

CONFLICTOS RECIENTES ENTRE EL TJUE Y LOS TRIBUNALES NACIONALES ALREDEDOR DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA

RECENT CONFLICTS BETWEEN THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE AND NATIONAL COURTS CONCERNING THE PRINCIPLE OF PRIMACY OF EU LAW

Rafael Antonio López Parada*

RESUMEN: El principio de primacía del Derecho de la Unión fue establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de forma muy amplia. Ya hace muchos años el Tribunal Constitucional alemán planteó dudas acerca del conflicto entre ese principio de primacía y la Constitución nacional. El Tratado de Lisboa introdujo la jurisprudencia del TJUE sobre el principio de primacía dentro de los Tratados y además lo aplica a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por otra parte el máximo intérprete del Derecho de la Unión es el propio TJUE, por lo cual también su jurisprudencia tiene primacía sobre el Derecho interno. Desde el Tratado de Maastricht la legitimación del Derecho de la Unión se fundamenta en el principio de atribución. Por tanto teóricamente la primacía se aplicaría solamente en el ámbito de las competencias asumidas por las instituciones de la UE. Pero en la práctica no es así, porque la forma de distribuir las competencias entre la UE y los Estados miembros supone que existen numerosos fenómenos de entrelazamiento, tanto desde el punto de vista de la validez como de la interpretación. Debido a ello están proliferando los conflictos entre el TJUE y los órganos judiciales supremos nacionales (Tribunales Supremos y Tribunales

* Magistrado de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.
Correo-e: ralopezparada@gmail.com

El presente trabajo no ha contado con ninguna financiación directa o indirecta procedente de entidad alguna, pública o privada, con o sin ánimo de lucro.

Constitucionales). En este trabajo analizamos algunos de los más importantes ocurridos en los últimos años.

PALABRAS CLAVES: Principio de primacía; Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; aplicación del Derecho de la Unión Europea.

ABSTRACT: The principle of primacy of the European Union Law was established by the case law of the Court of Justice of the European Union in a broad fashion. Long ago, the German Constitutional Court raised doubts about the conflict between this principle and the national Constitution. The Lisbon Treaty introduced the principle of primacy within the Treaties on the basis of the case law of the Court of Justice of the European Union. This principle also applies to the Charter of Fundamental Rights of the European Union. On the other hand, the highest interpreter of EU Law is the CJEU itself. Therefore its case law also takes precedence over national law. After the Maastricht Treaty it is understood that the legitimation of the primacy of EU law finds its basis in the principle of conferral. The primacy of EU law would only apply within the limits of the competences conferred upon EU Institutions in the Treaties. But in practice this is not the case, because the way in which the areas of competence of EU Institutions are defined by the Treaties produces a significant number of ENTANGLEMENT phenomena, both from the point of view of validity and interpretation. Due to this, conflicts are proliferating between the CJEU and the supreme national judicial bodies (Supreme Courts and Constitutional Courts). We analyze here some of the most important ones that have occurred in recent years.

KEYWORDS: Principle of primacy; Charter of Fundamental Rights of the European Union; Court of Justice of the European Union; Application of European Union Law.

SUMARIO: 1. CONSTITUCIÓN EUROPEA Y CONSTITUCIÓN NACIONAL: EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EUROPEOS.—2. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ALEMANA.—3. LA POSICIÓN JURÍDICA MAYORITARIA Y SUS DEBILIDADES.—4. IMPOSIBILIDAD DE RECONCILIAR LOS CATÁLOGOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS ÁMBITOS EUROPEO Y NACIONAL.—5. LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN Y DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.—6. UN REGUERO DE CONFLICTOS ENTRE ÓRGANOS JUDICIALES: 6.1. El caso *Ferreira da Silva*. 6.2. El caso *Ajos*. 6.3. El caso *Taricco*.

1. CONSTITUCIÓN EUROPEA Y CONSTITUCIÓN NACIONAL: EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EUROPEOS

El día 29 de mayo de 2020 se cumplirán quince años desde el referéndum francés que rechazó el Tratado por el que se establecía una Constitución para

Europa. Tres días después de los franceses fueron los neerlandeses los que votaron en referéndum con una aplastante mayoría de más del 60 por 100 en contra. En ambas consultas, francesa y neerlandesa, las fuerzas políticas mayoritarias en los respectivos Parlamentos apoyaron activamente el voto afirmativo y fueron los partidos de los extremos políticos (el Frente Nacional y el Partido Comunista en Francia, como partidos más significados) los principales opositores a la Constitución Europea que se alzaron con la mayoría en el referéndum. Las encuestas revelaron que los ciudadanos manejaban ideas simples para decidir su voto y en realidad desconocían el contenido del Tratado que estaban votando, por lo que el voto negativo se interpretó como un voto de descontento azuzado por los extremos políticos en base a afirmaciones demagógicas. Se anticipó así la dinámica que llevó al voto negativo de una mayoría de ciudadanos británicos en el referéndum de 2016 sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea, cuyo resultado ha llevado a que el 1 de febrero de 2020 el Reino Unido haya abandonado la UE, aunque con un régimen transitorio que plantea numerosos interrogantes.

El rechazo al conjunto institucional de la UE se argumenta presentando este como un tinglado lejano y burocrático, incontrolable por los ciudadanos, escasamente permeable a la democracia y al debate y vinculado a una élite de profesionales y políticos que prestan servicios para las instituciones, pero también para las grandes multinacionales y *lobbies*, cuyos intereses priman en las decisiones. La argumentación tradicional de la oposición de izquierdas a la Unión Europea nació en el contexto de la Guerra Fría y concebía a la Comunidad Económica Europea (CEE) como un conjunto institucional destinado a la defensa del capitalismo occidental. Pero en el rechazo actual de la Constitución Europea o en el Brexit ha tenido un papel esencial otro agente político de importancia creciente en los Estados europeos, el nacionalismo identitario, que se basa en el valor superior del Estado nacional y de su soberanía. Esa defensa del Estado nación se puede razonar desde una perspectiva democrática, característica del Reino Unido, que antepone la soberanía nacional representada en el Parlamento frente a decisiones de instituciones que se perciben como no democráticas, pero también se puede razonar desde ideas más esencialistas en la concepción de la Nación, desvinculadas del principio democrático y que defienden sobre todo la primacía absoluta de la soberanía nacional sobre cualquier imposición que pueda venir desde arriba o desde abajo. Ese tipo de posturas características del Frente Nacional francés se han extendido por Europa a numerosos movimientos, siendo muy destacable en ese sentido la posterior aparición al otro lado del Rin del movimiento nacionalista alemán Allianz für Deutschland (AfD), que debutó como un movimiento contrario a las decisiones de las instituciones europeas durante la crisis del euro en defensa de los intereses de Alemania y se expandió oponiéndose a la política de asilo de la canciller Merkel a los refugiados de la guerra de Siria¹.

¹ De acuerdo con un estudio de 2020 del grupo de investigación neerlandés The PopuList, la extensión del euroescepticismo, que solamente era tradicional en Gran

Parece que han transcurrido décadas desde la crisis que provocó el rechazo a la Constitución Europea. La crisis económica, la crisis del euro, la intervención de Grecia, los conflictos entre los Estados del norte, encabezados por Alemania y los del sur, la llegada de partidos autoritarios a los Gobiernos de algunos países del Este (el grupo de Visegrado), las polémicas sobre la acogida de refugiados, el auge de partidos nacionalistas antieuropeos y finalmente el abandono del Reino Unido de la UE se han producido a lo largo de poco más de una década desde el referéndum francés. Visto con esta perspectiva temporal, el fracaso de la Constitución Europea en 2005 contenía la semilla de la desintegración del proyecto europeo que después se ha desarrollado. ¿Por qué?

Finalizada la Guerra Fría, reunificada Alemania, integrados los antiguos Estados del este de Europa en el seno de la Unión Europea, era precisa una decisión trascendental: o se consideraba que ya no era necesaria la integración política europea, de manera que lo único que debía quedar era una zona de libre comercio con unas regulaciones o estándares comunes para hacer posible el mercado único (visión del Reino Unido y de algunos Estados del Este de Europa) o, por el contrario, se consideraba que en el nuevo orden mundial, con China como potencia emergente y competidora de Estados Unidos, y con un Estados Unidos más aislacionista y cada vez menos tendente a considerar a los europeos como aliados privilegiados, la integración política europea es un movimiento imprescindible de autodefensa de la sociedad europea y de su sistema de valores, basado no solamente en la democracia política y el Estado de Derecho, sino también en el Estado del Bienestar, en la solidaridad y en la justicia social. La Constitución Europea era la afirmación de lo segundo y fue defendida así por los partidos tradicionales del núcleo fundador de la UE. Lo que después ha venido deriva en gran medida de su fracaso, quizá porque para que aquel proyecto hubiera funcionado habrían hecho falta más compromiso social y más voluntad política para transformar realmente las instituciones de la UE y democratizar las mismas, en lugar de ocultar la incapacidad para dar pasos en ese sentido con una terminología simbólica que en gran medida estaba vacía de contenido real.

En Europa vivimos en un sistema jurídico de Estados nacionales soberanos e iguales que no reconocen ningún poder superior. A partir de la extensión de las ideas del liberalismo político y de la Revolución Francesa, los

Bretaña, comenzó a emerger en 1992 con motivo de los debates sobre el Tratado de Maastricht y se disparó a partir de 2005, alcanzando cada vez a más Estados miembros y llegando al poder en Hungría y en Polonia, así como durante un periodo en Italia. En 2019 uno de cada tres ciudadanos europeos votaron a partidos euroescépticos que mayoritariamente usan como temas de movilización el nacionalismo y las posturas contrarias a la inmigración. En la mayor parte de los casos estos movimientos no defienden el abandono de la UE por su país, sino una reforma de la UE para que se convierta en una estructura más débil, que ejerza menos competencias y devuelva gran parte de su soberanía a los Estados miembros (“Support for Eurosceptic parties doubles in two decades across EU”, 2020)

monarcas soberanos fueron sustituidos por naciones soberanas y pueblos soberanos. Cada Estado es la proyección institucional de una Nación, entidad histórica, o de un Pueblo, concreción en cada momento de esa Nación, representados en un parlamento y en toda la simbología institucional. De acuerdo con la ideología nacionalista, nación y soberanía están indisolublemente unidas y tienen una naturaleza absoluta, excluyente. El poder soberano de la Nación se manifiesta en el poder constituyente, por el cual se dota de una Constitución. Por , si España o Francia son una nación y tienen su propia Constitución, con ello quedaría excluida la existencia de otras Constituciones aplicables en otro nivel. ¿Cómo concebir la existencia de una segunda Constitución (la Europea) si la idea de Constitución aparece vinculada de forma exclusiva a una Nación-Estado soberana y por su propia definición el concepto de soberanía excluye el reconocimiento de límites en niveles superiores o inferiores? ¿La aprobación de la Constitución europea no significaría entonces el traslado de la soberanía a una entidad superior, la pérdida de la soberanía nacional y con ello de la Constitución nacional?

La respuesta de las instituciones y los partidos tradicionales fue que la Constitución europea no era propiamente una “constitución”, esto es, que no había un traspaso de soberanía del Estado Nación a la Unión Europea, sino un nuevo Tratado Internacional, por lo que el término “constitución” se utilizaba solamente de manera genérica, para subrayar la importancia reguladora del nuevo Tratado. Pero ¿cómo era posible convencer a una mayoría de la población para que creyese en un proyecto “constitucional” que los propios responsables del mismo presentaban como mera propaganda en la que tampoco ellos creían? No parece muy extraño que sucediera lo que sucedió.

Pues bien, la idea de que la Constitución Europea no era realmente una Constitución, sino un Tratado Internacional, fue la adoptada por el Tribunal Constitucional en la Declaración del Pleno 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, donde el TC se pronunció favorablemente sobre la compatibilidad de la nueva Constitución Europea con la Constitución Española. El análisis del Tribunal Constitucional partió del art. 93 CE, “fundamento último de nuestra incorporación al proceso de integración europea y de nuestra vinculación al Derecho comunitario”, “en cuya virtud es posible la atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a organizaciones o instituciones internacionales”. Dijo el TC que “dicho precepto no incorpora un cauce revisorio equiparable a los procedimientos de reforma constitucional regulados en el Título X CE”, “pero sí es el cauce previsto por la Constitución para transferir o atribuir a organizaciones o instituciones internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la misma”. Ahora bien,

producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquella, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos... La integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro

propio impone límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional.

Por ello la cesión constitucional tiene límites materiales implícitos, que “se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)”.

En definitiva, según el TC la Constitución Europea no implicaba cesión alguna de soberanía, sino solamente de competencias (transferencia regida por los principios de atribución y subsidiariedad), permaneciendo la soberanía en el Estado nacional. Y esa transferencia competencial era autorizada por la propia Constitución. La soberanía sigue residiendo en el pueblo español, la única Constitución auténtica sigue siendo la española y la Constitución Europea no era sino un Tratado Internacional que cedía competencias a unas instituciones internacionales, lo cual, por importante que fuera, no afectaba a la soberanía nacional y además siempre ha de entenderse que tiene “límites materiales implícitos”.

Aún así el Tribunal debía afrontar en concreto dos elementos problemáticos para la declaración de compatibilidad, la primacía del Derecho de la Unión y la aprobación de una carta de derechos fundamentales con valor jurídico.

La cuestión de la primacía se suscitaba por el art. I-6 de la Constitución, que decía: “Derecho de la Unión. La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a esta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”.

Sin embargo el problema de la primacía, como señalaba el Tribunal Constitucional en su declaración, era muy anterior a la Constitución Europea. Es un principio que fue establecido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las sentencias de los casos *Van Gend & Loos* (5 de febrero de 1963), *Costa contra Enel* (15 de julio de 1964) y *Simmenthal* (9 de marzo de 1978, C-106/77) y ha sido reiterado posteriormente en numerosas ocasiones, por lo que la Constitución Europea en este punto nada nuevo añadía, salvo positivizar el mismo en una norma. No obstante era una cuestión que no había sido abordada previamente por el TC y bien pudiera ser que este la considerase incompatible con la Constitución Española, sobre todo teniendo en cuenta que dicho principio de primacía implica la aplicación preferente del Derecho de la Unión (de cualquier norma, incluso de Derecho derivado) sobre todo el Derecho interno (incluida la propia Constitución) y que además los órganos judiciales nacionales, incluso el propio Tribunal Constitucional, quedaban desposeídos de la facultad para declarar nulo el Derecho europeo, quedando reservada al Tribunal de Justicia europeo la facultad de anular

cualquier norma de Derecho derivado por considerarla contrario al Derecho originario².

