

**EL DERECHO PROCEDENTE DE LA UNIÓN EUROPEA Y
SUS RELACIONES CON EL DERECHO DE LOS ESTADOS
MIEMBROS. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN ESTAS
RELACIONES Y SU PROYECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ESPAÑOL**

María de África Herrera Alonso
Comandante auditor
Letrada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

SUMARIO

1. Introducción. 2. Eficacia directa del Derecho de la Unión Europea. 3. La primacía del Derecho de la Unión Europea. 3.1. Derecho de la Unión Europea versus Constitución española. 3.2. Leyes y reglamentos nacionales contrarios al Derecho de la Unión Europea. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La incorporación de cualquier Estado a la Unión Europea (en adelante, UE) lleva aparejada, entre otras consecuencias, la llegada a su propio ordenamiento jurídico de un sistema u ordenamiento jurídico autónomo y distinto del anterior, constituido por los tratados originarios así como por las distintas normas promulgadas por las instituciones europeas. La distribución de competencias que, a resultas del proceso de integración, tiene lugar entre los Estados y la hoy UE determina que, mientras el Estado se reserva un conjunto de competencias bajo su soberanía, las cuales se encuentran plenamente regidas por el derecho nacional o interno, el ejercicio de otras

se cede a favor de la UE, que, desde sus orígenes, se encuentra dotada de instituciones propias, que, a su vez, ejercen poderes normativos y ejecutivos propios, sujetos a reglas y presupuestos, tanto procedimentales como sustantivos, también propios, y que están sometidas al control en última instancia de un sistema jurisdiccional distinto e independiente del de los Estados miembros como es el que encarna el Tribunal de Justicia de la UE.

Por lo que respecta a nuestro país, hace ya casi dos décadas que España se integró a las entonces Comunidades Europeas¹. Como no podía ser de otra manera, desde ese instante el derecho europeo (tanto el originario como el derecho derivado) aterrizó en nuestro sistema legal, produciéndose, en el nivel interno, un complejo proceso de coexistencia de dos ordenamientos jurídicos distintos y autónomos, que, sin embargo, cuentan con unos mismos destinatarios² y que, por tanto, están obligados, y casi se podría decir que condenados, a relacionarse y a corresponderse recíprocamente, diálogo que no siempre resultará tarea fácil, como después analizaremos.

No obstante, pese a su integración en el sistema español, el Derecho de la UE no puede ser conceptuado, técnicamente, como derecho interno, solo pudiendo considerarse como tal a ciertos efectos, como ha venido declarando nuestro Tribunal Constitucional³.

Al margen de lo anterior, en esa interacción que, necesariamente, habrá de tener lugar entre ambos ordenamientos jurídicos no se puede perder de vista el fundamental papel que han de desempeñar los Estados miembros, a los que el apartado 3 del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), les impone, en virtud del principio de cooperación leal, el deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados

¹ La integración se produjo el 1 de enero de 1986, previa firma del Tratado de Adhesión a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica hecho en Lisboa y Madrid el 12 de junio de 1985, y su posterior ratificación autorizada por la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la Adhesión de España a las Comunidades Europeas, que también autorizó la adhesión al Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero.

² Cfr. Mangas Martín, A. y Liñán Noguera, D.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 2012, pp. 363.

³ En relación con este aspecto, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia n° 165/1994, de 26 de mayo, ha señalado en el Fundamento Jurídico 4 que «cabe estimar que cuando España actúa en el ámbito de las Comunidades Europeas lo está haciendo en una estructura jurídica que es muy distinta de la tradicional de las relaciones internacionales. Pues el desarrollo del proceso de integración europea ha venido a crear un orden jurídico, el comunitario, que para el conjunto de los Estados componentes de las Comunidades Europeas puede considerarse a ciertos efectos como “interno”».

o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión, así como el de abstenerse de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la UE⁴.

Se evidencia así como, en este complejo sistema, la labor que las diversas autoridades públicas de los distintos Estados miembros deben realizar resulta imprescindible para el funcionamiento del propio sistema, pues, sin su intervención y cooperación, la cesión de competencias a la UE efectuada por aquellos, que recordemos se rige por el principio de atribución, quedaría en vía muerta, y, además, la eficacia de las normas procedentes de las instituciones europeas en los ámbitos competenciales objeto de cesión (que deben siempre respetar el principio de subsidiariedad y proporcionalidad), nunca podría alcanzar plena operatividad⁵, quedando condenadas, pues, a su inoperancia.

⁴ El tenor literal de dicho artículo 4.3 del TUE es el siguiente: «3. *Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los tratados.*

Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».

⁵ Establece el artículo 5 del TUE (antiguo artículo 5 TCE) que «1. *La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.*

2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los tratados para lograr los objetivos que estos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los tratados corresponde a los Estados miembros.

3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado protocolo.

4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los tratados.

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad».

El protocolo al que se refiere este último inciso es el Protocolo nº 2 anexo al TUE y TFUE. En relación con el novedoso y esencial cometido que el apartado 3, último inciso, atribuye a los Parlamentos nacionales, se debe subrayar que este se reitera en el artículo 12.b) del TUE y que es objeto de desarrollo y regulación en el Protocolo nº 1.

Por tanto, desde la óptica que impone el principio de cooperación leal, cabe afirmar, con carácter general, que el ordenamiento jurídico de la UE precisa, en el plano vertical, de la inexcusable cooperación e intervención de los Estados miembros y de sus autoridades públicas los cuales, con autonomía institucional y procedimental⁶, tendrán que, según los casos, aplicar directamente el Derecho de la UE⁷, desarrollar y ejecutar, en otros casos, todas aquellas normas emanadas de la UE que no sean directamente aplicables, esto es, que carezcan de carácter ejecutivo o *self executing*, y/o acometer la tarea de eliminar todas aquellas normas de derecho interno que resulten incompatibles con las adoptadas por las instituciones europeas.

No es difícil imaginar que, con un escenario así, las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos no sean siempre claras y sencillas, no siendo pocos los casos en los que el derecho interno de los Estados, a pesar de la intervención de sus autoridades nacionales –o, precisamente, debido a su falta de intervención–, entra en contradicción con las normas, derechos y obligaciones resultantes del Derecho de la UE. Tampoco lo es suponer que, en estos casos, en que un Estado miembro infringe las obligaciones derivadas de los tratados y del conjunto del derecho derivado se genera una situación de incertidumbre contraria de todo punto al principio de seguridad jurídica, pues se imposibilita la aplicación y eficacia uniforme del Derecho de la UE en el conjunto de los Estados miembros y se da lugar a que los administrados y destinatarios de las normas no conozcan con exactitud cuáles son los derechos que les asisten y las obligaciones que sobre ellos recaen.

Para salir al paso de las seguras disfunciones que se habían de derivar del necesario acoplamiento de estos dos sistemas jurídicos, el Derecho de la UE cuenta, desde la sentencia del entonces Tribunal de Justicia de las

⁶ Para una mayor profundización sobre el contenido y la problemática que plantea el principio de autonomía institucional y/o procedimental como criterio rector de la ejecución por los Estados miembros del Derecho de la UE, véase el trabajo realizado por el profesor Arzoz Santisteban, X.: «La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad», *Revista de Administración Pública*, núm. 191, Madrid, mayo-agosto (2013), págs. 159-197.

⁷ En este sentido y en lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere, el recién introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece expresamente, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, dicha obligación aunque referida a los jueces y tribunales nacionales, preceptuando en su apartado 1, que estos «aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». Por su parte, la nueva redacción que también se confiere con dicha reforma al artículo 21 ahonda aun más en dicha obligación cuando señala que «los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas».

Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) de 15 de julio de 1964 (asunto 6/64, asunto Flaminio Costa v. ENEL), con un régimen de aplicabilidad específico que quedó fundamentado en la primacía del Derecho de la Unión directamente aplicable sobre los derechos nacionales⁸.

A salvo de las reservas existentes en el plano constitucional español, a las que más tarde me referiré con mayor detenimiento, y al margen de los remedios jurisdiccionales que los tratados contemplan para solventar tales incumplimientos de los Estados miembros ante el TJUE, el control de la aplicación del Derecho de la UE por los Estados miembros, no solo está en manos de la comisión, a través del instrumento del recurso por incumplimiento⁹, sino también de los particulares que, en el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva, pueden invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les concede el Derecho de la UE siempre y cuando gocen de aplicabilidad directa¹⁰.

