ejercer el control sobre la sumisión de toda norma interna al ordenamiento jurídico comunitario en su conjunto y, por**

²² «El Juez nacional como Juez comunitario». En la revista *La Toga*, marzo 2002.

supuesto, también para controlar el correcto desarrollo de las Directivas por la legislación nacional, cualquiera que sea el rango que ésta adquiera. El conflicto entre una norma comunitaria y una norma de Derecho interno español no tiene una dimensión constitucional que exija sea resuelta por el Tribunal Constitucional, sino que, por el contrario, **es el juez ordinario quien tiene que resolverlo en base a los principios de primacía y eficacia directa del Derecho comunitario».**

Para este autor, «los principios de eficacia directa y de primacía del Derecho comunitario producen como consecuencia no sólo que el juez interno haya de dejar inaplicadas las normas de Derecho nacional interno cuando se opongan a los dictados de ese ordenamiento comunitario superior, sino también han de garantizar la protección jurídica de los derechos que para los particulares se derivan del sistema jurídico comunitario... **Ese compromiso del juez interno requiere su habilitación para asumir todos los poderes jurisdiccionales que sean precisos para llevar a cabo su cometido de manera adecuada, e incluye el desplazamiento de las normas procesales internas que, por su propia naturaleza, son de orden público».**

Como ha señalado la Abogada General STIX-HACKL, en las conclusiones en los asuntos acumulados C-453/02 y C-462/02 (Finanzamt Gladbeck) ²³, «(66). A este respecto se ha de señalar, en primer lugar, que el hecho de que una disposición de Derecho comunitario necesite de interpretación –por ejemplo, a la luz del principio de neutralidad fiscal– no excluye ya que esa disposición sea suficientemente precisa y cierta, de modo que los particulares podrán invocarla ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Pues bien, **el procedimiento de decisión prejudicial para la interpretación del Derecho comunitario sirve precisamente para la aplicación uniforme –en particular frente al Derecho nacional que sea contrario– de derechos con efecto directo que el Derecho comunitario confiere a los particulares».**

Es decir, si se invoca en un litigio nacional una disposición comunitaria que el justiciable considere que tiene primacía o efecto directo, el juez nacional puede, por su propia jurisdicción, aplicarla o, si alberga alguna duda referente a dicha eficacia directa, plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, para que éste aclare si dicha disposición comunitaria tiene dicho efecto directo.

IV. CONCLUSIÓN

La errónea jurisprudencia del Tribunal Supremo que venimos comentando ha sido calificada por LINDE PANIAGUA (*op. cit.*) como «alarmante y contraria a la jurisprudencia del TJCE». Para este autor, «desde la perspectiva de los ciudadanos y de su derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, el juez nacional no satisfaría este derecho, cuando afectado por una directiva no transpuesta o incorrectamente transpuesta, ésta colisionara con una ley nacional o eventualmente autonómica por virtud de los límites de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de la Jurisdicción Constitucional».

²³ La Sentencia del Tribunal de Justicia en estos asuntos es de 17 de febrero de 2005.

Como ha escrito BACIGALUPO SAGGESE ²⁴, «de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del TJCE, los jueces nacionales ordinarios pueden (°y deben!) inaplicar por su propia autoridad cualesquiera normas de Derecho interno que se opongan al Derecho comunitario».

El Abogado General Sr. GEELHOED ²⁵ ha afirmado que «son precisamente los jueces nacionales quienes ocupan un lugar fundamental en lo que respecta a la aplicación del Derecho comunitario en el ordenamiento jurídico nacional controlando y corrigiendo **los actos del legislador** y de las administraciones nacionales...». «La interpretación y la aplicación incorrectas del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales tiene por consecuencia que se prive a los particulares del ejercicio de los derechos que se les reconocen en el ordenamiento jurídico comunitario y que las normas y prácticas incompatibles con el Derecho comunitario puedan mantenerse en tal situación...».

La Sentencia del Tribunal de Justicia, de fecha 9 de diciembre de 2003, recaída en el citado asunto C-129/00, declaró el incumplimiento del Derecho comunitario por la República Italiana, por causa de la actuación de sus tribunales contraria al Derecho comunitario ²⁶. Para el Tribunal, «en principio, cabe declarar la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro con arreglo al artículo 226 CE **cualquiera que sea el órgano de dicho Estado cuya acción u omisión ha originado el incumplimiento, incluso cuando se trata de una institución constitucionalmente independiente** (Sentencia de 5 de mayo de 1970, Comisión/Bélgica, 77/69, Rec. P. 237, apartado 15)» ²⁷.

