

# LA INDEFENSIÓN DE LOS PARTICULARES EN ESPAÑA ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO

(Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional  
español 180/1993, de 31 de mayo, en el asunto  
FOGASA) (1)

Por F. JESUS CARRERA HERNANDEZ (\*)

## SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. EL FOGASA Y EL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN EN ESPAÑA.—III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL 180/1993 Y LA QUIEBRA DE LOS DERECHOS DE LOS PARTICULARES. 1. *La omisión de la obligación de plantear el recurso prejudicial en interpretación y el art. 24.1 CE.* A) El canon de constitucionalidad y el derecho al juez legal. B) La doctrina CILFIT del acto claro bajo la óptica del TC español. 2. *La inaplicación de la Directiva 80/987 y el art. 24.1 CE.*—IV. CONCLUSIÓN.

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Cuando el proceso de integración Europea se encontraba inmerso en la mayor de las profundizaciones operadas desde la creación de las

---

(1) *BOE* núm. 159, suplemento, de 5 de julio de 1993. La sentencia se encuentra publicada, igualmente, en *GJ Boletín*, septiembre 1993, págs. 65 y ss.

(\*) Becario de Investigación, Área de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca. Diplomado en Altos Estudios Europeos por el Colegio de Europa de Brujas (Bélgica).

Comunidades, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) consideró que era conveniente recordar, aunque con una perspectiva acorde con la cada vez más amplia atribución de competencias realizada en favor de la Comunidad, cuáles son los rasgos esenciales que determinan la especificidad del Derecho Comunitario desde el punto de vista de sus relaciones con los ordenamientos jurídicos nacionales. La primacía y el efecto directo constituyen, ciertamente, las características que definen a este «nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados miembros han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales» (2).

En realidad, el efecto directo (3) y la primacía (4) del Derecho Comunitario constituyen un instrumento clave en manos de los particulares que palía las injustas consecuencias derivadas de las violaciones del Derecho Comunitario cometidas por los Estados miembros, al tiempo que fortalece su posición jurídica en cuanto sujetos destinatarios de estas mismas normas (5). Ello es así en la medida que, sin necesidad de aguardar a la actuación, fundamentalmente de la Comisión por medio del artículo 169 TCE, los particulares pueden invocar cualquier norma comunitaria directamente aplicable al caso ante la jurisdic-

---

(2) TJCE, Dictamen de 14 de diciembre de 1991 (*Proyecto de acuerdo sobre la creación del Espacio Económico Europeo*, 1/91), Rec. 1991, FJ 21 (cursiva añadida). El texto puede consultarse, también, en *RIE*, 1992, págs. 226 y ss. Para un análisis del mismo puede consultarse, entre otros, el trabajo de VALLE GÁLVEZ, A.: «La especificidad del ordenamiento comunitario (Comentario a los Dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo)», *RIE*, 1993, págs. 155 y ss.

(3) Vid. CJCE, sentencia de 5 de febrero de 1963 (*Van Gend & Loos*, as. 26-62), Rec. 1963, págs. 21 y ss.

(4) Vid. CJCE, sentencia de 15 de julio de 1964 (*Costa c. ENEL*, as. 6-64), Rec. 1964, pág. 1149; CJCE, sentencia de 9 de marzo de 1978 (*Simmenthal*, as. 106-77), Rec. 1978, pág. 640; TJCE, sentencia de 11 de julio de 1989 (*Ford España*, as. 170-88), Rec. 1989. Sobre la primacía y el efecto directo del Derecho Comunitario puede consultarse el trabajo de MANGAS MARTÍN, A.: «Las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho interno de los Estados miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.; LIÑÁN, D. J. (Directores): *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 55 y ss.

(5) La importancia de la jurisprudencia comunitaria en este punto queda reflejada, desde mi punto de vista, en el título del trabajo de LECOURT, R.: «Quel eut été le Droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?», en *L'Europe et le Droit. Mélanges Boulouis*, Dalloz, Clamecy, 1991, pág. 1.

ción ordinaria y hacer valer sus derechos frente al Estado incumplidor. De esta forma, el juez nacional, juez comunitario de Derecho común (6), viene obligado a dejar inaplicada la norma interna, anterior o posterior y cualquiera que sea su rango en la jerarquía normativa, contraria a cualquier norma comunitaria y, por tanto, garantiza el pleno ejercicio de sus derechos (7).

Es evidente, sin embargo, que las indudables ventajas que se derivan de la inmediatez del Derecho Comunitario podrían verse desvanecidas de no existir un mecanismo que permita su aplicación uniforme en el conjunto de los Estados miembros que integran la Comunidad. Para evitar los problemas que llevaba aparejado el riesgo de que el Derecho Comunitario fuera interpretado de forma diferente en cada Estado miembro, éstos introdujeron en los Tratados un sistema de cooperación entre la jurisdicción comunitaria y las nacionales materializado en el recurso prejudicial (art. 177 TCE), determinando, en aras a la uniformidad en la aplicación del Derecho Comunitario, que sea el TJCE

---

(6) En relación con todas las cuestiones que este término lleva implícitas puede verse RUIZ-JARABO, D.: *El Juez nacional como Juez Comunitario*, Civitas, Madrid, 1993.

(7) Vid., sobre este punto, MANGAS MARTÍN, A.: «La obligación de derogar o modificar el Derecho interno incompatible con el Derecho Comunitario (Evolución jurisprudencial)», *RIE*, 1987, págs. 311 y ss.

Además, el TJCE, consciente de las injusticias que podían sufrir los particulares en los casos en los que la norma comunitaria no tenía efecto directo, ha establecido claramente el principio de la responsabilidad de la administración nacional, por lo que el Estado miembro que comete una violación del Derecho Comunitario viene obligado a reparar el daño que dicho incumplimiento pudiera haber causado a los particulares (TJCE, sentencia de 19 de noviembre de 1991 [*Francovich y otros*, as. C-6/90 y C-9/90], Rec. 1991, FJ 31 y ss. El texto puede consultarse, también, en *RIE*, 1992, págs. 213 y ss.). Vid., sobre este punto, los siguientes trabajos: SCHOCKWEILER, F.: «La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire», *RTDE*, 1992, págs. 47 y ss.; BARAV, A.: «Nôte sous CJCE 19, aff. jj. C-6/90 y C-9/90, *Francovich et Bonifaci c/ République italienne*», *La semaine juridique*, 1992, núm. 21.783; BEBR, G.: «Joined Cases C-6/90 and 9/90, *Francovich v. Italy and Bonifaci v. Italy*», *CMLRev.*, 1992, págs. 557 y ss.; FERNÁNDEZ LIESA, C. y RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «Derecho europeo, responsabilidad del Estado y efecto directo de las directivas», *Cuadernos Jurídicos*, 1992-2, págs. 22 y ss.; STEINER, J.: «From direct effet to *Francovich*: shifting means of enforcement of Community Law», *ELRev.*, 1993, págs. 3 y ss., así como las referencias realizadas al mismo por RUIZ-JARABO, D. en *El Juez nacional como Juez comunitario*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 179 y ss. Del mismo modo, en cuanto a la situación inmediatamente anterior a *FRANCOVICH*, puede consultarse MILLÁN MORO, L.: «La eficacia directa de las directivas: evolución reciente», *RIE*, 1991, págs. 845 y ss.

el único competente para interpretar las disposiciones comunitarias y, en su caso, declarar su invalidez (8).