Podemos decir que, en el momento actual, existe un convencimiento y una aceptación general de que en el caso en que una norma nacional (incluso aquellas que cuentan con rango de ley) se oponga al ordenamiento jurídico europeo, la obligación que pesa sobre el juez o tribunal nacional que se enfrenta a la tarea de resolver el litigio concreto en el que tal incompatibilidad se suscita, seleccionando la norma aplicable al caso, será la de, al menos¹¹, inaplicar el derecho nacional que resulte incompatible con las disposiciones comunitarias, sin necesidad de plantear, con carácter previo y obligado, cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), ni tampoco cuestión de inconstitucionalidad de la ley interna, en el caso de que la norma involucrada ostentase tal rango, pues, como señalaba el TJCE en la Sentencia Simmenthal¹², los jueces y tribunales nacionales *«cuando conocen de un asunto en el marco de su*

⁸ El principio de primacía del Derecho de la UE forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la Ley Orgánica 10/1985.

⁹ Regulado en los artículos 258 a 260 del TFUE.

¹⁰ A tenor de la sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1978 (asunto Simmenthal), *«la aplicabilidad directa, contemplada desde esta perspectiva, significa que las normas de Derecho comunitario deben surtir plenamente efecto, de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de la fecha de su entrada en vigor y durante todo el periodo de su validez»*.

¹¹ Digo *«al menos»* porque en el caso en que la vulneración del Derecho comunitario se produjera por una norma de rango reglamentario, el juez nacional, siempre que ostentare la competencia para ello, además de inaplicar la disposición reglamentaria, debe declarar la nulidad de la misma. En este sentido, resulta muy clarificadora la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2002 (recurso nº 246/1997), que, más adelante, se analizará con mayor detalle.

¹² De 9 de marzo de 1978, ya referida.

competencia, tienen por misión, en su calidad de órganos de un Estado miembro, la protección de los derechos concedidos a los particulares por el derecho comunitario».

Sin embargo, se debe subrayar que no cualquier norma de la UE posee las cualidades necesarias para ser susceptible de invocación ante los órganos judiciales nacionales por los justiciables y para que estos jueces y tribunales puedan, por mor del principio de primacía, aplicarla, desplazando, en su caso, a la normativa interna que la contradiga. Tan poderoso efecto solo tienen la virtualidad de producirlo aquellas disposiciones normativas que gozan de eficacia directa, esto es, las que incorporan obligaciones con un contenido claro, preciso e incondicional, tal y como viene exigiendo el TJUE.

De lo hasta aquí dicho se desprende que la eficacia del Derecho de la UE directamente aplicable se encuentra regida por el principio de primacía ya apuntado, cuyo respeto se impone a todos los organismos, autoridades y órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, y que, en tanto criterio o regla de solución de conflictos de normas a aplicar en un caso concreto, se encuentra confiado, en última instancia, a los órganos judiciales nacionales ante los que se suscitan tales controversias, que son los primeros interpelados por los justiciables.

Decimos esto porque, a excepción de las acciones ejercidas directamente ante el TJUE con sustento en el referido recurso por incumplimiento (de las que están excluidos como accionantes los particulares), son tales jueces y tribunales los encargados de garantizar la correcta aplicación de las obligaciones y derechos directamente aplicables que se contienen en la normativa europea, aunque, para ello, deban tener siempre presente y respetar las exigencias y los imperativos formulados por el propio TJUE en los pronunciamientos emitidos cuando así se lo hayan reclamado estos u otros órganos judiciales nacionales en el marco de las cuestiones de interpretación y validez de la normativa comunitaria, pues no se puede olvidar que, conforme dispone el artículo 267 del TFUE, es el TJUE el único competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los tratados y sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la UE.

No obstante, el juez nacional, antes de decidir inaplicar una norma de derecho interno por estimarla contraria al Derecho de la UE, está obligado a hacer todo lo posible para, en la previa labor de búsqueda de su concreto alcance que debe realizar, tratar de conciliar sus contenidos con el texto y la finalidad de la norma de la UE en liza. Habrá, pues, de indagar sobre el sentido de las normas controvertidas, intentando, en todo caso, una lectura

e interpretación de la norma nacional de la que se derive su compatibilidad con la europea, lo que evitaría la drástica consecuencia que, en caso contrario, habría de adoptar. Nos movemos, pues, en el ámbito del principio de interpretación conforme con el derecho comunitario, de creación jurisprudencial¹³, cuyas posibilidades hermenéuticas deben tenerse siempre presentes por el juez nacional al tiempo de decidir sobre la norma aplicable al caso.

Por otro lado, la primacía solo se puede asegurar eliminando, a su vez, los obstáculos procedimentales que, en el plano nacional, puedan excluir o menoscabar la eficacia, para los particulares, de los derechos que se derivan del ordenamiento jurídico europeo¹⁴. Como ya expusimos, los Estados miembros constituyen instrumentos imprescindibles para la efectiva aplicación del Derecho de la UE en el ámbito interno. Cuando el ordenamiento jurídico europeo no haya previsto reglas aplicativas que permitan la canalización de tales derechos en el plano nacional, o cuando las previstas no sean suficientes o estén incompletas, los Estados miembros cuentan con autonomía, institucional y procedimental, para fijarlas, articulando los procedimientos destinados a garantizar la aplicación y salvaguardia de los derechos que se derivan para los particulares del efecto directo del Derecho de la UE, esto es, el efectivo ejercicio de las pretensiones que tienen su sustento en este, y designando, a su vez, las autoridades nacionales competentes para su conocimiento.

En este plano aplicativo, el TJUE, velando por la eficacia del Derecho de la UE, y procurando garantizar su aplicación plena y efectiva, ha desarrollado dos relevantes principios que, sobre la base del principio de cooperación leal, vienen a modular o atemperar esta autonomía de la que, en principio, gozan los Estados. Y así, en primer lugar, estaría el principio de

¹³ El TJCE, en la sentencia de 13 de noviembre de 1990 (C-106/89, asunto Marleasing), señaló que *«la obligación de los Estados miembros, dimanante de una directiva, de alcanzar el resultado la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales. De ello se desprende que, al aplicar el derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado»*. En idénticos términos, cfr. apartado 26 de la sentencia de 14 de julio de 1994 (C-91/92, asunto Faccini Dori).

¹⁴ Así lo afirma Campos Sánchez-Bordona, M., en su intervención en la mesa redonda sobre: La primacía del Derecho comunitario, en *«La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: algunas zonas de fricción»*, Estudios de Derecho Judicial, 95-2006; p. 64.

equivalencia¹⁵, que impone a los Estados miembros igualdad de las reglas y remedios procesales internos disponibles para ejercitar las pretensiones basadas en el derecho nacional y las basadas en el derecho europeo, siempre que sean similares. Esto es, se proscribía que la regulación relativa a las acciones sustentadas en Derecho de la UE sea menos favorable que la que se aplica a acciones semejantes o análogas de naturaleza interna.

Por su parte, el principio de efectividad, en tanto segundo de los principios que condicionan la autonomía procedimental de los Estados miembros, proscribía que las normas internas adoptadas por estos en el ejercicio de esa autonomía hagan especialmente difícil o imposible, en la práctica, el ejercicio de los derechos que surgen de las normas de la UE.

Y si bien estos principios, como decimos, vinculan, en primera instancia, a los poderes normativos de los Estados miembros al tiempo de promulgar las normas nacionales de ejecución de las obligaciones derivadas del derecho europeo, es claro que, en última instancia, también habrá de entenderse que van dirigidos al aplicador del derecho y, muy concretamente, a los jueces y tribunales nacionales, que los tendrán que tener siempre presentes a fin de maximizar la operatividad y eficacia del ordenamiento de la UE, garantizando que los condicionamientos procesales que haya fijado cada Estado miembro para el ejercicio de las acciones de los particulares en que invoquen aquel no incidan negativamente en el otorgamiento del derecho a la tutela judicial efectiva que ostentan, ni en la efectividad del Derecho de la UE.

