



DG Educación y Cultura

Programa de acción en el ámbito  
del aprendizaje permanente



Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional

---

Working Papers on European Law and Regional Integration

**DANIEL SARMIENTO**

**La aplicación del Derecho de la Unión por el  
Tribunal Supremo en tiempos de crisis**

WP IDEIR nº 13 (2012)

Cátedra Jean Monnet • Prof. Ricardo Alonso García

Publicado por  
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)  
Universidad Complutense  
Facultad de Derecho  
Avda. Complutense s/n  
Madrid 28040 - España

© Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero 2012

ISSN 2172-8542

El presente proyecto ha sido financiado con el apoyo de la Comisión Europea. Esta publicación es responsabilidad exclusiva de su autor. La Comisión no es responsable del uso que pueda hacerse de la información aquí difundida.

# *La aplicación del Derecho de la Unión por el Tribunal Supremo en tiempos de crisis\**

**Daniel Sarmiento\*\***

I. Introducción. II. Una primera (y alarmante) llamada de atención desde Luxemburgo. III. Límites al principio de primacía del Derecho de la Unión: la sentencia de 12 de abril de 2012 (Telefónica Móviles). a) Descripción de la sentencia. b) Análisis de la sentencia. IV. Límites al principio de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión: las sentencias de 18 de enero (Plusvalías de no residentes) y de 5 de marzo de 2012 (Directiva de células y tejidos humanos). a) Descripción de la sentencia de 18 de enero de 2012. b) Descripción de la sentencia de 5 de marzo de 2012. c) Análisis de las sentencias. V. Reinterpretación del sistema de fuentes de la Unión: las sentencias de 11 y 12 de diciembre de 2010 (trabajadores autónomos del transporte por carretera) y de 13 de octubre de 2011 (ERCROS). a) Descripción de las sentencias de 11 y 12 de diciembre de 2012 (trabajadores autónomos del transporte por carretera). b) Descripción de la sentencia de 13 de octubre de 2011 (ERCROS). c) Análisis de las sentencias de 11 y 12 de diciembre de 2012 y de 13 de octubre de 2011. VI. ¿Un giro euroescéptico en el Tribunal Supremo español?. VII. Cuestión de principio: la aplicación judicial del Derecho de la Unión en España y el eterno retorno a los fundamentos.

---

\* Este trabajo se ha enriquecido de los comentarios de Ricardo Alonso García, Juan Luis Requejo y Pablo Saquero, a quienes estoy muy agradecido.

\*\* Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid. Letrado del Tribunal de Justicia de la UE

## I. Introducción

Los tribunales españoles llevan a sus espaldas un cuarto de siglo de experiencia como "jueces europeos de derecho común". A lo largo de estos años, la justicia española ha dado múltiples ejemplos de la naturalidad con la que ha interiorizado el Derecho de la Unión Europea, a pesar de su amplitud y, en ocasiones, innecesaria complejidad. El efecto directo y la primacía del Derecho de la Unión hicieron acto de presencia en las sentencias de los tribunales españoles a los pocos meses de la adhesión de España a las entonces Comunidades<sup>1</sup>. Las cuestiones prejudiciales españolas no tardaron en llegar al Tribunal de Justicia (la primera ya en 1986), y a finales de 2011 los tribunales españoles habían planteado un total de doscientos setenta y un reenvíos, una media equiparable a la del Reino Unido, Francia o Bélgica<sup>2</sup>.

Como es natural, la transformación del juez español en juez de la Unión no ha estado exenta de dificultades. Son numerosos los ejemplos de errores judiciales fruto de un mal entendimiento de los fundamentos del ordenamiento europeo, pero en absoluto han sido éstos superiores a los que han vivido otros Estados miembros tras adherirse a la Unión<sup>3</sup>. La introducción del Derecho de la Unión en los ordenamientos nacionales es un cambio de tal calibre que resulta imposible exigir a los órganos jurisdiccionales nacionales una perfecta aplicación de golpe y porrazo. La irrupción de este nuevo ordenamiento es más bien un proceso gradual, escalonado y con altibajos, que termina por estabilizarse y, en definitiva, por calar en la mentalidad y usos de la comunidad jurídica nacional<sup>4</sup>.

El Tribunal Supremo español ha experimentado una evolución en esa misma línea<sup>5</sup>: entre 1986 y 1995 el alto intérprete se mostró cauto al aplicar los principios generales del Derecho de la Unión, así como receloso en el planteamiento de cuestiones prejudiciales. Todo fue cambiando gradualmente. Ya en 1995 el Tribunal Supremo se encontraba perfectamente adaptado al entorno europeo, aplicando sus normas con absoluta naturalidad y planteando cuestiones prejudiciales con frecuencia, y en ocasiones en asuntos relevantes para el Derecho de la Unión.

Sin embargo, recientemente se percibe una preocupante deriva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y muy particularmente en la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. La preocupación no es fruto de alguna sentencia criticable, o de una línea jurisprudencial con la que se pueda discrepar. Al contrario, los últimos meses han sido testigos de una marcada tendencia a la desestimación de pretensiones basadas en el Derecho de la Unión, donde el

---

<sup>1</sup> Sobre las primeras resoluciones jurisdiccionales españoles aplicando el Derecho de la Unión, véase en general la obra de Le Barbier-Le Bris, M., *Le juge espagnol face au droit communautaire*, Ed. Apogée, Rennes, 1998. Asimismo, Ruiz-Jarabo Colomer, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Ed. Civitas, 1993 y, del mismo autor, *La justicia de la Unión Europea*, Ed. Civitas, 2011, en especial los capítulos 5 y 6.

<sup>2</sup> Al respecto, véase la Memoria de actividades del Tribunal de Justicia correspondiente al año 2011, disponible en la web del Tribunal: [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

<sup>3</sup> Como botón de muestra, es bien conocida la interpretación maximalista desarrollada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación con el efecto directo de las Directivas, yendo aún más lejos en su reconocimiento que el propio Tribunal de Justicia, como expone Alonso García, R., *El juez español y el Derecho Comunitario*, Ed. Tirant lo Blanch, 2003, pp. 146 y ss.

<sup>4</sup> Un buen reflejo de esta evolución son los análisis anuales preparados por la Universidad de Granada y publicados en la Revista Española de Derecho Comunitario Europeo, que estudian detalladamente la aplicación judicial en España del Derecho de la Unión.

<sup>5</sup> Sobre la aplicación del Derecho de la Unión por el Tribunal Supremo, véase Sarmiento, D., "La cuestión prejudicial comunitaria y el Tribunal Supremo", en Ripoll Carulla, S. y Ugartemendía Eceizabarrena, J.I., *España ante los Tribunales Internacionales Europeos. Cuestiones de Política Judicial*, IVAP, Oñate, 2008.

Tribunal Supremo no sólo reinterpreta la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia sobre responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión, sino que también invierte el sistema de fuentes europeo y los términos en los que se aplica el principio de primacía. Este resultado, como puede imaginar el lector, va bastante más lejos de lo que se esperaría de un simple error de apreciación y parece, más bien, apuntar a una genuina tendencia jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, a la vista del alcance que podría tener para las relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho español, bien merece ser puesta de relieve y comentada.

## **II. Una primera (y alarmante) llamada de atención desde Luxemburgo**

La preocupante situación que reflejan las sentencias que a continuación analizaré tiene un antecedente importante con el que es necesario comenzar.

El 12 de noviembre de 2012 el Tribunal de Justicia de la UE dictó una sentencia histórica en el asunto Comisión/España<sup>6</sup>. Por primera vez, un Estado miembro era condenado a raíz de una sentencia de un tribunal interno, dando así carta de naturaleza a lo que se llama informalmente "recurso de incumplimiento judicial" (*manquement judiciaire*). Como es bien sabido, el recurso por incumplimiento previsto en el artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) sirve para que el Tribunal de Justicia, a instancias de la Comisión o de un Estado miembro, constate objetivamente la incompatibilidad entre un acto estatal y el ordenamiento de la Unión. Sin embargo, hasta la citada sentencia Comisión/España la Comisión jamás había acusado a un Estado de incumplir el Derecho de la Unión cuando el único acto "atacable" era una sentencia judicial. El motivo era evidente: los tradicionales aliados de la Comisión en los Estados miembros no han sido las administraciones, sino los tribunales, cuyos poderes de inaplicación en virtud del principio de primacía les convertía (y convierte) en actores clave para asegurar la eficacia del Derecho de la Unión en cada Estado<sup>7</sup>.