Si nos atenemos a los fundamentos de dicha sentencia, se infiere claramente que especial trascendencia tiene el hecho de que el incumplimiento venga dado por la actuación del «órgano jurisdiccional nacional supremo», como es el caso que venimos comentando respecto a la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Para ALONSO GARCÍA ²⁸, «ha sido una jurisprudencia nacional contraria a Derecho comunitario al margen de las exigencias estrictamente vinculadas con el mecanismo prejudicial la que, asumida de manera considerable por el poder judicial y la Administración pública del Estado miembro en cuestión ²⁹, ha estado en el origen, en el asunto *Comisión v. Italia, 9 de diciembre de 2003 (C-129/00)*, del primer

²⁴ En la obra colectiva: *Principios de Derecho de la Unión Europea*. Editorial Colex, 2005.

²⁵ En sus conclusiones al Asunto C-129/00, presentadas el 3 de junio de 2003.

²⁶ Con anterioridad, la Comisión Europea se había mostrado remisa a proceder por incumplimiento contra un Estado miembro por la actuación de sus tribunales contraria a Derecho comunitario, en base a que (Quinto y Sexto Informe de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario): «el procedimiento por incumplimiento no constituye la base más adecuada para una cooperación entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal de Justicia», y que «debido al principio universal de la independencia del poder judicial, la Comisión no considera tener fundamentos para reprochar a un Estado miembro el comportamiento de uno de sus tribunales».

²⁷ Sobre la obligación de los Estados miembros de reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario derivadas de una resolución de un órgano jurisdiccional, puede verse la Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003, recaída en el asunto C-224/01.

²⁸ «El juez nacional como juez europeo a la luz del Tratado Constitucional». Texto provisional. *The National Constitutional Reflection of European Union Constitutional Reform*, Conference, Madrid (Universidad Carlos III), 5-7 September 2004. (Visto el 1 de abril de 2005 en www.uc3m.es/uc3m.inst/MGP/Ricardo.doc).

²⁹ Concretamente, por los Tribunales italianos con la *Corte Suprema di Cassazione* a la cabeza, seguidos por la Administración tributaria.

proceso por incumplimiento dirigido, bien es verdad que de manera indirecta, contra una actitud judicial en un Estado de la Unión Europea. Y digo «de manera indirecta» porque el Tribunal de Justicia, siguiendo los argumentos del Abogado General GEELHOED, se cuidó de insistir ³⁰ en que **el incumplimiento tenía su raíz en el legislador nacional, que era quien había generado la normativa susceptible de generar interpretaciones judiciales incompatibles con el Derecho comunitario** ³¹.

Por tanto, considero que si la ley jurisdiccional nacional impidiera al juez nacional inaplicar la norma interna incompatible con el Derecho comunitario, dicha Ley Jurisdiccional (en este caso el art. 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) sería incompatible con el Derecho comunitario, y, por tanto, inaplicable, como hemos defendido. El Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 28 de junio de 2001 ³², recordando las Sentencias Simmenthal y Factortame, ha dicho que «dicho principio de primacía del Derecho comunitario impone, **no sólo a los órganos jurisdiccionales, sino a todos los órganos del Estado miembro**, la obligación de dar eficacia plena a la norma comunitaria». «Por tanto, en la medida en que las **normas procesales** nacionales se oponían a la protección efectiva de los derechos que se derivaban del efecto directo del Derecho comunitario para el Sr. Larsy, el INASTI debería haber excluido su aplicación».

Es decir, y siguiendo esta jurisprudencia, el Tribunal Supremo español no puede invocar los límites de la ley jurisdiccional para no inaplicar una ley interna incompatible con el Derecho comunitario, pues dicha norma procesal se opondría a la protección efectiva de los derechos dimanantes de las normas comunitarias y, por tanto, debería ser inaplicada.

El presente artículo obtuvo un accésit en la segunda edición (2005) del Premio Estudios Financieros, en su modalidad de Derecho Administrativo. Con posterioridad a la presentación de este trabajo al mismo y al fallo del premio, han sido publicados trabajos de especial relevancia, como el del profesor FERNÁNDEZ SEGADO ³³ (y los que se citan más adelante). De dicho artículo procede extraer las siguientes consideraciones, sin dejar de remitirnos en bloque al mismo, por su indudable interés:

- En cuanto a la primacía del Derecho comunitario, significa, como es obvio, que sus normas tienen preferencia sobre las del Derecho nacional, de modo tal que, en caso de colisión o

³⁰ Tal y como evidenció el fallo: «La República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE, al no modificar el artículo 29, apartado 2, de la Ley núm. 428, de 29 de diciembre de 1990, titulada *Disposiciones para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la pertenencia de Italia a las Comunidades Europeas (Ley comunitaria para el año 1990)*, que es interpretado y aplicado por la Administración y una parte significativa de los órganos jurisdiccionales, incluida la *Corte Suprema di Cassazione* (Italia), de un modo que hace excesivamente difícil para el contribuyente el ejercicio del derecho a la devolución de los tributos recaudados contraviniendo las normas comunitarias».