El lógico colofón a este complejo sistema cuya única finalidad es garantizar la efectividad y la aplicación uniforme del Derecho de la UE lo constituye el principio de responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho de la UE, proclamado, por primera vez, por el TJCE en su sentencia de 19 de noviembre de 1991 (C-6/90 y 9/90, asunto Francovich) y que va a permitir a los particulares reaccionar frente a la actuación de un Estado miembro contraria al ordenamiento jurídico europeo, articulando pretensiones indemnizatorias de los daños por ellos padecidos a consecuencia de tal conculcación, incluso en los casos en que la norma infringida no goce de efecto directo y, en conse-

¹⁵ Fue proclamado, con carácter general, por el TJCE en la sentencia de 7 de julio de 1981, asunto 158/80, en cuya conclusión 7 se declaró que *«El sistema de protección jurídica implantado por el tratado, tal como se expresa, en particular, en el artículo 177, supone que cualquier acción contemplada en el derecho nacional debe poder ejercitarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales para garantizar el respeto de las normas comunitarias de efecto directo en las mismas condiciones de admisibilidad y procesales que se aplicarían si se tratara de garantizar el respeto del derecho nacional»*.

cuencia, no pueda ser invocada directamente por el justiciable ante el juez nacional¹⁶.

En el ámbito de esta responsabilidad, y a diferencia de lo que ocurre en el caso de la UE, respecto de la que el actual artículo 340 del TFUE, y anteriormente el artículo 288 del TCE, han venido contemplando expresamente tanto su responsabilidad extracontractual, como la obligación que sobre ella recae de reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, los tratados no contienen, ni han contenido, ninguna previsión explícita en idéntico o semejante sentido en relación con la responsabilidad de los Estados miembros.

Sin embargo, esa ausencia de regulación expresa no impidió, como ya hemos referido, que el entonces TJCE, en el ejercicio de las competencias de interpretación y aplicación de los tratados que le eran propias, consagrara el principio de responsabilidad de los Estados miembros por infracción del derecho europeo, reconociendo un derecho a la indemnización que, según la propia sentencia del asunto Francovich reconoce, «*está basado directamente en el Derecho comunitario*»¹⁷, proclamándose, desde esa primera sentencia, que dicho principio de responsabilidad era inherente al sistema del tratado.

Esta relevante conclusión la alcanza el TJCE derivándola, a su vez, de otros dos principios del Derecho de la Unión, como es el de la plena efectividad de las normas que lo integran (que incluye la protección de los derechos que, en su caso, confieran estas a los particulares) y el de cooperación leal de los Estados miembros para con la Unión (en la actualidad, reconocido expresamente en el artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea, y anteriormente en el artículo 10 del TCE.). En palabras del propio Tribunal de Justicia «*la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario*»¹⁸.

¹⁶ La primera sentencia que ilustra lo que se acaba de decir es, precisamente, aquella en la que el TJCE proclamó, por primera vez, dicho principio de responsabilidad. Es en la sentencia del asunto Francovich, en la que el TJCE, tras proclamar que la Directiva 80/987/CEE debe interpretarse en el sentido de que los interesados, a falta de medidas de ejecución adoptadas por los Estados en el plazo señalado, no pueden invocar los derechos de los trabajadores que en ella se definen ante los órganos jurisdiccionales nacionales, debido al carácter insuficientemente preciso e incondicional de las disposiciones de la directiva, no duda en concluir, a continuación, que «*un Estado miembro está obligado a reparar los daños que resultan para los particulares de la no adaptación del derecho nacional a la Directiva 80/987/CEE*».

¹⁷ Apartado 41 de la sentencia del asunto Francovich.

¹⁸ Apartado 20 *in fine* de la sentencia de 5 de marzo de 1996.

Dicha fundamentación fue posteriormente ampliada por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 5 de marzo de 1996 (asuntos C-46/93 y C-48/93, asunto Brasserie du Pêcheur y Factortame), en la que, a los anteriores argumentos, adicionó la naturaleza de «*principio general conocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado*».

Este principio de responsabilidad, según proclama el TJUE, no tiene como objetivo «*la disuasión o la imposición de una sanción, sino la reparación de los daños sufridos por los particulares como consecuencia de las infracciones del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros*»¹⁹. Esto es, no se busca con él la imposición de un castigo, ni tampoco se erige en instrumento de presión al Estado miembro para que adapte su ordenamiento jurídico, sin más dilación y correctamente, al derecho europeo. Su objetivo, según declara el TJUE, es «*asegurar*» la resarcibilidad de los daños que, en principio, hayan sufrido los particulares con ocasión de las actuaciones u omisiones de los Estados miembros que contravengan el Derecho de la Unión Europea²⁰.

Y ese derecho a la reparación del daño ocasionado debe quedar garantizado «*sea cual fuere la autoridad pública que haya incurrido en dicho incumplimiento y sea cual fuera aquella a la que, con arreglo al derecho del Estado miembro afectado, le corresponda en principio hacerse cargo de dicha reparación*»²¹. Se plantea, en consecuencia, una acción de responsabilidad contra los Estados miembros infractores considerados estos como una unidad: resulta irrelevante para el éxito o fracaso de la misma quien fue el órgano concreto causante del daño o al que se pueda imputar la ilegalidad, pues es el propio Estado miembro, en cuanto tal, quien se encuentra obligado a hacer frente a la indemnización.

Desde el punto de vista procedimental, la designación de los órganos jurisdiccionales competentes y de las reglas procesales que habrán de regir las acciones de responsabilidad que, en su caso, se traben ante los Tribuna-

¹⁹ Así se proclama, con carácter preliminar al análisis de la cuestión prejudicial planteada, en el apartado 88 de su sentencia (Gran Sala) de 17 de abril de 2007, asunto C-470/03, AGM-COS.MET Srl.

²⁰ Entrecorramos el verbo toda vez que no todas las infracciones del Derecho de la Unión por los Estados miembros habrán de comportar necesariamente el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a los particulares. A la vista de los requisitos sustantivos sobre los que el TJUE ha sustentado el principio de responsabilidad de los Estados miembros (muy en concreto, el que exige que la violación de la norma europea sea suficientemente caracterizada), es evidente que no todas las actuaciones u omisiones ilegales serán resarcidas por los Estados a los particulares, sino solo aquellas que superen ese umbral o margen de gravedad que viene siendo exigido.

²¹ Apartado 62 de la sentencia de 1 de junio de 1999 (C-302/97, asunto Ponle).

les nacionales por los particulares afectados frente a los Estados miembros, así como los criterios que permitan determinar la cuantía de la indemnización deben ser adoptados, a falta de normativa de la UE en la materia, en clave nacional, determinándose por cada Estado miembro en su legislación interna en virtud del principio de autonomía procesal y siempre condicionado, como ya expusimos, por los principios de equivalencia y efectividad antes referidos²².

Desde la perspectiva material, una vez sea accionada la pretensión resarcitoria, los requisitos sustantivos que deben concurrir para que los Estados miembros deban reparar a los particulares los daños y perjuicios sufridos por infracción del Derecho de la UE son los siguientes: 1) que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, 2) que la violación esté suficientemente caracterizada; y 3) que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas²³.

Estos tres conceptos son propios y exclusivos del Derecho de la UE, pues fueron creados y desarrollados por el TJUE ex artículo 340 del TFUE, antes citado (anterior artículo 288 TCE), en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las instituciones de la Unión Europea por incumplimiento del derecho europeo, habiéndose trasladado por el propio Tribunal de Justicia (y no sin críticas) también al ámbito de la responsabilidad de los Estados miembros, lo que confiere unidad y homogeneidad al conjunto del sistema de responsabilidad patrimonial del Derecho de la Unión Europea²⁴, al aplicarse los mismos requisitos a la responsabilidad que se pueda derivar tanto de los incumplimientos procedentes de los Estados miembros como de las instituciones europeas.

Hemos expuesto, brevemente y en esencia, cuáles serían los principios esenciales que presiden las relaciones entre el Derecho de la Unión

²² Resulta en este punto particularmente interesante la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010 (C-118/08, asunto transportes urbanos), en la que, dando respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo, se declaró contrario al principio de equivalencia y, por tanto, al Derecho de la UE la interpretación que nuestro Alto Tribunal venía realizando en lo concerniente a los requisitos procesales aplicables a las acciones de responsabilidad contrarias al Derecho de la UE (en concreto, la exigencia del previo agotamiento de la vía administrativa y judicial previa), pues se estimó que comportaba un trato menos favorable al administrado que sustentaba su acción en el Derecho europeo que el que se dispensaba a las acciones de responsabilidad por leyes inconstitucionales, respecto de las que no se exigía tal agotamiento.