Pocos años antes, en 2003, la Comisión había intentado tímidamente romper con la tradicional actitud de deferencia hacia las decisiones judiciales nacionales, pero no llegó a imputar directamente la infracción a una resolución judicial, sino al acto legislativo que permitió al órgano jurisdiccional nacional llegar a una interpretación contraria al Derecho de la Unión. Este caso, el asunto Comisión/Italia<sup>8</sup>, permitió al Tribunal de Justicia declarar, al menos como cuestión de principio, que los Estados miembros pueden ser demandados en un recurso por

---

<sup>6</sup> Sentencia de 12 de noviembre de 2009, Comisión/España (C-154/08, Rec. p. I-187).

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión dediqué parte de mi trabajo Poder Judicial e Integración Europea, Ed. Civitas, Madrid, 2004, capítulo 4. En las expresivas y autorizadas palabras de Jose Palacio González, la política de la Comisión se debía a diversos factores: «En primer lugar, porque los tribunales, en tanto que garantes últimos de la legalidad y fundamento del Estado de Derecho, disfrutan de un nivel de independencia superior al de los demás poderes del Estado. En segundo lugar, porque los tribunales internos forman parte integrante del Poder Judicial comunitario. Son los propios órganos jurisdiccionales nacionales, en efecto, los que, al tutelar los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario, se constituyen en jueces ordinarios de este Derecho. Desde esta perspectiva, cabría afirmar que, al entablar recurso por incumplimiento como consecuencia de la actuación de un Juez nacional, la Comisión no actúa, propiamente hablando, contra un Estado miembro. Por último, y sobre todo, porque la aplicación efectiva, inmediata y uniforme del Derecho comunitario exige, como contrapartida ineludible, una relación de confianza mutua y de colaboración recíproca entre el TJCE y los órganos jurisdiccionales nacionales, cuya manifestación más evidente es el cauce procedimental contemplado en el artículo 234 del Tratado de Roma». Palacio González, J., Derecho Procesal y del Contencioso Comunitario, Pamplona, 2000, pg. 199.

<sup>8</sup> Sentencia de 9 de diciembre de 2003, Comisión/Italia (C-129/00, Rec. p. I-14637).

incumplimiento a raíz de un acto judicial. Asimismo, el Tribunal de Justicia añadió en dicho asunto la siguiente e importante apreciación:

"A este respecto, no cabe tomar en consideración decisiones judiciales aisladas o muy minoritarias en un contexto jurisprudencial marcado por una orientación diferente, o una interpretación desautorizada por el órgano jurisdiccional nacional supremo. La situación es distinta cuando se trata de una interpretación jurisprudencial significativa no desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por éste"<sup>9</sup>.

Como ya ha quedado dicho, la Comisión no le imputaba a la República Italiana una infracción cometida por sus tribunales, sino por su legislador, de modo que el extracto que se acaba de citar quedó como un *obiter dictum*.

Hubo que esperar al asunto Comisión/España para que el Tribunal de Justicia aplicara la hipótesis antes expuesta a un caso concreto, donde, por fin, la Comisión decidió por vez primera plantear un recurso por incumplimiento contra un Estado miembro a raíz, única y exclusivamente, de una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional interno. Ese órgano no fue otro que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español, y concretamente su sentencia de 12 de julio de 2003, dictada en el marco de un recurso de casación en interés de ley. Tras recordar el inciso antes citado de la sentencia Comisión/Italia, el Tribunal de Justicia, resolviendo en una sala de cinco jueces y sin el beneficio de conclusiones de su Abogado General, declaró que una sentencia de un Tribunal Supremo, dictada en un recurso de casación en interés de ley, constituye una "interpretación jurisprudencial significativa". La especial naturaleza de este recurso, destinado a imponer una interpretación autorizada en todo el territorio nacional, justificaba que, a pesar de que hubiera únicamente *una* sentencia contraria al Derecho de la Unión, existiera una base suficiente para declarar el incumplimiento.

Hay varios aspectos del asunto Comisión/España que merecen ser destacados, aunque aquí me referiré específicamente a aquellos que tienen interés de cara a este estudio<sup>10</sup>.

En primer lugar, la sentencia del Tribunal Supremo declarada incompatible con el Derecho de la Unión se dictó sin haber planteado previamente una cuestión prejudicial. El Tribunal de Justicia no entró en la posible infracción del artículo 267 TFUE por parte del Tribunal Supremo por una cuestión de forma, pero advirtió que este motivo de incumplimiento habría podido ser analizado perfectamente como parte del fondo<sup>11</sup>. El Tribunal Supremo realizó una interpretación de la Sexta Directiva del IVA, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en un asunto que no estaba en absoluto claro: la sujeción al IVA de los Registradores de la Propiedad cuando actúan como agentes liquidadores de tributos cedidos, en representación (y por tanto prestando un servicio) de las Comunidades Autónomas<sup>12</sup>. Era evidente que esta cuestión, que llevó al Tribunal de Justicia a desarrollar una sentencia especialmente extensa, con más de cien apartados, no entraba bajo la categoría del "acto claro".

---

<sup>9</sup> *Ibid*, apartado 29.

<sup>10</sup> Puede consultarse el análisis detallado de la sentencia realizado por López Escudero, M., Case C-154/08, Commission v. Spain, Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 12 November 2009, nyr, *Common Market Law Review* 2011 Vol. 48 nº 1.

<sup>11</sup> Sentencia Comisión/España, antes citada, apartados 64 a 66.

<sup>12</sup> Al respecto, véase Sanz Clavijo, A., Sujeción al IVA de los servicios de liquidación y recaudación de impuestos cedidos que los Registradores de la Propiedad prestan a las Comunidades Autónomas, *Revista Aranzadi Quincena Fiscal*, nº 2, 2010.

En segundo lugar, la sentencia Comisión/España ponía de manifiesto la sonora soledad con la que se había pronunciado el Tribunal Supremo. Con anterioridad a la sentencia atacada, todos los Tribunales Superiores de Justicia, tras algunos vaivenes iniciales, habían asumido una interpretación según la cual los Registradores de la Propiedad quedaban sujetos al IVA en las circunstancias antes referidas. La Agencia Tributaria había consolidado esta lectura a través de circulares internas. La Dirección General de los Registros y del Notariado había hecho un tanto de lo mismo. La tesis de la sujeción al impuesto era unánime hasta la llegada de la sentencia de 12 de julio de 2003 del Tribunal Supremo<sup>13</sup>. Como es natural, esta *splendid isolation* ponía en evidencia que cualquier cambio de criterio habría requerido de una interpretación especialmente convincente. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que la cuestión estaba "clara" y que no necesitaba del planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Sin embargo, ¿cómo va a estar clara una interpretación que contradice frontalmente la que llevan haciendo durante años todas las administraciones afectadas? La sentencia Comisión/España es la confirmación de que este tipo de decisiones necesitan, cuanto menos, del apoyo interpretativo del Tribunal de Justicia. Y máxime cuando las resuelven órganos jurisdiccionales de última instancia, sujetos a una obligación de planteamiento (no una facultad) de la cuestión prejudicial.

No resulta muy alentador que el Tribunal Supremo haya sido la primera jurisdicción nacional de la Unión Europea en ser condenada por el Tribunal de Justicia en un recurso por incumplimiento. A todo ello se suma que la resolución atacada resulta difícil de justificar, y más aún la resistencia de la sala a plantear una cuestión prejudicial en unas circunstancias como las antes descritas. Quiero decir que, se vista como se vista, la condena está perfectamente justificada y nada se le puede objetar al Tribunal de Justicia<sup>14</sup>. Sin embargo, y como no hay mal que por bien no venga, la sentencia Comisión/España tuvo efectos positivos en la práctica más inmediata del Tribunal Supremo y, en particular, en la de su Sala de lo Contencioso-Administrativo. Si 2009 fue "el año de la condena", puede decirse que 2010 fue "el año de la prejudicial": el Tribunal Supremo planteó ese año nada menos que once cuestiones prejudiciales, en contraste con las dos planteadas en 2009, y con las otras dos de 2008<sup>15</sup>. Por si fuera poco, en 2011 se plantearon otras once cuestiones prejudiciales, la mayoría de ellas procedentes de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Un cambio de tendencia tan espectacular puede deberse a motivos muy heterogéneos que no corresponde examinar aquí en detalle. Puede tener su origen en la entrada de un número

---

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Lógicamente los "incumplimientos judiciales", incluido el de Comisión/España, plantean problemas, pero estos son fruto del diseño del procedimiento ante el Tribunal de Justicia. Por ejemplo, el Estado miembro demandado estará representado y defendido por un agente del gobierno, un poder del Estado distinto al judicial. Normalmente los agentes coordinan la defensa con el órgano "responsable" del incumplimiento, léase el Ministerio de turno, una Comunidad Autónoma, o un organismo autónomo. Sin embargo, ¿cómo se "coordina" una defensa con el poder judicial? Si se hace, se tratará de una intervención que podría atentar contra la independencia de los tribunales. Si no se hace, los tribunales pueden acabar quedando indefensos e incluso "atacados" por su gobierno. Así ha sucedido en procedimientos prejudiciales cuando la cuestión tenía por objeto una jurisprudencia de un Tribunal Constitucional que planteaba dudas de compatibilidad con el Derecho de la Unión. En los asuntos Landtovà y Melloni, tanto el gobierno checo como el español no defendieron la conformidad de la jurisprudencia constitucional con el Derecho de la Unión, sino todo lo contrario, lo cual, desde un punto de vista institucional, resulta difícil de entender. Tampoco logró entenderlo el Tribunal Constitucional checo, que poco después de dictarse sentencia en el asunto Landtovà declaró dicha resolución *ultra vires*, principalmente como consecuencia de la actuación "inconstitucional" (según el Tribunal Constitucional checo) de su gobierno ante el Tribunal de Justicia.