El TC declaró la compatibilidad del principio de primacía con la Constitución. Para ello el Tribunal Constitucional distinguió entre “primacía” y “supremacía”. Mientras que “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 éstas 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”. La supremacía de la Constitución es “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”.

Con ello quedaba aparentemente resuelto el problema:

a) La Constitución no es un parámetro de validez del Derecho de la Unión, no por razón de que uno sea superior al otro, sino porque resulta de una distribución de competencias entre el Estado y las instituciones europeas, de manera que son ordenamientos jurídicos diferenciados que se mueven en diferentes planos.

b) La existencia de ese otro ordenamiento jurídico paralelo que es el Derecho de la Unión es compatible con la Constitución porque la propia Constitución así lo prevé implícitamente al permitir esa cesión de competencias en su art. 93.

c) No obstante existe un límite implícito a ese otro ordenamiento paralelo, que es el respeto “de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia”.

El Tribunal Constitucional, por tanto, parecía renunciar a controlar la constitucionalidad del Derecho de la UE, salvo como caso extremo, garantizando con ello la completa primacía del ordenamiento jurídico europeo, incluso frente a normas constitucionales, todo ello en base a diferenciar entre dos ordenamientos jurídicos (el nacional y el europeo) paralelos, que viven en mundos diferentes, articulados por la clave de bóveda del art. 93 de la Constitución. Pero en ese esquema la soberanía española domina sobre la cesión competencial, de manera que el ordenamiento europeo tiene una

² De acuerdo con el Tribunal de Justicia Europeo cuando en un proceso se plantee una posible cuestión de invalidez de normas europeas de Derecho derivado, el órgano judicial nacional no puede declararlas no válidas. Si considera que existen dudas fundamentadas ha de elevar una cuestión prejudicial ante el TJUE (asunto *Foto-Frost*, 1987).

naturaleza satelital y la supremacía de la Constitución se manifiesta en unos límites políticos imprecisos al ordenamiento europeo que culminan con una advertencia del TC:

En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. I-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. I-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros.

El art. I-60 de la Constitución Europea regulaba la “retirada voluntaria de la Unión”, esto es, el mismo procedimiento que años después pondría en marcha el Reino Unido en base al Tratado de Lisboa (art. 50 TUE). La garantía última de la soberanía, el elemento clave, es el derecho de secesión, que sería la última ratio de la “supremacía” de la Constitución sobre el Derecho europeo³.

En lo relativo a la Carta de Derechos Fundamentales, cuya conversión en norma jurídica con valor de Tratado sí era una sustancial novedad de la Constitución Europea, no se apreciaron motivos de inconstitucionalidad, porque por un lado el art. 10.2 de la Constitución permite la ratificación por España, en paralelo a la parte dogmática de la Constitución, de tratados internacio-

³ El art. art 50 TUE es una de las causas principales por las que no puede considerarse que jurídicamente la Unión Europea sean unos Estados Unidos de Europa paralelos a los Estados Unidos de América, independientemente de su organización interna y a pesar de que la UE como tal pueda firmar tratados internacionales, como sujeto de Derecho Internacional. El Tribunal Supremo de los EE.UU. en su sentencia *Texas v. White* (1869) dijo que la Unión de los Estados no era artificial y arbitraria, sino que mediante los “Articles of Confederation and Perpetual Union” previos a la Constitución ya se declaró perpetua, de manera que cuando la Constitución sustituyó la confederación inicial por una federación lo hizo para formar una “unión más perfecta”, lo que conlleva la idea de indisolubilidad. Texas se incorporó incondicionadamente un cuerpo político indisoluble preexistente de forma que su unión era tan completa, perpetua e indisoluble con la de los demás Estados. Por eso los actos aprobando la secesión de Texas nunca habían sido válidos y Texas nunca había dejado de ser jurídicamente un Estado de la Unión. Los ciudadanos de Texas no habían sido nunca extranjeros, ni dejado de ser ciudadanos de la Unión. La Guerra Civil no había sido una guerra entre Estados, ni una guerra de conquista, sino el ejercicio de la violencia legítima del Estado para suprimir la rebelión. En definitiva, siendo la unión entre los Estados perpetua e indisoluble, “there was no place for reconsideration or revocation, except through revolution or through consent of the States”.

nales en materia de derechos fundamentales y por otra parte el Tratado (art. II-113, equivalente al art. 53 de la Carta hoy vigente) disponía expresamente que ninguna de sus disposiciones

podrán interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, *así como por las Constituciones de los Estados miembros.*

Por tanto la Carta no sería sino otro tratado internacional en materia de derechos fundamentales y como tal “una garantía de mínimos” que no rebaja el nivel de protección de los derechos fundamentales preexistentes y garantizados por la Constitución. Aún así el Tribunal Constitucional admite que la interpretación del alcance los derechos fundamentales recogidos en la Carta podrá influir en la interpretación del alcance de los derechos constitucionales.

Lo que el TC anticipó era que apareciesen dificultades aplicativas por “la coexistencia de tres regímenes de tutela de los derechos fundamentales (Constitución, Convenio europeo y Carta)”, pero “los concretos problemas de articulación que pudieran suscitarse con la integración del Tratado no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto”, sino que habría que resolver los problemas concretos que se plantearan ante el Tribunal Constitucional en el futuro “en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española”.

Por otra parte el Tribunal Constitucional recordaba que el art. II-112.3 del Tratado (equivalente al 52.3 de la actual Carta) establecía que “en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”, aunque ello no obsta a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa. Esa remisión al CEDH, lo que incluye la jurisprudencia del TEDH, era positivamente valorada por el TC, porque el art 10.2 de nuestra Constitución considera los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos fundamentales como “valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce”, de suerte que habrán de tomarse en consideración “para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que ha reconocido nuestra Constitución” (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, con referencia, precisamente, a la propia Carta de Niza; también STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3 b). En definitiva tanto el art. 10.2 de la Constitución como la Carta remiten al CEDH y a la jurisprudencia del TEDH de Estrasburgo, que opera entonces como “denominador común” y más todavía cuando el art. I-9.2 del Tratado (como posteriormente el art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea) establecía en términos imperativos que “la Unión se

adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. Por tanto la remisión al CEDH y a la jurisprudencia del TEDH no implicaba “un cambio cualitativo”, puesto que esa doctrina “ya está integrada en nuestro Ordenamiento por la vía del art. 10.2 CE”, de manera que las dificultades serían similares a las preexistentes.

La Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional no quedó vacía de contenido por la falta de aprobación de la Constitución Europea. Tras aquel fallido intento el Tratado de Lisboa de 2007, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, rescató los elementos básicos de la misma y los integró en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Si entendemos que la Constitución Europea no era tal, sino un nuevo Tratado, podemos decir que el Tratado de Lisboa se corresponde esencialmente con el contenido de la fracasada Constitución Europea. El principio de primacía del Derecho europeo no se recogió expresamente en el articulado del TUE (el artículo equivalente al I-6 de la Constitución Europea desapareció), pero sí en una contundente declaración aneja que incorpora la jurisprudencia del TJUE al respecto (la declaración aneja 17 al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa). Desde el punto de vista jurídico, por tanto, no se suprimió, sino que solamente se “escondió” en el texto. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no se integra formalmente en el TUE, a diferencia de lo que ocurría en la Constitución Europea, pero el art. 6 TUE concede a esta el mismo valor jurídico que los tratados (con excepciones respecto al Reino Unido y Polonia en el protocolo núm. 30) y la propia Carta se publicó en el DOUE junto con los Tratados. Por tanto en estos dos puntos el Tratado de Lisboa es sustancialmente igual a la Constitución Europea y lo dicho por el TC en su Declaración 1/2004 sigue plenamente vigente. Lo que se perdió entre la Constitución Europea y el Tratado de Lisboa fue el uso de términos tales como Constitución o Ley, que remitían simbólicamente a una forma de integración federativa, pero la regulación no era diferente a la que pueda resultar materialmente del Tratado de Lisboa.

En definitiva, la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional resulta plenamente aplicable hoy tanto por la interpretación que hace del principio de primacía del Derecho de la UE como en lo relativo al valor de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su relación con los derechos fundamentales constitucionales.

2. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ALEMANA

No podemos ignorar que la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional español adoptó en lo esencial la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht, BVerfGE) ya existente al respecto. Este es el órgano judicial europeo que ha analizado más frecuente y riguro-

samente la relación entre el principio de primacía del Derecho europeo y su Constitución nacional, o sea, que conviene hacer una recapitulación de sus sentencias principales.

En 1974 (BVerfGE 37, 271 - *Solange*) el Tribunal Constitucional alemán dijo que en caso de conflicto entre los derechos fundamentales garantizados por la Constitución alemana y el Derecho europeo debían prevalecer los derechos fundamentales de la Constitución. La primacía del Derecho Europeo quedaba “condicionada” al respeto de los derechos fundamentales derivados de la Constitución nacional, si bien en aquel caso, tras hacer esa afirmación, llegó a la conclusión de que no se había producido ninguna vulneración.

El 22 de octubre de 1986 el Tribunal Constitucional Federal pronunció una segunda sentencia (conocida habitualmente como *Solange II*, pero referenciada correctamente como *Wünsche Handelsgesellschaft*, BVerfGE 73, 339) en la que matizó *Solange I* y vino a decir que el nivel de protección de los derechos fundamentales proporcionado por el Derecho europeo era equivalente al proporcionado por la Constitución alemana, por lo que no era preciso que el Tribunal Constitucional controlase la conformidad con los derechos fundamentales del Derecho derivado de las instituciones europeas. Como vemos es más una declaración política que una constatación fáctica, pero en base a la misma el BVerfGE llegaba a la misma conclusión que el Tribunal Constitucional español en 2004: la Constitución nacional no iba a ser utilizada como parámetro de validez del Derecho europeo, lo que *de facto* suponía reconocer la primacía de este también sobre la Constitución.

La tercera sentencia relevante del Tribunal Constitucional alemán fue la dictada el 12 de octubre de 1993 en el asunto Brunner (BVerfGE 89, 155), en la que analizó la compatibilidad de la ratificación del Tratado de la Unión Europea (el denominado Tratado de Maastricht) con la Constitución alemana. Dicha sentencia contiene un análisis profundo de la relación entre el orden constitucional interno alemán y el Derecho europeo, que excede con mucho la materia de derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional alemán afirmó radicalmente que la soberanía nacional permanecía en el pueblo alemán, elevó a un nivel esencial (por encima del Derecho europeo) los derechos fundamentales de la Constitución y el principio democrático basado en la representación electiva del parlamento alemán y, a partir de ese punto, permite construir el Derecho europeo en base al principio de atribución, esto es, como una transferencia de competencias del Estado alemán a una instancia supranacional, que siempre necesita ser autorizada por el voto mayoritario del Parlamento alemán y ha de ser respetuosa en su ejercicio de los derechos fundamentales. En último extremo la soberanía del pueblo alemán se manifiesta en el derecho de abandonar la Unión Europea.

Aunque el Tribunal Constitucional alemán condiciona la primacía del Derecho derivado de la UE al respeto del principio de atribución y al respeto también de los derechos fundamentales, lo cierto es que no deja de ser una declaración teórica, puesto que el control de la legalidad del Derecho deriva-

do europeo desde todos los puntos de vista, siguiendo la política jurisdiccional definida en *Solange II*, se remite al ámbito competencial del TJUE. Lo que el BVerfGE exigió como requisito es que en el ámbito de la UE se garantizase el respeto a los derechos fundamentales, entendidos no como una aplicación concreta e individualizada de cada uno de los derechos reconocidos en la Constitución alemana, sino como una “recepción” en el Derecho de la Unión de un nivel de derechos equivalente resultante de las tradiciones comunes a los Estados miembros, un criterio que el Tribunal de Justicia Europeo efectivamente incorporó en su jurisprudencia mucho antes de que el Tratado de Lisboa codificase los derechos fundamentales europeos al dar valor jurídico a la Carta. Por otra parte la exigencia del BVerfGE fue que el Derecho de la Unión respetase “el principio democrático basado en la representación electiva del parlamento alemán”.

Es la misma conclusión que en definitiva adoptó el Tribunal Constitucional español cuando se reservó un derecho de intervención futura excepcional en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en esta,

recordando además que la salvaguarda última de la soberanía española es el derecho de abandonar la Unión Europea, el derecho de secesión. Exactamente lo mismo que el BVerfGE había dicho en *Brunner*.

3. LA POSICIÓN JURÍDICA MAYORITARIA Y SUS DEBILIDADES

Tenemos por consiguiente un cuerpo de doctrina jurisprudencial “*mains-tream*” que nos dice sustancialmente lo siguiente:

a) La soberanía permanece en el Estado nación. La única Constitución es la nacional y esta tiene supremacía sobre cualquier otro ordenamiento jurídico, superior o inferior.

b) La Constitución permite la cesión de competencias de los Estados a las instituciones creadas por los Tratados (TUE y TFUE). Esas competencias deben ser desempeñadas con arreglo a los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad (recogidos en el TUE). En virtud de las competencias transferidas a las instituciones de la UE por los Tratados se ha creado un ordenamiento jurídico europeo (el Derecho de la Unión) paralelo al ordenamiento jurídico nacional.

c) En caso de concurrencia, el Derecho de la Unión tiene primacía aplicativa sobre el Derecho nacional, sea cuál sea el rango de las normas implicadas (incluso normas de un reglamento de la comisión *vs.* normas constitucionales), pero no en base a una jerarquía entre ambos órdenes (porque en tal caso

la “supremacía” sigue siendo de la Constitución nacional), sino en base a la distribución de competencias entre ambos niveles.

d) Las normas del Derecho de la Unión pueden ser anuladas por ser contrarias a los Tratados, por ejemplo por exceder el principio de atribución, legislando fuera de la competencia de la UE, por vulnerar los principios de subsidiariedad o proporcionalidad, o por vulnerar los derechos fundamentales. No pueden ser anuladas por vulnerar normas de Derecho interno de un Estado, porque el Derecho de la Unión y el Derecho del Estado son ordenamientos jurídicos que viven en mundos separados.

e) Los tribunales nacionales pueden controlar la legalidad del Derecho derivado de la UE. Aunque esas normas no pueden ser anuladas o dejadas sin efecto por los órganos judiciales nacionales, sino solamente por el TJUE (asunto *Foto-Frost*), los órganos judiciales nacionales pueden instar del TJUE la declaración de nulidad de las normas del Derecho de la Unión por vía de la cuestión prejudicial.

f) Los derechos fundamentales aplicables en el ámbito de la Unión Europea no son los que resultan de la Constitución nacional, sino los derechos fundamentales comunes a todos los Estados. Estos derechos vinculan a las instituciones de la UE en todo caso y a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión.

g) El cuerpo de derechos fundamentales de la Unión Europea está compuesto por:

— los reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados,

— los reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Su inserción en el Derecho de la UE se produce por varias vías: debería haberse adherido la UE como tal al convenio –art 6.2 TUE-; los derechos del mismo forman parte del Derecho de la Unión como principios generales –art 6.3 TUE-; y el convenio y la jurisprudencia del TEDH además sirven para precisar el sentido y alcance de los derechos de la Carta que sean comunes en ambos textos –art 52.3 de la Carta-.

