

# LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COMUNITARIO EN ESPAÑA DURANTE 2002

Por CARMEN LÓPEZ-JURADO \*  
y ANTONIO SEGURA SERRANO \*\*

## SUMARIO:

1. LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: 1.1. DELIMITACIÓN COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 1.2. EL DERECHO COMUNITARIO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—  
2. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES: 2.1. LA INTERPOSICIÓN DE CUESTIONES PREJUDICIALES. 2.2. LA NEGATIVA A PLANTEAR CUESTIONES PREJUDICIALES. 2.3. LA RESPUESTA DEL TJCE A CUESTIONES PREJUDICIALES Y SU APLICACIÓN POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESPAÑOLES.—  
3. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO ESPAÑOL: 3.1. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA INSTITUCIONAL Y PROCEDIMENTAL. 3.2. PRINCIPIOS DE PRIMACÍA Y EFICACIA DIRECTA: A) *Primacía*. B) *Eficacia directa*. 3.3. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO Y TUTELA CAUTELAR.

La presente nota sobre la aplicación judicial del Derecho Comunitario en España constituye la última entrega de una ya larga serie de crónicas elaboradas para la Revista de Derecho Comunitario (anteriormente Revista de Instituciones Europeas) por profesores pertenecientes al Grupo de

---

\* Prof.<sup>a</sup> Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Granada.

\*\* Doctor en Derecho. Prof. Asociado de Derecho Internacional Público de la Universidad de Granada.

Investigación que dirige el Prof. Dr. D. J. Liñán Nogueras, de la Universidad de Granada<sup>1</sup>. Es, así, una actualización de la materia que tiene como objetivo ofrecer un panorama general de la forma en que los diferentes órganos jurisdiccionales españoles han asimilado y aplicado durante el año 2002 las normas comunitarias.

En esta crónica intentaremos dar cuenta de las principales aportaciones realizadas por los diferentes tribunales, haciendo hincapié en aquellas resoluciones que presentan más interés por aludir a los principios estructurales del Derecho comunitario o por proceder de las instancias judiciales superiores. En esta labor hemos descartado algunas sentencias en las que sólo se alude de forma tangencial a normas de Derecho comunitario. De este modo, hemos estructurado el trabajo en tres grandes apartados: a) la aplicación del Derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional; b) las cuestiones prejudiciales planteadas; y c) la aplicación de los principios de autonomía, eficacia directa, primacía, responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario y tutela cautelar.

---

<sup>1</sup> D. J. LIÑÁN NOGUERAS, J. ROLDÁN BARBERO: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1986-1989)», *RIE*, 1989-3, pp. 885-914; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, A. DEL VALLE GÁLVEZ: «La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España (junio 1989-diciembre 1990)», *RIE*, 1991-3, pp. 989-1120; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, M. LÓPEZ ESCUDERO: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1991 y 1992)», *RIE*, 1994-1, pp. 221-263; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, M. A. ROBLES CARRILLO: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1993, 1994 y 1995)», *RDCE*, 1997-1, pp. 111-173; J. ROLDÁN BARBERO, L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1996)», *RDCE*, n.º 2, 1997, pp. 549-580; A. DEL VALLE GÁLVEZ, T. FAJARDO DEL CASTILLO: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España en 1997», *RDCE*, n.º 5, 1999, pp. 109-128; M. LÓPEZ ESCUDERO, F. CUESTA RICO: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 1998», *RDCE*, n.º 6, 1999, pp. 395-418; L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, A. SEGURA SERRANO: «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 1999», *RDCE*, n.º 8, 2000, pp. 565-592; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, P. MARTÍN RODRÍGUEZ: «La aplicación del Derecho comunitario en España durante 2000 y 2001», *RDCE*, n.º 12, 2002, pp. 583-627.

## 1. LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

### 1.1. DELIMITACIÓN COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

De gran importancia, en la medida en que ha sido dictada en relación con una materia —las vacaciones fiscales vascas— que tiene una enorme repercusión social y en la que encontramos diversos pronunciamientos judiciales tanto en el ámbito español como en el comunitario, es la sentencia de 25 de abril, del Tribunal Constitucional (*RTC 2002\96*). En ella, el TC resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja contra la disposición adicional octava de la Ley 42/1994 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

El origen de este asunto se encuentra en la promulgación en el año 1988 de un conjunto de normas forales sobre medidas urgentes de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica por la que se otorgaban beneficios fiscales a la inversión, especialmente en materia de IRPF e IS, a las empresas que se establecieran en el País Vasco o Navarra<sup>2</sup>. La adopción de dicha normativa provocó que la Comisión adoptase la Decisión 93/377/CEE, que puso de manifiesto la discriminación que suponían dichos regímenes fiscales en relación con el antiguo artículo 52 del TCE sobre libertad de establecimiento, declarándolos incompatibles con el mercado común de conformidad con el antiguo artículo 92.1 del TCE y exigiendo la modificación de dicho sistema fiscal<sup>3</sup>.

El Estado español adoptó dos iniciativas. Por una parte, recurrió la legislación foral ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco, Tribunal que desestimó el recurso interpuesto por la Administración General del Estado y contra cuya sentencia se planteó un recurso ante el

---

<sup>2</sup> Las relaciones fiscales entre el Estado español y la Comunidad Autónoma del País Vasco han estado reguladas mediante la Ley 12/1981, de 13 de mayo y la Ley 38/1997, de 4 de agosto, que estableció el primer Concierto Económico Vasco con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2001. El nuevo Concierto Económico se ha aprobado por Ley 12/2002, de 23 de mayo.

<sup>3</sup> Decisión de la Comisión de 10 de mayo de 1993, relativa a un sistema de ayudas fiscales a la inversión en el País Vasco (*DO L 134*, p. 25).

Tribunal Supremo que declaró nula la norma foral impugnada<sup>4</sup>. Por otra, incorporó a la Ley 42/1994 (de acompañamiento de los presupuestos) una disposición adicional octava que extiende los beneficios fiscales a los residentes en la Unión Europea, siempre que no lo sean en España. Es esta disposición la que ahora se recurre ante el Tribunal Constitucional.

Concretamente, la norma estatal recurrida ante el TC establece el derecho de los residentes en la Unión Europea, *que no lo sean en España*, a recibir el reembolso por la Administración Tributaria del Estado de las cantidades que hubieran pagado en exceso con respecto al supuesto de haberse podido acoger a la legislación de la Comunidad Autónoma o Territorio Histórico del País Vasco o Navarra en el que operen. Según el recurrente, los estímulos fiscales establecidos por la legislación foral vasco-navarra resultan gravemente lesivos para los intereses económicos de La Rioja ya que incrementan las consecuencias nocivas del denominado «efecto frontera» al tener vigencia en territorios vecinos, no habiendo sido establecidos con carácter general para toda España, y por carecer estatutariamente la Comunidad Autónoma de La Rioja de competencias normativas para establecer medidas de corte similar que contrarresten sus efectos.

La sentencia del TC declara la inconstitucionalidad de la disposición adicional octava de la Ley 42/1994 basándose fundamentalmente en la infracción del principio de igualdad regulado en los artículos 14 y 31.1 del texto constitucional. Según el TC, la ayuda estatal concedida a los no residentes que operan en el País Vasco y Navarra coloca a un colectivo de contribuyentes —el de determinados no residentes en España— ante una situación de absoluto privilegio fiscal. El hecho de que la norma im-

---

<sup>4</sup> STS de 7 de febrero de 1998, *RJ* 1998\1111, F.J. 5 y 6. Ello no ha impedido, como señala Urrea Corres, que las Haciendas forales vascas haciendo uso de su competencia fiscal hayan dictado nuevas normas con incentivos fiscales; normas que, de nuevo, fueron recurridas por el Estado ante el TSJ del País Vasco. El TSJ acudió en vía prejudicial al TJCE pero este último Tribunal no se llegó a pronunciar ya que, como consecuencia de un acuerdo alcanzado el 14.7.2000 por la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco, el Estado español desistió del proceso que se sustanciaba ante el TSJ del País Vasco a la vez que los Territorios Históricos desistían de los recursos de casación interpuestos ante el Tribunal Supremo, véase M. URREA CORRES: «El ejercicio de la competencia del País Vasco en materia fiscal y su compatibilidad con el Derecho Comunitario Europeo. Comentario a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de marzo de 2002 (asuntos acumulados T-92/00 y T-103/00) Ramondín/Comisión de las Comunidades Europeas», *RDCE*, 2002, vol. 12, año 6, pp. 525-545, en p. 529.

pugnada pretendiese dar cumplimiento a un mandato de la Comunidad Europea no evita, según el Tribunal, la lesión del artículo 31.1 CE pues, aunque está dotada de una finalidad constitucionalmente legítima, el medio utilizado para alcanzar tal fin es inadecuado. A juicio del TC, es la Comunidad Autónoma afectada la que debe modificar su normativa en los términos exigidos por la Comunidad Europea, por ser esa Administración territorial la que ha introducido en su normativa foral los beneficios fiscales declarados contrarios al mercado común y por ser esa Comunidad la única habilitada para suprimir o modificar tales beneficios<sup>5</sup>. Y trae a colación jurisprudencia constitucional previa según la cual «*la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario*» (F.J. 10). La norma impugnada tampoco supera el juicio de inconstitucionalidad desde la perspectiva de las libertades de empresa, residencia y circulación (artículos 38, 138.2, 139.1 y 139.2 de la CE) ya que: «*la medida incorporada a la disposición adicional impugnada, en cuanto norma que limita sus efectos a una parte concreta del territorio nacional sin una justificación suficiente que la legitime, produce la fragmentación del mercado con quiebra de la necesaria unidad del orden económico*» (F. J. 12).

La argumentación jurídica del TC es, sin embargo, discutible, como lo demuestran los votos particulares formulados por el Magistrado Gay Montalvo y por los Magistrados Vives Antón y Casas Baamonde, a los que se adhieren los Magistrados García Manzano y Pérez Vera, quienes ponen de manifiesto la extralimitación, respecto del objeto del recurso, de la sentencia del TC que, en una suerte de recurso *per saltum*, que el propio TC declaró estar dispuesto a evitar, acaba enjuiciando la normativa foral. En este sentido, señalan, el TC cometió un exceso de jurisdicción pues

---

<sup>5</sup> El TC añade: Basta con avanzar unos años en el tiempo para comprobar cómo han sido las propias Comunidades del País Vasco y Navarra las que han procedido a derogar beneficios fiscales aprobados durante el año 1996 en las normas forales reguladoras del Impuesto sobre Sociedades, además de las nuevas Decisiones de la Comisión Europea que los declaraba contrarios al mercado común, exigiendo al Estado español, no su modificación, sino su supresión (F.J. 10). Se refiere a las Decisiones de la Comisión 2002/806/CE y 2002/540/CE, de 11 de julio de 2001, relativas al régimen de ayudas estatales aplicado en España a favor de algunas empresas de reciente creación en Vizcaya y en Guipúzcoa (DO L 279, de 17.10.2002, p. 35; y DO L 174, de 4.7.2002, p. 31, respectivamente).

entró a valorar la legislación autonómica<sup>6</sup>. Subrayan además los Magistrados Vives Antón y Casas Baamonde que, como el propio TC puso de manifiesto en el F. J. 2 de la sentencia, en materia de tributación de «no residentes» en España, la competencia para regularla era —en aquel entonces— exclusiva del Estado. Por ello, *«la Sentencia impone al legislador su propia concepción de los sistemas forales del Concierto Económico o Convenio, del cumplimiento correcto del Derecho Comunitario y, a la postre, de la decisión política que había de haberse adoptado, lo que no cabe hacer en un proceso constitucional sin trastocar gravemente sus límites»*.

En definitiva, el TC ha declarado inconstitucional, por discriminatoria, la legislación estatal que representa la disposición adicional octava. Y lo es, según el TC, porque otorga más beneficios fiscales a los residentes en la UE que no lo sean en España que a los que residen en España y no en los territorios forales, y todo ello trae causa de una legislación autonómica. Esa legislación autonómica, que supuestamente el TC no entra a enjuiciar, es contraria al Derecho comunitario por violación de los artículos 43 y 87 del TCE. En efecto, dicha normativa es incompatible con el Derecho comunitario, particularmente en lo que atañe al derecho de establecimiento y al derecho comunitario en materia de ayudas de Estado. Esto es algo que ya señaló el Abogado general Sr. Saggio en sus conclusiones presentadas al TJCE el 1 de julio de 1999, en relación con la cuestión prejudicial formulada al TJCE por el Tribunal Superior de Justicia del País

---

<sup>6</sup> Según el Magistrado Vives Antón y la Magistrada Casas Baamonde: *«La fundamentación de la Sentencia radica en la desigualdad que, a su juicio, provoca la disposición estatal impugnada entre residentes en España, según esa residencia tenga lugar en el País Vasco y Navarra o fuera del País Vasco y Navarra, a la que, sin embargo, no atiende la norma estatal objeto de este recurso de inconstitucionalidad, que se dirige a conceder incentivos fiscales o subvenciones a los residentes en el resto de la Unión Europea que no lo sean en territorio español con la finalidad de corregir las distorsiones con respecto al art. 52 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (...)»*. En esta línea, Falcón y Tella ha sostenido que *«la eventual discriminación no resulta de la disposición adicional que se enjuicia, sino de la propia normativa foral»*. Según este autor: *«al analizar la existencia de una eventual discriminación de los residentes en territorio común que operen en territorio foral, respecto de los no residentes, se está en realidad enjuiciando el contenido de esas normas forales, que no eran objeto del recurso»*, R. FALCÓN Y TELLA: «Los errores y paradojas de la STC 25 abril 2002 (I): extralimitación respecto al objeto del recurso y ruptura respecto de la doctrina anterior», *Quincena Fiscal (Revista de actualidad fiscal)*, Aranzadi Editorial, pp. 5-9, en p. 6.