La lógica del sistema que sucintamente acabo de resumir se rompe claramente, sin embargo, cuando los órganos judiciales nacionales no respetan las exigencias derivadas del efecto directo, de la primacía o de la aplicación uniforme del Derecho Comunitario, dando lugar a que, en la práctica, los particulares se encuentren en una auténtica situación de indefensión, únicamente remediable, a primera vista, mediante la actuación nada probable de la Comisión a través del recurso por incumplimiento (9).

## II. EL FOGASA Y EL PERSONAL DE ALTA DIRECCION EN ESPAÑA

El personal de alta dirección de nuestro país ha sufrido claramente las consecuencias propias de una situación que se corresponde con la que acabo de exponer.

---

(8) El recurso prejudicial en apreciación de validez, como es sabido, no es instrumento frente al incumplimiento de los Estados miembros, sino que despliega todos sus efectos en relación con el control de los actos de las Instituciones comunitarias (Para una visión de conjunto de las cuestiones suscitadas por el art. 177 TCE vid. PESCATORE, P.: «Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE», en RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C.; LIÑAN, D. J.: *op. cit.*, págs. 527 y ss.).

(9) La posibilidad, no negada por los Tratados, de que la Comisión plantee un recurso por incumplimiento en los casos de «manquement judiciaire» dio lugar a una interesante polémica en los años setenta (Vid. las posiciones mantenidas por MERTENS DE WILMARS, J. y VEROUSTRATE, I. M.: «Proceedings against member states for failure to fulfil their obligations», *CMLRev.*, 1970, pág. 388, frente a CAHIER, PH.: «Les articles 169 et 170 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne à travers la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour», *CDE*, 1974, pág. 7). A pesar de las dudas que se suscitan, sin embargo, la doctrina ha admitido, en general, dicha posibilidad (Vid. p.ej. BARAV, A.: «Failure of member states to fulfil their obligations under Community Law», *CMLRev.*, 1975, pág. 379; GOFFIN, L.: «La infracción de un Estado miembro según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *RIE*, 1978, pág. 401; DASHWOOD, A. y WHITE, R.: «Enforcement actions under articles 169 and 170 EEC», *ELRev.*, 1989, pág. 391).

Sin embargo, no se puede negar que, aunque se produjera la circunstancia de que la Comisión actuara para remediar el incumplimiento, la situación de los particulares, en todo caso, se ve mermada en un grado muy elevado, en la medida que no les sirve de nada la acción que ellos mismos habían interpuesto ante la jurisdicción ordinaria.

En efecto, es sabido que mediante la Directiva 80/987 (10) el Consejo procedió a la «aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario» con el objeto de «garantizar el pago de sus créditos impagados» (11). Conforme a lo dispuesto en su artículo 1.2, únicamente podrán ser excluidos de dicha garantía aquellas categorías de trabajadores que, para cada Estado, aparecen recogidas en el Anexo de la Directiva mencionada.

En el caso español, y de acuerdo con lo dispuesto en el Acta de Adhesión (12), mediante la Directiva 87/164/CEE se procedió a excluir del ámbito de aplicación de la garantía en causa únicamente a los «empleados domésticos al servicio de una persona física» (13), sin hacer referencia, por tanto, al personal laboral de alta dirección que, sin embargo, y de acuerdo con la normativa española dictada con anterioridad a la adhesión, sí está excluido de la garantía que presta en nuestro país el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) (14). España, por tanto, se encuentra en una auténtica situación de incumplimiento del Derecho Comunitario al no haber eliminado las normas nacionales contrarias a la Directiva 80/987/CEE (15).

Es evidente que, en tales circunstancias, los Tribunales españoles

---

(10) JOCE L 283 de 28-10-80, pág. 23. La versión española puede consultarse en *EE* 05/Vol. 02, pág. 219.

(11) Considerando primero de la exposición de motivos de la Directiva 80/987/CEE.

(12) Vid. punto 4 del Cap. V del Anexo II del Acta de Adhesión (*BOE* núm. 189, de 8 de agosto de 1985. El texto puede consultarse, también, en *Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 284).

(13) Vid. art. 1.ª de la Directiva de 2 de marzo de 1987 por la que se modifica, con motivo de la adhesión de España, la Directiva 80/987/CEE (*DOCE* L 66 de 11-3-87, pág. 11).

(14) El art. 15.1 del Real Decreto 1382/85, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (*BOE* de 12 de agosto; corrección de errores *BOE* 3 de septiembre) excluye a dicho personal, en una lectura a *sensu contrario*, del ámbito de aplicación del FOGASA (en relación con el FOGASA vid. el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial [*BOE* de 17 de abril; corrección de errores *BOE* de 27 de mayo y 19 de junio de 1985], dictado en desarrollo del art. 33 del Estatuto de los Trabajadores).

(15) Vid., por ejemplo, los trabajos de ARANA NAVARRO, J.: «La incorporación de la Directiva 80/987/CEE al Derecho español», *GJ Boletín*, nov. 1991, págs. 3 y ss., y FERNÁNDEZ LIESA, C., y RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *loc. cit.*, pág. 33. La existencia de tal incumplimiento por parte de España ha sido puesta de manifiesto, finalmente, por el TJCE (Vid. sentencia de 16 de diciembre de 1993 [*FOGASA*, C-334/92], no publicada).

llamados a conocer de asuntos relativos a la percepción de indemnizaciones por altos cargos en caso de insolvencia del empresario deberían haber planteado un recurso prejudicial en interpretación ante el TJCE con el objeto de que éste último hubiese resuelto las dudas existentes en torno al efecto directo de las disposiciones de la Directiva en causa, recurso que, como es sabido, es obligatorio cuando el órgano jurisdiccional en cuestión es llamado a conocer del asunto en última instancia. La práctica jurisprudencial española, sin embargo, está muy lejos de haber cumplido estas obligaciones en relación con la cuestión que nos ocupa (16).