— por los derechos fundamentales “que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”, que forman parte del Derecho de la Unión como principios generales (art. 6.3 TUE).

h) Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución no han sido sustituidos por los de la Carta y siguen siendo plenamente aplicables, si bien para la interpretación de los mismos tienen un importante valor hermenéutico los convenios internacionales (lo que incluye ahora también la Carta) y la jurisprudencia de tribunales internacionales (muy señaladamente el TEDH y ahora también el TJUE). En todo caso la Carta opera como un mínimo que no puede rebajar el nivel de protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución nacional.

i) La garantía última de la soberanía nacional y de la supremacía de la Constitución nacional es el derecho de secesión.

Pues bien, este esquema presenta, a mi juicio, importantes vías de agua lógico-jurídicas. Intentaré resumir las principales.

En primer lugar, si admitimos que la validez de los Tratados de la UE no puede ser cuestionada, estos quedarían situados por encima de la Constitución nacional. Una vez producido el traspaso competencial del Estado en favor de la UE mediante la ratificación de los Tratados, esos Tratados priman sobre todo el Derecho nacional, pero no pueden ser cuestionados tampoco ante el Tribunal de Justicia europeo. La cuestión prejudicial solamente permite interrogar al TJUE sobre la interpretación de los Tratados, pero no sobre su validez. El cuestionamiento de la validez solamente puede hacerse en relación con el Derecho derivado (art. 267 TFUE).

No es esto así con arreglo al Derecho interno, puesto que el procedimiento de declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales (art. 68 LOTC) tiene carácter preventivo por evidentes razones prácticas en orden a la seriedad y responsabilidad de España en las relaciones internacionales, pero no excluye la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad del Tratado posterior a su entrada en vigor cuando menos por la vía del recurso de inconstitucionalidad (art. 32.1 LOTC). Esto nos sitúa en un bucle lógico: si los Tratados europeos, una vez ratificados, tienen primacía sobre la Constitución (como parte del Derecho interno), ello es incompatible con la eventual declaración de inconstitucionalidad del Tratado ya ratificado, puesto que en ese momento temporal la Constitución, según la Declaración 1/2004 del TC, ya no es parámetro de validez del Derecho de la UE (del Tratado en este caso).

En segundo lugar el Derecho derivado producido por las instituciones europeas, así como sus actos ejecutivos y judiciales, también quedaría por encima de la Constitución y del ordenamiento jurídico español. Es cierto que en este caso quedan sometidos a los Tratados (incluyendo dentro de los mismos la Carta de Derechos Fundamentales) como parámetros de legalidad, pero esto supone cambiar el orden de referencia para el análisis de la validez. En virtud del principio de primacía el Derecho interno de un Estado, ni siquiera su Constitución, puede servir como referencia para declarar la ilegalidad de una norma o acto de las instituciones europeas. Este aspecto del principio de primacía, en cuanto contrapuesto al art. 9.1 CE (“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”) fue en sustancia el argumento utilizado en los votos particulares que los tres Magistrados de tendencia más conservadora del Tribunal Constitucional (Javier Delgado Barrio, Roberto García Calvo y Ramón Rodríguez Arribas) emitieron a la Declaración 1/2004 del TC. Y es cierto que la doctrina mayoritaria peca de ese desorden lógico que no se salva con el juego de palabras entre primacía y supremacía. Si los parámetros de validez del Derecho derivado son los Tratados y la Carta, eso significa que no lo son la Constitu-

ción y las leyes españolas. Por tanto se ha introducido un cambio, incluso en el ámbito de los derechos fundamentales, puesto que se ha sustituido la carta de derechos contenida en la Constitución por la carta de derechos de la UE, que no son necesariamente coincidentes, aunque la referencia común al CEDH y al TEDH introduzca una tendencia a la convergencia.

En tercer lugar que el elemento básico sobre el que pivota el sistema, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, es el concepto de “competencia”, lo que el art. 5 TUE denomina “principio de atribución”. De acuerdo con esa doctrina mayoritaria la atribución de competencias a las instituciones europeas daría nacimiento a un ordenamiento separado no sujeto a la Constitución y las leyes españolas, sino a los Tratados. El problema es que esto no se ajusta a la realidad.

Comencemos por destacar que el art. 93 CE no establece ningún límite material sobre las competencias “derivadas de la Constitución” que pueden ser transferidas a una organización o institución internacional, de manera que pueden ser de cualquier índole (legislativas, ejecutivas, judiciales...) y de cualquier ámbito territorial (nacional, autonómico...) y tampoco establece mecanismos de control sobre el ejercicio de esas competencias transferidas. Esa configuración permite que se introduzcan bucles que se retroalimentan.

Así la delimitación competencial entre UE y Estado queda regulada en los Tratados (distribución de competencias, principios de subsidiariedad y proporcionalidad, etc.) y, dado que se ha transferido al TJUE la competencia judicial para interpretar los Tratados, el papel que correspondería a un Tribunal Constitucional para resolver los conflictos sobre competencias entre ambos órdenes territoriales ha quedado transferido también al TJUE. El TJUE, una institución que ha recibido la competencia constitucional transferida ex art. 93 CE, puede determinar por vía interpretativa el alcance real de la transferencia efectuada sin sumisión alguna a ningún control nacional más allá del traumático derecho de secesión. Así el TJUE puede extraer numerosas conclusiones imprevistas de un pequeño texto, tal y como lo hacen los tribunales nacionales, incluido el Tribunal Constitucional. Y no cabe descartar tampoco el uso de la noción de “*inherent powers*” utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos para ampliar las competencias de la Federación respecto de las enumeradas en la Constitución. Una vez producida la transferencia competencial por la vía del art. 93 CE la interpretación de cuál sea la extensión real de la misma corresponde al TJUE.

Otro bucle por el que se pueden ampliar competencias en virtud de decisiones de la UE es que los Tratados incluyen algunas cláusulas de auto-atribución abiertas. Así los Tratados permiten que las instituciones adopten actos de ampliación de las competencias de la UE en base al principio de necesidad en el art. 352.1 TFUE:

Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, *sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios*

a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo.

Se trata por tanto de un mecanismo de autoatribución competencial que no pasa ni por la modificación de los Tratados ni por el art. 96 CE. Es un mecanismo que ya existía en el art. 235 originario del Tratado CEE y fue utilizado en numerosas ocasiones⁴. Por otra parte diversos artículos a lo largo del TFUE contemplan potestades de autoatribución competencial similares en ámbitos específicos⁵. No es el caso del art. 48.6 TUE, que regula un procedimiento simplificado para la revisión de la tercera parte del TFUE mediante una decisión del Consejo Europeo (condicionada a posterior ratificación de cada Estado), puesto que expresamente dice que “no podrá aumentar las competencias atribuidas a la Unión por los Tratados”.

Lo que tampoco podemos olvidar es que en el marco de la crisis del euro se realizó una experimentación jurídica masiva para imponer decisiones a los Estados miembros por encima de sus mayorías parlamentarias. Para ello se crearon instrumentos jurídicos en manos de las Instituciones Europeas para dictar orientaciones y recomendaciones obligatorias a los Estados miembros de forma individualizada. Así están las Orientaciones sobre Política Económica (art. 121 TFUE), las Recomendaciones en el procedimiento por déficit excesivo (art. 126.7 TFUE y protocolo 12), las versiones reforzadas de estos instrumentos por los Estados miembros cuya moneda es el euro (art. 136)⁶. A ellos se suman otros mecanismos como: el memorándum de entendimiento (MoU) que se suscribe entre la Comisión Europea y el Estado miembro que

⁴ Por poner un ejemplo, el art 235 TCEE fue la base jurídica de la Directiva 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, porque el TCEE solamente amparaba la acción de la CEE en materia de discriminación salarial (art. 119 TCEE), que se desarrolló por la Directiva 75/117/CEE. Para ampliar la protección discriminatoria a otros aspectos del empleo y el trabajo se acudió a la base jurídica del art. 235 TCEE, ampliando así las competencias legislativas de la CEE.

⁵ Por ejemplo en el art. 113 TFUE en relación con la armonización de los impuestos indirectos o en el art 216 TFUE en relación con los Tratados Internacionales celebrados directamente por la UE con terceros Estados y que vinculan tanto a las Instituciones de la Unión como a los Estados miembros.

⁶ Las previsiones del TFUE fueron desarrolladas en el contexto de la crisis del euro por los Reglamentos 1173/2011 (supervisión presupuestaria zona euro), 1174/2011 (corrección desequilibrios macroeconómicos zona euro), 1175/2011 (modifica Reglamento 1466/1997, sobre supervisión presupuestaria y coordinación políticas económicas), 1176/2011 (corrección desequilibrios macroeconómicos) y 1177/2011 (modifica Reglamento 1467/1997, sobre procedimiento de déficit excesivo). Estos cinco reglamentos, junto con la Directiva 2011/85/UE, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros, fueron conocidos como el “*six-pack*”.

recibe ayuda financiera por desequilibrio de su balanza de pagos (Reglamento 332/2002) donde se fijan las condiciones de política económica a las que se asocia la concesión de la ayuda financiera; o los procedimientos regulados en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (BOE 2 de febrero de 2013), que se articulan mediante los Reglamentos de desarrollo de los arts. 121, 126 y 136 TFUE⁷. Para dar una idea de las competencias asumidas de esta manera por las instituciones de la UE, en las Recomendaciones adoptadas en el marco de la crisis del euro se ordenaba a España, entre otras cosas, aprobar una de desindexación para que estuviera en vigor a principios de 2014 (Ley 2/2015, de 30 de marzo, que se aprobó con retraso respecto a lo fijado en la Recomendación), crear una Autoridad fiscal independiente (Ley Orgánica 6/2013), regular un factor de sostenibilidad de las pensiones (Ley 23/2013), eliminar ciertos tipos de IVA reducidos (Ley 28/2014), dictar normas para la lucha contra el empleo irregular (Ley 13/2012), introducir la competencia en el ferrocarril (Real Decretoley 22/2012), reformar la administración local (Ley 27/2013), etc. Es difícil encontrar una base jurídica en los Tratados para esta asunción general de competencias por las instituciones de la UE en todo tipo de materias, a pesar de su amplitud. Lo cierto es que no cabe duda de que se trata de competencias ejercitadas por instituciones europeas, de manera que cuando los Estados dan cumplimiento a las mismas están ejecutando el Derecho de la Unión, por lo que es aplicable la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se convierte en un parámetro de legalidad de las medidas adoptadas por el Estado en aplicación de las Orientaciones y Recomendaciones, lo cual sin duda puede ser muy relevante. Así resulta de la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2017 en el asunto C-258/14, Florescu.

En definitiva, por todas estas vías, el Estado soberano (delegante) hace una delegación a la UE (delegado) que permite al delegado tanto interpretar el alcance de esa delegación como ampliarla unilateralmente, resultando además que en todo aquello que sea objeto de la delegación el delegante se somete íntegramente a las decisiones del delegado (primacía). La garantía de la “supremacía” del delegante es su derecho a rescindir la delegación y separarse de la UE, algo que quizá en 2004 resultaba impensable en la práctica y que incluso ahora, después de la separación del Reino Unido, presenta dificultades muy importantes.

Por otra parte, frente a lo que sostiene la posición mayoritaria, la primacía del Derecho de la Unión sobre el nacional difícilmente puede justificarse en base a una estricta separación competencial entre dos ordenamientos jurídicos separados y paralelos. En primer lugar porque, como hemos visto, los límites competenciales no son fijos y quedan siempre abiertos a interpretaciones y cambios unilaterales. Pero es que además la delimitación competencial no pasa por un listado de competencias exclusivas de una u otra parte,

⁷ Para un estudio más detallado de las competencias de la UE y la interrelación entre el Tratado MEDE y el TFUE, *vid.* la sentencia del TJUE en el asunto *Pringle* (2012).

sino que el ejercicio de las respectivas competencias produce intersecciones y solapamientos frecuentes, generando un fenómeno de “entrelazamiento” (“*entanglement*”), de manera que lo que sucede con una pieza de Derecho de la Unión afecta a distancia a normas de Derecho interno y viceversa. Veremos por qué ocurre.

La regulación de la distribución de competencias aparece en los arts. 2 a 6 TFUE. Las competencias exclusivas de la UE (art. 3), aunque importantes, son muy limitadas materialmente (unión aduanera, normas sobre competencia en el mercado interior, política monetaria de la zona euro, política pesquera común y política comercial común). Fuera de esos supuestos (o sea casi siempre) las restantes competencias que resulten de los tratados han de entenderse compartidas. En el caso de las competencias exclusivas sólo la Unión puede legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente pueden hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión. Pero en el caso de las competencias compartidas “la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito”, de manera que “los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya” y “los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya” (art. 2.2). Por otra parte, la UE tiene atribuida una competencia general para coordinar las políticas económicas de los Estados, lo cual, como hemos visto, le permite intervenir en áreas muy diversas. Y para terminar, la UE siempre tiene competencia para “complementar” la acción de los Estados miembros en un conjunto de áreas muy relevantes y amplias (salud, industria, cultura, turismo, educación, formación profesional, juventud, deporte, protección civil y cooperación administrativa). Por último, es claro que en la mayor parte de los casos se producen intersecciones entre las distintas materias, de forma que es frecuente que una medida que afecta, por ejemplo, a medio ambiente, afecte también a industria, o a competencia o a política comercial, etcétera.