Vasco sobre la compatibilidad con los artículos 52 (actualmente, artículo 43 CE) y 92 del Tratado CE (actualmente, artículo 87 CE) de las disposiciones forales, cuestión que sería archivada mediante Auto del Presidente del TJCE una vez se produjo el desistimiento del demandante en el proceso principal<sup>7</sup>. Para el Abogado general, la normativa foral constituye una medida discriminatoria a efectos del antiguo artículo 52 del Tratado que la disposición adicional octava de la Ley n.º 42/1994 no fue capaz de eliminar; y es, además, contraria al antiguo artículo 92 en la medida en que constituye una ayuda concedida en forma de beneficios fiscales imputables al Estado<sup>8</sup>. Y es algo sobre lo que el TPI se ha pronunciado, poco antes de que lo hiciera el Tribunal Constitucional, en sentencia de 6 de marzo de 2002, en el asunto *Ramondín c. Comisión*<sup>9</sup>. Como lo ha hecho recientemente la propia Comisión en una serie de decisiones, en las que señala la incompatibilidad de los sistemas fiscales forales con el Derecho comunitario y exige al Estado español la supresión del régimen de ayudas así como la recuperación de las que han sido otorgadas<sup>10</sup>.

No obstante, si dejamos al margen, puesto que no es el objeto del recurso ante el TC, la incompatibilidad con el Derecho Comunitario de dichas normas forales, conviene destacar, puesto que éste sí es el objeto del recurso, que la discriminación a la inversa que prefigura la disposición adicional octava de la Ley 42/1994, al otorgar más derechos a los residentes en la Unión Europea que no lo sean en España que a la mayoría de los ciudadanos españoles, que no residen en los territorios forales, es irreprochable desde el punto de vista del Derecho Comunitario. Así lo consideró la Comisión<sup>11</sup> y así se deduce de la jurisprudencia del TJCE en

<sup>7</sup> Véase D. J. LIÑÁN NOGUERAS, P. MARTÍN RODRÍGUEZ, *loc. cit.*, en pp. 613-614.

<sup>8</sup> Conclusiones del abogado general Saggio presentadas el 1 de julio de 1999, *Administración del Estado/Juntas Generales de Guipúzcoa y otros* (as. ac. C-400/97, 401/97 y 402/97, *Rec.*, p. I-1073).

<sup>9</sup> Sentencia del TPI de 6.3.2002, *Territorio Histórico de Álava – Diputación Foral de Álava, Ramondín SA/Comisión* (T-92/00 y T-103/00, *Rec.*, p. II-1385). Véase un análisis detallado de dicha sentencia en URREA CORRES, *loc. cit.*

<sup>10</sup> Decisiones de la Comisión 2003/192/CE, 2003/86/CE, y 2003/28/CE, de 20 de diciembre de 2001, relativas a un régimen de ayudas ejecutado en España en 1993 en favor de algunas empresas de reciente creación en Guipúzcoa, Vizcaya y Álava (*DO L 77*, de 24.3.2003, p. 1, *DO L 40*, de 14.2.2003, p. 11, y *DO L 17*, de 22.1.2003, p. 20, respectivamente).

<sup>11</sup> En efecto, en un escrito de 3 de febrero de 1995 enviado a la Representación Permanente de España ante la Unión Europea, estimó que, una vez adoptada la disposición adicional octava en la Ley 42/1994, el régimen vasco ya no entrañaba

el ámbito del derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios, concretamente en materia fiscal. Es especialmente significativa, en este sentido, la sentencia *Commerzbank* en la que el TJCE, en respuesta a una cuestión prejudicial que fue planteada por la *High Court* británica, deja entrever la compatibilidad con el Derecho comunitario de la discriminación a la inversa<sup>12</sup>.

Por otra parte, la sentencia de 14 de febrero de 2002 (RTC 38\2002) del TC resuelve un conflicto de competencias entre el Estado y la CCAA de Andalucía en relación con dos títulos competenciales conexos: la pesca marítima y la protección del medio ambiente. La sentencia resuelve dos conflictos de competencias acumulados: por una parte, el Estado plantea un conflicto de competencias en relación con el Decreto de la Junta de Andalucía que aprobó el plan de ordenación de los recursos naturales y el plan rector de uso y gestión del parque natural de Cabo de Gata-Níjar por considerar que la Comunidad Autónoma se había extralimitado, al vulnerar las competencias estatales en materia de «pesca marítima» y al proyectar sus competencias sobre el mar territorial. Por otro, la Junta de Andalucía recurre la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (MAPA) por la que se establece una reserva marina en la franja costera adyacente a dicho parque natural. La Junta de Andalucía mantenía que dicha Orden se incardina, por su contenido, no en la materia «pesca marítima», competencia estatal, sino en «espacios naturales protegidos» y «medio ambiente», invadiendo así competencias autonómicas.

El TC resuelve el conflicto a favor del Estado. El criterio para determinar cuál es la autoridad competente en este ámbito no es el espacio concernido (el mar territorial), sino el título competencial. Y, aunque la Comunidad Autónoma puede proyectar sus competencias sobre dicho espacio en determinadas circunstancias («cuando, excepcionalmente, así lo exijan las características del espacio protegido»), considera que la competencia autonómica para la protección de espacios naturales se halla limitada por la competencia estatal sobre pesca marítima, que es más específica, y que prevalece en caso de colisión.

En relación con el segundo conflicto de competencias, la Orden del MAPA que establece la reserva marina, el TC considera que ninguno de

---

discriminación alguna en el sentido del artículo 52 del TCE (véanse conclusiones del abogado general Saggio, citadas en nota 11, p. I-1076)

<sup>12</sup> Sentencia del TJCE de 13.7.1993, *The Queen, Inland Revenue Commissioners, ex parte: Commerzbank AG*, (C-330/91, *Rec.*, p. I-4038-4045).



sus preceptos vulnera las competencias de la Junta de Andalucía. Es aquí donde se incluye una mención al Derecho comunitario en la materia, considerado no como «*canon o parámetro directo de contraste*», sino como mero punto de «*referencia*» para concluir que: «*de esta aproximación a la legislación comunitaria se desprende que las medidas de conservación de los recursos pesqueros, que pueden extenderse hasta la prohibición de la actividad pesquera por motivos biológicos, forma parte de la política comunitaria de pesca*» (F. J. 10). A partir de aquí, el análisis de la legislación estatal (Ley 3/2001) le lleva a concluir que la legislación nacional también configura a las medidas de protección que se controvierten en este conflicto de competencias como propias de la materia «*pesca marítima*». Y puesto que el título competencial «*pesca marítima*» contiene también una dimensión conservacionista, la Orden resulta compatible con la Constitución<sup>13</sup>.

## 1.2. EL DERECHO COMUNITARIO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La afirmación del TC de que el Derecho comunitario no forma parte del canon de constitucionalidad no le impide, sin embargo, utilizarlo a efectos de interpretación de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, de conformidad con el art. 10.2 CE.

Así ocurre en la sentencia de 25 de febrero de 2002 (RTC 2002\41), que resuelve un recurso de amparo referido a un caso de despido improcedente en el que se invoca el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo reconocido por el art. 14 CE, y que el TC interpreta de conformidad con el Derecho comunitario.

Más interés ofrece, aunque siempre en la línea jurisprudencial mencionada, la sentencia dictada por el TC el 27 de febrero de 2002 (RTC 2002\53). Esta sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad inter-

<sup>13</sup> La sentencia cuenta con el voto particular del Magistrado García Manzano que considera que se debió desestimar el conflicto promovido por el Gobierno y estimar el suscitado por la CCAA. Una solución alternativa a la sentencia del Constitucional basada en la pervivencia de las dos regulaciones puede verse en A. SÁNCHEZ LAMELAS: «Dos cuestiones a propósito del título competencial “pesca marítima”: el mar territorial como territorio autonómico y la delimitación de títulos competenciales concurrentes», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2002, II, mayo-agosto, pp. 1363-1383.

puesto por el Defensor del Pueblo contra el art. 5.7, párrafo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (LRDA), añadido por el apartado 8 de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, según el cual: «Durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud y, en su caso, de la petición de reexamen, el solicitante permanecerá en el puesto fronterizo, habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ellos».

La regulación del derecho de asilo está siendo objeto, en el ámbito comunitario, de una importante remodelación especialmente a partir de la configuración del espacio de libertad, seguridad y justicia efectuada por el Tratado de Amsterdam. El TC se refiere en su sentencia a este Derecho europeo sobre inmigración y asilo y a la progresiva configuración del derecho de asilo como un derecho de la Unión Europea subrayando su conexión con las políticas sobre seguridad y control de entrada de extranjeros en el seno de la Unión.

La relación indudable de esta cuestión con la protección de los derechos fundamentales es también tenida en cuenta por el TC, que alude expresamente a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En ella se regula el derecho de asilo (art. 18), que conlleva el derecho a no ser expulsado, extraditado o devuelto a un Estado donde haya grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 19). De esta forma, señala el TC, la íntima conexión entre asilo, control de la inmigración y seguridad europea no se produce a costa del derecho de asilo sino, antes bien, partiendo de su necesaria vigencia en el seno de la Unión.

La regulación del derecho de asilo también en el Derecho Internacional —pues en el F. J. 3 de su sentencia el TC se refiere a la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados que consagra el principio internacional de «*non refoulement*»—, sirve al TC para encuadrar el estatuto constitucional del peticionario de asilo, una cuestión importante por su amplia repercusión práctica, teniendo en cuenta el flujo creciente de personas que diariamente invocan este derecho a su llegada a nuestro territorio<sup>14</sup>. Resolviendo el recurso planteado, el TC entiende que

---

<sup>14</sup> El TS, en una reciente decisión, analiza también la legislación española en materia de asilo, aludiendo no sólo a la Convención de Ginebra de 1951 sino también a la posición común de la UE de 1996 relativa a la aplicación armonizada de la definición del término refugiado, para acabar denegando el recurso planteado por la Abogacía del Estado contra la sentencia de la AN que concedía el estatuto

la regulación contenida en el art. 5.7, párrafo 3 de la LRDA no es inconstitucional, desde un punto de vista material, básicamente por dos razones: primero, porque las restricciones establecidas por este artículo son conformes con las exigencias constitucionales de certeza y previsibilidad<sup>15</sup>; y, segundo, porque dichas restricciones son proporcionadas y ponderadas<sup>16</sup>. Tampoco cabe formular ningún reproche de carácter formal a la LRDA puesto que ninguna norma constitucional exigía que aquella Ley se tramitara y aprobara como orgánica<sup>17</sup>.

de refugiado a un perseguido político, de nacionalidad rumana (STS de 20.9.2002, RJ 2002\8665).

<sup>15</sup> Para el TC, el art. 5.7.3 de la LRDA no adolece de incertidumbre ya que: a) establece con precisión un máximo de permanencia o espera en las «dependencias adecuadas» del puesto fronterizo; y, b) no hay indeterminación sobre el régimen de permanencia (impide la libre entrada en España, pero no se opone a que el extranjero regrese a su lugar de procedencia o a un tercer estado), o el sentido de la permanencia del extranjero en el puesto fronterizo, que consiste en la protección del Estado a quien se dice perseguido.

<sup>16</sup> Según el TC, la limitación a la libertad contemplada en el art. 5.7.3 es ponderada. Se trata de una restricción cierta, claramente limitada, tanto en relación con los sujetos afectados como en el tiempo, en el espacio, y en el modo de la restricción. Y es también una limitación a la libertad plenamente controlada: ora en forma administrativa (ya que este artículo prevé incluso una posible visita de un representante del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados) como judicial (F. J. 10).

<sup>17</sup> Merece ser destacado también el F.J. 11 de la sentencia porque en él el TC da respuesta a la posible vulneración que podría suponer el art. 5.7.3 LRDA respecto al derecho a la libertad personal del art. 17 de la CE, en particular, las garantías judiciales y el tiempo máximo de detención que establece el art. 17.2 CE. Señala el TC que *la situación en que se encuentra el solicitante de asilo es diferente de la situación del detenido* aunque ello no le priva de la tutela judicial. Esta precisión es muy importante porque, de no ser así, el solicitante de asilo gozaría de los mismos derechos que los del detenido, que han sido además objeto de desarrollo en el marco del CEDH; y el art. 5.7.3. LRDA entraría en colisión con el art. 17 CE ya que la LRDA permite que el solicitante de asilo pueda permanecer hasta siete días en «dependencias adecuadas» del puesto fronterizo, mientras que el art. 17.2 restringe ese periodo a setenta y dos horas con posterior puesta a disposición judicial del extranjero. El solicitante de asilo, dice el TC, no es un «detenido» (en los términos del art. 17.2), pero ello no impide que haya ocasiones en que bajo la apariencia de protección del extranjero, al amparo del art. 5.7.3 LRDA, se puedan producir verdaderas detenciones o privaciones de libertad; concretamente en dos supuestos: cuando el extranjero permanece en el puesto fronterizo después de la inadmisión a trámite de la petición de asilo; o, también en hipótesis, cuando el extranjero es retenido en el puesto fronterizo cuando su petición de asilo ya ha sido admitida a

También esta sentencia cuenta con el voto particular de los Magistrados T. S. Vives Antón, G. Jiménez Sánchez y J. Delgado Barrio, quienes consideran ha habido una incorrecta interpretación y aplicación por el TC de la doctrina sentada por el TEDH en el caso *Amuur c. Francia*, que el TC utiliza en aplicación del art. 10.2 CE; y del voto particular del Magistrado P. Cachón Villar quien entiende que es insuficiente el análisis de constitucionalidad efectuado al no tener en consideración ni las consecuencias derivadas del art. 21.2 de la LRDA (cuya aplicación puede traer como consecuencia prolongar la permanencia del peticionario de asilo más allá de los siete días mencionados) ni el desarrollo reglamentario de la normativa recurrida<sup>18</sup>.

En sentencia de 14 de octubre de 2002 (*RTC 2002\177*), el TC admitió el recurso de amparo contra la inadmisión de las solicitudes de comparecencia de los Presidentes de Telefónica y Endesa, interesadas por el

trámite por silencio administrativo positivo. Sólo en estos casos el solicitante de asilo goza de los derechos del detenido y, concretamente, del derecho al procedimiento de *habeas corpus*.