²³ Así lo exige, por primera vez, el apartado 51 de la sentencia de TJCE de 5 de marzo de 1996 (asuntos C-46/93 y C-48/93, asunto Brasserie du Pêcheur y Factortame).

²⁴ Cfr. Guichot Reina, E.: La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 679 y ss.

Europea y el derecho de los Estados miembros (primacía, eficacia directa, equivalencia, efectividad y responsabilidad de los Estados miembros). En relación con ellos, se ha de subrayar que su consagración y desarrollo se debe a la labor jurisprudencial desarrollada, desde que las entonces Comunidades Europeas se pusieron en marcha, por el TJUE, labor que, por el contrario, no ha tenido el debido reflejo en los tratados puesto que, más allá del principio de cooperación leal referido en el ya citado artículo 4.3 del TUE, ni los tratados originales ni las sucesivas reformas en ellos realizadas han incluido en su articulado mención expresa de los mismos²⁵.

Realizaremos, seguidamente, un análisis más detallado de dos de los principios antes referidos, centrando nuestra atención en el principio de eficacia directa y en el de primacía y en la forma en que dichos principios y, en general, el Derecho de la UE se proyecta en nuestro ordenamiento jurídico.

2. EFICACIA DIRECTA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La posibilidad de aplicar el Derecho de la UE en los Estados miembros, con independencia de la existencia o no de previsiones al respecto *in foro domestico*, no admite discusión cuando la norma jurídica en liza es un reglamento. En este sentido, la eficacia directa de los reglamentos se proclama, directamente y sin ambages, en el artículo 288 del TFUE, que

²⁵ No obstante, se debe destacar que la Declaración nº 17 aneja al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, lleva por título «17. Declaración relativa a la primacía». Su contenido es del siguiente tenor:

«La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los tratados y el derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia.

Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260):

“Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007.

Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 6/641) el tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia”».

define a tales instrumentos como directamente aplicables en cada Estado miembro²⁶.

Por tanto y puesto que, desde el momento en que son publicados en el Diario Oficial de la UE, los reglamentos quedan integrados en el ordenamiento jurídico nacional, ningún problema existe para que los ciudadanos puedan invocar directamente ante los órganos judiciales nacionales las concretas medidas y regulaciones que ellos contienen²⁷.

No obstante, no podemos olvidar que existen en la práctica reglamentos que no son directamente aplicables en sede interna, pues la ejecución de alguna o algunas de sus disposiciones precisa del complemento normativo de los Estados miembros, que habrán de adoptar medidas que desarrollen e implementen (*«mise en oeuvre»*) aquellas previsiones. En estos casos, el TJUE ha descartado que los particulares puedan invocar ante los órganos judiciales nacionales derechos derivados de esas disposiciones. Así lo declaró en la sentencia de 11 de enero de 2011 (C- 403/98, asunto Monte Arcosu), en la que, tras señalar que *«en razón de la propia índole de los reglamentos, y de su función en el sistema de las fuentes del Derecho comunitario, sus disposiciones tienen, por lo general, un efecto inmediato en los ordenamientos jurídicos nacionales, sin que sea preciso que las autoridades nacionales adopten medidas de aplicación»*, puntualizó, a continuación, que *«algunas de sus disposiciones pueden requerir, para su ejecución, la adopción de las medidas de aplicación por los Estados miembros»*, resultando que, en esos casos, y *«habida cuenta del margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para ejecutar las citadas disposiciones, no puede considerarse que los particulares puedan invocar derechos derivados de las citadas disposiciones a falta de medidas de aplicación adoptadas por los Estados miembros»*.

Al margen de los reglamentos, cuyas previsiones, como acabamos de ver, solo residualmente no generan efecto directo, más controvertido y problemático resultó conferir tal eficacia directa al derecho originario, así como a determinadas disposiciones de derecho derivado, tales como las directivas.

La primera vez que el TJCE reconoció la posibilidad a los ciudadanos de invocar directamente ante los órganos judiciales nacionales el Dere-

²⁶ Dice dicho precepto que *«el reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable a cada Estado miembro»*.

²⁷ Así lo proclamaba el TJCE en la sentencia de 4 de diciembre de 1974 (41/74, asunto Van Duyn) cuando decía que *«considerando, sin embargo, que si bien en virtud de las disposiciones del artículo 189 los reglamentos son directamente aplicables y, por consiguiente, por su propia naturaleza pueden tener efecto directo (...)»*.

cho comunitario, más en concreto el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y su artículo 12 (que imponía una obligación a los Estados miembros de abstención de establecer nuevos derechos de aduana, importación y exportación o exacciones...), fue en su sentencia de 5 de febrero de 1963 (26/62, asunto Van Gend & Loos), que concluyó que dicho artículo «*produce efecto directo y crea derechos individuales que los tribunales nacionales deben proteger*», pues, tras analizar su texto, apreció que «*contiene una prohibición clara e incondicional que es una obligación no positiva, sino negativa*»²⁸. Tras esa sentencia han sido otras muchas las que han apreciado que concretos artículos contenidos en los tratados son susceptibles de generar ese efecto directo que permite a los particulares acudir a los Tribunales nacionales y sustentar sus pretensiones en tales preceptos.

Por su parte, las directivas, a diferencia de los reglamentos, constituyen un instrumento normativo caracterizado por la necesidad de trasposición interna²⁹, no desplegando, en principio, por sí mismas plenitud de efectos jurídicos. Esta intermediación normativa estatal que resulta precisa para que una directiva pueda desplegar plena eficacia provoca que, en principio, no se pueda hablar de su aplicabilidad directa. Y es que, según prevé el artículo 288 del TFUE, el único elemento claramente vinculante de las directivas para los Estados miembros es la necesidad de alcanzar el resultado previsto en ellas, gozando de libertad en cuanto a las formas y medios de desarrollo de las mismas³⁰.

²⁸ Entre sus razonamientos, la referida sentencia proclamaba que «*la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no solo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico; que esos derechos nacen no solo cuando el tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias*».

²⁹ Establece el artículo 288 del TFUE que «*la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios*».

³⁰ Esta aparente libertad de los Estados ha sido matizada por el TJCE que, ya desde su sentencia de 8 de abril de 1976 (48/75, asunto Royer) declaró la «*obligación que tienen los Estados miembros en el marco de libertad que les reconoce el artículo 189, de elegir las formas y medios más adecuados para garantizar el efecto útil de las directivas, habida cuenta del objeto de estas*», para, posteriormente, puntualizar en su sentencia de 6 de mayo de 1980 (102/79, asunto Comisión v. Bélgica) que el instrumento efectivamente escogido por el Estado debe responder «*a las exigencias de claridad y certidumbre de las situaciones queridas por la Directiva*».

Por tanto, en los casos en que los Estados miembros hayan asegurado, con diligencia y acierto, el contenido y resultado de una directiva, transponiéndola correctamente en su derecho interno, no cabe hablar del efecto directo de sus disposiciones, ni de la posibilidad de su invocación por los particulares ante los jueces y tribunales nacionales, ya que los derechos y, en su caso, obligaciones en ella contenidos deben aflorar en el proceso judicial sobre la base de la regulación contenida en la norma interna de trasposición.

Fuera de estos supuestos, cabría preguntarse si existe alguna manera de que una directiva inejecutada o ejecutada indebidamente por un Estado miembro (lo que, por desgracia, no constituye un supuesto infrecuente en la práctica), pudiera ser invocada directamente en un proceso nacional por un particular frente al Estado infractor a fin de que aquel pueda hacer valer los derechos que sus disposiciones le concede frente a este.

La respuesta afirmativa a dicho interrogante comenzó a gestarse con la sentencia de 6 de octubre de 1970 (9/70, asunto Franz Grad), en la que el TJCE ya señaló que la directa aplicabilidad del reglamento y, por consiguiente, la posibilidad de que produzcan efecto directo sus disposiciones, no implica que otras categorías de actos normativos (directivas y decisiones) no pudieran producir efectos análogos, proclamando que *«en el caso de que las autoridades comunitarias, mediante decisión, hayan obligado a uno o a todos de los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de dicho acto se debilitaría si a los nacionales del Estado de que se trate se les privara de la posibilidad de invocarlo ante los órganos jurisdiccionales de dicho Estado y estos no pudieran tomarlo en consideración como elemento integrante del Derecho comunitario»*.