---

(16) Los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) del País Vasco y Navarra, a pesar de la evidente contradicción existente entre la Directiva comunitaria y el Derecho español, fallaron en contra de los altos cargos sin llegar a plantear un recurso prejudicial en interpretación ante el TJCE. La Sala de lo Social del TSJ de la Rioja, sin embargo, condenó al FOGASA al pago de las cantidades adeudadas a los altos cargos demandantes al declarar el efecto directo de las disposiciones de la Directiva 80/987/CEE (vid., en relación con la sentencia de 27 de marzo de 1990 del TSJ de la Rioja, el trabajo de ALONSO GARCÍA, R.: «Apunte sobre la progresiva integración judicial del Derecho Comunitario en el ordenamiento laboral español», *REDT*, 1990, págs. 727-736).

El Tribunal Supremo, por su parte, en los dos recursos de casación para la unificación de doctrina dictados como consecuencia de las divergencias existentes entre las sentencias referidas de los TSJ, ha desconocido claramente las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho Comunitario. En el primer caso (vid. sentencia de 13 de junio de 1991 en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 5147, págs. 6930 y ss.) al considerar que la Directiva no podía ser invocada por los particulares, en la creencia de que en el plazo de transposición previsto en la misma también jugaba para España y sin tener en cuenta los arts. 2 y 395 del Acta de Adhesión; en el segundo caso (vid. sentencia de 13 de julio de 1991, *ibidem*, 5985, págs. 7992 y ss.), al suplantar en sus funciones al TJCE, negando, por su propia interpretación y en una utilización incorrecta de la doctrina *CILFIT* del acto claro, el efecto directo de la Directiva comunitaria (vid. la crítica realizada por RUIZ-JARABO a estas sentencias en *op. cit.*, pág. 89).

No obstante, el TSJ Cataluña planteó, finalmente, un recurso prejudicial en interpretación ante el TJCE el 31 de julio de 1992 (vid. TJCE, sentencia de 16 de diciembre de 1993 [*FOGASA*, as. C-334/92], no publicada).

Sobre la aplicación, en general, del Derecho Comunitario en España, vid. la crónica de LIÑÁN y ROLDÁN en *RIE*, 1989, págs. 885 y ss. y 1991, págs. 989 y ss. Vid., especialmente, la sentencia de la sala 3.ª del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1990 (*Tasa de corresponsabilidad en el sector de la leche y los productos lácteos*, *Repertorio de Jurisprudencia*, *Aranzadi*, 1990, 2747, págs. 3684-3686) en la que se aceptan claramente las consecuencias del efecto directo y de la primacía del Derecho Comunitario (FJ 4).

### III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL 180/1993 Y LA QUIEBRA DE LOS DERECHOS DE LOS PARTICULARES

Los hechos que están en la base de la sentencia 180/1993 responden claramente a la situación en la que se ha encontrado durante los últimos años la jurisprudencia de lo social española.

En efecto, ante la insolvencia de la empresa «Muebles Lerma», sus altos cargos se dirigieron al FOGASA con el objeto de recibir las cantidad que les correspondía en concepto de salarios e indemnizaciones. Tras la negativa del Fondo a realizar dicho pago, al estar excluidos los altos cargos de su ámbito de aplicación de acuerdo con el Real Decreto 1382/85, los recurrentes acudieron ante el juzgado de lo social de la Rioja.

Sorprendentemente, mediante sentencia de 25 de enero de 1989, este juzgado consideró que había lugar a estimar las pretensiones de los recurrentes en la medida que la Directiva 80/987, que no excluye de su ámbito de aplicación a los altos cargos, tenía efecto directo (17). En tales circunstancias, el FOGASA, que no podía considerar justa una sentencia que le obliga a indemnizar a los altos cargos con fondos que no proceden de esta categoría de trabajadores (18), interpuso recurso de suplicación ante el TSJ de Madrid. Este, por su parte, el 12 de marzo de 1990 admitió las tesis del FOGASA y no aplicó la Directiva comunitaria, sin llegar a plantear un recurso prejudicial ante el TJCE a pesar de la jurisprudencia que ya había dictado este último Tribunal (19).

---

(17) En realidad, el juez de La Rioja actuó un tanto precipitadamente al conceder efecto directo a las disposiciones de una Directiva que realmente, a la luz de la jurisprudencia posterior del TJCE, no lo tienen, y condenando al FOGASA al pago de las cantidades debidas por la empresa (vid. TJCE, sentencia de 19 de noviembre de 1991 [*Francovich*, as. C-6/90 y C-9/90], FJ 10 y ss., y, especialmente, la sentencia de 16 de diciembre de 1993 [*FOGASA*, C-334/92], no publicada).

Sin embargo, y al igual que en la sentencia de 27 de marzo de 1990 del TSJ de La Rioja, la actitud del juez nacional se comprende, hasta cierto punto, ante la evidente contradicción existente entre la legislación española y la Directiva 80/987/CEE.

(18) Vid. art. 11 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, citado en la nota 14.

(19) El TJCE ya había declarado el incumplimiento de esta misma Directiva por parte de Italia, realizando unas afirmaciones que, al menos, tendrían que haber servido para suscitar ciertas dudas de interpretación del Derecho Comunitario en el TSJ de Madrid en cuanto a la resolución del caso suscitado ante él. El TJCE diría, en efecto, que «la posibilidad de

Tanto a la luz de la sentencia citada del TJCE, como por lo visto en la jurisprudencia posterior de este mismo Tribunal (20), está claro que el TSJ Madrid actuó de espaldas al Derecho Comunitario, desaplicando una Directiva Comunitaria que ya obligaba a España y que no había sido transpuesta correctamente, y ello, sin plantear un recurso prejudicial en interpretación ante el TJCE para que fuese éste el que determinase si sus disposiciones tenían o no efecto directo y, por tanto, si podían ser invocadas por los particulares (21). Lo cierto es que, en la práctica, los

---

excluir del ámbito de aplicación de la Directiva determinadas categorías de trabajadores... se limita... a las categorías expresamente mencionadas en la lista que figura en el anexo de la Directiva. (...) De lo dicho se desprende que... el *personal directivo*... está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva» (TJCE, sentencia de 2 de febrero de 1989 [Comisión c. R. Italiana, as. 22/87], Rec. 1989, FJ 18 y 19. Cursiva añadida).

(20) Vid. TJCE, sentencia de 8 de noviembre de 1990 (Comisión c. R. Helénica, as. C-53/88), Rec. 1990, págs. I-3931 y ss., en la que el TJCE declaró el incumplimiento de esta misma Directiva por parte de Grecia, los asuntos *Francovich* y *FOGASA*, citados en nota 17, y, desde otra perspectiva, la sentencia TJCE de 3 de diciembre de 1992 (*Suffritti*, C-140, 141, 278 y 279/91), no publicada.