³¹ FJ 33: «Cuando una legislación nacional es objeto de interpretaciones jurisprudenciales divergentes que pueden tomarse en consideración, algunas de las cuales conducen a una aplicación de dicha legislación compatible con el Derecho comunitario, mientras que otras dan lugar a una aplicación incompatible con éste, procede estimar que, como mínimo, esta legislación no es suficientemente clara para garantizar una aplicación compatible con el Derecho comunitario».

³² Asunto C-118/00. Gervais Larsy / INASTI.

³³ «El juez nacional como juez comunitario europeo de Derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello». Publicado en «Cuestiones constitucionales». *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 13, julio-diciembre 2005 (www.juridicas.unam.mx).

conflicto entre unas y otras, han de prevalecer las normas comunitarias, cualquiera que fuere el rango de las normas internas ³⁴, y con independencia de que hayan sido aprobadas con posterioridad, es decir, al margen de cualquier criterio de rango o temporal.

- La primacía del Derecho comunitario dimana de modo inmediato de su propio efecto directo ³⁵; es obvio que éste quedaría seriamente afectado si las normas comunitarias pudiesen verse desplazadas por otras de Derecho interno contrarias a aquéllas. Consecuentemente, la primacía es la resultante lógica de la eficacia directa.
- La doctrina del Tribunal de Justicia sobre la primacía del Derecho comunitario tiene como destinatarios primigenios a los jueces nacionales.
- El juez comunitario de derecho común es el juez nacional.
- La inaplicación es, pues, la solución que ha de adoptar el juez nacional frente a las normas internas contrarias al Derecho comunitario... Respecto a las normas internas posteriores, la primacía produce el efecto de «impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias».
- El Tribunal de Justicia invita a «todo juez nacional competente» a inaplicar «por su propia autoridad» cualquier ley estatal, incluso posterior, incompatible con el Derecho comunitario.
- Puede hablarse, pues, a nuestro juicio, de un Derecho comunitario a la tutela judicial efectiva, que se nos presentaría como la expresión de un principio general del Derecho comunitario dimanante de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.
- Cualquier ciudadano puede dirigirse al juez, en cuanto integrante del complejo orgánico del Poder Judicial del Estado, con la pretensión de que inaplique normas de ese mismo Estado del que recibe su propia potestad jurisdiccional, lo que plantea dificultades que sólo cabe superar desde la vocación integradora que el derecho comunitario presenta.
- La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha configurado un «derecho al juez» universal, sin zonas exentas, respecto a la totalidad de las decisiones de las autoridades nacionales en materia de Derecho comunitario. Este derecho al juez se ha constituido en un verdadero principio general del Derecho comunitario que se ha hecho derivar de las tradiciones comunes a los Estados miembros.

³⁴ Entendemos que este autor se refiere a normas de inferior rango a la constitución nacional.

³⁵ Por los grandes interrogantes que despierta, deo señalada aquí la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2005 (asunto C-105/03. *María Pupino*), así como las correspondientes conclusiones de la Abogada General, Sra. KOKOTT, de 11 de noviembre de 2004, en dicho asunto. Sobre este tema, he de señalar también, aunque no comparto alguna de sus apreciaciones y conclusiones, el importante y muy elaborado trabajo de SARMIENTO: «Un paso más en la constitucionalización del Tercer Pilar de la Unión Europea. La Sentencia *María Pupino* y el efecto directo de las Decisiones Marco» (*Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 10. 2005. www.reei.org).

Para LÓPEZ RODRÍGUEZ ³⁶, «la jurisdicción comunitaria no dispone de la competencia ni del procedimiento para hacer efectivo el principio de primacía. Es una tarea que corresponde, bajo el principio de autonomía institucional y procesal, al órgano jurisdiccional nacional. Cuando el Derecho interno no le atribuya autoridad para excluir o dejar de aplicar la ley nacional y proceder a su sustitución por la norma común, el Derecho comunitario se la confiere». Para este autor, «la obligación de primar al orden comunitario atañe a todos los poderes públicos, incluida la administración institucional, autonómica y local y se extiende, dado el carácter objetivo e imperativo de las normas comunitarias, a las relaciones entre los particulares, cuestión reconocida ya en particular por el TJCE... En realidad tampoco puede predicarse que las normas comunitarias y nacionales se encuentren en relación de jerarquía. El conflicto debe resolverse en términos de selección del Derecho aplicable. Las relaciones entre ordenamientos, comunitario e internos, se resuelve desde la óptica del reparto competencial».