<sup>15</sup> Véanse las Memorias de actividades del Tribunal de Justicia

elevado de asuntos especialmente complejos y con vínculos con el Derecho de la Unión, cosa poco probable, pues el incremento de cuestiones prejudiciales no sólo se produjo en 2010, sino también en 2011. Puede deberse a una mayor presencia de Magistrados con experiencia y conocimiento exhaustivo del Derecho de la Unión, aunque esta circunstancia quizás no explica por sí sola que en tan sólo dos años se planteen más prejudiciales que en los veinticuatro años anteriores. En mi opinión, la sentencia Comisión/España ha tenido algo que ver con todo ello, y sería comprensible que fuera así: los integrantes del Tribunal Supremo debieron cobrar conciencia de las consecuencias institucionales de una mala aplicación del Derecho de la Unión. Y por primera vez observaron que este tipo de actuación les deja expuestos al escrutinio público, no sólo de la comunidad jurídica española, sino de la comunidad jurídica de toda la Unión Europea.

Sin embargo, el efecto positivo que pudiera tener un incidente tan desafortunado como el asunto Comisión/España ha tardado poco en desvanecerse. A principios del año 2012 comenzó a desarrollarse una jurisprudencia en la Sala de lo Contencioso-Administrativo que cuestiona los pilares fundamentales del Derecho de la Unión, los reinterpreta, y todo ello con efectos siempre desestimatorios respecto de quien esgrime un derecho conferido por el ordenamiento europeo.

¿Qué ha sucedido? ¿La sombra de Comisión/España no era tan alargada como se pensaba? ¿La justicia española ha dado un giro euroescéptico? ¿Cómo se explica un cambio de rumbo tan llamativo y en un plazo tan breve? Tras analizar la referida jurisprudencia intentaré dar respuesta a algunos de estos interrogantes, aunque adelanto desde este momento que mis propuestas no serán muy concluyentes. Contrastaré esta jurisprudencia del Tribunal Supremo con otras resoluciones recientes del mismo órgano jurisdiccional, y pondré de relieve que no estamos ante un giro concertado que afecte en general a la judicatura española, pero sí ante la constatación de que los tribunales españoles siguen encontrando serias dificultades a la hora de aplicar los fundamentos del Derecho de la Unión Europea.

### **III. Límites al principio de primacía del Derecho de la Unión: la sentencia de 12 de abril de 2012 (Telefónica Móviles)**

#### *a) Descripción de la sentencia*

La sentencia de 12 de abril de 2012 se dicta en un recurso de casación interpuesto por Telefónica Móviles contra una sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de julio de 2006, que resolvía un recurso dirigido, en origen, contra una liquidación por el concepto de Tasa por Reserva del Dominio Público Radioeléctrico, correspondiente al año 2001, por un importe que ascendía a 677.599,51 euros. En el origen de dicha liquidación se encontraba el contrato administrativo celebrado entre Telefónica Móviles y la Administración General del Estado de concesión de la prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de comunicaciones móviles personales, así como de concesión del uso del dominio público radioeléctrico. La liquidación reflejaba un aumento respecto de las liquidaciones de años anteriores nada menos que de 7,65 veces el importe de la liquidación del año precedente. Esta modificación era fruto de una modificación en la Ley General de Telecomunicaciones introducida a través de las Leyes 13/2000 y 14/2000, de acompañamiento.

Entre los múltiples motivos invocados por la recurrente, me ceñiré exclusivamente al relativo al Derecho de la Unión. El argumento de Telefónica Móviles se centra en el artículo 11.2 de la Directiva 97/13/CE, que permite a los Estados miembros "autorizar a sus autoridades

nacionales de reglamentación a imponer gravámenes que tengan en cuenta la necesidad de garantizar el uso óptimo de dichos recursos, siempre y cuando no sean "discriminatorios" y tengan en cuenta "en especial, la necesidad de potenciar el desarrollo de servicios innovadores y de la competencia.". La recurrente entendía que el incremento de la Tasa tenía únicamente un fin recaudatorio y que nada tenía que ver con el desarrollo ni de los servicios innovadores ni de la competencia. Así pues, el Tribunal Supremo planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, cuya respuesta otorgaba al órgano remitente un amplio margen de actuación. Tras declarar que "el mero hecho de que [un] incremento del importe del gravamen sea sustancial –valoración que no discuten en el presente caso las partes que han presentado observaciones escritas al Tribunal de Justicia– no entraña, por sí solo, una incompatibilidad con el objetivo que debe perseguir, con arreglo al artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13, el gravamen por utilización de recursos escasos", el Tribunal de Justicia añadió a continuación que esta facultad sólo es admisible "siempre que se respeten las exigencias derivadas de dicho objetivo, es decir, siempre que el importe de dicho gravamen no sea excesivo ni esté subevaluado".

Ante esta respuesta desde Luxemburgo, el Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que el incremento no era desproporcionado. Para llegar a este resultado, desarrolló un alambicado razonamiento según el cual, muy resumidamente, la constatación de la incompatibilidad entre una Ley y el Derecho de la Unión no puede ser fruto de una mera ilegalidad, sino de una infracción palmaria. En palabras de la Sala:

[N]inguna duda cabe de que esta Sala tiene que pronunciarse sobre el motivo de casación en el que se denuncia la infracción del citado art. 11 de la Directiva 97/13/CE, [partiendo de la siguiente premisa]: la presunción de que la Ley cuestionada respeta el Derecho comunitario. Punto de partida que deriva [...] del respeto que los poderes públicos en general y esta Sala en particular deben a una norma emanada del Parlamento democrático, conforme al procedimiento establecido en las normas que conforman el bloque de la constitucionalidad, y que responde a una decisión de naturaleza política, que es propia de los representantes de la ciudadanía y que, desde dicha estricta perspectiva, escapa al control de este Tribunal o de cualquier otro.

[...]

Presunción de conformidad de la Ley con el Derecho comunitario que tiene como corolario lógico el de que esta Sala sólo podrá declarar la contradicción del art. 66 de la Ley 13/2000 con la Directiva 97/13/CE si la sociedad recurrente, cumpliendo con la carga que le corresponde, mostrara a esta Sala la existencia de la lesión denunciada de forma evidente, palmaria. Y es que, insistimos, a diferencia de lo que sucede en aquellos casos en los que se aprecia la posible existencia de lesión constitucional, que obligan a los órganos judiciales a plantear motivadamente cuestión de inconstitucionalidad, para que sea el Tribunal Constitucional el que, en su caso, expulse la norma del ordenamiento jurídico, si esta Sala llegara a la conclusión de que la norma cuestionada en esta sede es contraria al Derecho comunitario, podría, sin mayores trámites, ordenar su inaplicación.

[...]

Es precisamente la posibilidad de que se dé esta consecuencia tan grave, que, en definitiva, vendría a desautorizar la decisión del Parlamento del Estado, la que nos obliga a exigir del recurrente, con más fundamento que cuando se nos pide que planteemos una cuestión de inconstitucionalidad, que nos ofrezca, no meros indicios, más o menos sólidos, de la vulneración de la Directiva 97/13/CE, sino, prácticamente, certezas."

Como era de esperar, la recurrente fue incapaz de suministrar "certezas" de que la Ley reguladora del incremento de la Tasa era contraria al artículo 11.2 de la Directiva 97/13/CE, y el motivo fue desestimado.