(21) Es indudable que el TSJ Madrid actuó motivado por las consecuencias que podría llevar aparejadas una eventual interpretación del TJCE en favor del efecto directo de las disposiciones de la Directiva, porque, de ser así, los altos cargos se estarían beneficiando de los fondos del FOGASA sin haber contribuido a ellos previamente. Lo que ocurre, es que el TSJ no tuvo en cuenta la posibilidad de que el TJCE no diese efecto directo a estas disposiciones y, por tanto, sin desconocer el Derecho Comunitario, podría haber satisfecho las justas pretensiones de los recurrentes sin tener que acudir para ello al FOGASA. De haber planteado un recurso prejudicial en interpretación ante el TJCE el asunto *Francovich* hoy se llamaría FOGASA.

La prueba más palpable de lo dicho se encuentra en la sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1993 pronunciada en el asunto *FOGASA* (citado *supra*, nota 16). Ante el recurso prejudicial en interpretación planteado por el TSJ de Cataluña, el TJCE ha resuelto, por un lado, negando el efecto directo de la Directiva y dejando intactos los fondos del FOGASA y, por otro, en aplicación de la doctrina *Francovich*, estableciendo el principio de la responsabilidad de la administración nacional por el incumplimiento del Derecho Comunitario: «las disposiciones nacionales no pueden ser interpretadas en un sentido conforme con la Directiva sobre la insolvencia de los empresarios y, por consiguiente, no permiten asegurar al personal de alta dirección el goce de las garantías que la misma establece. Si es así, de la sentencia *Francovich*... se desprende que el Estado miembro afectado está obligado a reparar los perjuicios sufridos por el personal de alta dirección debido al incumplimiento de la Directiva en lo que a dicho personal se refiere» (*St. cit.*, FJ 22). Ello ha sido así porque, el hecho de que exista el FOGASA en nuestro país no debe implicar que, por tal motivo, las disposiciones de la Directiva sean susceptibles de tener efecto directo (vid. en el mismo sentido el punto 14 de las conclusiones del Abogado General OTTO LENZ en el citado asunto *FOGASA*).

No obstante, un sector de la doctrina consideraba que, a la luz de las afirmaciones



recurrentes vieron desconocidas sus pretensiones porque el TSJ de Madrid se negó a plantear un recurso prejudicial en interpretación ante el TJCE.

Ante esta clara situación de indefensión, los altos cargos intentaron, inútilmente, la única vía posible que les quedaba por utilizar: acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional, haciendo descansar sus pretensiones en la supuesta vulneración del art. 24.1 CE en la que había incurrido el TSJ de Madrid al inaplicar, de manera inmotivada, el Derecho Comunitario vigente y al omitir el planteamiento del recurso prejudicial ante el TJCE.

### 1. LA OMISIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PLANTEAR EL RECURSO PREJUDICIAL EN INTERPRETACIÓN Y EL ART. 24.1 CE

El TC decidió comenzar su examen por la cuestión relativa a la omisión del planteamiento del recurso prejudicial ante el TJCE y su relación con el art. 24.1 CE. Sin embargo, desde las primeras afirmaciones que realiza en su sentencia se empieza a dilucidar claramente la falta de voluntad del TC de conceder el amparo solicitado en el recurso en causa, realizando algunas aseveraciones que, en mi opinión, son discutibles (22).

En efecto, tras el razonamiento del TC hay dos motivos que le impulsan a considerar que la omisión del planteamiento de un recurso

---

realizadas por el TJCE en el asunto *Francovich*, la Directiva mencionada tenía efecto directo en España en relación con los altos cargos. En efecto, FERNÁNDEZ LIESA, C. y RODRÍGUEZ PINERO, M. C. han señalado que «en el caso español la solución debe ser incluir a los altos directivos en el ámbito del FOGASA, haciéndoles partícipes de su protección en los mismos términos que los demás trabajadores (*loc. cit.*, pág. 34). Sin embargo, una solución de este tipo (no admitida por el TJCE en el asunto *FOGASA*) ignora la indeterminación de las disposiciones de la Directiva en causa en relación con la identidad del deudor de la garantía (V. as. *Francovich*, citado *supra*, nota 17). Y no hay que olvidar que la existencia del FOGASA en España no supone la completa transposición de la Directiva 80/987 en nuestro país. Resta aún por determinar qué institución va a ser la encargada de proteger a los altos cargos, para que dicha garantía no sea prestada por el resto de los trabajadores que sí contribuyen al FOGASA. Hasta entonces, en España rige el principio de la responsabilidad de la administración nacional por el incumplimiento del Derecho Comunitario en relación con los altos cargos.

(22) El TC va a señalar, dejando la cuestión clara desde el principio, que «es preciso descartar, desde ahora, que la falta de planteamiento por el TSJM de una cuestión prejudicial ante el TJCE, al amparo de lo previsto en el art. 177 TCEE sea susceptible de generar, *per se*, una vulneración del art. 24.1 CE» (FJ 2).

prejudicial ante el TJCE por un órgano jurisdiccional de última instancia no implica la violación del art. 24.1 de la CE: por un lado, la consideración de que el art. 177 del TCE no es canon de constitucionalidad; y, por otro, su propio entendimiento de la doctrina del TJCE relativa al art. 177 TCE.

A) *El canon de constitucionalidad y el derecho al juez legal*

La desestimación del recurso de amparo se encuentra directamente relacionada, en primer lugar, con la concepción desarrollada por el TC en su doctrina anterior relativa a los arts. 93 y 96.1 CE.

Como es sabido, es doctrina del TC la consideración de que los Tratados internacionales no se convierten, por medio del art. 96.1 CE, en canon de constitucionalidad, motivo por el que la existencia de una contradicción entre un Tratado internacional y una norma interna no afecta a la constitucionalidad de esta última (23). Se trata de una afirmación que afecta, del mismo modo, a los casos en los que en la base del conflicto se encuentra una norma comunitaria porque, el art. 93 CE, es un precepto únicamente «de índole orgánico-procedimental», lo que determina, igualmente, que la violación de una norma comunitaria no afecte, ni indirectamente, al art. 93 CE (24).

---

(23) Sentencia 28/1991 del TC, de 14 de febrero de 1991, FJ 5 (BOE 15 de marzo de 1991. El texto puede encontrarse, igualmente, en *RIE*, 1991, págs. 237 y ss.). Sin embargo, como ha señalado la Profesora MANGAS MARTÍN «el Tratado o el DC ciertamente no es el parámetro de constitucionalidad para controlar la ley, sino la Constitución misma de la que no se debe ni se puede excluir el art. 96» («La Constitución y la Ley ante el Derecho Comunitario», *RIE*, 1991, pág. 604).

(24) FJ 4. Vid. la crítica realizada por MANGAS MARTÍN en *Ibidem*, págs. 597 y ss. Mucho menos crítico se muestra MARTÍ DEL MORAL («El Derecho derivado comunitario y el bloque de la constitucionalidad», *Noticias CEE*, núm. 86, 1992, págs. 19 y ss.).