Por otro lado, gran parte del Derecho de la Unión está contenido en Directivas, que fijan un plazo para que los Estados las incorporen a su Derecho interno. Es incorporación se produce en numerosas ocasiones mediante una transcripción literal. Y lo que ocurre con las Directivas ocurre también con muchos Reglamentos. Aunque el Reglamento sea aplicable directamente, es muy frecuente que una parte de la regulación se delegue *de facto* en los Estados. Por ejemplo, numerosas materias sobre protección de datos personales se han remitido en el Reglamento 2016/679, de 27 de abril de 2016, a las legislaciones nacionales, que además son necesarias para desarrollar aspectos procedimentales o administrativos internos. Se hizo por ello preciso dictar la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, como si de la incorporación de una Directiva se tratase.

Con ello se produce el entrelazamiento normativo de ambos ordenamientos. Veamos algún ejemplo.

Tomemos el caso de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. En el Derecho español esta Directiva se ha incorporado en el texto del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, en ocasiones con una transcripción literal del texto de algunos preceptos. Cuando se aplica el art. 44 ET se está aplicando la Directiva. En virtud del principio de “interpretación conforme” (por ejemplo, asuntos *Pfeiffer*, 2004 y *Dansk Industri*, 2016) no es posible sostener que la interpretación de la norma transnacional sea distinta de la de la Directiva, salvo que exista una contradicción tan patente entre ambas que no pueda ser salvada por vía interpretativa, en cuyo caso estaremos ante una situación de incumplimiento por el Estado de su obligación de incorporar el Derecho de la Unión contenido en las Directivas.

Así pues, cuando se trata de aplicar el art. 44 ET, ¿cómo se puede defender la tesis de la Declaración 1/2004 del TC de que estamos ante dos ordenamientos jurídicos que viven en mundos paralelos, cada uno sometido a sus parámetros de validez diferenciados? Por ejemplo, parece imposible que el art. 44 pudiera ser declarado inconstitucional en aquellos contenidos en que se limita a incorporar la Directiva, aunque sea una Ley española. Una declaración de inconstitucionalidad implicaría dar primacía a la Constitución sobre la Directiva por intermediación de la Ley de incorporación. Por el contrario, dado que al dictar el art. 44 ET el Estado está aplicando el Derecho de la Unión, los límites que tendría que respetar serían los derivados de los Tratados y de la Carta de Derechos Fundamentales. Y este efecto es realmente importante, porque significa que aquellas piezas normativas de Derecho interno que sean pura y simple incorporación de Directivas europeas están “entrelazadas” con las Directivas y por tanto han cambiado de orden de referencia de su validez, de manera que ya no es la Constitución y el Derecho interno, sino la Carta y los Tratados. Se produce por tanto un fenómeno de “entrelazamiento de la validez”, de manera que si, por ejemplo, una sentencia del TJUE declarase contraria a la Carta una Directiva, ello significaría muy probablemente que la invalidez afectaría a la norma nacional de transposición.

Recordemos que el listado y la interpretación de los derechos de la Carta pueden no coincidir con los derechos fundamentales de la Constitución. Por tanto tenemos un artículo legal (el art. 44 ET) que, en cuanto es en gran parte transcripción de la Directiva, resulta inmune a cualquier impugnación de su constitucionalidad, sino que está sometido a la Carta europea. Pudiera ocurrir que ese artículo, de no ser transposición de una Directiva, fuese inconstitucional por vulneración de algún concreto derecho fundamental de la Constitución, pero al ser transposición de la Directiva esa norma legal ya no puede ser declarada materialmente inconstitucional. Habrá que indagar si el artículo vulnera algún precepto de la Carta de Derechos Fundamentales, pero

podiera ocurrir que no lo hiciese y fuese compatible con la Carta. ¿Cómo se podría entonces decir que la Carta opera como un mínimo de protección que puede ser superado por la Constitución nacional?

Podemos incluso preguntarnos si el blindaje de la constitucionalidad de las normas que transcriben Directivas se refiere solamente a su contenido material o también a sus aspectos formales. Por ejemplo, ¿podría cuestionarse la inconstitucionalidad, por falta de rango legal, de un Real Decreto de incorporación de una Directiva que establezca directamente obligaciones para los ciudadanos sin amparo en una norma con rango de Ley⁸? ¿O ello implicaría que el Estado, a través de la sentencia declarativa de la ilegalidad del Real Decreto, estaría incumpliendo su obligación de incorporar la Directiva y por tanto esa sentencia que declara la nulidad de la norma de transposición es contraria al Derecho de la Unión?

Sigamos analizando el fenómeno del entrelazamiento, que también se manifiesta, además de en el “entrelazamiento de la validez”, en el “entrelazamiento de la interpretación”. Si el TJUE da una determinada interpretación a una Directiva, esa interpretación determina la interpretación que ha de darse a la norma interna de transposición. Y hay que tener en cuenta que el TJUE realiza frecuentemente interpretaciones extensivas de las Directivas para garantizar su efecto útil. Por ejemplo, el art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, dice:

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales *retribuidas*, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.

La literalidad de la norma solamente dice que las vacaciones han de ser retribuidas, sin fijar cómo ni en qué cuantía, para lo cual se limita a remitirse a las legislaciones y/o prácticas nacionales. Pues bien, de dicha norma el TJUE ha extraído la consecuencia de que un trabajador que, además de su salario base, perciba ordinariamente otros conceptos vinculados a determinadas circunstancias que solamente se producen mientras se presta trabajo efectivo (por ejemplo, complemento por tiempo de vuelo en el caso de personal de líneas aéreas o comisiones por ventas de un comercial), tiene derecho a mantener la percepción de esos conceptos durante las vacaciones calculando el promedio que venía percibiendo en los meses de trabajo (sentencias de 15 de septiembre de 2011 en el asunto C-155/10, *Williams*, y de 22 de mayo de 2014 en el asunto C-539/12, *Lock*).

⁸ La interpretación tradicional es que la Directiva debe ser incorporada al Derecho interno según el sistema de fuentes de Derecho aplicable en el Estado, por lo que una Directiva deberá ser incorporada mediante Ley o mediante Ley Orgánica si así lo exige la Constitución para la correspondiente norma por su contenido material, aunque ese contenido venga sobredeterminado por la previa Directiva europea.

Tomemos ahora la norma española que incorpora dicha Directiva, que es el art. 38.1 ET (aun cuando la norma fuese previa a la Directiva se entiende como norma de transposición, al ser la norma nacional cuyo contenido refleja el de la Directiva): “El periodo de vacaciones anuales *retribuidas*, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales”.

Lo único que dice la norma sobre la retribución es que las vacaciones tienen que ser “retribuidas”, que es exactamente lo mismo que dice la Directiva. Pero la interpretación tradicional de la jurisprudencia española no había sido estricta al exigir que la retribución durante las vacaciones garantizase la integridad salarial, sino que había partido del art. 7 del convenio 132 de la OIT, que habla de “remuneración normal o media” y por lo demás remite a lo que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado, por lo que se había entendido que los convenios colectivos tenían un margen para excluir determinados conceptos de la retribución de vacaciones. La interpretación tradicional por la jurisprudencia del art. 38.1 ET queda superada desde el momento en que el TJUE ha hecho otra interpretación del art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE. Se trata, por tanto, de un caso de “entrelazamiento interpretativo”. Un órgano judicial español que tenga que aplicar el art. 38.1 ET habrá de ser consciente de que tiene que dar al mismo una interpretación conforme con la Directiva y la interpretación de la Directiva es la asumida por el TJUE.

Pero el caso de las vacaciones presenta un interés adicional. Debido al entrelazamiento de la validez, el orden jurídico de referencia para analizar el art. 38.1 ET son los Tratados y la Carta de Derechos Fundamentales, no la Constitución⁹. Y en el caso de las vacaciones nos encontramos con que la Constitución no recoge las mismas como un derecho fundamental, sino meramente como uno de los principios rectores de la política social y económica (art. 40.2), pero que sin embargo la Carta reconoce como derecho fundamental de los trabajadores “un período de vacaciones anuales retribuidas” (art. 31.2), sin mayores precisiones. Una vez que el término “retribuidas” ha sido interpretado por el TJUE en el sentido de garantizar la integridad sala-

⁹ Debe precisarse que si la norma nacional va más allá de la Directiva, por ejemplo concede un periodo vacacional superior a cuatro semanas anuales, ese “sobrante nacional” no se ve afectado por el entrelazamiento, de manera que es posible dar al mismo una regulación que se separe de la Directiva sin que ello afecte ni a su validez ni a su interpretación. Es más, puede pensarse que el “sobrante” cambia de orden normativo de referencia y ya no está sujeto a los Tratados y la Carta, sino a la Constitución nacional (en ese sentido, asunto *TSN*, 2019). Las disposiciones más favorables del Derecho interno quedan “al margen del régimen establecido por la citada Directiva”, por lo que, en ese caso concreto, las vacaciones que excedan de las cuatro semanas garantizadas por la Directiva (sea por ley nacional o por convenio colectivo) no están sujetas al régimen de la misma y por tanto puede disponerse su pérdida en caso de que coincidan con una baja por enfermedad.

rial durante el periodo vacacional, dicha interpretación alcanza lógicamente al art 31.2 de la Carta y pasa a formar parte de un derecho fundamental inderogable¹⁰. El derecho fundamental pasa a ser de aplicación directa a todos los ciudadanos, en relaciones verticales y horizontales, independientemente de lo que diga la legislación nacional. Aunque se modificase la Directiva de tiempo de trabajo y la legislación interna introdujese todo tipo de recortes en la retribución de vacaciones, la integridad de la retribución quedaría garantizada como derecho fundamental. Esa norma de la Carta tiene primacía absoluta y aplicación directa.

Este tipo de situaciones son numerosísimas en el ordenamiento jurídico en todo tipo de materias. Los entrelazamientos entre ordenamiento europeo y ordenamiento español son muy frecuentes y extremadamente fuertes y resulta imposible sostener, a mi juicio, que se trata de dos ordenamientos separados por el principio de competencia que viven en mundos distintos con parámetros de validez diferentes, como hizo la Declaración 1/2004 del TC. En virtud del entrelazamiento de la interpretación, las interpretaciones del TJUE del Derecho de la Unión (interpretaciones que en gran parte de los supuestos se producen respecto a casos planteados desde otros Estados miembros, pero cuya resolución afecta a toda la Unión Europea) tienen aplicación directa sobre el Derecho interno en numerosísimos casos, hasta el punto de que en ocasiones implican la invalidez de las normas internas que incorporan Directivas cuando se hayan separado de la interpretación de estas que adopte el TJUE. Por otra parte en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión se produce el entrelazamiento de la validez, lo que supone que, en toda aquella regulación interna amparada por Directivas u otras normas del Derecho de la Unión, el parámetro de validez ya no es la Constitución, sino los Tratados y la Carta.

A medida que se amplían los ámbitos en que va actuando la Unión Europea, se produce un efecto expansivo de la Carta y los Tratados como parámetros de validez en detrimento de la Constitución. Esto es, se van transfiriendo materias del ámbito de la constitucionalidad interna al ámbito de la constitucionalidad comunitaria. Y este efecto expansivo se ve propiciado por la jurisprudencia de la UE que va abriendo ámbitos a la Carta, entendiendo que estamos ante la aplicación por el Estado del Derecho de la Unión.

Por ejemplo, el TJUE en el asunto *Florescu* (2017) entiende que el MoU entre la UE y Rumanía adoptado en el marco del Reglamento 332/2002 es Derecho de la Unión. Rumanía adoptó una nueva normativa sobre incompatibilidad de pensiones y salarios públicos, con lo que impidió sobrevenidamente a dos antiguos funcionarios seguir compatibilizando la pensión de jubilación que percibían con la actividad de docentes universitarios que seguían desarrollando tras su jubilación como funcionarios. El TJUE señala que no

¹⁰ Al menos en relación con el mínimo de cuatro semanas garantizado por la Directiva, de manera que en relación con el “sobrante nacional” cabría hacer otra interpretación.

era una medida que en concreto fuera obligatoria para ejecutar el MoU (que solamente exigía genéricamente “que el sistema de pensiones de jubilación debe reformarse, en particular mediante medidas como el retraso de la edad de jubilación o la indización del importe de las referidas pensiones del sector público en función de los precios al consumo”), pero después dice que dado que esa normativa “fue adoptada para dar cumplimiento a un punto del MoU que obligaba a reducir los salarios del sector público y a reformar el régimen de pensiones” debe ser considerada como “una medida adoptada en aplicación del Derecho de la Unión y por tanto debe respetar los derechos de la Carta de Derechos Fundamentales”. “Es cierto que el Memorando de Acuerdo deja un margen de maniobra a Rumanía para decidir las medidas más adecuadas para el cumplimiento de dichos compromisos”, pero “cuando un Estado miembro adopta medidas en el ejercicio de la facultad de apreciación que le confiere un acto del Derecho de la Unión, debe considerarse que aplica dicho Derecho, en el sentido del art. 51, apartado 1, de la Carta”. Con ello el TJUE nos está dando la pauta para trasladar del ámbito de la constitucionalidad interna al ámbito de la Carta todas las medidas adoptadas por los Estados en ejecución de las recomendaciones y orientaciones de los arts. 121, 126 y 136 TFUE y de los Reglamentos y Directivas del *six-pack*, además de las medidas en aplicación de MoU adoptados con amparo en Derecho de la Unión.

Aún más, el TJUE ha declarado que una medida restrictiva de una libertad económica (en este caso la libre circulación de capitales) que se justifica por el Estado alegando razones al amparo del TFUE (en aquel caso del art. 65), sitúa el conflicto dentro de la aplicación del Derecho de la Unión y convierte en aplicable la Carta. Cuando una normativa nacional puede obstaculizar una o varias de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado FUE y el Estado miembro de que se trata invoca motivos o razones imperiosas de interés general en base al Derecho de la Unión para justificar ese obstáculo, hay que entender que el Estado está aplicando Derecho de la Unión y es aplicable la Carta. “Cuando un Estado miembro hace uso de excepciones establecidas por el Derecho de la Unión para justificar un obstáculo a una libertad fundamental garantizada por el Tratado «aplica el Derecho de la Unión» a efectos del art. 51, apartado 1, de la Carta (sentencias de 21 de diciembre de 2016, *AGET Iraklis*, C-201/15 y de 21 de mayo de 2019, *Comisión contra Hungría*, C-235/17)”.