Por último, a pesar de la reciente Declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, del Tribunal Constitucional, sobre el texto de Constitución Europea, el Gobierno tiene intención de introducir cambios en la Constitución Española relativos a «la recepción en la Constitución del proceso de construcción europea». Por ello, una de las cuestiones sobre las que ha solicitado al Consejo de Estado para que se pronuncie es la relativa a «la formulación de una cláusula expresa de integración del Derecho europeo en el sistema de fuentes» ³⁷. Modificación constitucional que ha sido defendida por el profesor RUBIO LORENTE en varios de sus escritos e intervenciones ³⁸. Así, ha dicho que «la oportunidad de la reforma... la aconseja la necesidad de dotar de base constitucional al deber que nuestros tribunales tienen de asegurar la primacía del Derecho europeo sobre el puramente interno. Un deber que les obliga a inaplicar las normas españolas, cualquiera que fuese su rango, cuando están en contradicción con normas europeas, y que por tanto parece *prima facie* incompatible con su sujeción al imperio de la ley. Esta sujeción, que la Constitución (art. 117.1) proclama, es absoluta en lo que toca a la Constitución misma, y en lo que respecta a las normas de rango legal, está atenuada sólo por la facultad que la propia Constitución (art. 163) les concede, de cuestionar su constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional».

RODRÍGUEZ IGLESIAS ³⁹ considera que «la proclamación expresa de la primacía de la Constitución y del Derecho de la Unión no supone una modificación substancial de la posición de los Estados miembros en la Unión Europea». Para este autor, ex Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno, «es un principio consagrado por el Derecho vigente y que además es generalmente considerado como uno de los principios característicos del ordenamiento jurídico comunitario junto al de efecto directo» y señala que «hay quienes pretenden relativizar el valor del principio de primacía haciendo referencia a su origen jurisprudencial. Ahora bien, frente a semejante pretensión conviene recor-

³⁶ «La ausencia del Derecho comunitario en la Ley General Tributaria», *Revista Estudios Financieros, Contabilidad y Tributación*, núm. 268, julio 2005.

³⁷ Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005.

³⁸ Entre otros: «La necesidad de la reforma constitucional». *Conferencia pronunciada en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, el 28 de octubre de 2004. (www.cepc.es).

³⁹ Encuesta. «El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa». En: *Teoría y realidad constitucional*. Núm. 15, Primer Semestre 2005. Visto en www.juridicas.unam.mx, el 2-9-2005.

dar que el desarrollo jurisprudencial del Derecho comunitario forma parte del acervo comunitario (*acquis communautaire*) que vincula al conjunto de los Estados miembros y que debe ser plenamente asumido por todo Estado al integrarse en la Comunidad. Concretamente el principio de primacía ha sido siempre recordado de forma expresa y destacada en los dictámenes en que la Comisión se ha pronunciado sobre la adhesión de cada uno de los Estados que han ido incorporándose a las Comunidades Europeas», añadiendo, asimismo, que «otro elemento a destacar en relación con el principio de primacía del Derecho comunitario es que **se trata de un principio reconocido por los tratados vigentes**. En efecto, el apartado 2 del protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Protocolo que ha sido introducido por el Tratado de Amsterdam) dispone textualmente que «la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad... *no afectará a los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en lo que se refiere a la relación entre el Derecho comunitario y el nacional...*». Para Díez-PICAZO, L.M.⁴⁰, «en cuanto a la primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho de los Estados miembros, creo que es importante su proclamación expresa. Es verdad que ya existe, como principio establecido por la jurisprudencia. Me parece, con todo, que no es indiferente que los Estados miembros lo acepten explícitamente. Si se pone en conexión con la cláusula de retirada unilateral –ésta sí que es una verdadera novedad– cabe captar la naturaleza última del vínculo constitucional: pertenecer a la Unión Europea implica aceptar la primacía incondicionada de ésta, pero esa aceptación es voluntaria en la medida en que cabe abandonar unilateralmente la Unión».

⁴⁰ Encuesta. *El Tratado...* Ob. cit.