El TC, sin embargo, ha reiterado su doctrina en relación con el art. 93 CE, en cuanto precepto de índole orgánico-procedimental, en el asunto *APESCO* (sentencia del TC 64/1991, de 22 de marzo, BOE de 24 de abril de 1991, FJ 4. Vid. texto en *BJC* 120 (1991), págs. 87 y ss. Un extracto de la misma se encuentra en *RIE*, 1991, págs. 674 y ss.), así como en la Declaración de 1 de julio de 1992 (BOE de 24 de julio de 1992, supl. del núm. 177, págs. 2 y ss. El texto puede encontrarse, asimismo, en *RIE*, 1992, págs. 633 y ss. En relación con el mismo puede verse el trabajo de MANGAS MARTÍN, A.: «La declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente», *REDI*, 1992, págs. 381

El TC va a llevar su razonamiento hasta sus últimas consecuencias en perjuicio de los medios de defensa de los particulares; por un lado, ahora, al resolver una pretensión de amparo, señala que «el art. 177 TCEE... pertenece al ámbito del Derecho Comunitario y no constituye, por sí mismo, canon de constitucionalidad» (25). Nada que objetar, en principio. Sin embargo, el TC va a incurrir en los mismos errores que le fueron criticados por la doctrina en relación con su jurisprudencia anterior aunque, en esta ocasión, no haya sido el único argumento utilizado por el TC para desestimar el amparo solicitado.

En efecto, si bien las normas comunitarias no constituyen el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español, ello no quiere decir que la violación de las normas comunitarias por una norma interna no implique la violación de la Constitución (26). En opinión del TC, sin embargo, es lógico pensar, dando coherencia a su doctrina, que la violación de un precepto comunitario (art. 177 TCE) por parte de los órganos jurisdiccionales españoles no implica, de ningún modo, la violación de la Constitución, pero no sólo de los arts. 93 ó 96, sino de ningún precepto constitucional, aunque se refiera a la protección de los derechos fundamentales.

En mi opinión, es cierto que la violación del art. 177 TCE por parte

---

y ss.). De la existencia de esta jurisprudencia y de las críticas doctrinales se ha hecho eco la Comisión (vid. «Noveno informe anual al Parlamento Europeo sobre el control de la aplicación del Derecho Comunitario, 1991» en *COM* (92) 136 final y *DOCE* C 250 de 28-9-92, pág. 71).

La doctrina del TC supone, a nivel interno, una concentración en manos de la jurisdicción ordinaria de todos los conflictos en los que las pretensiones de las partes estén relacionadas con la existencia de una incompatibilidad entre una norma comunitaria y una norma nacional, porque, como puso de manifiesto el TC, «serán los órganos judiciales quienes, en los procesos correspondientes, hayan de pronunciarse sobre la repetida contradicción como paso previo a la aplicación o inaplicación» de la norma interna contraria a la norma comunitaria (vid. FJ 5 de la sentencia 28/1991 y el FJ 4 de la sentencia 64/1991). A pesar de las críticas que ha recibido el TC en este punto, sí ha sido valorado positivamente, sin embargo, el hecho de que el TC no se declare competente para conocer de los recursos de inconstitucionalidad de las leyes por violación del art. 93 ó 96.1 CE (vid. MANGAS MARTÍN, A.: *loc. cit.*, pág. 605 y RUIZ-JARABO, D.: *El Juez nacional como Juez Comunitario*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 67).

(25) Se trata del FJ 2 de la STC que constituye el objeto de este comentario. Vid. igualmente el FJ de la STC 111/1993, de 25 de marzo (*BOE* de 27 de abril de 1993 y *BJC* 144 (1993), págs. 246 y ss.).

(26) MANGAS MARTÍN, A.: *loc. cit.*, pág. 604.

de la jurisdicción ordinaria no es un argumento invocable de forma aislada en el ámbito del recurso de amparo; acabo de señalar que las normas comunitarias no constituyen canon de constitucionalidad y para sancionar esa violación está el TJCE (27). Pero una cuestión diferente es que la violación del art. 177 TCE no signifique, inexcusablemente, un desconocimiento de la Constitución, y no me estoy refiriendo ahora a los arts. 93 y 96.1, sino al derecho al juez determinado por la ley (art. 24.2).

Por ello, no comparto la opinión del TC cuando dice que la violación del art. 177 TCE no constituye «per se» una vulneración del art. 24.1 CE. Que existe violación del art. 24 CE parece quedar fuera de duda porque, cuando el juez nacional incumple su obligación de acudir al TJCE, se está inmiscuyendo claramente en las funciones de este Tribunal y, por ello, desconoce un derecho fundamental como es el derecho al juez (28).

Es cierto que el TC no garantiza el cumplimiento del Derecho Comunitario en España, pero sí de la Constitución. Y para saber si se ha violado o no el derecho al juez legal, inexcusablemente debe tener en cuenta si el juez nacional ha usurpado las funciones de otro órgano jurisdiccional diferente: el TJCE; y ello sólo puede saberlo si interpreta el art. 24.1 CE a la luz de las obligaciones que le incumben al juez español al amparo del precepto comunitario (29).

---

(27) El TC señala en esta misma sentencia, aunque en relación con un motivo de amparo diferente, y recordando también su doctrina anterior, que «no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho Comunitario. Este control compete a los órganos de la jurisdicción en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho Comunitario por los poderes públicos nacionales es, pues, una cuestión excluida del ámbito del recurso de amparo» (FJ 3).

(28) Vid., sobre este punto, el trabajo de ALONSO GARCÍA, R. y BAÑO LEÓN, J. M.: «El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», *REDC*, 1990, mayo-agosto, págs. 193 y ss. En su opinión, nos encontramos, técnicamente, ante una violación del art. 24.2 CE: el juez nacional está invadiendo la competencia del TJCE, lo que afecta al derecho al juez (*Ibidem*, pág. 221); vid. también RUIZ-JARABO, D., *op. cit.*, pág. 94 y MUÑOZ MACHADO, S.: *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1993, pág. 75.