La cuestión entonces es qué ocurre cuando un Estado adopta medidas que restringen libertades económicas garantizadas por el Derecho de la Unión pero no invoca normas europeas para justificar esas medidas obstaculizadoras. En la sentencia de 6 de marzo de 2018 en el asunto *Segro*, C-52/16, el TJUE evitó expresamente resolver la cuestión, puesto que la medida fue declarada contraria a Derecho sin necesidad de aplicar la Carta. La cuestión quedó abierta y parece que habrá de resolverse en la sentencia que se dicte en el asunto *Comisión/Hungría (Transparence associative)*, donde el dictamen del Abogado General se ha mostrado partidario de entender que en tales ca-

sos el Estado está sometido al Derecho de la Unión y ha de aplicarse también la Carta¹¹.

No obstante en estos casos –*Florescu; Comisión/Hungría (Transparence asociative)*– se me suscita la duda sobre el alcance del entrelazamiento de la validez. Es claro que no puede aplicarse la Constitución como parámetro de validez del Derecho de la Unión y esto protege del análisis constitucional también a los actos que sean mera transposición literal de Directivas, pero ¿qué ocurre con estos otros actos estatales que inciden dentro del Derecho de la Unión pero donde el Estado ejerce un margen de apreciación y de desarrollo que va más allá de la mera transcripción de la Directiva o norma europea? A mi juicio en estos casos no hay nada que impida la aplicación de la Constitución como parámetro de validez en tanto en cuanto no se cuestione de manera directa o indirecta la validez de una pieza de Derecho de la Unión. De esta manera la aplicación de la Carta determina un doble estándar de validez y no propiamente una migración del estándar nacional al europeo. No olvidemos no obstante que cada uno de esos dos estándares simultáneamente aplicables tiene sus propios cauces procesales, esto es, control de constitucionalidad concentrado (estándar nacional) y control de constitucionalidad difuso (estándar europeo).

¹¹ Un ejemplo. Supongamos que en el marco de la crisis sanitaria por el SARS-COV2 de 2020 se dicta por el Gobierno español un Real Decreto-ley limitando la libre circulación de personas en las fronteras (por ejemplo en puertos y aeropuertos). Si dicha norma invoca el art. 27 de la Directiva 2004/38/CE con ello queda inmediatamente convertida en un supuesto de aplicación del Derecho de la Unión que determina la aplicación de la Carta. En tal caso, por ejemplo, la medida debe cumplir con el art. 21.2 de la misma, que prohíbe la discriminación por nacionalidad. Si por el contrario se dicta el Real Decreto-ley sin ampararse en ninguna excepción del Derecho de la Unión podremos estar ante un supuesto de incumplimiento por parte del Estado español y se podrá alegar el principio de primacía del Derecho de la Unión, etc., pero ¿sería aplicable la Carta de Derechos Fundamentales? En caso negativo la discriminación por razón de la nacionalidad no viene recogida como tal en el art. 14 CE. Este problema se salvaría porque, además de en la Carta, la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad aparece recogida en el art. 18 TFUE, pero en muchos otros casos podría no ser así. Lo que tiene que decidir el TJUE en el asunto *Comisión/Hungría (Transparence asociative)* es si en esos supuestos de normas nacionales que incumplen los Tratados la Carta es aplicable por razón del incumplimiento. Es evidente que si la respuesta es afirmativa la extensión del ámbito de aplicación de la Carta será muy importante, dado que en todo caso en que se pueda detectar un incumplimiento del Derecho de la Unión ello llevará a la aplicación de la Carta. Este es el enfoque actual de numerosos procedimientos de incumplimiento en tramitación por la Comisión Europea, que está vinculando los incumplimientos de los Tratados con la aplicación de la Carta para añadir los incumplimientos de ésta en el procedimiento. Sobre la materia *vid.* Kirst (2020).

4. IMPOSIBILIDAD DE RECONCILIAR LOS CATÁLOGOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS ÁMBITOS EUROPEO Y NACIONAL

En la Declaración 1/2004 el TC ya manifestó que la existencia de tres cartas separadas de derechos (el CEDH, la Carta Europea y la Constitución) supondría una complicación para llegar a una interpretación unitaria de los derechos fundamentales, aunque no afectara a la validez de la Constitución Europea. Parece deducirse de la declaración que el TC pensaba que para llegar a un interpretación integradas de las tres declaraciones de derechos tendría que aplicar con la doctrina que pudiera emanar del TJUE el mismo método que aplicaba con la jurisprudencia del TEDH, esto es, utilizar su doctrina como criterio hermenéutico privilegiado. Las referencias que la propia Carta hace al CEDH facilitarían la convergencia interpretativa.

En definitiva parece que se creía que el resultado al que debía tenderse sería un catálogo unitario de derechos fundamentales construido a partir de las tres declaraciones, dando además una interpretación uniforme a los derechos coincidentes. Pero además parece que el TC pensaba que el protagonista de la tarea de limpiar, fijar y dar esplendor a ese catálogo le correspondería a él mismo en un sistema que procesalmente seguiría los cauces tradicionales del sistema kelseniano.

Ninguno de esos presupuestos era correcto.

Comencemos con el primero, la posibilidad de establecer un catálogo unitario de derechos fundamentales con una interpretación armonizada. La primera dificultad para ello es textual, dado que los textos de la Constitución, del CEDH y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no son coincidentes e incluso tampoco coinciden los derechos enumerados en cada instrumento. Los derechos garantizados son más limitados en el ámbito del CEDH y más amplios en el caso de la Carta de la UE, encontrándose nuestra Constitución en un punto intermedio, aunque más próximo a la Carta, debido a que parte de los derechos sociales de la Carta en la Constitución quedaron degradados a “principios rectores de la política social y económica” que “sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 53.3). Sin embargo la extensión de la Carta fue objeto de un recorte muy sustancial por parte del TJUE en su sentencia en el asunto *Association de médiation sociale* (2014). En esa sentencia el TJUE dijo que en aquellos supuestos en los que la Carta remite la concreción del derecho fundamental a “las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales” para que el artículo de la Carta produzca plenamente sus efectos es necesario que sea precisado por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional, no siendo aplicable directamente¹², mientras que, reiterando el cri-

¹² En el caso concreto de esa sentencia del TJUE sí existía una norma de Derecho de la Unión que precisaba el contenido del Derecho, la Directiva 2002/14, pero aún así

terio de la sentencia *Kücükdeveci*, cuando se reconoce el derecho de forma incondicionada esto es suficiente por sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal. Por tanto todos los derechos de la Carta en las que esta se remite al Derecho de la Unión o a la legislación y práctica nacionales quedaron vaciados de contenido jurídico, lo que incluye gran parte de los derechos sociales.

Esta declaración resulta muy grave, porque como hemos visto la garantía de los derechos fundamentales es la condición del principio de primacía, conforme a la doctrina Brunner. Si los Estados ceden a la UE la potestad de dictar normas que quedan exentas del control de constitucionalidad nacional es porque confían en que el nivel de protección de los derechos fundamentales garantizados en su Constitución va a ser equivalente en el ámbito de la UE. El nivel de protección depende tanto del listado de derechos garantizados como de su interpretación y efectiva protección por el TJUE. Si el TJUE se deshace de un plumazo en la sentencia *Association de Mediation Sociale* de gran parte de la Carta de Derechos Fundamentales (esencialmente de los derechos sociales) con ello incumple radicalmente la base del pacto político que sustenta el Derecho de la Unión y el principio de primacía. Esa sentencia, si no es corregida, tiene una inmensa fuerza destructiva del Derecho de la Unión. La solución además hubiera sido más fácil y ya fue adoptada por el TC español desde el primer momento, siguiendo el ejemplo previo del BVerfGE. En aquellos casos en que la Carta se remite a un desarrollo legislativo, la función del TJUE consistiría en comprobar que dicho desarrollo respeta el “contenido esencial” del derecho. La dificultad es que la protección del derecho fundamental desarrollado legislativamente exige definir el canon de enjuiciamiento constitucional y diferenciarlo del mero canon de legalidad ordinaria, lo que no es fácil y constituye una de las tareas permanentes y duraderas de nuestro TC. Esa solución está amparada en el art. 52.1 de la propia Carta (“Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades”), muy similar al art. 53.1 CE. La solución adoptada por el TJUE ha sido, por el contrario, el vaciamiento de una parte sustancial de la Carta, lo que supone, como digo, el incumplimiento del pacto originario que sustenta la primacía del Derecho de la Unión.

La conclusión es que no es posible fijar un catálogo unitario de derechos fundamentales. La situación resultante es que cuando estemos ante Derecho de la Unión o aplicación del Derecho de la Unión el parámetro aplicable es el listado de derechos fundamentales la Carta y cuando estemos ante normas de Derecho interno que no sean aplicación del Derecho de la Unión el parámetro son los derechos fundamentales de la Constitución.

el tribunal siguió entendiendo que el derecho fundamental no era aplicable porque al ser una Directiva no incorporada por el Estado (en aquel caso Francia) no era aplicable a un litigio entre particulares.

En cuanto a los derechos reconocidos en el CEDH y sus protocolos, en el asunto *Åkerberg Fransson* (2013) el TJUE dijo que el CEDH no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él pese a las previsiones del art 6.2 TUE, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión. En consecuencia, el Derecho de la Unión no regula la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y no establece tampoco las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y una norma de Derecho nacional. Por tanto el CEDH no puede ser invocado autónomamente ante el TJUE como parámetro de validez del Derecho de la Unión y de los actos de aplicación por los Estados.

Pero esto no significa que el CEDH no se aplicable en el ámbito del Derecho de la UE. En *Åkerberg Fransson* (2013) el TJUE reconoció que los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales (art 6.3 TUE) y son parámetro interpretativo de los derechos de la Carta (art 52.3 de la Carta). En lógica consecuencia, en la posterior sentencia en el asunto *Florescu* (2017), el TJUE dice que para determinar el alcance de un derecho fundamental de la Carta es preciso tener en cuenta, tal y como previene el art 52.3 de la misma, el CEDH. Y a continuación lo hace analizando y aplicando la jurisprudencia del TEDH. Es decir, que cuando se invoque un derecho de la Carta que también esté reconocido en el CEDH, entonces sí debe tomarse como referencia el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. De hecho el TJUE la aplica en el caso *Florescu* de una forma más rigurosa y consistente que el Tribunal Constitucional español, esto es, no como un mero criterio hermenéutico del que pueda separarse a voluntad, sino como una referencia de seguimiento casi obligado. En el caso *Florescu* la consistencia de la decisión con la jurisprudencia del TEDH lleva al TJUE a aplicar la protección del derecho de propiedad a las prestaciones públicas, en este caso de Seguridad Social, siguiendo los criterios al respecto de abundante jurisprudencia del TEDH, algo que el TC español se ha negado a hacer sistemáticamente.

Por tanto no solamente no coinciden las listas de derechos protegidos en el ámbito del TJUE y del TC, sino que tampoco coincide la forma de incorporar el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. Y la interpretación de otros derechos fundamentales en los casos concretos tampoco es necesariamente coincidente¹³.

Finalmente hemos de recordar que los derechos fundamentales no son el único parámetro de validez de las normas. Si se aplica el Derecho de la Unión además de la Carta están los Tratados y muy significativamente las libertades económicas garantizadas por los mismos, que en la jurisprudencia del TJUE han primado en ocasiones sobre los derechos fundamentales en una forma

¹³ A título de ejemplo basta con comparar la interpretación divergente del TC y del TJUE sobre el principio de igualdad ante la Ley en el mismo supuesto en STC 306/1993 y asunto *Cordero Alonso* (2006), respectivamente.

que no sería admisible con la Constitución¹⁴. Y si estamos en el puro ámbito interno donde el parámetro aplicable es la Constitución es una obviedad que el contenido de la misma no se limita al catálogo de derechos fundamentales y la inconstitucionalidad de una ley puede ser declarada por vulneración de otra parte del articulado constitucional.

En definitiva, el hecho de que nos encontremos dentro del campo normativo del Derecho de la Unión o del campo del puro Derecho nacional determina la aplicación de conjuntos de enjuiciamiento en orden a la validez de la norma sustancialmente diferentes y difícilmente reconducibles al catálogo unitario de interpretación uniforme en que quizá pensó el TC en 2004.

5. LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN Y DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El otro supuesto del que partió el TC en su Declaración 1/2004 es que los mecanismos procesales de tutela de los derechos fundamentales no se alterarían por el hecho de que apareciese una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea con valor jurídico, bajo la competencia interpretativa del TJUE. En el texto de la Declaración 1/2004 incluso se habla de resolver los problemas concretos que se plantearan en el futuro ante el Tribunal Constitucional “en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución Española”. Por tanto en materia de derechos fundamentales parece que se pensó que simplemente se introducía al TJUE como nuevo protagonista, paralelo al TEDH, con el cual el TC “dialogaría” en el ejercicio de su misión tradicional.

Lo que parece que no vio el Tribunal Constitucional en aquel momento es que al pasar la Carta de Derechos Fundamentales a formar parte del Derecho de la Unión Europea el terreno de juego procesal quedaba alterado radicalmente. Como ocurre con el restante Derecho de la Unión, los jueces nacionales son llamados a su aplicación directa y con primacía sobre todas las normas de Derecho interno de cualquier rango. La consecuencia es que en el sistema procesal de aplicación del Derecho de la Unión Europea los interlocutores de ese “diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios

¹⁴ Especialmente reseñables son los asuntos *Viking* (2007) y *Laval* (2007), donde consideró que huelgas y conflictos laborales iniciados por los sindicatos para impedir la subcontratación de trabajos con empresas extranjeras o para imponer el respeto de condiciones laborales mínimas a los trabajadores de esas subcontratas eran ilegales por vulnerar la libertad de prestación de servicios e incluso podían dar lugar a que los convocantes hubieran de indemnizar a la empresa.

internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española” iban a ser los jueces y tribunales ordinarios, incluso de las primeras instancias, obviando la participación en el mismo del propio Tribunal Constitucional.

La experiencia del TC le hacía pensar que lo que podía esperar de una nueva Carta de Derechos Fundamentales era algo parecido a lo que ocurre con el TEDH. Una vez agotadas las vías internas las partes pueden acudir al TEDH y este en ocasiones desautoriza la interpretación del Tribunal Constitucional. El efecto por otra parte es limitado, porque aparte del elemento simbólico, la reparación garantizada por el TEDH es puramente indemnizatoria y de cuantía moderada. En ese marco la idea sería que el TJUE podría desautorizar ocasionalmente las interpretaciones del TC, pero en la medida en que para ambos el TEDH se convertía en referencia común, la situación no parecía que debiera sufrir excesivos cambios.