En concreto, la eficacia directa de las directivas, como tal norma jurídica, fue proclamada, años después, por el TJCE en la sentencia de 4 de diciembre de 1974 (41/74, asunto Van Duyn). En ella, y en los otros pronunciamientos que la han sucedido, el TJUE ha venido declarando la posibilidad de que las directivas pudieran ser directamente aplicadas en los Estados miembros en supuestos de falta de ejecución o de ejecución incorrecta, pues, según se razona en dicha sentencia, *«sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 otorga a la directiva excluir, en principio, la posibilidad de que los afectados puedan alegar dicha obligatoriedad»*, además de que *«el efecto útil de dicho acto quedaría debilitado si se impediera que los justiciables la invocasen ante los órganos jurisdiccionales nacionales y que estos la tuvieran en cuenta como elemento del Derecho comunitario»*.

No obstante, y al igual que, como antes vimos, exigió el TJUE para la directa aplicabilidad de los tratados, también se precisa que las concretas disposiciones de las directivas invocadas por el particular presenten un contenido incondicional (no sujeto a ninguna condición ni subordinadas, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de ningún acto de las instituciones de la Comunidad o de los Estados miembros) y suficientemente preciso (imponiendo una obligación en términos inequívocos)³¹, lo que nos sitúa en el ámbito de las denominadas «*Directivas detalladas*», respecto de las cuales, en caso de inejecución o ejecución defectuosa, el TJUE ha venido admitiendo plenamente su invocabilidad por los particulares frente al Estado y que los órganos judiciales nacionales las puedan tomar en consideración, aplicándolas, pues se entiende que ninguna modificación o variación podría presentar la norma nacional respecto del contenido de las disposiciones de una directiva que presentaran esos caracteres de incondicionalidad y precisión.

Sin embargo, es importante recalcar que el efecto directo que pueden desplegar las directivas es menor, o, si se quiere, más limitado, que el que se reconoce a los tratados y reglamentos. El camino que pueden recorrer las disposiciones de las directivas cuando son incondicionales y precisas, tal y como se ha señalado³², es exclusivamente unidireccional: solo pueden generar derechos del particular frente al Estado, pero no engendrar obligaciones para aquel frente al Estado, que no puede invocar las obligaciones que, en su caso, una directiva no traspuesta o incorrectamente incorporada al derecho interno imponga a los particulares, ya que no se puede beneficiar de su propio incumplimiento³³. Tampoco puede producir efectos ho-

³¹ Aunque el TJCE en alguno de sus pronunciamientos, además de la precisión e incondicionalidad de su contenido, vino también requiriendo la claridad del contenido de las directivas (por ejemplo, en su sentencia de 22 de septiembre de 1983, 271/82, asunto Auer), tal exigencia ha terminado finalmente por desaparecer.

³² Cfr. Mangas Martín, A. y Liñan Nogueras, D.: *Instituciones y Derecho...*, op. cit., págs. 373 y 374.

³³ En este sentido, la sentencia del TJCE de 11 de junio de 1987 (asunto 14/86) expresa dicho efecto en sus apartados 19 y 20, cuando señala que «*a este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha decidido en su sentencia de 26 de febrero de 1986 (Marshall, 152/84, Rec. 1986, pp. 723 y ss., especialmente p.737) "que una directiva no puede crear por sí misma obligaciones a cargo de un particular, y que lo dispuesto en una directiva no puede ser invocado como tal contra dicha persona". De una directiva no incorporada al ordenamiento jurídico interno de un Estado miembro no pueden derivarse pues obligaciones para los particulares frente a otros particulares ni, con mayor razón, frente al propio Estado.*

20. *En consecuencia, procede responder a la segunda cuestión que la Directiva 78/659 del Consejo, de 18 de julio de 1978, no puede producir el efecto, por sí misma y con independencia de una ley interna de un Estado miembro adoptada para su aplicación, de determinar o agravar la responsabilidad penal de los que infringen sus disposiciones».*

rizontales, no aceptándose, con carácter general, que tales clases de directivas puedan ser invocadas por un justiciable frente a otros particulares³⁴.

Al margen de los ya expuestos, son muchos los matices y particularidades que la directa aplicabilidad de las directivas presenta, lo que ha llevado al TJUE a tener que analizar tales normas jurídicas desde diversas perspectivas. De todos estos aspectos, no podemos finalizar este epígrafe sin hacer una breve referencia a la noción amplia que ha venido manejando el TJUE de lo que se ha de entender por Estado, lo que, desde la perspectiva del efecto directo unidireccional que, como acabamos de exponer, únicamente pueden desplegar las directivas, presenta singular relevancia; y así, para el TJUE dicho concepto ha de abarcar el conjunto de los orga-

En idéntico sentido se han pronunciado, entre otras, las sentencias del TJCE de 8 de octubre de 1987 (80/86, asunto *Kolpinghuis Nijmegen BV*, apartado 14) y de 3 de mayo de 2005 (C-387/02, C-391 y C-403/02, asunto *Silvio Berlusconi*, apartados 73 y 74).

³⁴ En relación con esto último, la sentencia del TJCE de 14 de julio de 1994 (C-91/92, asunto *Faccini Dori*), tras reconocer que los artículos 1.1, 2 y 5 de la Directiva controvertida 85/577/CEE del Consejo, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, son incondicionales y suficientemente precisos por los que respecta a la determinación de los beneficiarios y al plazo mínimo en que debe notificarse la renuncia a los contratos, descarta que tales preceptos puedan ser invocados por los consumidores frente a los comerciantes ante un órgano jurisdiccional nacional, recordando su jurisprudencia que ciñe la posibilidad de invocar las directivas detalladas solo frente al Estado. No obstante, recuerda, seguidamente, la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales nacionales de interpretar el derecho nacional conforme al Derecho de la UE y, para el caso en que no pudiera alcanzarse el resultado perseguido por la directiva mediante la interpretación, el deber que pesa sobre ellos de garantizar, con arreglo al derecho nacional sobre responsabilidad, el derecho a la reparación de los daños sufridos por los consumidores debidos al incumplimiento del Estado de la obligación que le incumbía de adaptar al derecho interno la directiva.

No obstante lo dicho, resulta evidente que, en algunos supuestos, la directa aplicación al Estado incumplidor de una directiva no traspuesta o incorrectamente ejecutada, no solo habrá de generar obligaciones a sus autoridades públicas en relación con el particular que la invocó ante los órganos judiciales internos, para oponerse a la aplicación de la normativa nacional contraria a aquella, sino que, en ocasiones, habrá de desplegar efectos perjudiciales o negativos, que podemos denominar secundarios, colaterales o indirectos, respecto de otros particulares. Este sería el caso de las directivas en materia de contratación pública (vulneración por el órgano de contratación de las directivas sobre la materia que, sin duda, tendrá incidencia en el licitador que resultó adjudicatario del contrato), seguros (normativa nacional que exime de responsabilidad a la aseguradora y que resulta contraria a una directiva) o de medioambiente (autorización y ejecución de proyectos sobre medioambiente sin contar con la obligatoria evaluación de impacto ambiental prevista en una directiva), en los que, pese a estarse ante un litigio vertical (un justiciable que reclama el cumplimiento de una directiva no traspuesta o incorrectamente implementada frente al Estado infractor), cuando las autoridades públicas se vean obligadas a dar cumplimiento a las obligaciones en tales normas impuestas, ello llevará aparejado ineludibles efectos secundarios para otros particulares, que tienen obligación de soportar, aunque dichas directivas no se hayan invocado directamente frente a estos.

nismos de la Administración Pública, cualquiera que sea su forma jurídica y tanto si actúan en su calidad de autoridad pública, como en calidad de empresario³⁵.

También el Tribunal de Justicia se ha decantado por manejar un concepto amplio de lo que constituye un «*particular*», pues ha llegado incluso a admitir que un Ayuntamiento pueda invocar una directiva frente a un Gobierno central³⁶.

3. LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El principio de primacía se perfila como una exigencia existencial del Derecho de la UE, a fin de lograr, en la práctica, el efecto directo y la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico europeo en todos los Estados miembros³⁷.

Siguiendo lo dictaminado por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 9 de marzo de 1978 (106/77, asunto Simmenthal), ya referida, dicho principio supone que «*los jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de Derecho comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o a esperar la derogación previa por estas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional*»; en otras palabras, que el parámetro de validez de las normas de la Unión Europea es el propio ordenamiento jurídico europeo, con los tratados en su cúspide, y no los ordenamientos jurídicos nacionales³⁸.