(29) En realidad, resulta muy fácil comprender la doctrina del TC español, fundamentalmente cuando algunos Magistrados exponen su opinión fuera de las sentencias. Así, MENDIZÁBAL ALLENDE ha señalado que «el art. 177 TCE pertenece privativamente al ámbito del Derecho Comunitario Europeo y no puede ser utilizado en ningún caso como

En realidad, todas las críticas que se le pueden formular al TC por mantener esta postura se ven incrementadas, al mismo tiempo, porque, en principio, el TC incurre en una cierta contradicción con lo que él mismo ha dicho en su doctrina anterior. Parecía claro que el TC había admitido la idea de que, en los casos en los que la negativa a acudir al TJCE a través del recurso prejudicial implicara una violación del art. 177 TCE, estaría dispuesto a estimar un recurso de amparo cuando ello suponga vulnerar cualquiera de los derechos fundamentales susceptibles de ser protegidos en amparo conforme a la normativa española (30). Es decir, parecía que el TC había deslindado claramente la violación del art. 177 TCE de lo que supone una violación del art. 24.1 CE: en el primer caso, es el TJCE el que debe velar por el respeto de su cumplimiento; en el segundo, el TC se declaró competente para conocer de dicha violación. Sin embargo, y aunque en el asunto APESCO el TC admitió el valor interpretativo de los Tratados internacionales para determinar si se ha producido o no una vulneración de los derechos fundamentales, señalando que constituyen «un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de aquella infracción», ahora, en principio, no está dispuesto a dar ningún valor al art. 177 TCE para determinar si la actuación del juez español fue constitucionalmente correcta, ni siquiera como elemento de interpretación del derecho fundamental al juez legal, porque, en todo caso,

---

canon de constitucionalidad, ni siquiera para perfilar el derecho a la tutela judicial»; aunque también ha señalado que el control de las normas internas de transposición de Directivas corresponde, en principio, a la jurisdicción contencioso-administrativa, con un límite infranqueable marcado en la Constitución, puesto que el control de las Leyes es competencia del TC («La recepción del Derecho Comunitario Europeo en la Jurisprudencia española», *Noticias CEE*, núm. 100, 1993, págs. 83 y 81, respectivamente).

(30) En efecto, en el asunto APESCO el TC dijo, claramente, que «en la medida que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el comienzo de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional, con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo, y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución». Es decir, e independientemente de las consideraciones que serán efectuadas en el próximo apartado, lo que el TC no parecía estar dispuesto era a admitir un recurso de amparo invocando únicamente la violación del art. 177 TCE, precisamente porque en este recurso la pretensión sólo puede fundarse en la violación de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 a 30.2 CE (vid. sobre este punto CASCAJO CASTRO, J. L. y GIMENO SENDRA, V.: *El Recurso de Amparo*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 139).

la violación del art. 177 no constituye «per se» una violación del art. 24 (31).

Desde mi punto de vista, la actitud del TC disminuye los medios de defensa de los particulares. En efecto, si en los casos en los que se produce una contradicción entre la norma española y el Derecho Comunitario, el juez nacional debe dejar inaplicada la norma nacional acudiendo, en su caso, al TJCE para obtener los elementos necesarios para la interpretación del Derecho Comunitario, es evidente que, de no hacerlo así, coloca a los particulares en una situación de indefensión. Estos van a ver desconocidos los derechos que les concede el Derecho Comunitario y no pueden obtener una tutela de los mismos debido a la actitud de la jurisdicción española. Por ello, el TC debería mostrarse más abierto a estimar los recursos de amparo por violación de los derechos fundamentales, imitando, en este punto, al Tribunal Constitucional Alemán, que ya ha estimado un recurso de amparo por violación del derecho al juez, en la medida que el Tribunal Financiero Federal había incumplido el art. 177 TCE y, por ello, había actuado de forma arbitraria (32).

---

(31) El TC realiza más tarde algunas afirmaciones que pueden dar lugar a falsas esperanzas de que prospere un recurso de amparo en estos casos; en efecto, equiparando el recurso prejudicial a la cuestión de inconstitucionalidad, señala que «la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irrevisable, al órgano judicial, y no impide la defensa del derecho fundamental de las partes ante este Tribunal ya que éstas disponen, a tal fin, del recurso de amparo» (cursiva añadida). Sin embargo, como veremos a continuación, puesto que según el TC el juez ordinario es el único que puede saber si tiene o no una duda razonable, en la práctica no puede haber nunca una violación del art. 24 CE.

Es comprensible, sin embargo, el temor del TC a admitir que la violación del art. 177 TCE implique una violación del art. 24 CE; tal vez lo que teme realmente es verse obligado, él mismo, a plantear un recurso prejudicial ante el TJCE para que éste determine si la actitud del juez español supone una violación del art. 177 TCE. Como ha señalado el Juez RODRÍGUEZ IGLESIAS «la reticencia de los Tribunales Constitucionales a asumir el principio de la primacía del Derecho Comunitario con el alcance que le da el Tribunal de Justicia es ciertamente comprensible teniendo en cuenta que la supremacía de la Constitución constituye el presupuesto existencial de dichos Tribunales Constitucionales» (RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «Tribunales Constitucionales y Derecho Comunitario», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Prof. DIEZ DE VELASCO*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 1200).

(32) Se trata de la sentencia de 8 de abril de 1987, dictada en el asunto *Kloppenborg* (BVerfGE 75, 223. Puede consultarse en el anexo documental del trabajo coordinado por BARNES VÁZQUEZ, J.: *La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 85-87). Vid. sobre este punto, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., *loc. cit.*, pág. 1187.

B) *La doctrina CILFIT del acto claro bajo la óptica del TC español*

Lo que ocurre es que las contradicciones en las que incurre el TC no terminan ahí. En efecto, es difícil conciliar la idea de que el art. 177 TCE no tiene ningún valor para el TC, porque su violación no genera, *per se*, una violación del art. 24.1 CE, y después exponer las líneas generales de la jurisprudencia comunitaria en relación con el art. 177 TCE para poder deducir si existía o no una vulneración del art. 24.1 CE, salvo que se esté intentando recuperar, ahora, la doctrina expuesta en el asunto *APESCO*. Sin perjuicio de que, en este punto su actitud ha sido la correcta, lo que no se puede negar es que su razonamiento denota una cierta contradicción.

Llama también la atención la facilidad mostrada por el TC para avalar la sentencia del TSJM, la tesis del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado, al señalar que «ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que había de darse a la Directiva 80/987 ni sobre su inaplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio» (FJ 2). En realidad, el TC, al tiempo que recordaba su doctrina anterior también en este punto (33), se ha limitado, en esta sentencia, a enunciar de forma general el contenido de la jurisprudencia comunitaria en la materia, pero sin tener realmente en cuenta las sentencias de este Tribunal, ni los antecedentes ya existentes en la jurisprudencia del TJCE y en la propia jurisprudencia española en relación con la misma Directiva que motivó el planteamiento en este recurso de amparo (34).

---

(33) Vid. FJ 2 de la STS 111/1993, de 25 de marzo (*BOE* de 27 de abril de 1993 y *BJC* 144 (1993), págs. 246 y ss.) que resulta confirmado en la sentencia objeto de este comentario.