<sup>18</sup> Señalemos, por último, que la normativa española en materia de asilo está llamada a ser modificada ya que, el pasado 27 de enero de 2003, el Consejo adoptó una Directiva por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, que los Estados miembros tienen obligación de transponer en derecho interno antes del 6 de febrero de 2005 (Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27.1.2003, *DO L 31*, de 6.2.2003, p. 18). Se incluyen en ella una serie de disposiciones generales relativas a las condiciones de acogida. La Directiva se refiere en su art. 7 a la «residencia y libertad de circulación» de los solicitantes de asilo indicando que éstos «podrán circular libremente por el territorio del Estado miembro de acogida o dentro de una zona que les haya asignado dicho Estado miembro. La zona asignada no afectará a la esfera inalienable de la vida privada y ofrecerá suficiente margen para garantizar el acceso a todos los beneficios concedidos» por la Directiva, beneficios que se refieren a atención sanitaria, escolarización y educación de los menores, acceso al mercado de trabajo, formación profesional, entre otros. Más adelante, el art. 14 precisa las modalidades de las condiciones de acogida que se puede efectuar: a) en locales empleados para alojar a los solicitantes de asilo durante el examen de una solicitud presentada en frontera; b) en centros de acogida que garanticen un nivel de vida adecuado; c) en casas privadas, apartamentos, hoteles u otros locales adaptados para alojar a los solicitantes. La ejecución de esta normativa conllevará una remodelación absoluta de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo y una carga financiera y administrativa extraordinaria para el Estado. El Reino Unido ha notificado su disposición a participar en su aplicación, cosa que, sin embargo, no han hecho Irlanda y Dinamarca que, en virtud de sendos Protocolos anejos al TUE y al TCE, no han participado en la adopción de la Directiva ni se someterán, por tanto, a su aplicación.

Grupo Parlamentario Socialista, por parte de la Mesa del Congreso de los Diputados. El TC examina la posible vulneración del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE), tal y como se concreta en el art. 4.4 del Reglamento del Congreso de los Diputados. La Mesa había motivado su denegación en el hecho de que el porcentaje de participación pública en el capital de Endesa era inferior al 50 %. El TC considera que dicha argumentación no es razonable ya que, de conformidad con el Derecho comunitario (Directiva 80/723/CE y sentencia de 6 de julio de 1982 del TJCE), el criterio decisivo para calificar a una empresa como pública o privada es que la Administración pueda controlar de alguna manera a la empresa determinando su política económica.

También por la vía del recurso de amparo, en este caso por vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal, ha llegado a conocimiento del TC lo que podríamos denominar la segunda fase del asunto *Bordessa*, en materia de libre circulación de capitales<sup>19</sup>, en el que se intentó realizar una exportación de dinero en metálico a Francia de 50 millones de pesetas sin previa declaración ni autorización administrativa, exigidas por la normativa española para las cantidades superiores a 1 y 5 millones, respectivamente. Como se sabe, en la sentencia de 23 de febrero de 1995<sup>20</sup>, el TJCE estimó que la Directiva 88/361/CEE se oponía a una normativa nacional que requería autorización administrativa como condición para la exportación de capital, si bien no impedía la exigencia de una previa declaración. Tras esta decisión del TJCE, la AN absolvió del delito penal al acusado, Sr. Bordessa, al que no obstante el Ministerio de Economía impuso una sanción por infracción del deber de declaración, objeto del recurso ante el TC. El TC ha desestimado el recurso de amparo por entender que, aunque la consecuencia de la transposición de la Directiva comunitaria fue la de que «*variaran las sanciones en materia de control de cambios, suprimiéndose la autorización administrativa requerida anteriormente para exportar moneda, no tuvo aquella, sin embargo, el efecto de acabar con la exigencia de la declaración*», lo que resulta compatible con la normativa comunitaria y la sentencia del TJCE mencionada<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Véase L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ: *La regulación de los movimientos internacionales de capital desde una perspectiva europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

<sup>20</sup> STJCE de 23.2.1995 *Bordessa* (as. ac. C-358/93 y C-416/93, *Rec.*, p. I-361).

<sup>21</sup> STC de 8.4.2002, *RTC* 2002\75. En un asunto sobre libre circulación de capitales, el TSJ de Madrid, aplicando el R. D. 664/1999, que incorpora las noveda-

Finalmente, el TC, en un asunto relativo a la difusión en un periódico local por parte de un representante sindical de información relativa a las causas del aumento del absentismo laboral en la empresa Aluminio Español SA y en el que invocó por la vía del recurso de amparo los derechos de información y libertad de expresión sobre materias de interés laboral y sindical, ha utilizado como base de su sentencia, junto a otros argumentos, el de que la información divulgada no tenga un carácter expresamente confidencial, en el sentido establecido por la Directiva 2002/14/CE por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores de la Comunidad Europea. Esta Directiva exige que la empresa comunique expresamente el carácter confidencial de la información que es facilitada para que sobre ella recaiga el deber de sigilo del representante. Dado que el informe elaborado por el jefe del servicio médico de la empresa adolecía de cualquier signo externo que denotase expresamente su carácter reservado, el TC estima que el representante sindical no ha vulnerado su obligación de reserva o sigilo profesional (STC de 11.11.2002, *RTC* 213\2002).

## 2. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

### 2.1. LA INTERPOSICIÓN DE CUESTIONES PREJUDICIALES

En 2002 se han remitido al TJCE dos cuestiones prejudiciales por parte de nuestro más alto órgano jurisdiccional nacional.

Por un lado, a través de Auto de 6 de febrero de 2002<sup>22</sup>, la Sala Tercera, Sección Cuarta, del TS ha planteado una cuestión con cuatro preguntas dirigidas a dilucidar el alcance del Reglamento (CE) n.º 603/1995 del Consejo, por el que se establece la OCM del sector de los forrajes desecados, y del Reglamento (CE) n.º 785/1995 de la Comisión, por el que se establecen disposiciones de aplicación del anteriormente mencio-

---

des introducidas por el TUE de 1992 en materia de libre circulación de capitales, en su faceta de inversiones, (a los efectos de este asunto, se suprime todo control administrativo previo a favor de un mecanismo de declaración «ex post» de operaciones intracomunitarias), declara la destipificación sobrevenida de la infracción administrativa (retroactividad de la norma sancionadora más favorable) y la correspondiente anulación de la sanción impuesta, STSJ Madrid de 30.1.2002, *RJCA* 2002\395.

<sup>22</sup> Auto del TS de 6.2.2002, *RJ* 2002\3438, registrado ante el TJCE como Asunto C-118/02, *DO* C 144, de 15.6.2002, p. 18.

nado. Dichas dudas se han suscitado en el marco de un recurso contencioso en el que se discutía la conformidad con la normativa comunitaria señalada del R. D. 283/1999, por el que se establece la normativa básica relativa al régimen de ayudas en el sector de forrajes desecados<sup>23</sup>. Es de destacar que esta remisión prejudicial se convierte así en la primera que se plantea desde una Sección distinta de la Tercera, que venía siendo la única que sometía este tipo de cuestiones ante el TJCE desde hacía algún tiempo<sup>24</sup>.

La segunda prejudicial formulada por el TS por medio de Auto de 16 de mayo de 2002 afecta al servicio postal<sup>25</sup>. Los demandantes en el litigio principal son dos asociaciones que agrupan a operadores de servicios postales, las cuales impugnan ante el Tribunal Supremo diversos artículos del Real Decreto 1829/1999, por el que se regula la prestación de servicios postales, adoptado en desarrollo de la Ley 24/1998 del Servicio Postal Universal y Liberalización de los Servicios Postales, que a su vez incorpora la Directiva 97/67/CE para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales, alegando la vulneración de normas comunitarias. El TS plantea la cuestión prejudicial de interpretación por entender que la solución del litigio depende, en gran parte, de la interpretación que se dé a diversos preceptos del Derecho comunitario derivado<sup>26</sup>. En concreto, para

<sup>23</sup> Las cuestiones planteadas giran entorno a si los Estados miembros pueden introducir requisitos no especificados en los Reglamentos comunitarios de cara a acceder a las ayudas en el sector de los forrajes desecados, como en el caso concreto hace el R. D. español.

<sup>24</sup> Quizás por eso se explica que la Sección Cuarta de la Sala Tercera diga en el F.J. cuarto: «los órganos jurisdiccionales nacionales pueden —y en el caso que nos ocupa, al ser esta Sala el supremo órgano jurisdiccional español, cuyas decisiones no son susceptibles de recurso ordinario ante otro Tribunal, estamos obligados a ello— solicitar del Tribunal de Justicia una respuesta sobre la interpretación del Derecho comunitario (...) la utilización del mecanismo prejudicial para solicitar este tipo de respuestas es constante en los órganos jurisdiccionales que deciden en última instancia (...) el Tribunal de Justicia responde a dichas cuestiones con habitualidad, proporcionando a los jueces nacionales los elementos de interpretación del Derecho comunitario», recordando así afirmaciones vertidas por la Sección Tercera en el año 1999, véase en este sentido L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ Y A. SERRANO, *loc. cit.*, p. 576.

<sup>25</sup> Auto del TS de 16.5.2002, JUR 2002\195544, registrado ante el TJCE como Asunto C-240/02, DO C 202, de 24.8.2002, p. 14.

<sup>26</sup> El TS señala que «tiene dudas razonables sobre cuál de las interpretaciones de las normas comunitarias en juego es la más apropiada, entendiéndose que no cabe,

el TS parece claro que el concepto de autoprestación, contemplando sólo la persona del remitente tal cual lo realiza la Directiva<sup>27</sup>, difiere de la definida por la normativa española, tanto en la Ley como en el Reglamento de desarrollo, máxime cuando este último excluye del concepto los servicios postales a terceros como consecuencia de su actividad comercial o empresarial, o a través de valijas, o los que perturben los servicios reservados al operador del servicio postal universal. Por otro lado, el artículo 7 de la Directiva no incluye entre los servicios reservados al operador del servicio universal el servicio de giro postal, mientras que sí lo hace el artículo 18.1 a) de la Ley y el artículo 53.1 del Reglamento, entendiéndose por tal aquel mediante el cual se ordenan pagos a personas físicas o jurídicas por cuenta o encargo de otras, a través de la red postal pública<sup>28</sup>. Considera así que, en función de cuál sea la interpretación que de dichos preceptos realice el TJCE, el TS estará en condiciones de juzgar sobre la adecuación de la normativa española al Derecho comunitario.

La tercera petición prejudicial que el Tribunal de Luxemburgo ha recibido por parte de los órganos jurisdiccionales españoles procede del Juzgado de lo Social n.º 3 de Orense, a través de Auto de 30 de marzo de 2002<sup>29</sup>. En el marco de este litigio en el que se enfrentan D.<sup>a</sup> Rosa García Blanco, por una parte, y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, por otra, el Juez nacional solicita la interpretación del TJCE, aunque hace constar que *«no existe una estricta obligación de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, dado que lo que en esta litis es*

---

*en este caso, deducir de los términos de aquéllas una solución hermenéutica, que se impondría por su propia evidencia no sólo al órgano judicial remitente sino al resto de órganos jurisdiccionales de los diferentes Estados miembros»* (F. J. n.º 3).

<sup>27</sup> El Considerando 21 de la Directiva define la autoprestación como la prestación de servicios postales por parte de una persona física o jurídica que se encuentra en el origen de los objetos de correspondencia, o prestación de los servicios de recogida y expedición de estos objetos por un tercero que actúa solamente en nombre de esa persona.

<sup>28</sup> Para el TS la duda está en si cabe incluir estos servicios entre los reservados al operador del servicio universal, teniendo en cuenta el objeto de la Directiva, establecido en el artículo 2.1 de la misma, como *«los servicios consistentes en la recogida, la clasificación, el transporte y la distribución de los envíos postales»*, definiéndose estos últimos en el apartado 6 del mismo precepto como *«el envío con destinatario, constituido en la forma definitiva en la que debe ser transportado por el proveedor del servicio universal»*.

<sup>29</sup> Auto de 30.3.2002, del Juzgado de lo Social n.º 3 de Orense, registrado ante el TJCE como Asunto C-255/02, DO C 191, de 10.8.2002, p. 21.



*objeto de controversia, puede ser objeto de ulterior recurso ante otra instancia judicial nacional superior»* (F. J. 1). Las dudas que le han surgido al Juez de lo Social tienen que ver con los artículos 45 y 48.1º del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 sobre coordinación de los regímenes nacionales de seguridad social. En efecto, la legislación nacional española impone en el artículo 161 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) como requisito para el nacimiento del derecho a pensión de jubilación que el asegurado solicitante acredite el previo cumplimiento de unos períodos carenciales. Sin embargo, una modificación introducida en la LGSS (Disposición Adicional 28) ha establecido que las cotizaciones efectuadas por la Entidad Gestora del Seguro de Desempleo por la contingencia de jubilación no tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido en el artículo 161 LGSS antes mencionado. Al Juzgado de lo Social de Orense se le plantea la duda de si esta modificación legislativa resulta contraria a la libre circulación de trabajadores y a la regla de la totalización prevista en el artículo 45 del Reglamento 1408/71, así como a su artículo 48. Para el Juez nacional, podría existir una discriminación de los trabajadores migrantes, como es el caso de la demandante, que habiendo probado en su momento el cumplimiento del susodicho período carencial del artículo 161 LGSS con períodos de cotización acreditados bajo la legislación de otro Estado miembro, en concreto Alemania, (a estos efectos el Juez recuerda la jurisprudencia del TJCE *Martínez Losada y Ferreiro Alvite*)<sup>30</sup> para el subsidio de desempleo, ahora no les son tenidas en cuenta las cotizaciones ingresadas por el INEM, las únicas efectuadas bajo la legislación española, para causar derecho a la jubilación española (ni tampoco, claro está, a efectos del cálculo de la base reguladora o la cuantía), mientras que sí son tenidas en cuenta (para el cálculo de la base reguladora y la cuantía) para los asegurados a los que se les concedió el mismo subsidio de desempleo, pero sobre la base de cotizaciones españolas. De la misma manera, el Juez de lo Social se cuestiona la compatibilidad de la modificación legislativa aludida, que invalida las cotizaciones por jubilación efectuadas por el Organismo Gestor del Subsidio de Desempleo, en relación con el cumplimiento del «un

<sup>30</sup> Sentencia del TJCE de 20.2.1997, *Martínez Losada y otros* (as. ac. C-88/95, C-10/95 y C-103/95, *Rec.*, p. I-869), comentada en A. DEL VALLE, T. FAJARDO DEL CASTILLO, *loc. cit.*, p. 117; Sentencia del TJCE de 25.2.1999, *Ferreiro Alvite* (C-320/95, *Rec.*, p. I-951), comentada en L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, A. SEGURA SERRANO, *loc. cit.*, p. 582.

año» de cotización previsto en el artículo 48 del Reglamento 1408/71, de tal manera que de nuevo sólo los trabajadores que hicieron uso del derecho de libre circulación son los que se ven afectados. Por todo ello, el Juzgado de lo Social pregunta al TJCE si una normativa como la española es compatible con los artículos 12, 39 y 42 TCE, así como los artículos 45 y 48 del Reglamento n.º 1408/71.