Veremos, a continuación, la proyección y alcance de dicho principio en el ordenamiento jurídico español, en concreto sobre la Constitución española, sus leyes y reglamentos.

³⁵ En este sentido, sentencias del TJCE de 12 de julio de 1990 (C-188/89, asunto Foster) y de 2 de agosto de 1997 (C-271/91, asunto Marshall).

³⁶ Véase sentencia de 17 de octubre de 1989 (asunto n° 231/87 y 129/88, Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Fiorenzuola d'Arda y otros contra Comune di Carpaneto Piacentino y otros).

³⁷ Cfr. De Mendizabal Allende, R., en su intervención en la mesa redonda sobre «La primacía del Derecho comunitario» en «La articulación entre el Derecho comunitario...» op. cit. supra.

³⁸ Cfr. Alonso García, R.: Sistema Jurídico de la Unión Europea; Ed. Thomson Reuters, 2014, p. 321.

3.1. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA VERSUS CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Pese a que, atendida la frase «*cualquiera que sea esta*» que emplea el Tribunal de Justicia en la sentencia de 15 de julio de 1964 (asunto Flaminio Costa) antes citada³⁹, cabría pensar que la primacía del Derecho de la UE es absoluta frente a los ordenamientos jurídicos nacionales, lo cierto es que nuestro Tribunal Constitucional no ha dudado en advertir que esa primacía europea encuentra un límite claro e insoslayable en el texto constitucional.

Y es que, como atinadamente se ha señalado, desde la perspectiva constitucional, «*una cosa es mantener que el parámetro de la validez del Derecho comunitario derivado deba ser el Tratado constitutivo, abstracción hecha de los derechos nacionales, incluidos los textos constitucionales, y otra bien distinta sostener que el propio Tratado constitutivo –y en su caso el derecho derivado por él respaldado a la luz de los pronunciamientos del TJCE– escape del parámetro de las Constituciones nacionales*»⁴⁰.

Frente a la primacía del Derecho de la Unión Europea, nuestro Tribunal Constitucional viene oponiendo, ya desde su Declaración n° 1/1992, de 1 de julio, la supremacía de la Constitución española, entendiendo que una y otra son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados⁴¹.

³⁹ El pasaje completo de dicha sentencia es que «*considerando que del conjunto de estos elementos se desprende que al derecho creado por el tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea esta, ante los órganos jurisdiccionales*».

⁴⁰ Cfr. Alonso García, R.: *El juez español y el Derecho comunitario*, Ed. Tirant Monografías, 2003, p. 116.

⁴¹ Señala el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, que «*primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquella, en el de la aplicación de normas válidas; esta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de estas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquella. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, DTC 1/1992 FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a estos. En suma, la Constitución*

Como señaló en su más reciente Declaración nº 1/2004, de 13 de diciembre, «*que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento español es cuestión que, aun cuando no se proclame expresamente en ninguno de sus preceptos, se deriva sin duda del enunciado de muchos de ellos, entre otros de sus arts. 1.2, 9.1, 95, 161, 163, 167, 168 y disposición derogatoria, y es consustancial a su condición de norma fundamental; supremacía o rango superior de la Constitución frente a cualquier otra norma, y en concreto frente a los tratados internacionales, que afirmamos en la Declaración 1/1992. Pues bien, la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. 1-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución*».

Dejaremos al margen de este análisis la forma en que la supremacía de la Constitución española se proyecta en relación con las posibles dudas de constitucionalidad que se puedan suscitar *ex ante* entre los tratados y el texto constitucional, pues el procedimiento de «*defensa preventiva*»⁴² establecido en el artículo 95.2 de la misma (regulado en el artículo 78 de la Ley Orgánica 2/1979, de 2 de octubre, del Tribunal Constitucional), hace posible que las contradicciones que, en principio, puedan darse entre ambos textos queden resueltas en un momento anterior al de ratificación «*de manera que, de conformarse aquellas, esta queda impedida en tanto no se revise el texto constitucional o se renegocie el tratado en términos que lo hagan compatible con la Constitución*»⁴³. Con ello, evidentemente, se busca que el tratado, caso de ser ratificado, pueda gozar de una estabilidad plena, evitándose así, precisamente, que «*la contradicción advertida entre la norma suprema, de un lado, y una norma todavía no integrada en el sistema regido por aquella, de otro, llegue a sustanciarse en una contradicción entre la Constitución y una norma internacional incorporada a nuestro ordenamiento*»⁴⁴.

Pero, para el caso en que tal circunstancia, en hipótesis altamente improbable (o «*difícilmente concebible*» en palabras de Tribunal Constitucional) sucediera una vez integrados los tratados en el ordenamiento español, la postura del Tribunal Constitucional es clara. Si un juez nacional apre-

ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. 1-6 del Tratado».

⁴² Así lo califica De Mendizabal Allende, R., en su intervención en la mesa redonda sobre «La primacía del derecho comunitario» en «La articulación entre el Derecho comunitario...» op. cit. supra. pp. 41 a 57.

⁴³ Como expresamente señala el Tribunal Constitucional en su Declaración nº 1/2004, de 13 de diciembre.

⁴⁴ Declaración nº 1/2004.

ciara contradicciones entre el Derecho de la UE derivado y la Constitución española que, a su vez, no fueran corregidas a la luz de las disposiciones de los tratados por el Tribunal de Justicia en el marco de la cuestión prejudicial de validez que dicho juez nacional necesariamente habría de plantear⁴⁵, «*la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que este se ha dado podrían llevar a este Tribunal [Constitucional] a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran*»⁴⁶.

Esto es, una vez cotejada por el TJUE la validez del Derecho de la Unión Europea derivado a la luz de la confrontación efectuada con los propios tratados, serían estos, los tratados, los que quedarían sometidos, a través del necesario planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del tratado por el juez nacional, al control de constitucionalidad por el máximo intérprete de la Constitución española⁴⁷.

Por tanto, para nuestro Tribunal Constitucional, la primacía del tratado y del derecho derivado no podría llegar a alcanzar al texto constitucional por mor de la supremacía de este último. La primacía, así, «*se contrae expresamente al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea. No es, por tanto, una primacía de alcance general, sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión*», y opera, por tanto, «*respecto de competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado y también soberanamente recuperables a través del procedimiento de “retirada voluntaria” previsto en el artículo 1-60 del Tratado*»⁴⁸.

3.2. LEYES Y REGLAMENTOS NACIONALES CONTRARIOS AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

De lo hasta ahora dicho, se desprende, con claridad, que es en el campo de las normas infraconstitucionales donde, en lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere, el principio de primacía ha de desplegar plenos efectos⁴⁹.

⁴⁵ La sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 26/2014, de 13 de febrero, declaró que «*no le corresponde, por tanto, a este tribunal realizar un control de validez del derecho adoptado por las instituciones de la Unión, control que debe realizar, en todo caso, al Tribunal de Justicia al resolver; entre otros procesos, las cuestiones prejudiciales de validez que, en su caso, se le planteen*».

⁴⁶ Declaración nº 1/2004.

⁴⁷ Cfr. Alonso García, R.: «El juez español...», op. cit., pp. 120 y 121.

⁴⁸ La posibilidad de retirada voluntaria de un Estado miembro de la Unión Europea está actualmente prevista en el artículo 50 del TUE.

⁴⁹ No obstante, podría darse el caso de que una ley o norma con dicho rango derogara, modificara o suspendiera cláusulas o artículos de los tratados con posterioridad a la integración de estos en el ordenamiento jurídico español. En tales casos, el Tribunal

Ya hemos indicado que resulta incuestionable que, desde el momento de la integración en las Comunidades Europeas, cualquier juez o tribunal nacional que aprecie una contradicción entre la norma nacional y la norma de la UE aplicable al caso está obligado a desplazar e inaplicar la norma interna a favor del Derecho de la Unión, pues así se viene declarando por el TJUE desde la sentencia de 15 de julio de 1964, ya citada, y ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en, entre otras, su Sentencia nº 145/2012, de 2 de julio⁵⁰.

En palabras del propio Tribunal Constitucional pronunciadas en dicha sentencia, *«los jueces y tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (...). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los jueces y tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del derecho interno con el Derecho de la Unión Europea»*.

También vimos, al transcribir un pasaje de su Declaración nº 1/2004, que para el Tribunal Constitucional esta primacía no se sustenta necesariamente en la jerarquía, *«sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones»*, lo que ha de obligar al juez nacional a aplicar esa norma prevalente.