#### *b) Análisis de la sentencia*

Ya desde el año 1978, el Tribunal de Justicia venía declarando que "es incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho de la Unión toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o cualesquiera prácticas, legislativas, administrativas o judiciales, que tengan por efecto disminuir la eficacia del Derecho de la Unión por el hecho de negar al juez competente para aplicar éste la facultad de hacer, en el momento mismo de dicha aplicación, cuanto sea necesario para descartar las disposiciones legales nacionales que, en su caso, constituyan un obstáculo a la plena eficacia de las normas del Derecho de la Unión directamente aplicables"<sup>16</sup>. Este enunciado de la sentencia *Simmenthal* ha sido posteriormente aplicado a múltiples supuestos en los que un Estado miembro ha intentado limitar (siempre sin éxito) los poderes de los jueces a la hora de aplicar el principio de primacía. Poco ha importado la naturaleza constitucional de la norma inaplicada<sup>17</sup>, la fuerza de cosa juzgada de la resolución judicial en liza<sup>18</sup> o el valor democrático de la Ley en disputa<sup>19</sup>. En palabras del Tribunal de Justicia, sea cual sea la peculiaridad que revista la norma nacional enjuiciada, ello "no obsta a que el tribunal nacional, en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, deje inaplicadas dichas disposiciones en el litigio que se sustancia ante él si las considera contrarias al Derecho comunitario"<sup>20</sup>.

Si ahora resulta, según dice la sentencia del Tribunal Supremo aquí comentada, que la aplicación de la primacía del Derecho de la Unión exige una mayor carga probatoria del recurrente, así como una constatación no de una ilegalidad, sino de una infracción "evidente y palmaria", salta a la vista que estamos ante un requisito que dificulta la aplicación del principio de primacía. Así lo entendió también el Magistrado Huelin Martínez de Velasco en el voto particular formulado a la referida sentencia, donde destacó que si se admitiera, como hace la mayoría de la Sala, "una exigencia de un mayor rigor probatorio para dejar inaplicada una ley nacional ante su posible contradicción con una disposición del derecho de la Unión, padecerían [...] principios capitales de este ordenamiento jurídico"<sup>21</sup>.

En efecto, una evidencia "palmaria", una "certeza", es algo que puede exigirse en el plano fáctico, pero no en el de la interpretación de normas. La única situación en la que cabe una incompatibilidad normativa "palmaria" o "cierta" sería aquella en la que se produce una contradicción lógica entre dos actos que no admite interpretación conforme: *hágase x*, frente a *no se haga x*. Pero es bien sabido que los supuestos de incompatibilidad entre normas tienen, en la inmensa mayoría de los casos, un componente de discrecionalidad interpretativa.

---

<sup>16</sup> Sentencia de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal* (106/77, Rec. p. 629).

<sup>17</sup> Sentencia de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki* (C-213/07, Rec. p. I-9999).

<sup>18</sup> Sentencia de 18 de julio de 2007, *Lucchini* (C-119/05, Rec. p. I-6199).

<sup>19</sup> Sentencia de 19 de junio de 1990, *Factortame y otros* (C-213/89, Rec. p. I-2433).

<sup>20</sup> Sentencias de 4 de junio de 1992, *Debus* (C-13/91 y C-113/91, Rec. p. 3617), apartado 32; de 27 de octubre de 2009, *ČEZ* (C-115/08, Rec. p. I-0000), apartado 138, y de 19 de noviembre de 2009, *Filipiak* (C-314/08, Rec. p. I-0000), apartado 84.

<sup>21</sup> Voto particular del Magistrado Huelin Martínez de Velasco, Fundamento Tercero, apartado B.

La aplicación del principio de proporcionalidad es buena prueba de esta realidad, pero ello nunca ha impedido a los tribunales nacionales hacer uso de él para declarar la ilegalidad de una norma nacional, sea una Ley, un Decreto, una Orden Ministerial o, en algún caso, la mismísima Constitución. El criterio que desarrolla el Tribunal Supremo en la sentencia aquí comentada imposibilitaría la aplicación del principio de primacía de la Unión de la inmensa mayoría de supuestos en los que interviene. De seguirse el criterio del alto tribunal, nunca podría inaplicarse una Ley contraria a una libertad de circulación, pues éstas están redactadas en unos términos que exigen siempre un importante grado de interpretación. Por la misma regla, tampoco podría aplicarse la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyos enunciados son, como suele ser habitual en este tipo de textos, ambiguos e indeterminados.

Además, el planteamiento de la sentencia aquí comentada no sólo se resiente a la luz del principio de primacía, sino también a la vista del principio de equivalencia, ampliamente desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En virtud de dicho principio, "la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna"<sup>22</sup>. Y eso que prohíbe el principio es precisamente lo que hace el Tribunal Supremo: otorgar un trato más favorable a las reclamaciones de inconstitucionalidad de una Ley en contraste con las reclamaciones de anticomunitariedad de la Ley. Como dice la sentencia, "la posibilidad de que se dé esta consecuencia tan grave [la inaplicación de una Ley] [...] nos obliga a exigir del recurrente, *con más fundamento que cuando se nos pide que planteemos una cuestión de inconstitucionalidad*, que nos ofrezca, no meros indicios, más o menos sólidos, de la vulneración de la Directiva 97/13/CE, sino, prácticamente, certezas."

El Tribunal Supremo debería estar ya familiarizado con el principio de equivalencia y, en particular, con la imposibilidad de dar un trato más beneficioso a quien invoca la inconstitucionalidad de la ley en detrimento de quien invoca su anticomunitariedad. La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Transportes Urbanos, que resuelve esta cuestión, trae causa precisamente de una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo<sup>23</sup>. En dicho asunto el Tribunal de Justicia declaró contraria al principio de equivalencia una jurisprudencia que distinguía entre pretensiones de constitucionalidad y de comunitariedad a fin de dar un tratamiento procesal diferente al recurrente. Sin embargo, el Tribunal Supremo vuelve a traer a colación la distinción entre control de constitucionalidad y control de comunitariedad, y precisamente para hacer lo que ya el Tribunal de Justicia le dijo que no podía hacer: darle un trato más oneroso al segundo.

---

<sup>22</sup> Véanse, en particular, las sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989), apartado 5, de 16 de diciembre de 1976, Comet (45/76, Rec. p. 2043), apartado 12, y de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck, (C-312/93, Rec. p. I-4599), apartado 12.

<sup>23</sup> Sentencia de 26 de enero de 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales (C-118/08, Rec. p. I-00635).

#### **IV. Límites al principio de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión: las sentencias de 18 de enero (Plusvalías de no residentes) y de 5 de marzo de 2012 (Directiva de células y tejidos humanos)**

##### *a) Descripción de la sentencia de 18 de enero de 2012*

En el año 2009, el Tribunal de Justicia dictó una sentencia de condena contra el Reino de España en el asunto Comisión/España<sup>24</sup>, declarando la lesión del artículo 63 TFUE al entender que la legislación española discriminaba sin fundamento las ganancias patrimoniales obtenidas en España según que los sujetos pasivos fueran residentes o no residentes. La sentencia se dictó por una sala de cinco jueces y sin conclusiones del Abogado General, lo cual indica que el asunto no tenía ni una especial relevancia ni tampoco una gran complejidad.

Un matrimonio británico no residente en España, pero propietarios de un inmueble en Alicante que vendieron en 2004, tributaron la plusvalía con arreglo al tipo impositivo del 35 %, aplicable entonces a los no residentes. En aquel momento, el tipo impositivo aplicable a los contribuyentes residentes se reducía al 15%. Tras dictarse la sentencia del Tribunal de Justicia antes citada, el matrimonio ejerció una acción de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión. Tras desestimarse su solicitud por el Consejo de Ministros, se interpuso recurso ante el Tribunal Supremo, jurisdicción que a su vez desestimó la pretensión de los recurrentes al considerar que no existía una infracción suficientemente caracterizada.

Tras admitir que los recurrentes se habían visto perjudicados por un trato diferenciado en la aplicación del tipo impositivo declarado ilegal por el Tribunal de Justicia, y después de una larga descripción de la sentencia Comisión/España, antes citada, el Tribunal Supremo consideró que no se había producido una infracción suficientemente caracterizada por los siguientes motivos:

"[P]orque lo constatado [por la sentencia del Tribunal de Justicia] fue que la normativa controvertida no respondía, en el sentido o acepción de dar respuesta, a una diferencia de situación derivada del lugar de residencia de los contribuyentes, ni estaba justificada por la necesidad de preservar la coherencia del sistema tributario. Y, también, porque más allá de ello no hay en [la jurisprudencia del Tribunal de Justicia] valoración expresa ni implícita de las circunstancias que han de tenerse en cuenta para decidir qué grado o entidad deba predicarse del incumplimiento, ni, tampoco, de que éste hubiera llegado a obstaculizar la libre circulación de capitales hasta el punto de hacer menos atractiva la transferencia de estos para los no residentes, al disuadirlos de efectuar inversiones inmobiliarias en España y, por lo tanto, otras operaciones relativas a estas inversiones, como la venta de inmuebles.