## 2.2. LA NEGATIVA A PLANTEAR CUESTIONES PREJUDICIALES

La aplicación de la teoría del acto claro lleva en ocasiones al TS a dejar de plantear cuestiones prejudiciales. Valga de ejemplo la sentencia de 8 de julio de 2002 (*RJ 2002\7276*) en el que el TS valora el comportamiento de la empresa Sánchez Polaina que dejó de exportar sémola de trigo duro a Argelia por causa de fuerza mayor (debido a dificultades políticas surgidas en ese país) y a la que el Ministerio de Economía y Hacienda acordó la ejecución del aval dado en garantía de la exportación. La empresa aduce ante el TS vulneración del Reglamento (CEE) n.º 3183/1980 sobre régimen de certificados de importación y exportación y del principio de no discriminación del art. 12 TCE (que se habría producido al no gozar la actora de los mismos derechos y posibilidades que los demás operadores comunitarios por no haberse podido acoger a tiempo al depósito aduanero ficticio). El TS delimita el concepto de fuerza mayor atendiendo a la jurisprudencia del TJCE (en el sentido de que no hay fuerza mayor cuando se invocan razones derivadas de la organización política y administrativa de un Estado), desestimando el recurso, y no considera procedente plantear la cuestión prejudicial porque la doctrina del TJCE sobre la cuestión dilucidada es suficientemente clara. También cabe mencionar la sentencia del TS de 2 de octubre de 2002 (*RJ 2002\9969*) en la que se analiza un Reglamento relativo a la devolución o condonación de los derechos de importación y exportación y en la que la sala rechaza plantear la cuestión prejudicial porque no existe el menor atisbo de duda en cuanto a la aplicación de las disposiciones comunitarias. O la sentencia de 4 de junio de 2002 (*RJ 2002\9067*) en la que el TS rechaza la interposición ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea (*sic*) de una cuestión prejudicial de interpretación de varias Directivas comunitarias sobre etiquetado de los productos alimenticios porque entiende que no existe duda sobre el sentido de las Directivas comunitarias. De igual

modo se rechaza en esta sentencia la demanda de que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad (F. J. 3). En otros casos, la negativa se debe a que el TS considera que no resulta aplicable la normativa comunitaria invocada<sup>31</sup>, o porque entiende que no hay infracción de las normas comunitarias invocadas (STS de 17.6.2002, *RJ* 2002\8515). Curiosamente, en otra sentencia denegatoria de la prejudicial, el Alto Tribunal constata cómo el artículo 35 TUE abre las cuestiones prejudiciales a materias como «*la política de asilo, inmigración, y cruce de personas por frontera*» (STS de 30.5.2002, *RJ* 2002\5215).

Otros órganos jurisdiccionales, como el TSJ de Madrid, también han considerado innecesario formular una demanda prejudicial al TJCE sobre la base de que se trataba de «actos claros» de aplicación del Derecho comunitario, en una decisión que se comentará más adelante (STSJ Madrid de 28.6.2002, *RJCA* 2002\914). De otro lado, con un fundamento más elaborado, el TSJ de Andalucía ha rechazado el planteamiento de una prejudicial en una sentencia de 21 de enero de 2002, en el marco de un recurso que tenía como objeto la tasa fiscal sobre el juego, al considerar que «*no existe un problema real de interpretación o apreciación de validez de una norma de Derecho comunitario*»<sup>32</sup>. Resulta sin embargo algo criticable la decisión de la Audiencia Provincial de Sevilla de no formular la cuestión prejudicial (aunque la razón esgrimida sea la de evitar un retraso procesal), y ello a pesar de conocer la doctrina comunitaria en el sentido de que el juez nacional está obligado a dirigirse al TJCE cuando la decisión a adoptar no sea susceptible de ulterior recurso (como en el caso de autos) y de que la solución no se impone con la misma evidencia a todos los órganos jurisdiccionales (puesto que existe una gran disparidad en la jurisprudencia de las distintas AP sobre la materia como recuerda la propia AP de Sevilla)<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Así, la STS de 30.5.2002, *RJ* 2002\5215; o la STS de 1.7.2002, *RJ* 2002\7074.

<sup>32</sup> STSJ Andalucía de 21.1.2002, *JUR* 2002\97445. En opinión del TSJ no se dan las tres condiciones necesarias para plantear una cuestión prejudicial: a) que se trate de un problema de aplicación del Derecho comunitario, b) que exista una duda sobre su interpretación o validez, y c) que se trate de un problema que tenga relevancia o influya en el sentido final de la resolución que se adopte «*de manera que la simple invocación de una norma comunitaria no justifica por sí sola la cuestión prejudicial*» (F. J. n.º 2).

<sup>33</sup> SAP Sevilla de 21.1.2002, *ARP* 2002\251. En concreto, la cuestión problemática es la relativa a la interpretación correcta del artículo 233, apartado d) del Código aduanero comunitario.

### 2.3. LA RESPUESTA DEL TJCE A CUESTIONES PREJUDICIALES Y SU APLICACIÓN POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESPAÑOLES

El TJCE ha dado respuesta a un total de cinco reenvíos prejudiciales sobre materias muy diversas durante el período abarcado en este trabajo, que pasamos a comentar siguiendo un orden cronológico.

La sentencia de 22 de enero de 2002<sup>34</sup> constituye la respuesta a las cuestiones formuladas por el TS a través de Auto de 22 de septiembre de 1999 en el famoso asunto *Canal Satélite Digital*, en el que se contestaba la normativa española que imponía la obligación de obtener un dictamen y una certificación administrativa previa a la obligación de inscripción en un registro para que los operadores de televisión por satélite pudieran ofrecer sus servicios de acceso condicional. Después de rechazar la inadmisibilidad alegada por el Gobierno español<sup>35</sup>, el Tribunal ha interpretado que la normativa española constituía una restricción a la libre circulación de mercancías y a la libre prestación de servicios, que sin embargo podría encontrarse justificada en una finalidad legítima de interés general como la información y la protección de los consumidores<sup>36</sup>. No obstante, el TJCE remite al TS la tarea de determinar si la norma nacional analizada resulta proporcionada, teniendo en cuenta las consideraciones que al efecto le formula<sup>37</sup>. Además, en respuesta a la tercera pregunta que se le había plan-

---

<sup>34</sup> Sentencia del TJCE de 22.1.2002, *Canal Satélite Digital* (C-390/99, *Rec.*, p. I-607).

<sup>35</sup> El Gobierno aducía que, aunque la disposición atacada en el litigio principal era el artículo 2 del R.D. 136/1997, en realidad, la obligación impugnada relativa a la inscripción de los operadores en un registro se derivaba del Real Decreto-Ley 1/1997, luego Ley 17/1997, que resultan inatacables a través de un recurso contencioso-administrativo. Para el TJCE, siguiendo su asentada jurisprudencia, las limitaciones a las que se sujeta un recurso contencioso-administrativo como el presente no pueden ser óbice a la primacía del Derecho comunitario, en otras palabras, la Ley no puede quedar inmune frente a una vulneración de las normas comunitarias, *ibid.*, ap. 20.

<sup>36</sup> Para un amplio tratamiento de esta cuestión véase A. SEGURA SERRANO: *El interés general y el comercio de servicios*, Tecnos, Madrid, 2003.

<sup>37</sup> En concreto, un régimen de autorización administrativa como el previsto en la normativa española, para ser proporcional, debería basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de modo que el margen de apreciación de la autoridad no conduzca a la arbitrariedad; no debe implicar una duplicación de controles; solo sería necesario si un control *a posteriori* resulta demasiado tardío;

teado, el Tribunal de Justicia entiende que la normativa española sí constituye un «reglamento técnico» en el sentido de la Directiva 83/189, al que se le aplicaría pues la obligación previa de notificación a la Comisión<sup>38</sup>.

En segundo lugar, la sentencia de 25 de abril de 2002 del Tribunal de Justicia<sup>39</sup> ha respondido a la cuestión planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Oviedo a través de Auto de 13 de abril de 2000. El resultado de la interpretación del TJCE es que la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos se encuentra sometida en España al régimen previsto en la Ley 22/1994, que transpone la Directiva 85/374/CEE, y no al de la Ley 26/1984 de Defensa de los Consumidores y Usuarios, a pesar de que ésta última contempla un régimen más beneficioso, debido a que la Directiva mencionada realiza una armonización completa de esta materia, de modo que los Estados miembros no pueden mantener ningún régimen general de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos distinto del previsto en la Directiva (que prevé taxativamente las excepciones admitidas a este régimen)<sup>40</sup>.

El tercer asunto sobre el que ha recaído decisión prejudicial versa sobre la interpretación del Reglamento n.º 1408/71. Preguntado por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Orense, a través de Auto de 17 de septiembre de 2000, el Tribunal de Justicia, en una sentencia de 3 de octubre de 2002<sup>41</sup>, ha mantenido que los períodos de bonificación como los previstos en concepto de cotización ficticia por la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967 deben considerarse como períodos de seguro en el sentido

---

y no debe implicar un procedimiento que, por su duración y por los gastos que genera, pueda disuadir a los operadores económicos, sentencia del TJCE de 22.1.2002, *Canal Satellite Digital*, cit., aps. 35 y ss.

<sup>38</sup> Para Berr, la sistemática en los criterios expuestos por el TJCE para que el TS pueda decidir no debería conducir sino a la condena de la normativa española, que el autor considera claramente vulneradora del Derecho comunitario y contraria a los tiempos actuales de liberalización comercial, véase J.-C. BERR: «Chronique de jurisprudence», *Journal du Droit International*, 2002, n.º 2, pp. 563-565.

<sup>39</sup> Sentencia del TJCE de 25.4.2002, *González Sánchez* (C-183/00, *Rec.*, p. I-3901).

<sup>40</sup> Véase E. VALLEJO LOBETE: «La Directiva 85/734/CEE sobre productos defectuosos no obliga a mantener regímenes indemnizatorios preexistentes más favorables para el perjudicado», *G. J. de la UE y de la competencia*, n.º 219, 2002, Sección Actualidad, p. 4, aunque este título no es exacto, ya que el TJCE ha sostenido precisamente que la Directiva 85/374 obliga a no mantener regímenes más favorables que el previsto por la misma.

<sup>41</sup> Sentencia del TJCE de 3.10.2002, *Barreira Pérez* (C-347/00, *Rec.*, p. I-8191).

del artículo 1, letra r) del mencionado Reglamento y, además, deben ser tenidos en cuenta en el momento del cálculo efectivo de la pensión conforme al artículo 46, apartado 2, letra b) del mismo Reglamento<sup>42</sup>.

Las dos últimas sentencias prejudiciales que ha fallado el TJCE en este período han dado respuesta a sendas cuestiones planteadas por el TSJ de Castilla-La Mancha. Por un lado, con su sentencia de 17 de octubre de 2002<sup>43</sup> el Tribunal de Luxemburgo ha contestado a las cuestiones remitidas por el mencionado TSJ a través de Auto de 3 de abril de 2001. En la misma ha sostenido que el concepto de «fuerza mayor» previsto en el artículo 12 del Reglamento (CE) n.º 1294/96, a su vez de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 822/87 sobre la OCM vitivinícola, puede aplicarse a una situación como la del repentino fallecimiento del administrador único de la explotación familiar constituida en forma de comunidad de bienes, ya que se trata de una circunstancia ajena al operador económico, anormal e imprevisible, cuyas consecuencias no habrían podido evitarse a pesar de toda diligencia empleada<sup>44</sup>.

Finalmente, con la sentencia de 12 de diciembre de 2002<sup>45</sup> el Tribunal de Justicia responde a la remisión prejudicial del TSJ de Castilla-La Mancha efectuada por medio de Auto de 27 de octubre de 2000. En un nuevo asunto relativo al FOGASA, el TJCE ha recordado que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal, derechos que vinculan asimismo a los Estados miembros cuando aplican una normativa nacional que está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Entre esos derechos fundamentales está el principio de no discriminación, que se encuentra vulnerado cuando, con ocasión del derecho a los salarios de tramitación en caso de despido improcedente, los trabajadores que además

<sup>42</sup> El Tribunal de Justicia hace especial hincapié en el hecho de que, si se interpretara de otro modo el Reglamento, se llegaría a un resultado prejudicial para el trabajador emigrante que vendría a penalizar precisamente el ejercicio de la libre circulación en comparación con aquellos otros trabajadores que efectúan toda su carrera al amparo de la legislación de un solo Estado miembro, *ibid.*, ap. 40.

<sup>43</sup> Sentencia del TJCE de 17.10.2002, *Parras Medina* (C-208/01, *Rec.*, p. I-8955).

<sup>44</sup> De este modo, la inejecución de las obligaciones de declaración establecidas en el mencionado Reglamento no daría lugar a la aplicación de una disminución de un 30 % en los importes a los que podía aspirar la empresa para la campaña en cuestión, tal y como está previsto en el mismo artículo 12.

<sup>45</sup> Sentencia del TJCE de 12.12.2002, *Rodríguez Caballero* (C-442/00), aún no publicada en la Recopilación.

se enfrentan a la insolvencia del empresario reciben un trato diferente por parte de la normativa española, en la medida en que solo se atribuye el derecho al abono, por el FOGASA, de los créditos correspondientes a salarios de tramitación que hayan sido reconocidos mediante resolución judicial, excluyendo los establecidos a través de un acto de conciliación, aunque éste sea controlable judicialmente. Para el TJCE esta medida no se justifica objetivamente en la necesidad de evitar abusos, por lo que responde al TSJ que debe dejar sin aplicación dicha disposición nacional discriminatoria, lo que echa por tierra la jurisprudencia asentada del TS sobre esta cuestión<sup>46</sup>.