Queremos hacer hincapié en que tal desplazamiento opera con independencia del rango de la norma nacional, lo que apodera al juez o tribu-

Constitucional, en su sentencia nº 49/1988, ha situado la antinomia en el plano de la inconstitucionalidad, por vulneración del artículo 96 de la Constitución española. Por tanto, de ello parece desprenderse que los conflictos entre tratado y ley posterior que se sitúan en una perspectiva infraconstitucional serían aquellos que no dieran lugar a tal derogación, modificación o suspensión, con los problemas de interpretación que ello lleva aparejados. Tal hipótesis y razonamientos son argumentados por el profesor R. Alonso García en *El juez español...*, op. cit, pp. 41 a 59.

⁵⁰ Señala el Tribunal en dicha sentencia que *«el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, y su efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra Enel (6/64, Rec. pp. 1253 y ss., especialmente pp. 1269 y 1270), habiéndose aceptado la primacía del Derecho de la Unión Europea, en el ámbito competencial que le es propio, por la propia Constitución española en virtud de su art. 93, como hemos tenido ocasión de recordar en repetidas ocasiones»*.

nal nacional para, caso de que aprecie la contradicción de aquella con el Derecho de la UE que goce de efecto directo, relegar la aplicación tanto de disposiciones normativas reglamentarias como aquellas que ostentan rango de ley.

Y hemos también de insistir en que, para que dicha inaplicación o desplazamiento tenga lugar y el juez nacional, en el proceso de selección de la norma aplicable al caso, pueda dejar sin efecto la norma nacional, «no será preciso que esta haya sido previamente expulsada del ordenamiento interno»⁵¹, incluso en los casos en que se trate de una norma con rango de ley. Este proceder, si bien asegura la primacía y efectividad del Derecho de la UE en el caso concreto, no lo garantiza, claro está, con efectos *erga omnes*, pues la norma jurídica nacional sigue vigente e incorporada al ordenamiento jurídico español a pesar de contar con un previo pronunciamiento judicial que la ha declarado no compatible con el derecho europeo. En nuestra opinión, no hace falta argumentar en exceso para atisbar la clara incidencia negativa que ello habrá de suponer desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica, pues parece evidente que tal situación jurídica traerá consigo una nada deseable incertidumbre tanto para los destinatarios de las normas como para el aplicador de las mismas, no siendo descartable que, incluso, puedan darse supuestos en que distintos jueces o tribunales lleguen a pronunciamientos discordantes y contradictorios en litigios similares, lo que supondrá que, en unos casos, la controversia trabada la resuelvan desplazando a la norma nacional por su incompatibilidad con el derecho europeo y que, en otros, sin embargo, al no apreciarse tal contradicción, tal desplazamiento no acaezca.

En lo que respecta a las leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea, nada más allá de la inaplicación de la norma legal puede hacer el juez o tribunal nacional, toda vez que el Tribunal Constitucional ha dictaminado que se está ante un conflicto infraconstitucional, lo que, en principio, descarta su impugnación directa ante el aludido juez de la Constitución o ante los jueces y tribunales ordinarios del orden contencioso-adminis-

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 145/2012, de 2 de julio. En idéntico sentido se viene pronunciando el TJUE, por todas, sentencia de 9 de marzo de 1978 (106/77, asunto Simmenthal) ya citada, cuando en su apartado 24 señala que «el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de estas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional».

trativo (solo competentes, en principio, para ejercer el control directo de normas reglamentarias)⁵².

A modo de ejemplo práctico de cómo opera tal principio en lo que a las leyes o normas con rango legal se refiere, destacamos la reciente sentencia de la sección primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2015 (Recurso nº 116/2014), que estimó en parte el recurso promovido por un magistrado suplente contra la resolución del Consejo General del Poder Judicial que, con sustento en la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, le denegó el abono de los trienios ya consolidados por los servicios prestados como funcionario de carrera en las Fuerzas Armadas. La referida sentencia anuló dicha actuación administrativa y reconoció al actor tal derecho, al considerar que la Ley 70/1978, que sirvió de sustento a la decisión administrativa denegatoria, era incompatible con el principio de no discriminación consagrado en la cláusula 4 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, incorporado como anexo a la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, cláusula que, al considerar el Alto Tribunal que resultaba de directa aplicación, le llevó a la inaplicación de la Ley 70/1978 *«por su incompatibilidad con la repetida cláusula 4, apartados 1 y 4, del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, y la aplicación, por ende, del principio de no discriminación proclamado en dicha cláusula, de suerte que el derecho reclamado se confiera al recurrente en iguales términos en que se reconocería para los magistrados de carrera»*.

También la sentencia del pleno de la aludida Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2015 (Recurso nº 373/2014) resolvió, entre otros pronunciamientos, anular determinados incisos del artículo 7.3 y 16.2.k) del Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros, aprobado por Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, y lo que es más importante, declarar la inaplicabilidad de un inciso del artículo 62 bis. 1 i) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que era el que daba cobertura a dicho precepto reglamentario, por contradicción con el apartado 2 del artículo 17 de la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, precepto de la directiva respecto al que la Sala Tercera del Alto Tribunal, previamente, había afirmado no albergar duda alguna de la cla-

⁵² Cfr. Alonso García, R.: El juez español..., op. cit. supra. p. 86 y ss.

ridad de la obligación que imponía por el mismo precepto de la directiva, considerándolo directamente aplicable.

En lo que respecta a los reglamentos incompatibles con el Derecho de la UE, el Tribunal Supremo no ha encontrado obstáculo alguno para, además de inaplicarlos, proceder a su anulación, incluso en los casos en que estos reglamentos cuenten con la cobertura de leyes (tal y como aconteció en el caso resuelto por la referida sentencia de 10 de febrero de 2015). En este sentido, ya en la sentencia de su Sala Tercera de 10 de diciembre de 2002 (Recurso contencioso-administrativo nº 246/1997, Fundamento de Derecho Decimotercero), señalaba el Alto Tribunal que *«debemos ratificar esta línea jurisprudencial que va más allá de la mera declaración de inaplicabilidad y, en el marco de los recursos directos contra reglamentos, los considera nulos si infringen el derecho comunitario. La razón de ser de tan rigurosa consecuencia está necesariamente ligada con la función que la Constitución y las leyes atribuyen a los tribunales contencioso administrativo (de modo singular; a este Tribunal Supremo, si los reglamentos proceden del Gobierno) en orden al control de la potestad reglamentaria»*, y en ella, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución española y en el artículo 70.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (que impone a tribunales de dicho orden conocer del enjuiciamiento y, en su caso, anular las disposiciones generales que incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico) siguió razonando lo siguiente *«la interpretación de estas categorías jurídicas no puede hacerse al margen de un dato normativo relevante, inusual por lo demás en el panorama comparado europeo: los tribunales de esta jurisdicción están expresa y específicamente vinculados por las «normas de derecho comunitario europeo» cuya eventual infracción resulta ser (artículo 86.4 de la Ley 29/1998) uno de los motivos para casar las sentencias que dicten. Corresponde, por lo tanto, al Tribunal Supremo, modo especial, garantizar el respeto de las normas comunitarias, cuya vulneración resulta parificada con la infracción de las estatales hasta el punto de que indistintamente una u otra puede fundamentar un recurso de casación. Partiendo de esta premisa la «infracción del ordenamiento jurídico “en que puedan incurrir las disposiciones generales, por emplear términos del ya citado artículo 70.2 de la Ley 29/1998, engloba con naturalidad también la infracción de las normas comunitarias, cuya vulneración, en consecuencia, ha de producir el mismo efecto jurídico, esto es, la necesidad de dictar un fallo que estime la pretensión anulatoria”»*.