Lo que quizá no se valoró por el TC fue que el sistema procesal europeo no circulaba por los mismos caminos, sino que, aparte de las eventuales actuaciones de la Comisión Europea mediante recursos de incumplimiento, la intervención del TJUE se produciría ordinariamente por la vía de cuestiones prejudiciales que puede suscitar cualquier órgano jurisdiccional desde cualquier instancia. Y, sobre todo, que la cuestión prejudicial no opera, como la cuestión de inconstitucionalidad, como requisito previo necesario para la inaplicación de una ley, sino que el órgano judicial puede decidir no plantear el mismo y aplicar directamente la norma de Derecho de la Unión en detrimento de la ley nacional. Es decir, lo que el TC no valoró fue que la introducción de la Carta de Derechos Fundamentales como parte del Derecho de la Unión la convertía, en aquellos litigios donde hubiera de aplicarse Derecho de la Unión, en el criterio de validez de la ley nacional y que la invalidez podía ser apreciada de forma directa por cualquier órgano judicial.

Ello suponía una voladura parcial del sistema kelseniano de control de constitucionalidad concentrado, sustituyendo en una parte de los casos al Tribunal Constitucional en su función de protección de derechos fundamentales por la justicia ordinaria, que es la que podría entablar un diálogo constante con el TJUE.

El TJUE ha sido reiterativo al subrayar que el sistema procesal para garantizar la primacía del Derecho de la Unión exige que sea el juez ordinario el que al decidir un caso valore libremente si la norma nacional es contraria a una norma del Derecho de la Unión y en caso de que así lo estime inaplique la norma nacional directamente, sea cuál sea su rango, sin trámite alguno semejante a la cuestión de inconstitucionalidad. Es más la cuestión de inconstitucionalidad es con carácter general facultativa para el órgano judicial y el hecho de que no la plantee no impide que aplique la primacía del Derecho de la Unión¹⁵.

¹⁵ El planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE solamente es obligatorio para el órgano judicial en el supuesto previsto en el art. 267 TFUE: “Cuando se plantee

En asuntos como *Nimz/Freie und Hansestadt Hamburg* (1991), *Smith y otros/Avdel Systems* (1994), *Rodríguez Caballero* (2002), *Cordero Alonso* (2006), *Küçükdeveci* (2010), el TJUE ha dicho que el órgano jurisdiccional nacional está obligado a dejar sin aplicación, sin solicitar o esperar previamente su derogación por el legislador, cualesquiera disposiciones de la normativa nacional, sea cual sea su rango, contrarias a un derecho fundamental. Además, como precisó en *Küçükdeveci*, esa obligación es independiente de que decida plantear o no una cuestión prejudicial ante el TJUE. Por tanto la inaplicación la debe llevar a cabo aunque no plantee una cuestión prejudicial.

En la *Melki y Abdeli* (2010) dijo que un sistema de control de constitucionalidad de las leyes concentrado en un Tribunal Constitucional, para ser compatible con el art. 267 TFUE (que regula la cuestión prejudicial), no debe interferir con la facultad del órgano judicial de plantear cuestiones prejudiciales en cualquier momento y, en función de la respuesta del TJUE, para dejar inaplicada una ley nacional contraria al Derecho de la Unión, aunque el Tribunal Constitucional no la haya declarado inconstitucional.

Finalmente en *Åkerberg Fransson* (2013), dijo que el Derecho de la Unión se opone a una práctica judicial que supedita la obligación del juez nacional de no aplicar ninguna disposición que infrinja un derecho fundamental garantizado por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al requisito de que dicha infracción se deduzca claramente del texto de dicha Carta o de la jurisprudencia en la materia, dado que priva al juez nacional de la facultad de apreciar plenamente, con la cooperación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su caso, la compatibilidad de dicha disposición con la Carta.

Por tanto, el juez ordinario, al resolver sobre un litigio, está obligado a inaplicar cualquier norma de Derecho interno, sea cual sea su rango, que sea contraria a la Carta de Derechos Fundamentales (cuando se trate de la aplicación del Derecho de la Unión y no meramente de Derecho nacional), teniendo capacidad plena para interpretar la Carta como cualquier otra norma jurídica y sin que para inaplicar la norma interna, sea cual sea su rango, haya de someterse a ningún procedimiento previo de inconstitucionalidad. Para interpretar la Carta puede utilizar la cuestión prejudicial si lo estima necesario. En definitiva, el juez o tribunal nacional, actuando como juez o tribunal europeo, debe aplicar la Carta como haría con cualquier otra norma de Derecho de la Unión, dando primacía a la misma sobre el Derecho interno e interpretando sus disposiciones en lo que sea necesario. Claro está que no tiene la misma relevancia inaplicar una Ley en base a la aplicación de la Carta que hacerlo por razones más técnicas y concretas derivadas del contenido de un Reglamento o Directiva en materia de medio ambiente o de competencia, por ejemplo, porque al utilizar la Carta para inaplicar la Ley el sistema

una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal”.

de control de la constitucionalidad mutua y se acerca al aplicado en Estados Unidos, un sistema difuso y no concentrado, donde la cúspide está ocupada por el Tribunal Supremo y no por el Tribunal Constitucional.

Resulta así que cuando estemos ante la aplicación de Derecho de la Unión (y de normas de Derecho interno entrelazadas con el Derecho de la Unión) el sistema es diferente al previsto en la Constitución: los parámetros de validez de las normas son los Tratados y la Carta, no la Constitución y el sistema de control de constitucionalidad de las leyes es de naturaleza difusa y no concentrada. La ayuda que precise el juez o tribunal nacional para interpretar la Carta y demás normas del Derecho de la Unión la puede recabar del TJUE mediante una cuestión prejudicial.

6. UN REGUERO DE CONFLICTOS ENTRE ÓRGANOS JUDICIALES

Visto todo lo anterior es fácil entender por qué el sistema de primacía del Derecho de la Unión, la irrupción de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el sistema de intervención del TJUE mediante cuestiones prejudiciales suscitadas desde cualquier instancia y desde cualquier Estado miembro tiene el potencial de producir una ruptura del sistema jurídico tradicional. A mi juicio todos los elementos estaban sustancialmente presentes muchos años antes, porque la cuestión prejudicial o la primacía del Derecho de la Unión ya estaban ahí cuando España ingresó en la CEE el 1 de enero de 1986. La Carta les añadió potencialidad disruptiva. Y la carga de profundidad que todo ello suponía estalló, a mi juicio, por varias circunstancias combinadas:

— La llegada a los órganos judiciales de instancia de jueces jóvenes formados en Derecho de la Unión. No cabe ignorar que durante años los magistrados que ocupaban los puestos en el Tribunal Supremo y los miembros de Tribunal Constitucional habían estudiado sus carreras antes de la entrada de España en la CEE. Incluso la incorporación del Derecho europeo a los programas de oposiciones de ingreso en la judicatura fue tardío. La conciencia sobre el contenido y estructura del Derecho de la Unión entre la judicatura española penetró lentamente y esto se ha manifestado en el escaso uso de las cuestiones prejudiciales y la resistencia a aplicar el principio de primacía o a desempeñar plenamente sus funciones como jueces europeos. Pero a partir del siglo XXI los nuevos jueces, habitualmente destinados en órganos inferiores, sí tienen esa formación y esa conciencia y una parte de ellos está más decidida a asumir las funciones que tiene atribuidas por el Derecho de la Unión. De ahí que lo usual es que las cuestiones prejudiciales partan de los órganos de instancia o en todo caso de instancia inferiores al Tribunal Supremo o al Tribunal Constitucional. Por el contrario los órganos superiores han venido siendo más reticentes a plantearlas. Esto ocurre también en otros Estados. Por ejemplo, el BVerfGE planteó por primera vez una cuestión prejudicial en 2014, que fue resuelta por el TJUE en su sentencia de 16 de junio de 2015 en

el asunto *Gauweiler*. El Tribunal Constitucional español planteó por primera vez una cuestión prejudicial antes que el alemán, en 2011, mediante Auto del TC 86/2011, de 9 de junio.

— La crisis económica e institucional iniciada en 2008. Quizá sea este uno de los efectos colaterales de esa crisis. La importancia de los conflictos sociales, las polémicas medidas de recortes de derechos y de gasto público, la crisis bancaria, el elevado desempleo, las reformas legislativas en el ámbito laboral y social, junto con la crisis de credibilidad de las instituciones, han sido el caldo de cultivo en el que han crecido numerosos conflictos. La incapacidad o la falta de voluntad de los sucesivos gobiernos para resolver los mismos ha producido que una parte sustancial se hayan convertido en litigios judiciales y en ese momento de búsqueda de soluciones el Derecho de la Unión permitía cuestionar muchos corsés históricos del Derecho español y las medidas legislativas adoptadas. No hay que olvidar que una de las paradojas de la crisis es que desde las instituciones europeas se vinieran a exigir de los gobiernos de los Estados del sur medidas que no aceptarían para sí en ningún caso los gobiernos de los Estados del norte, en muchos casos dudosamente compatibles con el Derecho de la Unión tradicional. Esta asimetría de trato difícilmente podía pasar el filtro del TJUE, porque la doctrina que este fija tiene validez general en toda la UE. Eso ha convertido al TJUE en el campo de batalla de los conflictos sociales de los Estados del sur de Europa, que durante la época de crisis han elevado numerosísimas cuestiones prejudiciales en materias de gran calado económico y social.

— Finalmente un elemento determinante ha sido también la reacción conservadora mayoritaria dentro de la alta judicatura. La política de nombramientos para el Tribunal Constitucional y para el Tribunal Supremo ha orientado estos órganos mayoritariamente hacia el conservadurismo, y en el equipaje ha ido incluido un cierto grado de euroescepticismo. Si en la Declaración 1/2004 esa tendencia llevó a tres de los doce miembros del Tribunal Constitucional a formular votos particulares, diez años más tarde posiblemente fuera mayoritaria en ese órgano. Pero ahora su postura estaba cargada de razones y argumentos, porque la potencialidad de ruptura de la primacía del Derecho de la Unión se venía a manifestar claramente, al dotar a los órganos judiciales de las instancias inferiores de los instrumentos para cuestionar todo tipo de medidas legislativas. Dado que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional venían a corregir esas decisiones jurisdiccionales inferiores, muchos de estos encontraron la vía de refuerzo para la aplicación del Derecho de la UE en la formulación de cuestiones prejudiciales, descubriendo no solamente que los plazos de resolución del TJUE son muy inferiores a los del TC y asumibles procesalmente, sino que en general el TJUE es menos propenso que el TC a primar en sus resoluciones la valoración de los intereses generales y del sentido de Estado. Por esa vía se ha inclinado la balanza en contra del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en un número señalado de litigios, algunos con gran repercusión pública y gran importancia económica y social.

De esta manera durante casi una década una parte de la crónica jurisprudencial española ha pasado a las primeras páginas de la prensa, que ha tendido a relatar la misma en términos de batallas políticas, menoscabando así la imagen pública de los propios órganos judiciales y colaborando en la crisis de credibilidad de las instituciones del Estado.

¿Cuál ha sido la reacción de Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo?

Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional lo más destacable es la forma en que intenta limitar los efectos del principio de primacía del Derecho de la Unión, incluso posicionándose en un sentido contrario a la jurisprudencia del TJUE. En concreto el Tribunal Constitucional concede el amparo por vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías a las partes (generalmente Administraciones Públicas) que alegan que un juez ha inaplicado una norma con rango de Ley por dar primacía al Derecho de la Unión. Si existe contradicción entre la ley y el Derecho de la Unión, el Tribunal Constitucional exige que el órgano judicial eleve previamente una cuestión prejudicial al TJUE para que sea este el que así lo confirme, prohibiendo que inaplique directamente la Ley sin previa sentencia del TJUE. Este criterio aparece en las sentencias 173/2002, 58/2004, 194/2006, 78/2010 y muy destacadamente lo ha aplicado en la sentencia 37/2019, de 26 de marzo y en la serie de sentencias que son secuela de ésta, donde concede amparo frente a la Sala Tercera del Tribunal Supremo por inaplicar una Ley en base al principio de primacía sin haber acudido al TJUE mediante cuestión prejudicial.

El efecto buscado aparentemente es que los jueces no inapliquen las normas con rango de Ley para dar primacía al Derecho de la Unión, esto es, que no hagan lo que de acuerdo con el TJUE deben hacer. Si quieren inaplicar una Ley tienen que suspender el proceso y remitir una cuestión prejudicial al TJUE, algo a lo que en muchos casos no estarán dispuestos por los retrasos que produce en el proceso y las complicaciones adicionales que genera en la tramitación. Es de suponer que un criterio de este tipo produce un incremento del número de cuestiones prejudiciales, pero en un número mayor de casos lo que hará será disuadir a los jueces españoles de ejercer como jueces europeos, absteniéndose de aplicar las potestades que como tales les confiere el Derecho de la Unión y la jurisprudencia del TJUE para garantizar la primacía del Derecho de la Unión.

Dado que el TC ha implantado así la obligación de plantear la cuestión prejudicial como una garantía procesal (de hecho estima vulnerado el derecho a un proceso con las debidas garantías ex art. 24.2 CE), lo coherente sería que si el órgano judicial no la plantea, pese a serle rogado por una parte, también debiera concederse el amparo. La parte que intenta valerse del Derecho de la Unión se encontraría con que el órgano judicial se niega a poner en marcha el instrumento (la cuestión prejudicial) exigida como requisito por el TC para inaplicar la ley contraria al mismo. Por tanto, siempre que la cuestión se presente como relevante para la resolución del caso, lo lógico sería entender vulnerado el derecho a la tutela judicial y a un proceso con las debidas

garantías si no se plantea la cuestión. Cuando menos hay que tener en cuenta que el art. 267 TFUE convierte en obligatoria la cuestión prejudicial cuando lo solicite una parte y la sentencia que se vaya a dictar *no sea susceptible de recurso*, salvo que se trate de una cuestión clara¹⁶. Por lo menos en dichos supuestos la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial pedida por una parte, salvo que claramente sea impertinente o se refiera a una cuestión clara, debiera dar lugar al amparo constitucional.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional expresamente ha denegado el amparo en tales supuestos a las partes que habían pedido el planteamiento de cuestión prejudicial en base a que el art. 267 TFUE pertenece al ámbito del Derecho europeo y no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad, por lo que basta con que la resolución del órgano judicial que deniega el planteamiento esté motivada de forma razonable para que no se haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencias TC 58/2004, 27/2013 y 212/2014).