En lo relativo a las decisiones de los órganos jurisdiccionales españoles a través de las cuales se ha dado cumplimiento a la interpretación realizada por el TJCE con ocasión de la correspondiente cuestión prejudicial, cabe mencionar el asunto *Telefónica* ya decidido por el Tribunal de Luxemburgo en el año 2001<sup>47</sup>. El TS ha tomado nota de dicha decisión, en el sentido de que la Directiva 97/33/CE relativa a la interconexión en las telecomunicaciones no se opone a que las autoridades nacionales de reglamentación impongan «ex ante» a un operador que tenga un peso significativo en el mercado la obligación de facilitar a los demás operadores el acceso al bucle de abonado y de ofrecer a dichos operadores la interconexión en las centrales de conmutación locales y de nivel superior de conmutación. En consecuencia, el artículo 9 del Real Decreto 1651/1998 no presenta objeción desde el punto de vista del Derecho comunitario y se rechaza el recurso presentado por Telefónica<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Antes de este pronunciamiento del TJCE, el propio TSJ Castilla-La Mancha había decidido ya hasta en dos ocasiones en el sentido de que la conciliación a presencia judicial puede equipararse a lo previsto en el artículo 33.1º, segundo párrafo ET, extendiendo la garantía del FOGASA a los salarios de tramitación establecidos por esa vía, solución que evita la dilación que supondría la presentación de una nueva cuestión prejudicial. La primera de estas decisiones ha sido ya comentada en la crónica anterior y en la segunda sentencia de 4.1.2002, *JUR* 2002\104727, el TSJ entiende en efecto que es preferible resolver sin dilaciones sobre la base de que la normativa comunitaria «*debe servir de parámetro interpretativo del derecho interno, interpretado de acuerdo con la finalidad del derecho comunitario (...) conforme a una reiterada doctrina del TJCE (...) máxime teniendo en cuenta que la eficacia que se deriva así de la Directiva es en relación con un ente público*» (F.J. 4º).

<sup>47</sup> Sentencia del TJCE de 13.12.2001, *Telefónica* (C-79/00, *Rec.*, p. I-10075), comentada en la crónica anterior.

<sup>48</sup> STS de 22.3.2002, *RJ* 2002\7396, F. J. n.º 3, 4 y 5.

Otra de las sentencias por las que el TS ha dado aplicación a la prejudicial previamente solicitada al TJCE ha sido la correspondiente al asunto *Canal Satélite Digital* que, por su importancia, se comenta más adelante.

Finalmente, por medio de sentencia de 28 de enero, el Juzgado de lo Social de Algeciras ha dado aplicación a la cuestión prejudicial dirigida por este órgano en 1999 al TJCE, que a través de sentencia de 4 de octubre de 2001 otorgaba efecto directo al artículo 10 de la Directiva 92/1985/CEE, sobre protección de la mujer trabajadora embarazada<sup>49</sup>.

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

#### 3.1. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA INSTITUCIONAL Y PROCEDIMENTAL

El Derecho comunitario respeta la autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la ejecución del Derecho Comunitario. En relación con este principio cabe mencionar la sentencia del TC de 15 de abril de 2002, antes comentada, en la que el TC señaló, en la línea de su jurisprudencia previa, que la distribución competencial que entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha operado el Texto Constitucional rige también para la ejecución del Derecho Comunitario, pues la traslación de este Derecho supranacional no afecta a los criterios constitucionales del reparto competencial, de tal manera que el orden competencial no resulta alterado ni por el ingreso de España en la Comunidad Europea ni por la promulgación de normas comunitarias. De este modo, concluye, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario.

<sup>49</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social de Algeciras de 28.1.2002, AS 2001\4271, que aplica la STJCE de 4.10.2001, *Jiménez Melgar* (C-438/99, Rec., p. I-6915). El Magistrado se extiende sobre la conveniencia del planteamiento en su día de la cuestión prejudicial, a pesar de que se hubiese podido resolver el litigio sin dicha remisión, por la seguridad jurídica añadida que para la actora ofrece la decisión del TJCE. Este Magistrado ha vuelto a aplicar la misma normativa siguiendo la interpretación brindada por el TJCE en la Sentencia del Juzgado de lo Social de Granada n.º 1 de 10.5.2002, AS 2002\1416.



Por otra parte, en sentencia de 4 de junio de 2002 (RJ 2002\9067), el TS ha reconocido que *«la ejecución de la normativa comunitaria debe hacerse respetando el orden de distribución de competencias entre las entidades públicas territoriales de los Estados miembros»*. El asunto que se dilucidaba ante el TS se refiere a la aplicación en España de una Directiva comunitaria. La Federación de Empresarios de Industrias de la Alimentación y Bebidas impugnaron ante el Supremo el Real Decreto 1334/1999 por el que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios alegando la infracción de la Directiva comunitaria. El problema se plantea porque, según la Directiva 97/4, las especificaciones que deben figurar en el etiquetado son nueve mientras que el Real Decreto restringe las especificaciones que deben figurar en el etiquetado a tres. En consecuencia, la impugnación se basa en que el Real Decreto no ha considerado básicas estas otras seis especificaciones, por lo que las Comunidades Autónomas pueden dictar normas sobre la materia y autorizar el empleo de otras lenguas distintas del castellano respecto al etiquetado y envasado de productos alimenticios. En definitiva, se alega la violación del art. 189.3 TCE (actual art. 249) por una mala transposición de la Directiva comunitaria así como la violación de los principios de primacía y eficacia directa de las normas comunitarias. El Tribunal Supremo desestima el recurso. Considera que *«se atiende rigurosamente al mandato de la Directiva establecer que las tres menciones más importantes y más relacionadas con la sanidad se expresen en castellano para garantizar que sean inteligibles para los consumidores»*. Del principio en virtud del cual la ejecución de la normativa comunitaria debe hacerse respetando el orden de distribución interno de competencias infiere que: *«en el caso español debe asegurar el cumplimiento de las Directivas entre otras normas el Estado español cuando sea titular de la competencia, pero si no lo es y dicha competencia corresponde a las Comunidades Autónomas son ellas las que deben ejecutar los mandatos de la Unión Europea»*. En el presente caso, entiende el TS, *«el Estado ha ejercido su competencia declarando norma básica la que impone la mención obligatoria de tres especificaciones, pero ello no supone contravención ninguna puesto que las Comunidades Autónomas han asumido competencia en la materia»*. En relación con las seis especificaciones no declaradas básicas por el Real Decreto considera que *«las Comunidades Autónomas con lengua propia y que han asumido competencias sobre la materia están obligadas a que, si regulan el uso de las demás menciones,*

*éstas se hagan en una lengua fácilmente comprensible para el consumidor».*

### 3.2. PRINCIPIOS DE PRIMACÍA Y EFICACIA DIRECTA

#### A) *Primacía*

En este apartado, la sentencia más relevante ha sido la dictada por el TS en el importante asunto *Canal Satélite Digital* en ejecución de la decisión prejudicial anteriormente comentada. En ella, el TS constata la incompatibilidad del Real Decreto 136/1997, por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Satélite con el Derecho comunitario, concretamente con la Directiva 83/189 de la CEE (STS de 10.12.2002, RJ 2002\3005). Recordemos que el Real Decreto obligaba a los operadores a inscribirse en un registro y condicionaba la comercialización, distribución y alquiler de aparatos y descodificadores a la obtención de una certificación por parte de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones<sup>50</sup>.

En efecto, el TS considera que con la aprobación del Real Decreto 136/1997 se produjo una infracción de las normas comunitarias, y ello tanto desde el punto de vista formal como en cuanto al contenido material. Hubo una infracción formal puesto que el Gobierno no notificó el Real Decreto a la Comisión, conforme dispone la Directiva 83/189. Y material, ya que las obligaciones de registro impuestas a los operadores de servicio de acceso condicional constituyen restricciones a las libertades de circulación de mercancías y prestación de servicios no dándose los criterios establecidos por el TJCE en su decisión prejudicial para justificar, desde el punto de vista del Derecho Comunitario, dichas restricciones. Concretamente critica la discrecionalidad que la normativa española otorga a las autoridades nacionales a la hora de conceder o no la certificación previa exigida por el Real Decreto para comercializar los productos y servicios y el

---

<sup>50</sup> El Real Decreto forma parte de un bloque normativo constituido por la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite (que dispuso la liberalización de la prestación de servicios de telecomunicaciones a través de redes de satélite) y el Real Decreto 1/1997, que incorpora al derecho español la directiva 95/47/CE, de 24 de octubre, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión. Este Real Decreto fue convalidado por las Cortes y se transformó posteriormente en la Ley 17/1997, de 3 de mayo.

establecimiento de una duplicidad de controles en detrimento de los productos comunitarios.

La consecuencia de la violación del Derecho comunitario por el Real Decreto 136/1997 es, a juicio del TS, su nulidad y no la mera inaplicación de la norma interna incompatible. El TS fundamenta su decisión en que «*la vulneración de normas comunitarias ha de tener el mismo efecto que la vulneración de normas estatales, en orden a estimar los recursos contencioso-administrativos que contra aquéllos se aduzcan. En nuestro derecho no cabe que la infracción del ordenamiento jurídico en que haya incurrido un determinado reglamento lleve aparejada una sanción distinta, o de menor intensidad, que la de su nulidad*»<sup>51</sup>. Se adhiere así el TS a una línea jurisprudencial previa<sup>52</sup> que, desde nuestro punto de vista, va más allá de lo requerido por el TJCE, que se limita a exigir la inaplicación de la norma interna incompatible con la norma comunitaria, sin prejuzgar las consecuencias posteriores que en Derecho interno pueda producir dicha inaplicación<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> En cualquier caso, hay que señalar que el conflicto entre norma interna y norma comunitaria no se salda siempre, a juicio del TS, con la nulidad de la norma interna incompatible. Como ha señalado B. Fernández Pérez, el conflicto entre la norma comunitaria y la Ley nacional se resuelve mediante la *inaplicación* (con efectos *inter partes* y no *erga omnes*); pero el conflicto entre norma comunitaria y disposiciones de naturaleza reglamentaria se resuelve en términos de *validez*. Según este autor, la inaplicabilidad es la sanción mínima que exige el Derecho comunitario y nada impide que los ordenamientos internos prevean otra más enérgica como la nulidad. Véase B. FERNÁNDEZ PÉREZ: «Nulidad de la norma interna de rango reglamentario por incompatibilidad con el Derecho Comunitario. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo contencioso-administrativo, sección 3ª) de 10 de diciembre de 2002», *Revista General de Derecho Europeo* (<http://www.iustel.com>), n.º 1, 2003, apartados 11-13.

<sup>52</sup> Se trata de la STS de 15.3.1999 (RJ 1999\2141) y de la STS de 26.1.2000 (RJ 2000\10108). En la crónica correspondiente a 1999 elaborada por L. M. Hinojosa y A. Segura se señala que lo correcto hubiera sido declarar no la nulidad sino la inaplicación de la norma interna incompatible, *loc. cit.*, p. 589, nota a pie de página n.º 62.

<sup>53</sup> No opina así B. Fernández Pérez (*loc. cit.*), para quien la decisión del TS viene avalada por la jurisprudencia del TJCE y, en particular, por la sentencia de 6.6.2002, *Sapod Audio y Eco-Emballages SA.*, en la que se afirmaba que «*la cuestión de saber qué conclusiones cabe extraer de la inaplicabilidad de dicha disposición nacional respecto al tipo de sanción prevista por el Derecho nacional aplicable, tal como la nulidad o la inoponibilidad de un contrato, se rige por el Derecho nacional*», sentencia del TJCE de 6.6.2002, *Sapod Audio y Eco-Emballages SA* (C-159/00, *Rec.*, p. II-5031).

Este asunto ha culminado recientemente con la declaración de la responsabilidad del Estado español por incumplimiento del Derecho Comunitario, que asciende a 26,4 millones de euros, mediante sentencia del TS de 12 de junio de 2003, que será comentada en la próxima crónica.

### B) *Eficacia directa*

El efecto directo de los artículos 82 y 86 TCE ha sido invocado ante el TS en un recurso contencioso-administrativo planteado por Sogecable contra el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprobó el pliego de bases y de prescripciones técnicas en relación con el servicio público de la televisión digital terrenal. Según Sogecable, de los artículos 82 y 86 TCE se desprende que queda prohibida la explotación abusiva por parte de una o más empresas de una posición dominante en el mercado. A juicio de Sogecable, el Acuerdo del Consejo de Ministros configura una posición de dominio a favor del nuevo concesionario ya que establece unas condiciones en que no puede actuar ningún otro concesionario. El TS, en sentencia de 17 de junio de 2002 (*RJ 2002\8515*), desestima el recurso ya que los antiguos concesionarios no pueden oponerse a la implantación de nueva tecnología, frenando así los avances del proceso científico. Para el TS, no es procedente calificar de posición dominante en el mercado la que resulta de una nueva concesión para la explotación de la televisión digital terrenal, cuando los antiguos concesionarios aceptaron sus concesiones sometidas de antemano a las condiciones que pudiesen resultar de los avances de la técnica y a la eventualidad de nuevas concesiones que se hiciesen con arreglo a dichos avances. Y añade que si en la explotación de la nueva concesión se produjese una situación de dominio sería el Tribunal de Defensa de la Competencia el que debería conocer los hechos y adoptar las medidas procedentes<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Y es que, en efecto, la eficacia directa del Derecho comunitario de la competencia permite al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) pronunciarse sobre la compatibilidad con el mencionado derecho de numerosos comportamientos empresariales. Así, en la Resolución de 21.10.2002, el TDC ha concluido que determinados contratos de agencias distribuidoras de Repsol Butano constituyen acuerdos prohibidos por el Derecho de la competencia, sin que quepa otorgar la exención prevista en los Reglamentos comunitarios de exención por categorías (Expte. R527/01, Repsol Butano, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, 2002, n.º 202, p. 21). Por el contrario, la violación del art. 81 TCE ha sido desestimada

El TS ha tenido la oportunidad de pronunciarse mediante dos sentencias de 20 de junio y 1 de julio (*RJ 2002\9555*, *RJ 2002\10974*, respectivamente), sobre el derecho a la libre prestación de servicios en el sector del transporte marítimo, regulados desde el plano comunitario por el propio Tratado (artículos 70 a 80 sobre transportes y artículos 49 y ss. en materia de libre prestación de servicios) y el Reglamento (CEE) n.º 4055/1986. El conflicto tiene su origen en la negativa de las autoridades gubernamentales españolas a otorgar una autorización para realizar el servicio de transporte Alicante-Nador y Almería-Nador, respectivamente, a una compañía naviera establecida en el Reino Unido, sobre la base del Convenio de Transporte Marítimo entre Marruecos y España<sup>55</sup>. Para la solución jurídica de estos dos casos, el TS se remitió al asunto *ANALIR* decidido por el TJCE como fruto de una cuestión prejudicial remitida por la misma Sección de la Sala Tercera del TS en materia de transporte marítimo, y en la que se planteaba la licitud del requisito de la autorización administrativa previa a la prestación del servicio de transporte marítimo entre Estados miembros<sup>56</sup>. Como recuerda el TS, en aquella ocasión el

---

por falta de prueba por el TDC en un asunto que enfrentaba a la empresa Safex'80 contra Fujifilms (Expte. 510/01, Fujifilms, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, 2002, n.º 218, p. 20). Por otra parte, el TDC ha utilizado la jurisprudencia comunitaria en esta materia como criterio de interpretación del derecho de la competencia nacional. En este sentido podemos mencionar la importante Resolución de 22.7.2002 en la que este Tribunal reconoce por primera vez la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente, aplicando a los procedimientos españoles de la competencia el principio establecido por el TJCE en su jurisprudencia *AM&S e Hilti* (Expte. R 508/02 v, Pepsi-Cola/Coca Cola, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2002, n.º 202, p. 17).