(34) Lo que resulta llamativo si tenemos en cuenta que el TC actuó de forma diferente en el as. 111/93. En efecto, el TC consideró que «no es ocioso» tener en cuenta la jurisprudencia del TJCE para determinar si el juez había tenido o no una duda razonable. Así, se refirió a la sentencia del TJCE de 28 de enero de 1992 (*López Brea*, as. C-330 y 331/90), Rec., pág. I-323) para concluir que no había mediado, en el caso, ninguna violación del derecho a la tutela efectiva por parte de la jurisdicción ordinaria, aunque, bien es cierto, el TJCE no había dictado aún sentencia en el momento que se pronunció el órgano jurisdiccional español y, por tanto, en aquél momento, no podía determinarse con exactitud si había o no problemas de interpretación. Sin embargo, en el asunto *FOGASA* el TC no ha

Como es bien sabido, el TJCE ha terminado por admitir, bajo ciertos condicionamientos bastante rígidos, la aplicación de una especie de doctrina del acto claro en el ámbito del recurso prejudicial en interpretación, flexibilizando, en cierto modo, la obligación del juez de última instancia de acudir en interpretación ante el TJCE para que este último le aclare el significado de la norma comunitaria aplicable al caso (35).

Sin embargo, el TJCE ha establecido la necesidad de que el juez nacional cumpla ciertos requisitos antes de que su propio razonamiento le permita concluir que no existe ninguna duda razonable sobre la forma de resolver la cuestión que, en su caso, debería haber sometido a la consideración del TJCE (36); requisitos que, en realidad, no pare-

---

tenido en cuenta la jurisprudencia del TJCE relativa a la Directiva en causa en ningún momento; de haberlo hecho, habría podido percibir que sí había una duda razonable (vid., en relación con las dos sentencias, el trabajo de FIGUERUELO BURRIEZA, A.: «Cuestión prejudicial (art. 177 del TCEE) y recurso de amparo», ponencia presentada en el *XIII Congreso de la Asociación Española de Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Madrid, 1993).

Sería aconsejable, por otro lado, que el TC ampliase las citas de la jurisprudencia del TJCE haciendo referencia también al nombre con el que son conocidas; en ocasiones, como en la sentencia de 31 de mayo, se pueden producir simples errores mecanográficos dando lugar a un «baile de números», lo que dificulta la localización de los asuntos citados.

(35) CJCE, sentencia de 6 de octubre de 1982 (*CILFIT*, as. 283/81), Rec. 1982, págs. 3425 y ss. Vid. los comentarios de LENAERTS, K.: «La modulation de l'obligation de renvoi préjudiciel», *CDE*, 1983, págs. 471 y ss.; LAGRANGE, M.: «Note à l'arrêt du 6-10-1982...», *RDTE*, 1983, págs. 155 y ss.

El asunto *CILFIT* se vio rodeado de toda una dialéctica doctrinal previa en la que se pusieron de manifiesto las ventajas e inconvenientes que presentaba su admisibilidad en el ámbito comunitario (vid. los argumentos en ambos sentidos p.ej., en VANDERSANDEN, G. y BARAV, A.: *Contentieux Communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1977, págs. 282 y ss.). Al final, el TJCE parece haber seguido, en este punto, las consideraciones que habían formulado CHEVALLIER y MAIDANI en su *Guide pratique art. 177 CEE*, OPOCE, Luxemburgo, 1982, págs. 59 y ss.

(36) El TJCE ha dicho claramente que «antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia» y que «la existencia de tal posibilidad debe ser apreciada en función de las características del Derecho Comunitario y de las dificultades particulares que presenta su interpretación». Es así, que será necesario realizar una comparación de las diferentes versiones lingüísticas de la disposición comunitaria en causa; que el juez nacional deberá tener en cuenta que las nociones jurídicas no tienen necesariamente el mismo contenido en el ámbito del Derecho Comunitario y en el de los Estados miembros; y que la disposición en causa debe situarse en un contexto e interpretarse



cen tener mucha importancia para el TC en la medida que, en su opinión, la obligación de reenvío desaparece simplemente, y sin más condiciones, por el hecho de que «el Juez no tenga duda sobre cuál sea la interpretación que ha de darse a la disposición comunitaria» (FJ 2). Y, ciertamente, esta frase no representa más que el punto final de una labor interpretativa previa que debe ser respetuosa con las propias características del Derecho Comunitario (37).

En realidad, la crítica realizada podría haber sido minimizada de no existir precedentes muy claros en relación con la Directiva en causa que ponían de manifiesto las dudas que suscitaba su interpretación en España y, al menos, en Italia y en Grecia, además de que el TSJM había desconocido claramente la propia jurisprudencia del TJCE (38). Porque, si bien es cierto que el TSJ dictó sentencia cuando el TJCE sólo se había pronunciado en una ocasión en relación con esta Directiva, la identidad de algunas de las afirmaciones que había realizado con el problema que se planteaba en Derecho español, era ya motivo suficiente como para estar obligado a plantear un recurso prejudicial ante el TJCE (39).

---

a la luz del Derecho Comunitario (*CILFIT*, *st. cit.*, FJ 16 a 20. Vid. texto en castellano en *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* (selección), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, págs. 119 y ss.).

(37) PESCATORE ha señalado, en este sentido, que «la invocación meramente nominal del "sentido claro" o de la inexistencia de toda "duda razonable" no puede considerarse como expresión de una voluntad de cooperación leal» que encierra el art. 5 TCE (*loc. cit.*, pág. 556). En relación con el art. 5 puede verse TEMPLE LANG, J.: «Community Constitutional Law: art. 5 EEC Treaty», *CMLRev.*, 1990, págs. 645 y ss.

(38) Vid. *supra* notas 19 y 20.

(39) Además, la práctica española y del propio TJCE posterior a la sentencia del TSJ de Madrid, han seguido poniendo de manifiesto que la cuestión no resultaba tan clara como pensaba este Tribunal. Y, el Tribunal Constitucional, que ya tenía todos los precedentes mencionados en la mano en el momento de dictar sentencia, consideró que no había habido «duda razonable» y, por tanto, no había lugar a estimar el amparo por este motivo.

Resulta llamativo también que el TC haya dejado «incluso de lado el hecho de que los recurrentes en amparo nunca solicitaron al Tribunal de Justicia de Madrid el planteamiento de cuestión prejudicial alguna» (FJ 2). Aunque ello no ha afectado, en este caso, a la denegación del amparo hay que tener en cuenta que «a dicho órgano le corresponde plantear la cuestión, en su caso de oficio, ante el Tribunal de Justicia» (*CILFIT*, *st. cit.*, FJ 9).

## 2. LA INAPLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 80/987 Y EL ART. 24.1 CE

Es evidente que la mera violación de la obligación de plantear el recurso prejudicial ante el TJCE era ya motivo suficiente para que el TC hubiera estimado el amparo. Sin embargo, los recurrentes hicieron referencia también a la violación del art. 24 CE en la medida que la sentencia del TSJM adolecía de falta de motivación al no haber justificado la inaplicación de la Directiva comunitaria (40).