El efecto conjunto de ambos criterios del TC es el de obstaculizar la aplicación directa del principio de primacía frente a las Leyes, desincentivando la aplicación de la primacía del Derecho de la Unión, con una doctrina claramente contraria a la jurisprudencia del TJUE. Una situación que podría llevar a que la Comisión Europea iniciase un procedimiento de incumplimiento contra España, puesto que se está afectando a uno de los pilares básicos de la UE.

En todo caso ese criterio mantiene el recurso a cuestiones prejudiciales como una situación traumática. En lugar de asumir con normalidad el papel de jueces europeos que aplican el Derecho de la Unión (incluida la Carta), con cúspide en el Tribunal Supremo, con un uso de la cuestión prejudicial normalizado, el goteo de cuestiones prejudiciales se presenta como una lucha política entre la Justicia europea y la española, que culmina en una descalificación del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo cada vez que el TJUE corrige un criterio aplicado por éstos en contestación a cuestiones planteadas desde instancia inferiores.

Las reacciones del Tribunal Supremo frente a la situación han sido por lo general más matizadas que las del Tribunal Constitucional y suelen buscar salidas menos radicales, pero eludiendo en ocasiones la aplicación del principio de primacía por vericuetos interpretativos. Por ejemplo, en el caso *Telefónica Móviles* resuelto por STS 2728/2016, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se negó a aplicar la jurisprudencia del TJUE sobre el art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE (retribución de las vacaciones con el salario íntegro por todos los conceptos), a pesar de reconocer que la situación de base era contraria a

¹⁶ La interpretación del concepto de cuestión clara es muy restrictiva. Solamente puede estimarse cuando se trata de una cuestión ya resuelta por el TJUE o cuando no cabe otra interpretación en ningún otro Estado de manera evidente (asunto *CILFIT*, 1982).

la misma, alegando la falta de efectos directos de la Directiva en una relación horizontal. Para ello negó la posibilidad de llevar a cabo una interpretación conforme de la normativa española con la europea, justificándolo en que los interlocutores sociales habían pactado otro régimen retributivo distinto en el convenio colectivo. Convirtió así el convenio estatutario, por su carácter normativo, en una norma que impide la interpretación conforme del Derecho interno. Por otra parte olvidó que el derecho a la retribución de las vacaciones aparece también recogido en el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales y como tal sería de aplicación directa. Es obvio que el TS manifestó su desacuerdo con la jurisprudencia del TJUE justificando de alguna manera su inaplicación, para lo cual forzó la interpretación. Al fundar su fallo en la falta de efectos verticales de la Directiva, con ello trasladó la responsabilidad al Estado, que en lógica consecuencia quedaría obligado a indemnizar a los trabajadores afectados. Pero el Tribunal Supremo sabía que, por las dificultades que tiene el procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad, con posterior revisión judicial en el orden contencioso-administrativo, tal responsabilidad del Estado probablemente no fuera reclamada jamás. Si por el contrario hubiera sido la propia sentencia laboral la que, al declarar la falta de incorporación de la Directiva, tuviera que aplicar directamente las consecuencias de su resolución, cargando el pago al Estado, es dudoso que se hubiera dado la misma solución. No se nos puede escapar la gravedad que tiene permitir que sean los interlocutores sociales que pactan un convenio colectivo los que sitúen a España en situación de incumplimiento y obliguen al Estado a pagar indemnizaciones. De ahí que esa sentencia me parezca una forma “poco danesa” (en las próximas páginas se entenderá esta expresión) de eludir el principio de primacía y la aplicación del Derecho de la Unión¹⁷.

¿Son excepcionales las resistencias de los altos tribunales españoles en el ámbito geográfico europeo? Voy a exponer un conjunto de cuatro casos que demuestran que no.

6.1. El caso *Ferreira da Silva*

El primero es el caso que dio lugar a la sentencia del TJUE en el asunto *Ferreira da Silva* (2015). El origen del mismo fue la negativa de la Sección Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo portugués a elevar cuestión prejudicial a la hora de resolver sobre la aplicación de la Directiva 2001/23/CE (mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas o centros de actividad), denegando además la aplicación de la misma en un caso de transmisión de una línea aérea. Los trabajadores afectados interpusieron entonces una demanda de responsabilidad civil extracontractual contra el Estado portugués solicitando una indemnización. Alegaban

¹⁷ Mi opinión detallada sobre el caso *Telefónica Móviles* en cuanto afecta a la aplicación del Derecho de la Unión está recogida en López Parada (2016).

que la sentencia del Tribunal Supremo era manifiestamente ilegal, por incurrir en una interpretación errónea del concepto de «transmisión de centro de actividad» en el sentido de la Directiva 2001/23, y en la medida en que dicho órgano jurisdiccional incumplió su obligación de plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho de la Unión pertinentes. El tribunal civil que conocía de la demanda de responsabilidad elevó cuestión prejudicial al TJUE y éste declaró que, efectivamente, el Tribunal Supremo portugués había vulnerado manifiestamente el Derecho de la Unión y ello obligaba al Estado portugués a indemnizar a los perjudicados. Siguiendo el criterio anterior de la sentencia en el asunto *Köbler* (2003), el TJUE estimó que la responsabilidad indemnizatoria del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión se puede derivar de un incumplimiento imputable a un órgano judicial por dejar de plantear una cuestión prejudicial estando obligado a ello. En este caso el Tribunal Supremo portugués no solamente había incumplido manifiestamente su obligación de elevar la cuestión prejudicial solicitada por la parte en el proceso, sino que al resolver sobre el fondo había errado en la aplicación de la Directiva sobre transmisión de empresas, por lo que su incumplimiento había producido un daño directo a los trabajadores a los que negó indebidamente su derecho.

En conclusión, un caso de negativa simple e injustificada a elevar la cuestión prejudicial solicitada por la parte, supuesto en el cual el Tribunal Constitucional español, como hemos visto, habría denegado el amparo. Lo llamativo de este caso es que los afectados siguieran un procedimiento de exigencia de responsabilidad por el incumplimiento del Tribunal Supremo y la serenidad del tribunal civil de Lisboa que decidió plantear la cuestión prejudicial en los términos en que lo hizo en relación con una resolución del Tribunal Supremo¹⁸.

6.2. El caso *Ajos*

A continuación vamos a ver la sentencia de 6 de diciembre de 2016 del Tribunal Supremo de Dinamarca en el asunto 15/2014, *Ajos A/S*. La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prohíbe la discriminación, entre otros, por motivos de edad en el ámbito del empleo y la ocupación. En aplicación de la misma el TJUE en la sentencia en el asunto *Mangold* (2005), decidió que dicha Directiva era

¹⁸ Anoto que en el caso español para reclamar la responsabilidad en un supuesto así habría que seguir el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia de los arts. 292 y ss. LOPJ, siendo dudoso que tal procedimiento, por su complejidad (primero procedimiento ante el Tribunal Supremo, en su caso ante una Sala especial y después un procedimiento administrativo seguido de un posible pleito contencioso-administrativo), cumpla con los requisitos de las sentencias del TJUE en *Brasserie du Pêcheur* y en la propia *Ferreira da Silva*.

contraria a una normativa nacional que permitía, sin límite alguno, celebrar contratos de trabajo de duración determinada con trabajadores de más de 52 años, aunque tuviese como finalidad declarada facilitar la inserción profesional de los trabajadores de edad avanzada desempleados. En el asunto *Küçük-deveci* (2010) declaró contraria a la Directiva una normativa nacional que establecía que los períodos de trabajo completados por el trabajador antes de alcanzar los 25 años de edad no se tienen en cuenta a efectos del cálculo del plazo de preaviso de despido. Y, lo más relevante para el caso que aquí analizamos, en otra sentencia en el caso *Ingeniørforeningen i Danmark* (2010), declaró contraria a la Directiva la legislación danesa que establece que cuando un trabajador tiene derecho a percibir una pensión de jubilación con arreglo a un plan de pensiones pagado por su empresario al que se han incorporado antes de cumplir 50 años no tiene derecho, por tal circunstancia, a percibir una indemnización por despido¹⁹.

La sentencia *Ingeniørforeningen i Danmark* no fue bien recibida por la Justicia danesa, en especial por el Tribunal Supremo, pero sirvió de base para nuevas reclamaciones de otros trabajadores afectados por una situación análoga. Así el Sr. Rasmussen, que tenía derecho a percibir una pensión de jubilación con cargo a un plan de pensiones de la empresa Ajos A/S, al que se había incorporado antes de cumplir 50 años, fue despedido por su empresa al cumplir 60 años y con 25 años de antigüedad. El Sr. Rasmussen acudió a los tribunales para reclamar su indemnización y el asunto llegó hasta el Tribunal Supremo de Dinamarca, que decidió volver a elevar al TJUE una cuestión prejudicial sobre la misma cuestión que ya parecía haber quedado zanjada en el asunto Andersen.

El TJUE, en *Dansk Industri (DI)*, ratificó su criterio anterior y añadió, contestando al Tribunal Supremo danés:

El Derecho de la Unión debe ser interpretado en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, cuando aplica las normas de su Derecho nacional, interpretarlas de manera que puedan aplicarse de conformidad con dicha Directiva o, si tal interpretación conforme es imposible, dejar inaplicados, en caso necesario, cualesquiera preceptos del Derecho nacional que sean contrarios al principio general de no discriminación por razón de la edad. Ni los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, ni la posibilidad de que el particular que se considere lesionado por la aplicación de una norma nacional contraria al Derecho de la Unión reclame la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por infracción del Derecho de la Unión pueden hacer que se cuestione dicha obligación.

¹⁹ Para recalcar la importancia del criterio y del conflicto que suscitaría en España, baste pensar que en base al mismo se puede cuestionar la extendidísima costumbre de prejubilarse forzosamente a los mayores de 55 años en los despidos colectivos, entendiéndose que se trata de una discriminación por razón de edad.

Esto es, rechazó las principales objeciones que el Tribunal Supremo danés había planteado en su cuestión prejudicial, que en realidad era una petición de reconsideración de los criterios de la sentencia Andersen.

La reacción del Tribunal Supremo danés fue radical. En sentencia 15/2014, *Ajos A/S* (2016), desestimó la demanda contra la empresa. La argumentación del Tribunal Supremo reiteró la falta de efectos horizontales de la Directiva 2000/78/CE y negó al Derecho de la Unión la capacidad de establecer derechos fundamentales de aplicación directa. Por ello decidió dar prioridad a lo que consideraba su obligación como tribunal, en cumplimiento de la Constitución danesa, de aplicar el derecho emanado del Parlamento nacional y por tanto directamente desoyó lo resuelto por el TJUE y sentenció en sentido contrario. En definitiva el Tribunal Supremo danés entendió que la UE no tenía competencia alguna en materia de derechos fundamentales y que el TJUE no podía imponer “sus” derechos fundamentales como límite a la capacidad legislativa de los Estados miembros. Dado que el caso era anterior a la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales (el despido se había producido en mayo de 2009 y la Carta entró en vigor el 1 de diciembre de 2009) es dudoso qué ocurriría ante un despido producido a partir de 2010.

En este caso se trata de un conflicto radical sobre la primacía del Derecho de la Unión, siendo llamativo que el tribunal danés niegue al TJUE la competencia para proteger derechos fundamentales y que el conflicto se produzca porque el nivel de protección del derecho fundamental requerido por el TJUE sea superior al admitido por Dinamarca²⁰.

6.3. El caso *Taricco*

La legislación italiana, en una reforma de la era Berlusconi, redujo a tiempos muy breves los plazos para la prescripción de determinados delitos y para la duración de los procesos penales, lo que fue interpretado como una reforma destinada a evitar la persecución final del fraude por el propio presidente del Gobierno y sus empresas y otros grupos relacionados²¹. En el caso *Taricco* la persecución penal se refería a un fraude en el pago del IVA, que es un impuesto armonizado y que afecta a los ingresos de la UE, por lo que el art. 325 TFUE establece la obligación de los Estados de combatir el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas con un efecto disuasorio y eficaces. Un tribunal penal de Cuneo (Italia) elevó cuestión prejudicial ante el TJUE cuestionando que las

²⁰ En términos políticos el planteamiento euroescéptico danés suele ser el contrario, esto es, que el Derecho de la Unión rebaja los estándares de derechos personales, políticos y sociales existentes en Dinamarca. En este caso sin embargo exigió un nivel superior y es lo que suscitó el conflicto.

²¹ En España una medida similar se adoptó por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

limitaciones a la investigación judicial penal por el acortamiento de plazos de prescripción fueran compatibles con el art. 325 TFUE.

En su sentencia en el asunto *Taricco* (2015), el TJUE, tras considerar que el fraude en materia de IVA afecta a los intereses financieros de la Unión, declaró que la normativa italiana en materia de prescripción puede ser contraria a las obligaciones que el art. 325 TFUE, apartados 1 y 2, impone a los Estados miembros, siempre que dicha normativa nacional impida imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, o establezca en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros del Estado miembro de que se trate plazos de prescripción más largos que en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea. Tras fijar ese criterio, delega en el órgano jurisdiccional nacional la aplicación del mismo, mandando al mismo que, en caso afirmativo, deje sin aplicación las disposiciones del Derecho nacional.

El proceso penal siguió así su marcha y, al entender que los delitos no habían prescrito por cuanto la reducción de los plazos prescriptivos era contraria al Derecho de la Unión, terminó con la condena de los responsables. Estos acuden al Tribunal Constitucional italiano. El Tribunal Constitucional italiano considera que no existiría una base legal suficientemente precisa para dejar sin aplicar las disposiciones sobre prescripción y limitaciones temporales del proceso contenidas en el Derecho italiano, que además formarían parte de su derecho penal sustantivo y eleva cuestión prejudicial al TJUE diciendo que aplicar la sentencia *Taricco* supondría vulnerar derechos fundamentales de los reos garantizados por la Constitución italiana.