Calificación, la requerida, que tampoco se desprende de la actitud observada por nuestro Estado de la que da cuenta aquella sentencia, pues, de un lado, en el largo espacio temporal en que perduró esa diferencia de trato, que concretaremos después, no tenemos constancia de procesos jurisdiccionales internos en los que la misma se hubiera puesto en tela de juicio; y, de otro, cuando se puso, a través del requerimiento de la Comisión de 18 de octubre de 2004 y de su posterior dictamen motivado de 13 de junio de 2005, aquél indicó el 7 de febrero siguiente que se estaban tramitando las modificaciones necesarias para poner término al incumplimiento, adoptándolas en efecto el 28 de noviembre de 2006, con entrada en vigor el 1 de enero de 2007"<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Sentencia de 6 de octubre de 2009, Comisión/España (C-562/07, Rec. p. I-09553).

<sup>25</sup> Sentencia de 17 de enero de 2012, FJ 7º.

### *b) Descripción de la sentencia de 5 de marzo de 2012*

La siguiente sentencia, dictada pocas semanas después de la anterior, vuelve a centrarse en una acción de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión, aunque en este caso no existía una sentencia previa de condena del Tribunal de Justicia. El asunto se planteaba por una empresa que invocaba la tardía y defectuosa transposición en España de la Directiva 2004/23/CE, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos. La sentencia del Tribunal comienza con un análisis de las condiciones para apreciar la existencia de responsabilidad, centrándose en particular en el requisito de la infracción suficientemente caracterizada.

De forma un tanto sorprendente, la sentencia establece una diferencia entre los daños producidos por el *retraso en la transposición* y los originados por la *transposición defectuosa*<sup>26</sup>.

Respecto de los primeros, la sentencia desestima la pretensión de la recurrente al considerar que el régimen español preexistente a la Directiva cumplía con las exigencias básicas introducidas por ésta. Pero al llegar a la transposición defectuosa es donde la sentencia introduce una curiosa novedad, concretamente al añadir lo siguiente:

"Es innegable que no puede imputarse a la Directiva una incorrecta transposición ya que el Reino de España no ha sido condenado por el Tribunal de Justicia ni tampoco demandado ante el mismo por las correspondientes instituciones comunitarias"<sup>27</sup>.

Por tanto, y en vista de que el Tribunal de Justicia no se había pronunciado hasta la fecha sobre la corrección con la que España había transpuesto la Directiva 2004/23/CE, el Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que no podía constatar la existencia de un ilícito y, en consecuencia, en ausencia de una infracción suficientemente caracterizada, desestimó el motivo.

### *c) Análisis de las sentencias*

Las dos sentencias que se acaban de exponer sorprenden por su evidente incoherencia: en una se declara que la existencia de una sentencia de condena no es suficiente para constatar la "infracción suficientemente caracterizada", mientras que en otra se establece como condición de dicha infracción la existencia de una condena a cargo del Tribunal de Justicia. O una cosa o la otra, pero no las dos a la vez. Algo que resulta aún más preocupante si se observa que ambas sentencias proceden de la misma sección de la Sala Tercera y se dictaron con un mes y medio de diferencia.

Además, ambas sentencias incurren en un error, pues no es necesario que el Tribunal de Justicia se pronuncie para que un juez nacional constate la existencia de una "infracción suficientemente caracterizada", de la misma manera que, una vez declarada la misma por el Tribunal de Justicia, se trata de una infracción objetivizada desde el momento en que se dicta la sentencia y, por tanto, blindada a cualquier apreciación por parte del juez nacional. Así lo

---

<sup>26</sup> Sentencia de 5 de marzo de 2012, FJ 8º.

<sup>27</sup> *Ibid*, FJ 8º.

estableció la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ya desde la sentencia *Brasserie* dejó bien clara su postura al respecto<sup>28</sup>.

En efecto, tras recordar la sentencia *Brasserie* que "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", en su apartado 22 la sentencia añade:

"Así sucede también en el caso de lesión de un derecho directamente conferido por una norma comunitaria *que los justiciables tienen precisamente derecho a invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales*. En este supuesto, el derecho a reparación constituye el corolario necesario del efecto directo reconocido a las disposiciones comunitarias cuya infracción ha dado lugar al daño causado" (cursiva añadida).

Es evidente que la responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión perdería su virtualidad si dependiera necesariamente de la declaración de condena del Tribunal de Justicia, cuyas competencias no garantizan en absoluto que vaya a poder pronunciarse. El recurso por incumplimiento dependerá de la decisión de la Comisión o de otro Estado miembro de instarlo, y la cuestión prejudicial sólo existirá si un juez nacional decide plantearla (pues incluso los órganos de última instancia, que en principio están obligados a hacerlo, tienen un amplio margen de discrecionalidad reconocido por el Tribunal de Justicia). Por tanto, exigir la existencia de una sentencia del Tribunal de Justicia constatando que un acto nacional es contrario al Derecho de la Unión, haría saltar por los aires todo el sistema de reparación pecuniaria desarrollado desde las sentencias *Francovich* y *Brasserie*. De hecho, el Tribunal de Justicia ha criticado severamente esta lectura una y otra vez, como lo demuestra la ya citada sentencia *Transportes Urbanos*, donde al hilo de una jurisprudencia del Tribunal Supremo español se afirma lo siguiente:

"procede señalar que, contrariamente a lo que parecen sugerir determinados planteamientos de la jurisprudencia [del Tribunal Supremo español], la reparación del daño causado por una infracción del Derecho de la Unión por un Estado miembro, no está subordinada al requisito de que una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial declare la existencia de tal infracción (véanse, en este sentido, las sentencias *Brasserie du pêcheur* y *Factortame* [...], apartados 94 a 96, *Dillenkofer* y otros [...] apartado 28, y *Danske Slagterier* [...], apartado 37)"<sup>29</sup>.

Por otro lado, la afirmación genérica que hace la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2012, según la cual no existe "infracción suficientemente caracterizada" a pesar de que exista un pronunciamiento del Tribunal de Justicia, se encuentra en abierta contradicción con la tantas veces citada sentencia *Brasserie*. Basta con leer sus apartados 55 a 57 para observar que una sentencia de condena dictada en un recurso por incumplimiento "objetiviza" el requisito de la "infracción suficientemente caracterizada":

---

<sup>28</sup> Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur* y *Factortame* (C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029), apartado 31, desarrollada posteriormente por una amplia jurisprudencia, entre las que aparecen, entre otras, las sentencias de 23 de mayo de 1996, *Hedley Lomas* (C-5/94, Rec. p. I-2553), apartado 24; de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer* y otros (C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, Rec. p. I-4845), apartado 20; de 2 de abril de 1998, *Norbrook Laboratorios* (C-127/95, Rec. p. I-1531), apartado 107; de 4 de julio de 2000, *Haim*, (C-424/97, Rec. p. I-5123), apartado 36; de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, Rec. p. I-2107), apartado 122, y de 17 de abril de 2007, *AGM-COS.MET* (C-470/03, Rec. p. I-2749), apartado 83.

<sup>29</sup> Sentencia *Transportes Urbanos*, antes citada,, apartado 38.

"el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es el de la inobservancia manifiesta y grave, por parte tanto de un Estado miembro como de una Institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación.

[...]

*En cualquier caso, una violación del Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido".*

Como se observa, el Tribunal de Justicia se refiere a una sentencia de condena en un recurso por incumplimiento, a una sentencia prejudicial que interpreta la norma de la Unión de tal manera que se oponga a la norma nacional cuestionada, o a una jurisprudencia reiterada. Los dos primeros supuestos se plantearán cuando la norma nacional cuestionada constituya el objeto del proceso y por tanto se pueda constatar claramente la ilicitud de la misma. El tercer supuesto se refiere a una norma nacional que, a la luz de una jurisprudencia que no se refiere específicamente a ella pero que es ya muy abundante y reiterada, es a todas luces contraria a ésta<sup>30</sup>.