Sin embargo, el TC vuelve a realizar una serie de afirmaciones que son criticables, fundamentalmente porque, además de que dicho Tribunal ya tenía conocimiento el 31 de mayo de 1993 del asunto *Francovich*, considera aceptable la actitud del TSJM (41); y, aunque su postura en este caso ya estaba decantada desde el principio en base a otras razones, su peculiar forma de ver el asunto puede influir en el resultado de otros conflictos futuros en el supuesto de que no se produzca un cambio en su doctrina (42).

En efecto, tras exponer su doctrina anterior (43), y cometer los mismos errores (44), aunque eliminando algunas expresiones no deseables que

---

(40) Podría decirse que, aunque el TSJ Madrid incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del art. 177 TCE, al menos fue coherente con su incumplimiento; puesto que consideraba que la Directiva no tenía efecto directo no la aplicó al caso, teniendo en cuenta, además, que el TJCE aún no había dictado sentencia en el asunto *Francovich*. Sin embargo, para poder realizar esta afirmación debería haber argumentado su razonamiento.

(41) Y, por tanto, el juez nacional debería de establecer la correspondiente responsabilidad del Estado español por no haber transpuesto la Directiva. Claro que, el TSJ de Madrid aún no podía conocer el asunto *Francovich*, por lo que, en este caso, el problema se reduce a la falta de motivación de su sentencia.

(42) Queda al menos la esperanza de la posición adoptada sobre este punto por el Ministerio fiscal, el Presidente del TC y uno de sus Magistrados. En efecto, el Ministerio Fiscal consideró que había lugar a estimar el amparo porque el juez nacional inaplicó el «Derecho supranacional sin explicitarse fundamento alguno para ello». Por su parte, tanto RODRÍGUEZ-PIÑERO como GIMENO SENDRA consideraron que el TC tendría que haber estimado el amparo porque, por falta de respuesta o motivación, el asunto tenía relevancia constitucional, al haberse producido un defecto de tutela judicial que lesiona el art. 24.1 CE.

(43) Vid. el FJ 3 recogido *supra*, nota 27. Vid., no obstante, IZQUIERDO PERIS, J. J.: «El Tribunal Constitucional como órgano de garantía del Derecho Comunitario en España», *GJ Boletín*, sept. 1993, págs. 15 y ss.

(44) El TC insiste en señalar que «la supuesta contradicción entre éstos y las leyes y otras disposiciones normativas posteriores —por lo que aquí interesa también las anteriores— no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional» (FJ 3). Sin embargo, ya ha señalado A. MANGAS MARTÍN

habían merecido la crítica doctrinal (45), el TC continúa su razonamiento abriendo las puertas a la posibilidad de estimar un recurso de amparo cuando los órganos jurisdiccionales nacionales violan el Derecho Comunitario y, por ello, desconocen la superior jerarquía de este último Ordenamiento Jurídico (46).

Sin embargo, el TC no estimó ninguna de las razones alegadas por los recurrentes y señaló que «no hay nada de irrazonable» en aplicar la normativa nacional porque «el juzgador aplicó normas vigentes... y no consideró necesario abordar expresamente la problemática de la indebida aplicación de la Directiva suscitada en el recurso» (FJ 5). Es decir, no hay nada de irrazonable en desconocer sin ninguna razón la primacía del Derecho Comunitario.

Aunque ello es consecuencia de que «la supuesta contradicción entre (los Tratados internacionales) y las leyes... no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas» (FJ 3), en el supuesto de que el TJCE hubiese dado efecto directo a las disposiciones de la Directiva quedaría más claro que el TC está avalando el incumplimiento de la primacía del Derecho Comunitario cometido por el TSJ de Madrid que, en este caso, tiene una mayor carga negativa en la medida que la norma nacional es anterior a la directiva comunitaria (47).

que «una cosa es que el respeto a la primacía del DC no tenga por qué garantizarse en el marco del control de la constitucionalidad de las leyes y otra bien distinta es que esa ley eventualmente contraria es inválida en el ámbito de una relación jurídica de DC» (*loc. cit.*, pág. 603).

(45) En efecto, el TC ya no habla de conflicto de normas «infraconstitucionales» sino que ha optado por utilizar una de las fórmulas que empleara en el asunto *APESCO*: se asiste, en tal caso, a un conflicto de normas «no constitucionales» (FJ 3).

(46) El TC va a señalar que «si se ha tratado de una selección arbitraria o manifiestamente irrazonable o ha sido fruto de un error patente; o si de dicha selección se ha seguido daño para otro derecho fundamental distinto al de la tutela judicial efectiva e igualmente tutelable a través del recurso de amparo» la determinación de la norma aplicable al caso tiene relevancia constitucional (FJ 4).

(47) En todo caso, hay que lamentar que el TC haya considerado que no se produce una falta de motivación en base a que el TSJM consideró aplicable la normativa española porque «el personal de Alta Dirección comprendido en la relación laboral especial del art. 2.1.a) del ET no está obligado a cotizar al FOGASA, y que, por lo tanto, este organismo no está obligado al pago de las indemnizaciones reclamadas por los actores» (FJ 4). Es cierto que las consecuencias del efecto directo del derecho comunitario podían haber sido injustas. Pero, al margen de que se estaba elucubrando acerca de la interpretación que podía haber dado el TJCE, lo que está claro es que no es una razón que justifique un atentado a la primacía del Derecho Comunitario.

En situaciones de este tipo el juez nacional vulnera claramente el art. 24.1 CE, tanto por desconocer el sistema de fuentes, como por hacerlo de forma errónea, arbitraria e inmotivada (48). El TC no parece entenderlo así y, al igual que en el caso anterior, debilita los medios de defensa de los particulares.

#### IV. CONCLUSION

La conclusión que puede extraerse de la lectura de esta sentencia es un tanto pesimista, como se ha visto, en relación con la protección en España de los derechos que derivan para los particulares del Derecho Comunitario.

El TC español ha dejado, a nivel interno, el respeto del Derecho Comunitario plenamente en manos de la jurisdicción ordinaria. Esto, ciertamente, no es criticable en principio. Lo que ocurre es que cuando estos órganos españoles no cumplen con sus obligaciones, desconociendo la primacía del Derecho Comunitario e incumpliendo las obligaciones que les incumben en virtud del art. 177 TCE, no se puede dudar de que se está produciendo una violación del art. 24 CE. El TC no lo entiende así y, con esta actitud, no va a evitar las situaciones de indefensión generadas por la jurisdicción ordinaria. Nadie duda de que el TC no es un órgano de garantía del Derecho Comunitario. Pero lo que tampoco se puede dudar es que es un órgano de garantía de la Constitución y, por tanto, de los derechos fundamentales.

---

(48) Vid. el trabajo de ALONSO GARCÍA y BAÑO LEÓN (*loc. cit.*, pág. 217).

**JURISPRUDENCIA**