<sup>55</sup> La compañía naviera británica había comunicado a la Comisión su intención de realizar un servicio entre Almería o en su caso Málaga o Alicante, en la costa sur de España, y el puerto marroquí de Nador. Ante la negativa a autorizar este servicio, la Comisión envió una carta de emplazamiento a España, que respondió en julio de 1994 en el sentido de que habilitaría el puerto de Almería como punto de cruce de la frontera exterior marítima española, posibilitando la explotación por la naviera de la línea regular proyectada, encontrando así un «*punto de equilibrio entre la potestad soberana de los Estados miembros de delimitar sus fronteras marítimas exteriores, sin que éstas últimas les sean impuestas por los operadores económicos, y la necesidad de dar pleno cumplimiento al Derecho Comunitario*» (respuesta del Ministerio de AA.EE. de 22.7.1994 a la carta de emplazamiento, que motivó el archivo del procedimiento precontencioso).

<sup>56</sup> Sentencia del TJCE de 20.2.2001, *ANALIR y otros* (C-205/99, *Rec.*, p. I-1295), comentada por D. J. LIÑÁN NOGUERAS, P. MARTÍN RODRÍGUEZ, *loc. cit.*, pp. 610-611.

TJCE reconoció que, si bien un sistema de autorización administrativa constituye una restricción a la libre circulación de servicios, este obstáculo puede encontrar justificación en las «razones imperiosas de interés general», siempre que se respeten las condiciones establecidas por la doctrina jurisprudencial, básicamente el principio de proporcionalidad. Para el TS este razonamiento es si cabe más válido para el transporte marítimo entre Estados miembros y Estados terceros, como sucede en el caso de autos, por lo que se trataría de saber si la necesidad de controlar el tráfico de personas procedentes de países terceros, teniendo en cuenta la especial situación de España como garante de la «frontera sur» de la UE, puede admitirse como razón válida de interés general que permita al Estado restringir el atraque de navíos con finalidad mercantil a unos puertos y no a otros. Aceptando en abstracto esta restricción<sup>57</sup>, el TS a continuación razona en el sentido de que se trataba de un obstáculo proporcional, aunque sin utilizar este término<sup>58</sup>.

Dentro de las libertades de circulación, también en un asunto en el que se reclamaba la vulneración de la libre circulación de mercancías y de la Directiva 83/189/CEE, codificada por la Directiva 98/34/CE, el TSJ de Madrid (que sabe de la jurisprudencia del TJCE sobre la no aplicabilidad de los reglamentos técnicos no notificados) ha declarado que la normati-

<sup>57</sup> Encontrándose el fondo del asunto resuelto desde la habilitación del puerto de Almería para la prestación del servicio de transporte, y por razones de celeridad procesal, no había motivo alguno para solicitar una cuestión prejudicial al TJCE. Sin embargo, debe recordarse que es al TJCE a quien corresponde aceptar como justificada una razón imperiosa de interés general nueva (no reconocida previamente en la jurisprudencia comunitaria aplicable) ya que de otro modo se corre el riesgo de romper la unidad en la interpretación del Derecho comunitario y la unidad del mercado interior en una libertad tan importante como ésta.

<sup>58</sup> Según al Alto Tribunal «*el problema, pues, no es tanto la viabilidad en abstracto de dicha restricción sino las concretas modalidades en que, de hecho, se traduzca. Habrá que examinar, en cada caso, si la situación creada por las decisiones gubernativas (por ejemplo, reduciendo significativa e injustificadamente el número de puertos admisibles para este tipo de tráfico marítimo) se traduce, en la práctica, en una restricción indebida de la propia libertad de prestación de servicios de transporte marítimo*» (F. J. n.º 10 de la STS de 20.6.2002). El TS recuerda el archivo del expediente por parte de la Comisión tras la habilitación del puerto de Almería como frontera exterior y, tras poner de relieve la falta de argumentos por parte de la naviera acerca de si las condiciones concretas del puerto de Alicante lo hacían o no viable para ser utilizado también como frontera exterior, el TS rechaza que la autorización administrativa fuera contraria a Derecho comunitario.

va contestada (el R. D. 1907/1996 sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria) no constituye una reglamentación de las previstas en la Directiva y no resulta contraria a la libre circulación de mercancías. Con independencia de los numerosos errores formales en los que incurre esta decisión<sup>59</sup>, resulta criticable en primer lugar por la lectura simplista y restringida de lo que constituye un reglamento técnico (sin la menor mención a la jurisprudencia comunitaria en este sentido), llegando a la conclusión de que en el caso entre manos no estaríamos ante una reglamentación técnica<sup>60</sup>. En segundo lugar, la aplicación de oficio de la excepción prevista en el artículo 30 TCE por motivos de protección de la salud para justificar la alegada vulneración de la libre circulación de mercancías, sin comprobar si concurren los requisitos necesarios y establecidos por el TJCE para la aplicación de esta excepción, resulta incorrecta desde el punto de vista del Derecho comunitario, así como también lo es la aplicación de ciertos preceptos de la Directiva 79/112 para justificar la norma interna impugnada, que tiene un ámbito de aplicación material distinto del que tiene la Directiva.

Por otra parte, en un asunto relativo a cuotas de importación de plátanos y en el que el recurrente, un importador al que el Ministerio de Comercio deniega su solicitud de importación de plátanos, invoca la violación del artículo 14 de la Constitución por considerar discriminatorio el

<sup>59</sup> Por ejemplo, se identifica siempre a esta Directiva de manera equivocada (en concreto, como la Directiva 83/185), se habla indistintamente de Directiva y de Directriz, se reproduce como el artículo 5.1 lo que en realidad corresponde al artículo 1, apartado 1) de la Directiva 83/189, se alude repetidamente a la Directiva 75/112/CEE en lugar de a la Directiva 79/112/CEE, se menciona a la Directiva 85/395/CEE en vez de la Directiva 89/395/CEE, se identifican los antiguos artículos sobre libre circulación de mercancías como el 38 y el 26 TCE, en lugar del 30 y el 36 TCE, respectivamente, etc.

<sup>60</sup> El razonamiento es el siguiente: la Directiva se aplica en el caso de que se trate de normas que regulan «*las características especiales de un producto*», situación que no concurriría en este supuesto, ya que el R. D. impugnado sería más bien una «*disposición general relativa al etiquetado de productos, sin referencia a uno concreto*» (F. J. 4). En otro lugar, el TSJ sostiene erróneamente que el R. D. impugnado es la transposición de la normativa comunitaria sobre etiquetado y publicidad de productos alimenticios, hecho que no es correcto (ya que la incorporación en España de dicha normativa se produjo a través del R. D. 212/1992), pero que debiera en ese caso haber conducido al Tribunal a la aplicación de la exención prevista en el artículo 10 de la Directiva 98/34, que tampoco aplicó.

sistema de reparto del contingente arancelario establecido por el Reglamento CEE n.º 404/1993, el TS desestima el recurso justificando la legalidad del Reglamento comunitario<sup>61</sup>. Teniendo en cuenta que el Reglamento comunitario ha sido considerado incompatible con las normas de la OMC en el marco de su sistema de solución de controversias<sup>62</sup> y los posteriores desarrollos que se han producido en la OMC y en la CE, básicamente con la aplicación desde el 1 de julio de 2001 de un sistema transitorio, la adopción del Reglamento (CE) n.º 216/2001 que conducirá en 2006 a la aplicación de un sistema exclusivamente arancelario, y la adopción del Reglamento (CE) n.º 2587/2001, que aplica el acuerdo alcanzado con Estados Unidos y Ecuador, consideramos que hubiera sido más oportuno que el TS plantease una cuestión prejudicial sobre la validez del Reglamento ante el TJCE.

Una serie de asuntos interesantes se han planteado ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. La AN ha analizado la tasa suplementaria en el sector de la leche, impuesta por haber realizado compras de leche a productores que habían rebasado la cuota láctea individual que tenían asignada. Este mecanismo instaurado en la UE tiene naturaleza de «exacción parafiscal» según la AN, por lo que queda sometida a los principios constitucionales españoles que rigen los tributos, especialmente el principio de reserva de ley. Pues bien, según la Sala juzgadora *«los Reglamentos de la Comunidad Europea juegan el papel de la ley a los efectos de satisfacer las exigencias del principio de reserva de ley, como no puede ser de otra manera, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución y los Tratados de cesión de soberanía y compe-*

<sup>61</sup> STS de 18.10.2002, RJ 2002\10225. Según el TS *«el sistema de reparto del contingente arancelario no es fruto de puro voluntarismo, sino que está explicado por razones que reflejan la convicción de la CEE de la necesidad de arbitrar medidas que concilien el funcionamiento del mercado común con las corrientes comerciales tradicionales, y que no perturben los vínculos comerciales actuales»*. Y más adelante: *«Está basado, pues, en unas razones que tienen un soporte objetivo y responden a la ponderación de la conveniencia de alcanzar unos objetivos claramente determinados; por lo que no hay base para calificar a tal sistema de reparto como injustificadamente discriminatorio y, por ello, contrario al principio de igualdad del artículo 14 CE»*.

<sup>62</sup> Comunidades Europeas, Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, reclamaciones presentadas por Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras y Méjico, informe del Grupo especial de 22 de mayo de 1997 (WT/DS27/R/USA), informe del Órgano de Apelación de 9 de septiembre de 1997 (WT/DS27/AB/R).



tencias, entre ellos especialmente el Acta de Adhesión a la Comunidad Europea»<sup>63</sup>. Tras esta afirmación, la AN comprueba en efecto que las normas comunitarias materializan el principio de reserva de ley en la creación y en la reglamentación de los elementos esenciales del tributo examinado<sup>64</sup>. Estas decisiones deben valorarse positivamente<sup>65</sup>, ya que reconocen los efectos en cuanto a su plenitud de los Reglamentos, el tipo de acto jurídicamente más acabado dentro del Ordenamiento comunitario<sup>66</sup>. No obstante, la cuestión de la similitud entre Reglamentos y Leyes estatales<sup>67</sup> y, por tanto, su intercambiabilidad por ejemplo a efectos de dar cumplimiento al principio de reserva de ley en el ámbito tributario (con las consecuencias jurídico-políticas que ello conllevaría), resulta muy compleja<sup>68</sup>.

Varias sentencias del TS se centran en la posible eficacia directa de la Directiva 69/335/CEE, atribuyéndosela. Así, en la sentencia de 19 de junio de 2002 (RJ 2002\5611) —un asunto en el que el TS resuelve un recurso planteado por Unión Eléctrica Fenosa contra una sentencia de la AN relativo a la aplicación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y en el que invoca la aplicación de dicha Directiva que elimina toda carga fiscal sobre los empréstitos representa-

<sup>63</sup> Sentencias AN de 14.2.2002, *JUR* 2002\145708; de 18.7.2002, *JUR* 2003\69091; y de 28.11.2002, *JT* 2002\1859.

<sup>64</sup> Reglamento (CEE) n.º 856/1984 y Reglamento (CEE) n.º 3950/1992.

<sup>65</sup> Así lo hace M. CIENFUEGOS MATEO: «El Reglamento comunitario y el principio de reserva de ley. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 28 de noviembre de 2002 (asunto Queserías Ibéricas)», *Revista General de Derecho Europeo* (<http://www.iustel.com>), n.º 1, 2002.

<sup>66</sup> Véase en este sentido las Sentencias AN de 3.6.2002, *JUR* 2003\59569, y de 17.6.2002, *JUR* 2003\59618.

<sup>67</sup> Como advierte Liñán, no parece adecuado empeñarse en detectar los elementos que asimilan a los Reglamentos y las Leyes estatales, véase A. MANGAS MARTÍN, D. J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 355.

<sup>68</sup> No en vano en otras sentencias la misma Sección de la AN afirma «sin perjuicio del rango normativo de las disposiciones comunitarias y de la cuestión de su aplicación directa (...) el establecimiento de una tasa y la determinación de sus elementos esenciales ha de hacerse mediante disposición con rango de ley, circunstancia que no concurre en ninguna de las disposiciones de derecho interno reguladoras de la materia que ahora se debate», sentencias de la AN de 5.12.2002, *JUR* 2003\26155 y de 31.12.2002, *JUR* 2003\26425. Véase en este sentido también I. IBÁÑEZ GARCÍA: «Matizaciones a la sentencia del Tribunal Supremo de 6-7-1993: ¿la crisis de la reserva de ley?», *G.J.C.E. y de la competencia*, 1994, B-91, pp. 19-21.

dos por obligaciones, Directiva que no había sido transpuesta en derecho español—, el TS atribuye eficacia directa vertical a la Directiva comunitaria. Según el TS, aun cuando del art. 249 TCE parezca deducirse que las Directivas obligan sólo a una adaptación legislativa a realizar por los Estados miembros y no crean, por eso mismo, derecho directamente aplicable y susceptible de ser hecho valer por los particulares ante los Tribunales, la jurisprudencia del TJCE ha declarado reiteradamente que, en aquellos casos en que haya transcurrido el plazo de ejecución de la Directiva sin que ésta haya sido ejecutada adecuadamente, los particulares podrán invocar frente al Estado aquellos preceptos de la misma que sean claros, precisos y no dejen margen de apreciación discrecional, bien porque el efecto útil de las referidas normas se vería disminuido si los ciudadanos no pudieran invocar las Directivas ante sus propios Tribunales y éstos no tuvieran obligación de aplicarlas, bien porque los Estados no pueden oponer a los particulares el propio incumplimiento de las obligaciones que las Directivas les imponen. Y concluye: siempre que las disposiciones de una Directiva sean, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, podrán ser invocadas frente al Estado que no haya realizado una transposición correcta de la Directiva, anulando, de este modo, la sentencia de la Audiencia Nacional, con declaración de nulidad para la liquidación inicialmente impugnada<sup>69</sup>.