Ni siquiera los tribunales del orden contencioso-administrativo han encontrado obstáculos en activar el procedimiento de la cuestión de ile-

galidad en los casos en que, no resultando competentes para conocer del recurso directo contra el reglamento, resuelven inaplicarlo por apreciar que su regulación resultaba incompatible con el derecho europeo. Tal fue el proceder seguido por la Sala Tercera de la Audiencia Nacional en el planteamiento de la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal Supremo en relación con los artículos 5.4.a) y 6.a) del Real Decreto 431/2004, de 12 de marzo, preceptos todos ellos que, en la medida en que al regular las retribuciones correspondientes a los magistrados suplentes, jueces sustitutos y fiscales sustitutos, excluían de las retribuciones básicas a percibir por tal colectivo el componente de la antigüedad, fueron, finalmente, anulados por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de noviembre de 2012 (cuestión de ilegalidad nº 1/2012), al estimar que su regulación resultaba incompatible con la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Por último, no podemos finalizar este apartado sin hacer una somera referencia al papel que, en la aplicación del Derecho de la UE, también les corresponde a las autoridades administrativas nacionales a la luz de la doctrina emanada por el TJCE desde que, en su sentencia de 22 de junio de 1989 (103/88, asunto Fratelli Constanzo), les impusiera la obligación de aplicar íntegramente el Derecho de la UE y tutelar los derechos que este concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición contraria del derecho interno.

Al margen de las dificultades técnicas con las que tales autoridades pudieran encontrarse a fin de llevar a cabo dicha obligación (no se ve la manera en que dichas autoridades administrativas pudieran, en caso de duda razonable sobre el alcance o validez de la concreta norma europea a aplicar, plantear una cuestión prejudicial de interpretación o validez al TJUE⁵³), en la práctica considero también sumamente improbable que una autoridad administrativa decida, por su sola autoridad y sin el referido apoyo judicial, inaplicar una norma nacional de rango reglamentario (no digamos una ley).

⁵³ En relación con tal cuestión, resulta de interés la reciente sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2015 (C-203/14, asunto Consorci Sanitaria del Maresme) en la que el tribunal vino a reconocer su competencia para resolver una cuestión prejudicial que le fue planteada por el Tribunal Catalá de Contractes del Sector Públic, a pesar de reconocer que en el derecho interno tenía la consideración de órgano administrativo, no obstante lo cual el TJUE, tras valorar una serie de criterios relativos al origen legal del órgano, su independencia y el carácter obligatorio de su jurisdicción, concluyó considerando que dicho tribunal tenía el carácter de «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 del TFUE.

4. CONCLUSIONES

A pesar del tiempo transcurrido desde que España entró a formar parte de la hoy denominada UE, no es, en absoluto, superfluo o innecesario recordar cuáles son las obligaciones que, desde el plano técnico jurídico de la aplicación del Derecho de la UE, se derivan de dicha integración para nuestro país y para el conjunto de los Estados miembros y, sobre todo, cuáles son los principios que rigen las relaciones entre el Derecho de la UE y los ordenamientos jurídicos nacionales.

Una atenta lectura de la normativa de rango legal y reglamentario que, desde el año 1986, se ha venido promulgando en nuestro país, evidencia que el legislador español ha venido cumplimentando, con mayor o menor acierto según los casos, las obligaciones que el principio de cooperación leal antes referido impone al conjunto de Estados miembros, habiendo dejado plasmado en los textos legales, incluso expresamente, la primacía del Derecho de la UE sobre el derecho nacional⁵⁴. Hasta el propio legislador orgánico ha introducido, ahora en 2015 y por primera vez desde que España se incorporó a las Comunidades Europeas, un artículo específico en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concreto el artículo 4 bis, cuyo apartado primero impone a los jueces y tribunales la obligación de aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por tanto, es preciso tener siempre en mente los principios que hemos venido analizando en el presente trabajo, pues, además de configurar las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos, de ellos depende la eficacia y plena operatividad del Derecho de la UE. Como ya se ha dicho, van dirigidos, en primer término, al legislador nacional, que, en virtud del principio de cooperación leal, debe realizar todas aquellas acciones normativas

⁵⁴ Reciente ejemplo de lo que decimos lo constituye la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que, en su exposición de motivos, refiere que «dentro de un complejo marco de relaciones internacionales con numerosos tratados y acuerdos internacionales en vigor, y numerosas disposiciones de la Unión Europea, una ley de cooperación jurídica internacional interna debe tener un carácter subsidiario. Dicho carácter se pone de manifiesto en el artículo 2 a) que, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, da prioridad a la aplicación en esta materia de las normas de la Unión Europea y de los tratados y acuerdos internacionales en los que España sea parte». La concreción de tal primacía y subsidiariedad no se hace esperar y, como se indicaba, el artículo 2 de dicha norma jurídica, que lleva por título «Fuentes», establece que la cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, se rige por, en primer lugar, las normas de la UE y los tratados internacionales en los que España sea parte; en segundo lugar, por las normas especiales de derecho interno y, en último lugar y con carácter subsidiario, por la referida ley.

que resulten precisas para poder llevar a efecto las obligaciones derivadas de los tratados o de los actos normativos de las instituciones de la UE, absteniéndose de aquellas que puedan poner en peligro la consecución de los objetivos de la UE. También hemos visto que, en última instancia, se dirigen a los jueces y tribunales nacionales, que deben de aplicar el derecho, originario y derivado, procedente de la UE en los casos en que entre en contradicción con el derecho nacional pues, desafortunadamente, no han sido pocos los supuestos en que, durante todos estos años, se han producido disfunciones y divergencias entre ambos ordenamientos jurídicos. En estos casos, resulta esencial la labor que deben desarrollar los órganos judiciales nacionales para, previo planteamiento o no, según lo considere, de una cuestión prejudicial al TJUE, apreciar la existencia de dicha contradicción entre una norma nacional y una europea, y, por mandato del principio de primacía, aplicar el Derecho de la UE que goce de efecto directo, desplazando con ello la aplicación de la norma nacional.

Lo que, en teoría o sobre el papel, puede parecer sencillo, no lo es tanto en la práctica. Como ya hemos analizado, desde la perspectiva del Estado legislador, no son pocos los casos en que tanto el legislador, como la autoridad con potestad reglamentaria, han adoptado normas jurídicas contrarias al Derecho de la UE. Cuando ello ocurre, y sin perjuicio del recurso por incumplimiento del Derecho de la UE ante el TJUE, el único remedio que le queda a un particular que quiere hacer valer los derechos que le confiere el ordenamiento europeo es acudir a los jueces y tribunales nacionales invocando la normativa europea aplicable. La decisión que adopte tal juez o tribunal habrá de resolver la concreta controversia que ante él se ha trabado, pero, claro está, no la solventa con carácter general, pues la norma nacional, a pesar de resultar contraria al Derecho de la UE, continúa, en principio, incorporada al ordenamiento jurídico, lo que incide de manera muy significativa y negativa en el principio de seguridad jurídica y en el de aplicación uniforme del Derecho de la UE.

Por otro lado, la litigiosidad que se genera una vez se declara que una norma nacional es contraria al derecho europeo es, según la entidad y alcance de la norma, muy elevada y compleja, siendo, por tanto, altamente aconsejable –casi diría que un objetivo primordial– que no se produzca discrepancia o divergencia alguna entre las obligaciones que figuran contenidas en ambos ordenamientos jurídicos. Para ilustrar tal problemática basta con fijarse en lo que está ocurriendo en nuestro país, actualmente, con las reclamaciones derivadas del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos, introducido por el artículo 9 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de

Orden Social. Este impuesto, muy cuestionado desde que entró en vigor, fue declarado por el TJUE contrario a la Directiva 92/12/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales, dando respuesta a una cuestión prejudicial de interpretación que le fue planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el seno del recurso que una empresa de transportes interpuso contra la decisión de la Oficina Gestora de Impuestos Especiales que le denegó la devolución de tal impuesto. Tal pronunciamiento ha dado lugar a que una gran cantidad de aquellos sujetos pasivos que fueron gravados con dicho impuesto, contrario al Derecho de la UE, no solo estén solicitando a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria la devolución del importe de lo indebidamente ingresado por los períodos no prescritos, sino que también están reclamando una indemnización al Estado con sustento en el principio de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, contándose por miles las solicitudes que, hasta el momento, se han formulado no solo en vía administrativa, sino también en vía judicial, toda vez que la decisión que ha adoptado el Consejo de Ministros en relación con las mismas ha sido desestimatoria⁵⁵.

⁵⁵ En relación con dichas reclamaciones, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dictado, al tiempo de elaborarse este trabajo, sentencias estimatorias de los recursos núm. 12/2015, 194/2015, 195/2015, 217/2015, 241/2015, 244/2015, 251/2015 y 258/2015, con fechas 18 y 24 de febrero de 2016, en las que se reconoce el derecho de los recurrentes a ser indemnizados por las cantidades abonadas por repercusión de dicho Impuesto, minoradas, en su caso, en la forma prevista en el fallo.