El discurso general de la sentencia plantea problemas, como se acaba de ver. Pero tampoco se sostiene al aplicarlo al caso concreto. Recuérdese que los hechos del asunto se retrotraen a un momento anterior a la sentencia de condena del Tribunal de Justicia, de modo que no nos encontramos ante un efecto "objetivizante" de la misma. Sin embargo, resulta impactante que el Tribunal Supremo minimice el contenido de la sentencia condenatoria, la cual aporta indicios más que suficientes para concluir que la infracción, incluso antes de que el Tribunal de Justicia se pronunciara, era suficientemente caracterizada. Recuérdese que el Tribunal de Justicia se pronunció en una sala de cinco jueces sin siquiera conclusiones de su abogado general, y en su resolución se limitó a reproducir una jurisprudencia ampliamente consolidada y extensible a todas las libertades con vínculos con la materia fiscal. No obstante, y de forma sorprendente, el Tribunal Supremo se limitó a destacar dos aspectos para justificar la inexistencia de la "infracción suficientemente caracterizada": el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la norma ilícita y la iniciación del recurso por incumplimiento, y el carácter ambiguo tanto de la libre circulación de capitales como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de fiscalidad directa. Como es bien sabido, en el año 2004, fecha en la que los recurrentes tributaron el incremento patrimonial, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia se encontraba profundamente desarrollada<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Sobre las condiciones sustantivas de la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión, véanse, entre otros, los trabajos de Alonso García, R., *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Ed. Civitas, Madrid, 1997; Barav, A., *State liability in Damages for breach of Community Law in the National Courts*, *Yearbook of European Law*, 1996; Cobreros Mendazona, E., *Incumplimiento del Derecho Comunitario y responsabilidad del Estado*, Ed. Civitas, Madrid, 1995; Guichot, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

<sup>31</sup> Véase, entre muchos otros, el excelente trabajo de Lenaerts, K. y Bernardeau, L., "L'encadrement communautaire de la fiscalité directe", *Cahiers de droit européen*, nº 1-2, 2007, donde se constata que ya en el año 2007 la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se hallaba prácticamente consolidada en todos los elementos de la materia fiscal y, en particular, de la fiscalidad directa, que es la que afectaba al caso aquí analizado.

Las dos sentencias comentadas ofrecen un panorama preocupante para el Derecho de la responsabilidad patrimonial, pero también, en general, para el Derecho de la Unión. Recuérdese que la acción de responsabilidad patrimonial creada en las sentencias Francovich y Brasserie tiene por objeto la reparación de aquellas situaciones en las que una norma de Derecho de la Unión tiene efecto directo, pero también en las que no. La responsabilidad actúa, por tanto, como una suerte de "cierre del sistema" para asegurar que los derechos que confiere el Derecho de la Unión a los particulares se vean siempre salvaguardados<sup>32</sup>. Las dos sentencias aquí comentadas no sólo contradicen la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, sino que, además, imposibilitan al particular hacer efectivos los derechos que le otorga el ordenamiento europeo. El matrimonio británico que observó cómo el Tribunal de Justicia constataba la ilegalidad del tipo impositivo que se les había pagado, se encuentran ahora en una situación de total desprotección. La empresa que invocó la infracción de la Directiva 2004/23 sufre un tanto de lo mismo. Y al igual que ellos, en la misma situación se va a encontrar cualquier otro particular que invoque la ilegalidad de una norma española contraria al Derecho de la Unión al reclamar del Estado los daños sufridos. Además, el cierre de toda vía indemnizatoria se vuelve infranqueable, pues el razonamiento de las dos sentencias es circular: hace falta una sentencia declarando el incumplimiento del Estado, pero luego, cuando existe tal sentencia, ello no basta para constatar una "infracción suficientemente caracterizada". Ninguno de los dos requisitos es conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pero la suma de los dos imposibilita el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión.

## **V. Reinterpretación del sistema de fuentes de la Unión: las sentencias de 11 y 12 de diciembre de 2010 (trabajadores autónomos del transporte por carretera) y de 13 de octubre de 2011 (ERCROS).**

### *a) Descripción de las sentencias de 11 y 12 de diciembre de 2010 (trabajadores autónomos del transporte por carretera)*

Estas dos sentencias resuelven sendos recursos interpuestos por varias asociaciones del sector del transporte por carretera contra el Real Decreto 902/2007, de 6 de julio, sobre jornadas especiales de trabajadores, cuyo articulado modificaba a su vez el Real Decreto 1561/1995. Dicho texto, que introducía varias medidas sobre ordenación del tiempo de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena del transporte por carretera, excluía expresamente de su aplicación a los trabajadores por cuenta propia del sector. En opinión de los recurrentes, esa exclusión era contraria al Derecho de la Unión, que había excluido temporalmente a estos últimos trabajadores del ámbito de aplicación de la Directiva 2002/15, sobre ordenación del tiempo de trabajo, pero había dispuesto varias medidas sobre los tiempos de descanso y conducción en un Reglamento posterior.

La sentencia acierta, en mi criterio, al desestimar la pretensión de los recurrentes. Sin embargo, al entrar en la relación entre la Directiva 2002/15 y el Reglamento 561/2006, posterior a la primera, la sentencia afirma lo siguiente:

"En el plano comunitario si acudimos al art. 249 de la versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea observamos que las modalidades de actuación de

---

<sup>32</sup> Así la hemos definido yo mismo y Baquero Cruz, J., en "Principios Fundamentales del Ordenamiento Comunitario y Administraciones Nacionales", en Rubio Llorente, F., *El Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el Ordenamiento Español*, CEPC, Madrid, 2008, pg. 487.

la Comunidad que se proyectan jurídicamente son el Reglamento, la Directiva, la Decisión, la Recomendación y el Dictamen.

Sin embargo, no todos los citados instrumentos jurídicos ostentan el mismo rango.

[...]

Resulta, pues, indiscutible que en el sistema de fuentes del derecho comunitario el contenido de un Reglamento prevalece sobre una Directiva, así como que respecto a aquel los Estados deben limitarse a aplicarlo sin proceder a reproducirlo en normativa interna."

#### *b) Descripción de la sentencia de 13 de octubre de 2011 (ERCROS)*

La siguiente resolución resuelve un recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Nacional, por la que se desestima una pretensión indemnizatoria contra la Administración General del Estado, como consecuencia de la disminución del complemento de pensión o mejora voluntaria, pactada en el Convenio de Acreedores correspondiente a la suspensión de pagos de la empresa ERCROS. Los recurrentes entendían que el perjuicio se les causó, en parte, por la tardanza en la transposición de la Directiva 80/987/CEE relativa a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario.

Entre los distintos textos de Derecho de la Unión manejados por los recurrentes, se hizo alusión a un informe de la Comisión relativo a la aplicación de la Directiva 80/987/CEE, donde se constataba el efecto directo del artículo relevante para el caso. Esta afirmación de la Comisión confirmaría que España se encontraba en situación de incumplimiento cuando los trabajadores sufrieron la disminución del complemento de pensión o mejora voluntaria.

Tras describir el sistema de fuentes del Derecho de la Unión (incluida la alusión al superior valor jerárquico del Reglamento sobre la Directiva), el Tribunal Supremo termina su razonamiento afirmando muy sintéticamente:

"Los informes de la Comisión no son instrumentos jurídicos".

Así pues, el Tribunal Supremo descarta todo valor del referido Informe y llega a la conclusión de que, a pesar de la situación de infracción en la que se encontraba España, no existe un vínculo causal entre el ilícito y el daño sufrido.

#### *c) Análisis de las sentencias de 11 y 12 de diciembre de 2012 y de 13 de octubre de 2011*

No hay mucho que añadir a las sentencias recién expuestas, pues su argumentación habla por sí sola. Una afirmación según la cual el Reglamento es un instrumento jerárquicamente superior a la Directiva carece de todo fundamento, pues es bien sabido que el principio de jerarquía no se aplica a las relaciones entre los actos de Derecho derivado de la Unión. Es más: resulta habitual encontrar Reglamentos que derogan Directivas y viceversa, lo cual

confirma en términos prácticos la inexistencia de una relación jerárquica entre ambos instrumentos<sup>33</sup>.

Por otro lado, negar la existencia de efectos jurídicos a los informes de la Comisión, especialmente cuando son objeto de publicación en el Diario Oficial, contradice igualmente una jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, según la cual es necesario "tomar en consideración" los actos del llamado "soft law"<sup>34</sup>. No es equivocado afirmar, como parece indicar la sentencia, que un informe de la Comisión no predetermina la interpretación del Derecho de la Unión. Pero ello no es incompatible con un deber de interpretación a la luz del "soft law" en la medida de lo posible, tal como viene exigiendo el Tribunal de Justicia en asuntos como Grimaldi<sup>35</sup>, Lodato<sup>36</sup> o Polska Telefonya<sup>37</sup>.