En el asunto *M.A.S. y M.B.* (conocido como *Taricco II*) el TJUE resuelve lo siguiente:

El art. 325 TFUE, apartados 1 y 2, debe interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional a no aplicar, en el marco de un procedimiento penal que se refiere a infracciones relativas al impuesto sobre el valor añadido, disposiciones internas en materia de prescripción comprendidas en el Derecho material nacional que impiden la imposición de sanciones penales efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea o que establecen en el caso de fraudes que afecten a dichos intereses financieros plazos de prescripción más cortos que en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros del Estado miembro de que se trate, *a menos que la mencionada inaplicación implique una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción.*

Por tanto el TJUE, en una segunda cuestión prejudicial sobre el mismo caso, ahora a petición del Tribunal Constitucional italiano, matiza la primera sentencia para introducir el necesario respeto a un derecho fundamental (la irretroactividad de la norma penal desfavorable). La cuestión estriba en que

mediante dos cuestiones en cascada la segunda sentencia corrige a la primera añadiendo, a petición del segundo órgano en una instancia superior, un elemento que no estaba en la primera sentencia.

Lo ocurrido en este caso es semejante a lo sucedido en el caso *De Diego Porras* en España. Una primera sentencia de 2016, resolviendo una cuestión prejudicial del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se pronuncia en un determinado sentido y una segunda sentencia de 2018, resolviendo una segunda cuestión prejudicial sobre el mismo caso, pero planteada en una instancia superior (la Sala de lo Social del Tribunal Supremo) corrige la primera y modifica el sentido de la resolución tomando en consideración nuevos argumentos. En los casos *Taricco* y *De Diego* la segunda cuestión prejudicial es una exposición desde una instancia superior que conoce del mismo litigio de argumentos destinados a corregir la primera sentencia. Hay una diferencia sustancial con el caso *Ajos*, puesto que en este (referido además a otro litigio diferente) los argumentos empleados en la segunda cuestión prejudicial en contra del criterio fijado en la primera sentencia del TJUE son consideraciones jurídicas sobre el Derecho de la Unión, algo parecido a un recurso de reposición contra la primera sentencia. Pero en el caso *Taricco* y, sobre todo en el caso *De Diego*, en la segunda cuestión se alteran las bases de la resolución, porque hay una exposición del Derecho nacional diferente a la mantenida en la primera cuestión prejudicial planteada desde la instancia inferior. No debemos olvidar que la fijación de los hechos y del contenido del Derecho nacional es de la competencia exclusiva del órgano judicial nacional que eleva la cuestión prejudicial, de manera que si esos presupuestos se modifican en una instancia superior al plantear por segunda vez la cuestión prejudicial la respuesta puede cambiar.

El problema no es solamente la complejidad procesal en que se introduce a las partes, con una tramitación de ida y vuelta a Luxemburgo por dos veces y que agota todas las instancias nacionales, algo que por sí es muy poco deseable. El problema también es la confusión que se produce en el seno del TJUE ante la enorme inseguridad que puede producir que se alteren las bases de la cuestión planteada sobre el mismo supuesto de hecho.

Esta situación ha llevado a una excesiva cautela por parte del TJUE en sus resoluciones. Se está haciendo cada vez más frecuente que el TJUE dicte sentencias donde no decide el caso planteado, sino que se limita a formular apreciaciones genéricas que el órgano judicial nacional después tiene que aplicar. En algún caso el TJUE ha declinado dar una contestación cuando a la vista de las alegaciones realizadas por las partes ha llegado a la conclusión de que no tiene datos suficientes sobre el contenido de la legislación nacional²².

²² Así en la sentencia en el asunto *Colino* (2018), el TJUE se negó a contestar a la tercera cuestión prejudicial planteada porque a la vista de las alegaciones contradictorias de las partes llegó a la conclusión de que no tenía información suficiente sobre el contenido de la legislación nacional. El TJUE confundido por las alegaciones de las partes sobre el contenido del Derecho nacional al que debía aplicar el derecho fun-

Pero lo que cada vez es más habitual es que conteste en términos hipotéticos y remitiendo la valoración al órgano judicial remitente, con tal amplitud de criterio que en realidad difícilmente puede decirse que haya resuelto la cuestión prejudicial en sentido estricto.

Un ejemplo entre las decenas de los casos que se están produciendo en los últimos años permitirá apreciarlo. En las sentencias sobre la vulneración de la Directiva 1999/70/CE, que incorpora el Acuerdo Marco sobre contratos de duración determinada, el TJUE viene reiterando que el Derecho interno tiene que contemplar medidas efectivas para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, puesto que en caso de no tener tales medidas la consecuencia ha de ser la readmisión del trabajador y su conversión en fijo. Especialmente contundente en este sentido es la sentencia en el asunto *Santoro* (2018), donde insiste en que además de una plena compensación al trabajador afectado deben incorporarse medidas disuasorias, enumerando algunas a título de ejemplo, como que las administraciones estén obligadas a recuperar de los directivos responsables el importe de las indemnizaciones abonadas a los trabajadores. Pero no se pronuncia finalmente sobre si en el caso concreto las medidas adoptadas por la legislación nacional cumplen tales requisitos, sino que dice que la efectividad y suficiencia de las medidas es algo que corresponde valorar al órgano jurisdiccional nacional. Queda así abierta una salida para vadear la primacía del Derecho de la Unión en caso de desacuerdo del órgano judicial (o de los que resuelven los recursos contra su sentencia), lo que hace posible, por ejemplo, que un Tribunal Supremo entienda que es una medida suficientemente disuasoria para evitar que la Administración haga un uso indebido de los contratos temporales obligar a la misma a abonar una indemnización de ocho días por año al despedir al trabajador²³. Se trata otra vez de

damental de la Carta, omitió el paso previsto en el artículo 101 de su Reglamento de Procedimiento (solicitar aclaraciones al órgano jurisdiccional remitente) y solventó la cuestión declarándola inadmisibile, evitando felizmente tener que pronunciarse sobre un tema en materia de derechos fundamentales que debió considerar especialmente sensible.

²³ Sentencia del TS, Sala 4ª, 4420/2015. En el Auto del TJUE, asunto *León Medialdea*, el tribunal europeo había dicho, ante un trabajador temporal con contratos sucesivos que se consideraron abusivos, que debía concederse una indemnización al trabajador de una cuantía tal para que pudiera considerarse “una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos”. Sin embargo no se pronunció sobre dicha cuantía, dejando su determinación al juzgado remitente. Tomando como referencia dicho pronunciamiento (aunque en otro caso de otro trabajador) el TS dijo estar cumpliendo con dicha doctrina y consideró que una indemnización de ocho días por año de antigüedad cumplía con los criterios del TJUE. Posteriormente la doctrina del TS ha elevado esa indemnización disuasoria a veinte días por año para los indefinidos no fijos (sentencias TS, Sala 4ª, 1414/2017; 2095/2017; 2195/2017; 3235/2017 ó 3215/2017). Los efectos disuasorios que para el uso indebido de la contratación temporal por las Administraciones puedan tener esas indemnizaciones me parecen ciertamente dudosos.

un enfoque “poco danés” de expresión de la discrepancia con el criterio del TJUE, que de facto reduce a cenizas la supuesta primacía del Derecho de la Unión, pese a todo el aparato jurídico-institucional supuestamente destinado a darle cumplimiento.

Así esta forma irresoluta del TJUE de contestar las cuestiones prejudiciales, que de facto deja sin respuesta las solicitudes de aplicación del Derecho de la Unión a los casos concretos, amenaza con convertir las cuestiones prejudiciales en un trámite carente de utilidad, destinado a obtener unos consejos o aclaraciones sin una clara aplicación directa al caso. Esto sería una amenaza para la primacía del Derecho de la Unión y su interpretación uniforme, que dejarían de estar garantizadas.

Se revela así que el principio de primacía, por la falta de coherencia de sus fundamentos, por la presión de los distintos tribunales superiores nacionales sobre el TJUE ante sentencias que les disgustan, por la indecisión reinante en el seno del TJUE y por la falta de una línea política de futuro para la UE en su núcleo central franco-alemán, ha entrado en crisis. ¿Qué Estado puede apostar por la UE y el Derecho de la Unión, renunciando a su propia soberanía constitucional y legislativa, cuando no existe la más mínima certeza de ser acompañado en esa apuesta por otros Estados miembros, compartiendo proyecto y sacrificios?

FUENTES CITADAS

A. Bibliografía

- López Parada, R. A. (2016). Un retroceso en la primacía del derecho europeo: la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 sobre retribución de las vacaciones (casación 207/2015). *Revista de derecho social*, 75, 121-137.
- Niel, K. (2020, 6 feb). Untangling the inextricable: Advocate General Sánchez-Bordona's proposal for a new standard of review of Charter infringements in *Commission v Hungary* (C-78/18). *European Law Blog*.
- Rooduijn, M., Van Kessel, S., Froio, C., Pirro, A., De Lange, S., Halikiopoulou, D., Lewis, P., Mudde, C. & Taggart, P. (2019). *The PopuList: An Overview of Populist, Far Right, Far Left and Eurosceptic Parties in Europe*. www.popu-list.org.
- “Support for Eurosceptic parties doubles in two decades across EU”. (2020, 2 mar) *The Guardian*.

B. Legislación y jurisprudencia

- Auto TC 86/2011 (9 jun). ECLI:ES:TC:2011:86A
- Auto TJUE. (2014). *León Medialdea*. C-86/14. ECLI:EU:C:2014:2447
- Comisión/Hungría (Transparence associative)*. C-78/18 [pendiente]
- Constitución Española. «BOE» núm. 311 (29 dic. 1978).
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Roma (4 nov. 1950).

- Declaración TC 1/2004 (13 dic). ECLI:ES:TC:2004:1D.
 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. «BOE» núm. 239 (5 oct. 1979).
 Sentencia *BverfG* (1974, 29 may). *Solange I*. 2 BvL 52/71
 Sentencia *BverfG* (1986, 22 oct). *Re Wünsche Handelsgesellschaft [Solange II]*. 2 BvR 197/83.
 Sentencia *BVerfG* (1993, 12 oct). *Brunner [Tratado de Maastricht]*. 2 BvR 2134/92 & 2159/92.
 Sentencia TC 306/1993 (25 oct). ECLI:ES:TC:1993:306
 Sentencia TJUE. (1982). *CILFIT/Ministero della Sanità*. C-283/81. ECLI:EU:C:1982:335
 Sentencia TJUE. (1987). *Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost*. C-314/85. ECLI:EU:C:1987:452
 Sentencia TJUE. (1991). *Nimz/Freie und Hansestadt Hamburg*. C-184/89. ECLI:EU:C:1991:50
 Sentencia TJUE. (1994). *Smith y otros/Avdel Systems*. C-408/92. ECLI:EU:C:1994:349
 Sentencia TJUE. (1996). *Brasserie du pêcheur/Bundesrepublik Deutschland y The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame y otros*. C-46/93 y C-48/93. ECLI:EU:C:1996:79
 Sentencia TJUE. (2002). *Rodríguez Caballero*. C-442/00. ECLI:EU:C:2002:752
 Sentencia TJUE. (2003). *Köbler*. C-224/01. ECLI:EU:C:2003:513
 Sentencia TJUE. (2004). *Pfeiffer y otros*. C-397/01 a C-403/01. ECLI:EU:C:2004:584
 Sentencia TJUE. (2005). *Mangold*. C-144/04. ECLI:EU:C:2005:709
 Sentencia TJUE. (2006). *Cordero Alonso*. C-81/05. ECLI:EU:C:2006:529.
 Sentencia TJUE. (2007). *Laval un Partneri*. C-341/05. ECLI:EU:C:2007:809
 Sentencia TJUE. (2007). *The International Transport Workers' Federation y The Finnish Seamen's Union [Viking Line]*. C-438/05. ECLI:EU:C:2007:772
 Sentencia TJUE. (2010). *Ingeniørforeningen i Danmark*. C-499/08. ECLI:EU:C:2010:600
 Sentencia TJUE. (2010). *Küçükdeveci*. C-555/07. ECLI:EU:C:2010:21
 Sentencia TJUE. (2010). *Melki y Abdeli*. C-188/10 y C-189/10. ECLI:EU:C:2010:363
 Sentencia TJUE. (2012). *Pringle*, C-370/12. ECLI:EU:C:2012:756
 Sentencia TJUE. (2014). *Association de médiation sociale*. C-176/12. ECLI:EU:C:2014:2
 Sentencia TJUE. (2015). *Ferreira da Silva e Brito y otros*. C-160/14. ECLI:EU:C:2015:565
 Sentencia TJUE. (2015). *Gauweiler y otros*. C-62/14. ECLI:EU:C:2015:400
 Sentencia TJUE. (2015). *Taricco y otros*. C-105/14. ECLI:EU:C:2015:555
 Sentencia TJUE. (2016). *Dansk Industri (DI)*. C-441/14. ECLI:EU:C:2016:278
 Sentencia TJUE. (2016). *de Diego Porras*. C-596/14. ECLI:EU:C:2016:683
 Sentencia TJUE. (2017). *Florescu y otros*. C-258/14. ECLI:EU:C:2017:448
 Sentencia TJUE. (2017). *M.A.S. and M.B.* C-42/17. ECLI:EU:C:2017:936
 Sentencia TJUE. (2018). *Colino Sigüenza*. C-472/16. ECLI:EU:C:2018:646
 Sentencia TJUE. (2018). *de Diego Porras*. C-619/17. ECLI:EU:C:2018:936
 Sentencia TJUE. (2018). *Santoro*. C-494/16. ECLI:EU:C:2018:166
 Sentencia TJUE. (2019). *TSN*. C-609/17 y C-610/17. ECLI:EU:C:2019:981
 Sentencia TS 1414/2017 (28 mar.). ECLI:ES:TS:2017:1414
 Sentencia TS 2095/2017 (9 may.). ECLI:ES:TS:2017:2095
 Sentencia TS 2195/2017 (12 may.). ECLI:ES:TS:2017:2195
 Sentencia TS 2728/2016 (8 jun.). ES:TS:2016:2728
 Sentencia TS 3215/2017 (20 jul.). ECLI:ES:TS:2017:3215
 Sentencia TS 3235/2017 (19 jul.). ECLI:ES:TS:2017:3235
 Sentencia TS 4420/2015 (6 oct.). ECLI: ES:TS:2015:442
 Sentencia TS de Dinamarca. (2016). *Ajos A/S*. 15/2014. Disponible en inglés en <https://domstol.dk/media/2udgsvvb/judgment-15-2014.pdf>
 Sentencia TS USA *Texas v. White*, 74 U.S. 700 (1869).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada). «DOUE» C 202 (7 jun. 2016).

Tratado de la Unión Europea (versión consolidada). «DOUE» C 202 (7 jun. 2016).

Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. (2004).