El TS ha tenido también la oportunidad de analizar la posibilidad de dar eficacia directa a la Directiva comunitaria 93/104/CE en materia de seguridad y salud en la ordenación del tiempo de trabajo que no ha sido transpuesta al derecho interno, a pesar de que el plazo para hacerlo terminó en 1996<sup>70</sup>. Sobre esta Directiva existe jurisprudencia comunitaria fruto de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles, en concreto el asunto *Simap*<sup>71</sup>. En la sentencia de 30 de mayo de

<sup>69</sup> La misma argumentación se encuentra en la STS de 20 de febrero de 2002, *RJ* 2002\1687. De igual modo se reconoce por el TS la eficacia directa vertical de la Directiva 69/335/CEE en la STS de 12.12.2002, *RJ* 2003\36, o en la STS de 20.12.2002, *RJ* 2003\1969.

<sup>70</sup> La Directiva comunitaria establece un conjunto de normas relativas a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, períodos mínimos de descanso diario, semanal y anual, duración y condiciones del trabajo nocturno y del trabajo por turnos. La Directiva también recoge una serie de excepciones a esta regulación.

<sup>71</sup> Sentencia del TJCE de 3.10.2000, *Simap* (C-303/98, *Rec.*, p. I-7963) sobre la atención continuada por parte de los Equipos de Atención Primaria. Sobre esta jurisprudencia véase D. J. LIÑÁN NOGUERAS, A. SEGURA SERRANO: «Reflexiones en

2002 (*RJ* 2002\7566), el Alto Tribunal español ha sostenido que las pretensiones del Sindicato demandante (el *Sindicat de Metges de Catalunya*) frente al *Institut Català de la Salut* exceden de la regulación contemplada en la Directiva y supondría unas limitaciones injustificadas a las facultades de organización de la Administración Sanitaria que la Directiva no ha establecido<sup>72</sup>. Por tanto, en cuanto a los derechos invocados en esta relación vertical, no encuentran asidero en la Directiva los unos, mientras que los otros que sí se establecen en la misma no dan lugar a su aplicación directa, ya que la normativa interna garantiza unos derechos más amplios. De otro lado, debe valorarse positivamente la sentencia de 12 de noviembre de 2002 del TS, que hace una lectura correcta de la sentencia del TJCE ya mencionada<sup>73</sup>, en el sentido de interpretar restrictivamente las excepciones de la Directiva que termina aplicando a una relación sólo aparentemente horizontal<sup>74</sup>. Con ello, el TS parece superar el tono más restricti-

---

torno a la sanidad en el marco de la Unión Europea», en E. VILLANUEVA CAÑADAS (coord.), *España y Europa, hacia un ideal sanitario común*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2002, especialmente pp. 53 y ss.

<sup>72</sup> En concreto, la limitación de la duración media de trabajo a 36 horas por cada 7 días en cómputo de 4 meses va mucho más lejos del efecto reconocido por el TJCE a las disposiciones de la Directiva (duración máxima del tiempo de trabajo semanal de 48 horas con un período de referencia de 12 meses). La necesidad del consentimiento individual del trabajador para poder superar ese límite de tiempo, a tenor de la sentencia *Simap* del TJCE, no tiene relevancia en este asunto cuando el propio límite que se invoca no resulta exigible de acuerdo con la Directiva, como bien argumenta el TS. Respecto de la petición de disfrutar, por cada período de 7 días, de un descanso mínimo ininterrumpido de 24 horas a lo que se añadiría el descanso diario de 11 horas, en un período de referencia que no exceda de 14 días, el TS señala que «la única disposición incondicionada y precisa que establece la Directiva en el párrafo segundo del artículo 5 consiste en establecer un «período mínimo de descanso de 24 horas», garantía que se supera con los Acuerdos celebrados entre la Administración Sanitaria del Estado y las Organizaciones Sindicales (36 horas de descanso semanal consecutivas).

<sup>73</sup> Ya la STS de 1.4.2002, *RJ* 2002\6002, hacía una interpretación acertada del citado asunto *Simap*.

<sup>74</sup> STS de 12.11.2002, *RJ* 2003\2325. Frente al criterio sostenido por la patronal sanitaria de Cataluña, demandante en este asunto contra los sindicatos, el TS mantiene que los organismos en que prestan sus servicios los médicos tienen carácter público, por lo que no admite que se trate de una relación horizontal. El TS recuerda además que la Directiva 2000/34/CE, que modifica la Directiva 93/104, establece que la regulación establecida en esta última se aplicará a todos los sectores de actividades, públicas y privadas. Finalmente, recordando la sentencia del TJCE

vo que había manifestado en la sentencia de 4 de octubre de 2001<sup>75</sup>. Los distintos TSJ que han aplicado esta misma Directiva 93/104 han mostrado una actitud muy diversa. El TSJ de Cantabria interpreta la Directiva y la jurisprudencia comunitarias de modo cabal, otorgando efecto directo a la misma en el caso concreto<sup>76</sup>. Por el contrario, la STSJ de La Rioja termina excluyendo del ámbito de aplicación de la Directiva al personal sanitario que invocaba el efecto directo de la misma en lo relativo al descanso diario de 11 horas previsto en su artículo 3, siguiendo la sentencia de 4 de octubre de 2001 del TS<sup>77</sup>. De la misma manera, una STSJ de Murcia niega la posibilidad de derivar derecho alguno de la Directiva ya que la misma recoge en su artículo 17.2 la posibilidad de establecer excep-

---

en el asunto *Simap*, interpreta las excepciones recogidas en esta Directiva de modo restrictivo y otorga efecto directo a las disposiciones de la Directiva de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria.

<sup>75</sup> STS de 4.10.2001, *RJ* 2002\1420, en la que recordaba que la sentencia *Simap* permitía que los órganos jurisdiccionales nacionales, a falta de medidas de transposición, aplicaran su Derecho interno en el marco de la excepción recogida en el artículo 17 de la Directiva 93/104.

<sup>76</sup> En efecto, este Tribunal estima que las demandantes, funcionarias de instituciones penitenciarias, no pueden quedar fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, ya que las exclusiones contempladas en la misma en relación con los cuerpos destinados a garantizar el orden y la seguridad ciudadana no pueden alcanzar a la actividad de los médicos, haciendo pues una interpretación restrictiva en este sentido como marca la doctrina del TJCE, véase STSJ Cantabria de 4.7.2002, *RJCA* 2002\747. En un sentido parecido STSJ Castilla-León de 15.4.2002, *AS* 2002\2092. De la misma manera, el TSJ de Baleares convalida una sanción administrativa impuesta a la Fundación Hospital de Manacor por las autoridades laborales de la Comunidad Autónoma por no respetar el descanso mínimo entre jornada y jornada sobre la base de la infracción del artículo 34.3 ET en relación con las Directivas 93/104/CE y 94/33/CE, lo que implicaría un efecto directo vertical descendente (Directiva no transpuesta cuyo cumplimiento se exige a una fundación de Derecho público por parte de una autoridad regional), véase STSJ Baleares de 15.7.2002, *JUR* 2002\245335.

<sup>77</sup> STSJ La Rioja de 2.7.2002, *AS* 2002\2913. El origen de este razonamiento se encuentra en el apartado 44 de la sentencia *Simap* que, en efecto, señalaba la posibilidad de que, aún a falta de medidas de transposición de la Directiva, los órganos jurisdiccionales nacionales pudiesen aplicar la legislación interna que cumpliera con los requisitos del artículo 17 de la misma (relativo a las exclusiones aplicables, entre otras, a las actividades sanitarias), supuesto en el que el Tribunal Superior parece encajar la normativa española. Un razonamiento más farragoso, pero que termina recurriendo al mismo argumento es el desarrollado por la STSJ Extremadura de 9.5.2002, *AS* 2002\2503.

ciones a lo previsto en su artículo 3 (descanso diario mínimo de 11 horas consecutivas)<sup>78</sup>.

En relación con la espinosa cuestión de la falta de eficacia directa horizontal de las directivas podemos mencionar la sentencia del TS de 21 de enero de 2002 (RJ 2002\3064). El TS admite el recurso de casación interpuesto por la compañía aseguradora La Estrella contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante en la que se declaró la responsabilidad civil directa de la compañía aseguradora en relación con el accidente de circulación de su asegurado, y en el que se declaró a éste responsable de delitos de homicidio por imprudencia y contra la seguridad del tráfico y se le condenó a penas de prisión y privación del permiso de conducir. Y la admite por entender que la Audiencia Provincial llevó a cabo una interpretación errónea de la Directiva comunitaria 90/232 que excluye el alcance de la responsabilidad de las compañías aseguradoras. La sentencia recurrida se basaba en que, en la fecha del siniestro, la Directiva comunitaria no se había incorporado aún al Derecho español aunque el plazo de transposición no había expirado, cosa que se haría posteriormente mediante Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que no contiene ninguna disposición retroactiva que autorice su aplicación a hechos anteriores a su vigencia. El TS considera que la normativa aplicable es, por tanto, el Real Decreto 1301/1986 sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor que fue derogado por la Ley 30/1995, por más que la Directiva comunitaria que inspira la ley tuviera fecha anterior al accidente en cuestión. Y rechaza, mediante una argumentación discutible, un efecto directo horizontal de la Directiva ya que: *«la doctrina comunitaria sólo admite este efecto cuando se han incumplido los plazos que el Estado tiene para incorporar las Directivas a su derecho interno, incumplimiento que este caso no se ha producido porque en el momento del accidente el plazo no se había incumplido y las nuevas normas comunitarias sobre la materia carecían de eficacia jurídica interna»*. Deci-

---

<sup>78</sup> Así pues, el descanso semanal ininterrumpido de 36 horas (fruto del Acuerdo entre Administración y Sindicatos de 1992) operaría como «el descanso compensatorio, si se quiere» previsto en el propio artículo 17.2, véase STSJ Murcia de 11.11.2002, AS 2002\3377. Sin embargo, el artículo 5 de la Directiva ya regula un descanso semanal de 24 horas, al que hay que sumar el descanso diario de 11 horas, lo que hace difícil instrumentar el mencionado descanso semanal de 36 horas previsto por convenio colectivo como la «compensación» específica que el derecho al descanso diario merecería.

mos que es discutible porque el TJCE ha negado la eficacia directa horizontal de las Directivas en cualquier caso<sup>79</sup>.

De la misma manera, el TSJ Aragón ha rechazado la aplicabilidad directa de una Directiva no transpuesta, en concreto la Directiva 201/23/CE, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de sucesión de empresas, en el marco de una relación horizontal que enfrentaba a un particular, personal de alta dirección, y la empresa empleadora ya que, razona el Tribunal, no sólo quedaría excluida la aplicación de esta Directiva en los supuestos de alta dirección, sino que «*su destinatario sería el Estado, obligado a su transposición*» (STSJ Aragón de 21.10.2002, AS 2002\2957).

En otro caso, el TS considera que la legislación española transpone correctamente la Directiva comunitaria por lo que no considera procedente examinar la eficacia directa de sus normas<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> También se plantea la posible eficacia directa horizontal de una Directiva en la sentencia de 22 de abril de 2002 (STS de 22.4.2002, RJ 2002\3311). La demanda inicial formulada por un particular en casación solicita la condena de la empresa Sandeman en relación con la resolución unilateral por ésta de contratos de distribución en exclusiva y de agencia, demanda que fue estimada en parte concediéndosele una indemnización. Ante el TS, dicho particular invoca la Directiva 86/653/CEE, sobre coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. El TS estima parcialmente la demanda, incrementando la indemnización, pero no sobre la base de la Directiva comunitaria por entender que «*una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede, por consiguiente, ser invocada en calidad de tal, contra dicha persona*». Pero es que, además, no cabe la invocación de dicha Directiva ya que ésta «*extiende sus efectos al contrato de agencia, no al de distribución en exclusiva*» (F. J. 1).