Lo sorprendente de ambas sentencias es que las dos afirmaciones que se acaban de comentar eran innecesarias si lo que se pretendía era llegar al resultado al que llegó el Tribunal Supremo. En ningún caso era imprescindible traer a colación la relación entre Reglamentos y Directivas a la hora de interpretar el alcance de la obligación que recaía sobre el Estado al ejecutar ambos actos. De la misma manera, el informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 80/987, por el simple hecho de admitir que su artículo 8 tiene efecto directo, en nada contradecía la tesis que finalmente aceptó el Tribunal Supremo: la inexistencia de relación de causalidad entre el daño causado a los trabajadores y la falta de transposición. A diferencia de las sentencias comentadas en los apartados anteriores, las dos resoluciones aquí reseñadas incurren en errores de derecho que habrían sido perfectamente evitables, incluso para llegar al mismo resultado.

## VI. ¿Un giro euroescéptico en el Tribunal Supremo español?

Llegados a este punto, es legítimo preguntarse si en el Tribunal Supremo existe actualmente una suerte de agenda oculta, una política judicial preconcebida y orientada a matizar el alcance del Derecho de la Unión Europea en España. Las sentencias analizadas no son meras excepciones puntuales, desacuerdos o discrepancias en terrenos de la legislación susceptibles de interpretación. Al contrario, las resoluciones comentadas son pronunciamientos divergentes con los fundamentos básicos del Derecho europeo, como los principios de primacía, de efecto directo o de responsabilidad. Sin ellos, o con un entendimiento anómalo de los mismos, el ordenamiento de la Unión sería algo más próximo al Derecho internacional que al Derecho de la Unión que hoy conocemos. Por tanto, ¿estamos ante una estrategia concertada desde el alto órgano jurisdiccional?

Por los motivos que ahora expondré, entiendo que la respuesta debe ser negativa. A pesar de la relevancia de las sentencias citadas, también hay que tener en cuenta las resoluciones

---

<sup>33</sup> Sobre el principio de jerarquía en el Derecho derivado de la Unión, véase Hoffmann, H., "Legislation, Delegation and Implementation Under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality", *European Law Journal*, nº 15, 2009, pgs. 483 a 486.

<sup>34</sup> Al respecto, véase Alonso García, "El soft law comunitario", *Revista de Administración Pública*, 2001, vol. 154; R. Gómez-Ferrer Rincón, "El soft law comunitario en materia de telecomunicaciones", *Revista Española Derecho Europeo*, 2003, y Sarmiento, D., *El soft law administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 2007.

<sup>35</sup> Sentencia de 13 de diciembre de 1989, Grimaldi, C-322/88, Rec. p. 4407.

<sup>36</sup> Sentencia de 2 de abril de 2009, Lodato (C-415/07, Rec. p. I-02599).

<sup>37</sup> Sentencia de 12 de mayo de 2011, Polska Telefonia (C-410/09, Rec. p. I-0000).

dictadas recientemente por el Tribunal Supremo en las que se observa una impecable aplicación del Tribunal de Justicia.

Entre otras resoluciones dignas de mención, destacaré las sentencias dictadas al hilo de la sentencia UGT-Rioja del Tribunal de Justicia, referidas a las llamadas "vacaciones fiscales vascas"<sup>38</sup>. Tras dictarse sentencia en el referido asunto, el Tribunal de Justicia sentó unas bases meridianamente claras que permitían al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco declarar la existencia de un marco de referencia no estatal, sino autonómico, aplicable al País Vasco. Así lo entendió el órgano de instancia, y lo avaló igualmente el Tribunal Supremo en diversas sentencias que confirman punto por punto la resolución impugnada. Lo sorprendente de las sentencias no es sólo que el Tribunal Supremo tuviera que modificar su propia jurisprudencia anterior a la sentencia del Tribunal de Justicia<sup>39</sup>, sino que además aceptó una interpretación maximalista de ésta, dejando de lado los márgenes interpretativos que el tribunal de Luxemburgo otorgaba a los tribunales españoles<sup>40</sup>. El férreo acatamiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es tal, que varios magistrados integrantes de la sala formularon votos particulares destacando la existencia de un margen de maniobra abiertamente reconocido por Luxemburgo, pero soslayado por la mayoría de la sala.

La sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo de 14 de mayo de 2012, relativa a una multa impuesta a raíz de una salida de capital en efectivo sin previa declaración a la Administración, se enfrentaba a una objeción basada en la libre circulación de capitales. Tras definir el marco normativo de Derecho de la Unión, la sentencia abordó las quejas del recurrente, fundamentalmente basadas en varias sentencias del Tribunal de Justicia. En vez de descartar el argumento apelando a la falta de relevancia de las referidas sentencias, la sala se embarcó en un análisis individualizado de cada una de ellas, explicando con esmerado detalle por qué ninguna resultaba aplicable al caso. Una labor de *distinguishing* a la que no nos tienen acostumbrados los tribunales nacionales, pero que en esta ocasión el Tribunal Supremo realiza con especial meticulosidad y acierto.

Un tanto de lo mismo cabe decir de la sentencia también de la sala de lo contencioso-administrativo, de 27 de abril de 2012, sobre reagrupación familiar y la interpretación de la Directiva 2004/38, de residencia. La sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra una resolución que acogía la pretensión de dos progenitores de acogerse al régimen de residencia de ascendientes previsto en la Directiva 2004/38. El hecho de que los padres no se encontraban "a cargo" de su hijo, nacionalizado español y residente en España, a pesar de que contaban con recursos para mantenerse económicamente en España, justificó la desestimación inicial de su solicitud de residencia. El Tribunal Supremo interpretó la sentencia Jia<sup>41</sup>, en especial su definición de las circunstancias que dan pie a que un familiar se encuentre "a cargo" del residente, y descartó fundadamente los argumentos del Estado. Además, profundizó en la aplicación analógica del Derecho de extranjería de la Unión a supuestos puramente internos, como era el de autos, a fin de evitar interpretaciones incoherentes entre la situación de los españoles que ejercen la libre circulación y los que no.

---

<sup>38</sup> Sentencia de 11 de septiembre de 2008, UGT-Rioja (C-428/06 a C-434/06, Rec. p. I-06747).

<sup>39</sup> Véanse las sentencias de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 30 de noviembre y de 9 de diciembre de 2004. Sobre esta jurisprudencia, véase Martínez Caballero, R. y Ruiz Almendral, V., "Ayudas de Estado selectivas y poder tributario de las Comunidades Autónomas", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº. 20, 2006.

<sup>40</sup> Sentencia UGT-Rioja, antes citada, apartados 129 y siguientes.

<sup>41</sup> Sentencia de 9 de enero de 2007, Jia (C-1/05, Rec. p. I-1).

Por tanto, considero que no nos encontramos ante un posible "giro euroescéptico", sino todo lo contrario. El Tribunal Supremo, y más concretamente su sala de lo contencioso-administrativo, aplican con frecuencia, y aplican acertadamente, el Derecho de la Unión. Las sentencias que se acaban de exponer en este apartado son una breve muestra de cómo el ordenamiento europeo no encuentra obstáculos a su aplicación en el Tribunal Supremo español, al menos cuando los asuntos no abordan cuestiones de principio.

Y esta es la principal diferencia entre las sentencias que se han analizado críticamente y las que ahora acabo de destacar: mientras los asuntos que podríamos calificar como *sectoriales* se resuelven con acierto, los asuntos *generales* son lo que encuentran mayores dificultades. Una vez más, el Tribunal Supremo demuestra que no termina de interiorizar los fundamentos del Derecho de la Unión Europea, un fenómeno del que dio múltiples ejemplos en los años noventa, y que las sentencias aquí comentadas confirman que sigue vigente.

## **VII. Cuestión de principio: la aplicación judicial del Derecho de la Unión en España y el eterno retorno a los fundamentos**

En un artículo publicado en 2007 sobre el Derecho de la Unión y el Tribunal Supremo español, destacué que las cuestiones prejudiciales planteadas hasta la fecha por este tribunal nunca habían tratado cuestiones de principio, sino aspectos muy puntuales y de interpretación en áreas técnicas, como el Derecho de las telecomunicaciones, el Derecho de la competencia o la contratación administrativa<sup>42</sup>. El Tribunal Supremo parecía tener muy claros los fundamentos del Derecho de la Unión, pues apenas le suscitaban interrogantes. Algo, por lo demás, que no sólo sucedía en la última instancia española, sino también en muchas otras altas jurisdicciones de otros Estados miembros<sup>43</sup>.

Con la excepción del asunto Transportes Urbanos, donde se planteaba una compleja cuestión en la que se enlazaban los principios de equivalencia y de responsabilidad patrimonial, las cuestiones prejudiciales del Tribunal Supremo posteriores a 2007 han seguido la misma tónica habitual. Sin embargo, las cuatro sentencias analizadas críticamente en páginas anteriores demuestran que los grandes principios del Derecho de la Unión están lejos de encontrarse bien interiorizados entre los integrantes del Tribunal Supremo. Puede resultar sorprendente que ello sea así, casi treinta años después del ingreso de España en la Unión. Sin embargo, un análisis más detallado mostrará que este resultado no es casual, y que las causas del problema no pueden ni mucho menos imputarse exclusivamente a los integrantes del Tribunal Supremo.

El ordenamiento jurídico de la Unión Europea es un sistema de normas en constante construcción, y no sólo porque su grado de motorización sea muy superior a la de los Estados miembros, sino también por la constante transformación de sus fundamentos. Despacio pero sin pausa, la Unión fortalece la normatividad de su ordenamiento a base de pequeños pero significativos pasos que nunca hacen su entrada de golpe, sino más bien por goteo. El efecto

---

<sup>42</sup> Sarmiento, D., "La cuestión prejudicial comunitaria y el Tribunal Supremo", *cit.*

<sup>43</sup> En el año 2003, la Comisión inició los trámites administrativos para interponer un recurso por incumplimiento contra Suecia, a raíz de la ausencia de prejudiciales procedentes de su Tribunal Supremo. Al respecto, véase la carta de la Comisión (2003/2161, C (2004) 3899) y la crónica de este incidente, que desembocó en una reforma legislativa, en Follesdal, A. y Wind, M., "Nordic Reluctance Towards Judicial Review Under Siege", *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 27, nº 2, pp. 152 y 153.

directo, la primacía, la ciudadanía, la unión monetaria, la disciplina fiscal, todos los grandes hitos de la construcción europea son el resultado de un proceso de microgestión política, económica y jurídica. Visto con cierta perspectiva, el método ha sido un éxito. Pero el éxito lleva aparejados grandes costes, como, entre otros, la dificultad para seguir y comprender el alcance real de cada pequeño paso. Esto es precisamente lo que le sucede a los grandes principios del Derecho de la Unión al aplicarlos en los tribunales nacionales.

Pongamos un ejemplo bien manido pero no por ello menos importante: el efecto directo de las Directivas. Una cuestión que debería quedarle clara a los integrantes de la judicatura, desgraciadamente se encuentra más oscura que nunca. En estos momentos contamos con varios "tipos" de efecto directo, el vertical, el horizontal, el inverso, el transitorio, el triangular, ninguno de los cuales ha sido así llamado por el Tribunal de Justicia, pero sí por la doctrina<sup>44</sup>. A ello súmese una confusa jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la relación entre principios y Directivas carentes de efecto directo, la cual ha provocado enormes problemas en Alemania, causando así un tácito replanteamiento por parte del Tribunal de Justicia<sup>45</sup>. Y añádase a lo anterior la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales, que contiene muchos derechos actualmente recogidos en Directivas y que se solapan entre sí. Si para el especialista en Derecho de la Unión esta evolución resulta difícil de seguir, ni qué decir para un magistrado del orden civil, penal, contencioso o social, engullidos ya en la inmensidad de sus respectivas especialidades. Que los jueces y magistrados tengan dificultades a la hora de aplicar los principios del Derecho de la Unión es, por tanto, incluso comprensible en algunos casos. Y la responsabilidad de esta situación recae obviamente en el Tribunal de Justicia, pero también en las demás Instituciones y en los Estados miembros, acostumbrados a un mal llamado "método comunitario" que en ocasiones aporta más problemas que soluciones.

Por otro lado, es también evidente que algo debería haber cambiado a estas alturas en el Tribunal Supremo y que no lo ha hecho. Precisamente porque el Derecho de la Unión presenta actualmente un reto aún mayor que hace veinte años, las estructuras de la institución deberían haberse adaptado al nuevo escenario, pero eso no ha sucedido, o al menos no con los efectos deseados. La incorporación de letrados en apoyo de los magistrados y no sólo para cuestiones de admisión no ha supuesto un gran cambio en la aplicación del Derecho de la Unión. La existencia de convenios con Universidades públicas tampoco parece haber aportado mayores beneficios. Recientemente se han incorporado al Tribunal Supremo varios magistrados con amplios conocimientos de Derecho de la Unión, pero obviamente son una minoría y no es previsible que su número aumente considerablemente en los años venideros. Y qué decir de los cursos de formación organizados o patrocinados por el Consejo General del Poder Judicial, entre los que hay varias ofertas de especialización en cuestiones europeas. Todos los esfuerzos, que, como se ve, son muchos, no parecen haber invertido la tendencia a la "desproblematización" de los problemas de Derecho de la Unión Europea.

Pero este panorama no debe conducirnos al desánimo. Ni la creciente complejidad del Derecho de la Unión Europea, ni la frustrante falta de resultados de las iniciativas impulsadas desde el poder judicial, deben llevarnos a pensar que el problema es irresoluble y que estamos condenados a vivir con futuros y más numerosos "incumplimientos judiciales" de nuestro Tribunal Supremo. Todo lo contrario.

---

<sup>44</sup> Por todos, véase Lenaerts, K. y Corthaut, T., "Of birds and hedges: The role of primacy in invoking norms of EU law", *European Law Review*, nº 3, 2006.

<sup>45</sup> Sobre esta evolución, véase Lenaerts, K. y Gutiérrez-Fons, J., "The constitutional allocation of powers and general principles of EU law", *Common Market Law Review*, Vol. 47, nº 6, 2010.

En primer lugar, la ingobernable complejidad que afecta al Derecho de la Unión es perfectamente manejable con una formación de los magistrados bien orientada. A primera vista puede parecer poco atractivo realizar un curso sobre efecto directo o primacía, pero la experiencia demuestra que estas cuestiones se encuentran expuestas a continuas evoluciones. Es muy probable que los magistrados españoles se encuentren perfectamente familiarizados con Van Gend en Loos, pero seguramente ignorarán la importancia de sentencias más recientes como Kükükdeveci, Wells o Domínguez. El Consejo General del Poder Judicial podría analizar cuáles son las materias donde surgen los mayores problemas de aplicación del Derecho de la Unión entre los tribunales españoles, y a partir de esa información programar la formación. Este tipo de formación "orientada", *ciblée*, evitaría que nuestros órganos jurisdiccionales incurran en errores como los expuestos en páginas anteriores.

En segundo lugar, la doctrina debería colaborar más. La doctrina española especializada en Derecho de la Unión presta mucha atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pero muy poca a la producida en España. Los comentaristas españoles que conocen en detalle la compleja estructura del Derecho de la Unión deberían entablar una discusión más fluida e intensa con los altos tribunales de su país, y eso empieza con los comentarios de sentencias. Es necesario que los comentaristas españoles aborden con más frecuencia la jurisprudencia europea del Tribunal Supremo español, pues sólo así se desarrollará una conciencia colectiva, crítica e informada que impulse cambios a mejor. Estos cambios no tienen por qué venir exclusivamente desde el interior de la judicatura; la doctrina puede animarlos activamente, y buena prueba de ello es que así sucede en la mayoría de las áreas del Derecho con total normalidad. Pero no cuando se trata del Derecho de la Unión.

En tercer lugar, no podemos olvidarnos de los abogados, tradicionalmente preteridos cuando hablamos de la aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea. El papel del letrado es crucial, y no sólo porque sea capaz de convencer al juez en una dirección u otra, sino porque el planteamiento que haga del caso condicionará irremediablemente a la sentencia final. Si el argumento de Derecho de la Unión está mal construido o enfocado, la sentencia posterior tendrá muy pocas posibilidades de aportar referencias útiles en la materia. Y aquí el déficit es aún mayor: no existe formación desde los colegios profesionales, no existen despachos de abogados especializados en Derecho de la Unión (salvo unos pocos, centrados casi exclusivamente en Derecho de la competencia), ni tampoco se han desarrollado movimientos asociativos de abogados en esta dirección. El panorama es, visto así y en líneas generales, bastante preocupante.

Estas líneas finales pretenden mostrar que aún queda mucho recorrido para que España, y en concreto su poder judicial, interiorice con naturalidad el Derecho de la Unión Europea. El hecho de que el recorrido sea largo no significa ni mucho menos que las iniciativas estén condenadas al fracaso. Al contrario. Si el esfuerzo es colectivo y recibe el apoyo de todos, es decir, de la judicatura, de la doctrina, de la abogacía y, por qué no decirlo, del propio Tribunal de Justicia, sentencias como las que se han comentado en este artículo serán cosa del pasado y no el reflejo resignado de un preocupante presente.