<sup>80</sup> STS de 16.12.2002, RJ 2002\10993. El TS desestima el recurso contencioso-administrativo planteado por una serie de particulares contra la denegación por el Instituto Oficial de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de su solicitud de inscripción. La legislación española adoptada al amparo de una Directiva comunitaria contiene requisitos para la inscripción que pretenden asegurar que sólo se inscriban en ese Registro quienes posean preparación teórica y experiencia específicas en la auditoría de cuentas. También cabe mencionar la sentencia del TS de 23.9.2002 (RJ, 2002\9420) en un asunto relativo a los límites a las atribuciones entre Ingenieros Técnicos de Obras Públicas e Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. El demandante (Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas) recurre la decisión de la Administración por la que se devuelve un proyecto firmado por un ingeniero técnico de obras públicas por entender que, con base en la normativa legal, el proyecto remitido debería haber sido suscrito por un ingeniero superior y no por un

La posible utilización de la Directiva como parámetro de interpretación del derecho interno aparece en la sentencia de 24 de junio de 2002 (RJ 2002\5259), un caso relativo a la propiedad intelectual. La mercantil United Distillers había solicitado a la Oficina Española de Patentes y Marcas el registro de la marca «Parranda» con el fin de lanzar al mercado con dicha denominación un aguardiente, marca que figuraba inscrita a favor de Bodegas Irache para vinos de todas clases. El objeto del pleito planteado por United Distillers contra Bodegas Irache ante el Juzgado de primera instancia de Pamplona fue que se decretase la caducidad por falta de uso de la citada marca. El Juzgado desestimó la demanda. La sociedad United Distillers interpuso un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Navarra que declaró la caducidad parcial por falta de uso de la marca «Parranda» (caducidad respecto a los productos vinos de todas clases, aguardientes, anisados y licores, con lo que la marca «Parranda» se mantiene vigente sólo para el apartado bebidas alcohólicas del Nomenclator 33). Contra dicha sentencia formaliza su recurso ante el TS Bodegas Irache invocando la aplicación del art. 4.4 de la Ley de marcas que dificulta la aplicación de la caducidad parcial de una marca. Según el TS, el art. 4.4 de la Ley de marcas no resulta ajustado a la primera Directiva del Consejo de 21.12.1988, precepto que *«queda descabalgado de la Directiva, instaurándose así una diferencia esencial, pues la Directiva sí resulta propicia a que se proceda a la nulidad parcial»*. De este modo, según el TS, el discurso casacional lleva al necesario alineamiento con el Derecho comunitario y hace preciso que se proceda a aplicar la caducidad parcial al caso presente a efectos de no dejar vacío de contenido el artículo 54 (de la Ley de marcas) y dar cumplimiento a la doctrina del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en virtud de la cual los tribunales ordinarios, si bien aplicando el propio derecho interno, lo ajustarán a una interpretación lo más conforme al texto de la Directiva. Aduce además el TS que la nueva Ley de marcas de 7.12.2001 no incorpora el párrafo 4 del art. 4, manteniendo la caducidad parcial en su artículo 60, desestimando el recurso de casación planteado por Bodegas Irache. Aunque no es posible hablar de una eficacia directa horizontal de la Directiva comunitaria, más si tenemos en cuenta que la obligación de aplicar el Derecho de la

---

ingeniero técnico, dada la complejidad y dimensión de las obras. El recurso es desestimado ya que *«no parece que suponga limitación alguna a la aplicación de la Directiva el que se tuviese en cuenta la complejidad de la obra concreta de que aquí se trataba»*.

propiedad intelectual recae en las autoridades nacionales, es inevitable pensar, como en el caso *Marleasing*, que la utilización de la Directiva como parámetro de interpretación del derecho interno conduce a resultados prácticos muy similares al de una eficacia directa horizontal de la Directiva<sup>81</sup>.

En otro asunto ante el TSJ de Castilla-León se planteó la aplicabilidad a los hechos ocurridos en junio de 1997 (muerte por accidente de un minero barrenero) de la Directiva 92/104/CEE sobre Seguridad e Higiene en el trabajo, que fue transpuesta por el Estado español en septiembre de 1997 (STSJ Castilla-León de 21.10.2002, AS 2002\3172). El Tribunal se muestra conocedor de la doctrina de las Directivas mal transpuestas o transpuestas fuera de plazo y, tras señalar que el efecto directo sólo se aplica en las relaciones verticales (en el caso concreto la familia del fallecido se enfrentaba a la empresa empleadora), recuerda que el Juez comunitario está obligado a interpretar «*la normativa interna a la luz del contenido de la directiva*». No obstante, el Tribunal viene a confirmar que resulta difícil articular esta doctrina en la práctica<sup>82</sup>.

Ha habido algunos asuntos dignos de mención en donde se ha dado aplicación preferente al Derecho comunitario respecto del Derecho nacional. Así, el TSJ de Murcia ha considerado que la no exención del IVA respecto de las cuotas sociales que percibe un club deportivo resulta contraria a la Directiva 77/388/CEE, Sexta Directiva del IVA, a tenor de la

---

<sup>81</sup> Véase, en relación con el asunto *Marleasing*, A. MANGAS MARTÍN, D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, en pp. 403-404. Según la Prof.<sup>a</sup> Mangas en la sentencia *Marleasing* hay una relación sólo aparentemente horizontal ya que: «*se reclaman unas pretensiones a cargo de autoridades públicas, se formulan exigencias contra las autoridades públicas que son las llamadas a satisfacerlas en todo caso, se hayan transpuesto o no las directivas en cuestión: es el poder público el que siempre tendrá que adjudicar un contrato público o declarar la nulidad de un contrato. Luego en absoluto hubo invocabilidad respecto de o contra particulares*».

<sup>82</sup> Así, afirma que «*difícilmente puede concluirse que la interpretación de la legislación interna a la luz de esa directiva pueda originar la obligación de adoptar una muy concreta medida de seguridad. Por otra parte lo que no se puede es dar a la directiva un alcance en su contenido que la misma no tiene, pues evidentemente lo que no puede tomarse como norma es la regulación que el Estado español hizo con posterioridad al accidente*». Sin embargo, el Tribunal traiciona este razonamiento cuando sostiene después que «*la directiva establecía que amén de la genérica obligación de seguridad la existencia de equipos de respiración y reanimación (...) Como afirma el Juez (...) existían equipos de respiración y los mismos fueron utilizados de manera más bien inmediata, luego no puede considerarse que la directiva fuera vulnerada*» (F.J. n.º 7).



interpretación dada por la jurisprudencia comunitaria (STSJ Murcia de 31.7.2002, *JT* 2002\1595). De igual modo, el TSJ de Madrid se ha pronunciado en relación con el concepto de «poder público» como motivo que fundamenta una excepción a la libre circulación de personas, acudiendo a la norma y jurisprudencia comunitarias (STSJ Madrid de 20.3.2002, *JUR* 2002\151904). Rechazada la renovación de la tarjeta de familiar comunitario de un nacional congoleño por parte del Ministerio del Interior, teniendo en cuenta que había sido decretada su expulsión por la Delegación del Gobierno en Madrid, el Tribunal examina si concurren los requisitos necesarios para la aplicación de una medida de orden público como la contestada, que restringe de manera absoluta la libre circulación. El TSJ de Madrid analiza la Directiva 1964/221/CEE y la doctrina del TJCE correspondiente<sup>83</sup>, llegando de manera impecable a la conclusión de que en el supuesto analizado no se encuentra justificada la medida de orden público adoptada.

También hemos encontrado en este período una decisión judicial que comporta la eficacia directa del Derecho complementario comunitario. En concreto, se trata de los Acuerdos de Cooperación celebrados por la Comunidad Europea con Rusia y Bielorrusia, invocados por el Juzgado de lo Social de Galdar, en una decisión en materia de deportistas profesionales que se ha anticipado a la sentencia del TJCE de 8 de mayo de 2003<sup>84</sup>, pero que peca de voluntariosa<sup>85</sup>. En efecto, aunque el Tribunal de Luxem-

<sup>83</sup> El TSJ de Madrid recuerda la jurisprudencia comunitaria en esta materia, como la STJCE de 4.12.1974, *Van Duyn* (41/74, *Rec.*, p. 1337), STJCE de 27.10.1977, *Bouchereau* (30/77, *Rec.*, p. 2014), y la más reciente STJCE de 19.1.1999, *Calfa* (C-348/96, *Rec.*, p. I-11). Entre los requisitos derivados de la legislación y jurisprudencia comunitarias, cabe destacar que no pueden adoptarse medidas de orden público, seguridad y salud públicas por motivos económicos, o sobre la base de la existencia de condenas penales (que podrán no obstante ser tenidas en cuenta sólo en la medida en que pongan de manifiesto la existencia de una conducta personal que constituya una amenaza actual para el orden público); que estas medidas han de estar guiadas exclusivamente por el comportamiento personal del individuo y que han de subordinarse a la existencia concreta de una amenaza real y suficientemente grave que atente contra un interés fundamental de la sociedad. Un clásico trabajo en este ámbito que sigue conservando todo su valor es P. DEMARET, B. ERNST DE LA GRAETE: «Mesures nationales d'ordre public et circulation des personnes entre Etats membres», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 19, 1983, pp. 255-303.

<sup>84</sup> STJCE de 8.5.2003, *Deutscher Handballbund eV c. Maros Kolpak* (C-438/00), aún no publicada en la Recopilación.

<sup>85</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social de Galdar de 17.3.2002, AS 2002\2004. El Magistrado de lo Social recoge con extensión las decisiones del TJCE en mate-

burgo ha mantenido en esta reciente sentencia que las cláusulas de no discriminación laboral establecidas en los Acuerdos de Asociación con Polonia y Eslovaquia implican un tratamiento idéntico al procurado por el artículo 39 TCE (aunque en lo relativo a las condiciones de trabajo, no en cuanto al acceso al mercado laboral), no parece que se pueda derivar el mismo alcance jurídico de las cláusulas recogidas en los Acuerdos de Cooperación mencionados.

Finalmente, por lo que se refiere al medio ambiente, los TSJ han acudido al Derecho comunitario como fuente inspiradora del Derecho aplicable en diversos asuntos. En un caso en el que se impugnaba la desestimación de las solicitudes de devolución de ingresos indebidos por autoliquidación del Impuesto de Contaminación Atmosférica (y en última instancia el propio Reglamento de este impuesto), el TSJ de Galicia indica que la iniciativa normativa adoptada por la Comunidad Autónoma de Galicia encuentra soporte en Derecho comunitario, en concreto en el artículo 130 R, 2º (actualmente 174.2º TCE) y en la Recomendación del Consejo 75/436/Euratom/CECA/CEE, que recogen el principio «quien contamina paga», comportando pues la reglamentación gallega una suerte de «transposición de la normativa comunitaria»<sup>86</sup>. El TSJ de Andalucía ha acudido a la misma normativa comunitaria para justificar el principio mencionado, a lo que ha añadido el principio de prevención, previsto en las Directivas 76/464/CEE y 80/68/CEE sobre protección de las aguas, que servirían así de soporte jurídico para la existencia de un canon por vertidos<sup>87</sup>.

---

ria deportiva, en especial, el conocido asunto *Bosman*, para finalmente declarar no ajustadas a derecho las decisiones adoptadas por ASOBAL y la Real Federación Española de Balonmano que no permitieron modificar la licencia e inscripción de Andrei P., de nacionalidad bielorrusa y pasaporte de la URSS, jugador del C. D. Gáldar, como jugador nacional y/o comunitario.

<sup>86</sup> Utilizar en este caso la normativa comunitaria como base competencial de una norma autonómica parece que excede de las consecuencias normales de la primacía y aplicación directa de las normas comunitarias, y ha de acogerse más bien como un recurso argumentativo del Tribunal, véase STSJ Galicia de 22.3.2002, *JT* 2002\1499.

<sup>87</sup> Sentencias TSJ Andalucía de 3.4.2002, *JUR* 2002\183254 y *JUR* 2002\183256.

### 3.3. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO Y TUTELA CAUTELAR

El principio de responsabilidad patrimonial del Estado por violación del Derecho Comunitario ha sido invocado ante el TS en relación con la violación por parte de España del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas, aprobado mediante un Reglamento comunitario (STS de 26.7.2002, *RJ* 2002\8016). El TS entiende que la tardanza en haber sido dictada la norma reglamentaria española (Real Decreto 2072/1999) para la aplicación del Derecho Comunitario no ha significado una imposibilidad de su realización que merezca ser calificada como constitutiva de un resultado lesivo que deba ser indemnizado. Sólo en caso de que la tardanza en efectuar la transferencia de sus derechos de pensión de jubilación al régimen de pensiones comunitario se traduzca en su día en una merma del importe económico de la correspondiente pensión, cuando se declare o reconozca dicha pensión se podrá reclamar la indemnización como consecuencia del incumplimiento del Estado español. Por ello, si bien declara el derecho de los demandantes a que el Estado español efectúe dicha transferencia, absuelve a la parte demandada de las demás peticiones<sup>88</sup>.

En otro asunto ventilado ante la AN, se ha declarado por primera vez por parte de un órgano jurisdiccional nacional la responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario del Estado español, en relación con la tardía transposición de la Directiva 94/47/CE sobre protección de los adquirentes en materia de multipropiedad. Como quiera que el Estado español reconocía la existencia de responsabilidad, la AN no ha necesitado sino recordar los requisitos establecidos por la jurisprudencia comunitaria en este sentido, confirmándolos<sup>89</sup>, y ha limitado finalmente la responsabi-

<sup>88</sup> La misma argumentación se repite en STS de 3.12.2002, *RJ* 2003\867, también a propósito del RD 2072/1999.

<sup>89</sup> Martínez Sánchez considera no obstante que en este caso concreto se puede poner «*en duda de un modo fundado la existencia de un nexo causal entre la transposición tardía de la Directiva y el perjuicio sufrido por los recurrentes*», ya que existían otras vías para la protección de los adquirentes de multipropiedad, como la interpretación del derecho interno conforme a la directiva o incluso su aplicación con efecto directo horizontal, como sucede en la SAP Alicante de 22.3.2002 (*JUR* 2002\152244), véase A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ: «Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por retrasos del legislador en la transposición de directivas: Comentario a la Sentencia «Multipropiedad» de 7 de mayo 2002 de la Sala de

lidad a aquellos de los demandantes que no habían incurrido en la prescripción de un año prevista por la normativa española (Ley 30/1992 y R. D. 429/1993)<sup>90</sup>.

Por último, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) ha denegado la solicitud de medidas cautelares propuestas por el Servicio de Defensa de la Competencia, a instancia de la sociedad farmacéutica Pfizer, en relación con un asunto en el que esta empresa denunció las prácticas restrictivas de la competencia contrarias a los artículos 1.1 de la Ley 16/1989, de defensa de la competencia y el artículo 81.1 TCE consistentes en prácticas colusorias y acuerdo de boicot empresarial a Pfizer. El TDC considera que, si bien existen indicios claros de prácticas concertadas y recomendaciones colectivas por parte de algunas de las denunciadas, no resulta nítida la verdad del derecho alegado por cada una de las partes, por lo que no se da el requisito del «*fumus boni iuris*» o apariencia de buen derecho necesario para conceder la protección cautelar<sup>91</sup>.

---

lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 4, 2002, pp. 714-715.

<sup>90</sup> SAN de 7.5.2002, RJCA 2002\634. En este mismo ámbito de la multipropiedad, resulta criticable que todavía se resuelva por algunos órganos jurisdiccionales en el sentido de otorgar efecto directo horizontal a la Directiva 94/47 para aquellos contratos celebrados entre la fecha límite de incorporación de la Directiva y su efectiva transposición a través de la Ley 42/1998 (como hace la SAP Las Palmas de 18.1.2002, JUR 2002\159892), ya que la solución de estos supuestos debe venir de la mano del principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario.

<sup>91</sup> Sobre la incidencia del derecho comunitario en la tutela cautelar ante los órganos jurisdiccionales nacionales véase G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS: «La tutela judicial cautelar en el Derecho Comunitario», G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, D. J. LIÑÁN NOGUERAS (dirs.), *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 633-652.

# **JURISPRUDENCIA**

