

SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO*.

di Vicente Garrido Mayol**

Resumen. I. Europa revoluciona nuestro sistema jurídico. – a). Autonomía del ordenamiento europeo respecto del nacional. – b). Supremacía y primacía. c). El efecto directo de las normas europeas. – II. La compleja convivencia entre los ordenamientos europeo y nacional. – 1. Los rasgos característicos de las normas europeas: en especial su primacía y su efecto directo. – 2. La primacía del derecho europeo en relación con normas del derecho interno con rango de ley. – a). El caso del Decreto-Ley 1/2012 por el que redujo la jornada de trabajo y la retribución de los funcionarios interinos de la Generalitat Valenciana. – b). Los *sexenios* de los funcionarios interinos. – d). La indemnización por cese de los interinos. – e). El caso del límite de edad para acceder a la condición de auxiliar o agente de la policía local. – 3. Consecuencias del incumplimiento del derecho europeo.

1

I. Europa revoluciona nuestro sistema jurídico.

Tratar de la supremacía de la Constitución y del derecho comunitario nos lleva indefectiblemente a pensar en España y en Europa. Para la mayoría de los ciudadanos españoles de los años 70 y principios de los 80, hablar de Europa era equivalente a hablar de futuro.

Europa, para los españoles de la década de los 70 y los 80 era sinónimo de libertad, de normalización democrática, de prosperidad económica y, en definitiva, de futuro. Nuestro ingreso en las entonces Comunidades Europeas el 1 de enero de aquel lejano 1986, tras la firma del Acta de Adhesión el 12 de junio de 1985, nos permitió poner en práctica lo que se denominó “agenda de modernización”, de un país que caminaba ilusionado hacia un futuro de libertad y de progreso.

Europa entró en el siglo XX envuelta en los efluvios de ensoñaciones despóticas. La consecuencia fueron dos guerras mundiales que arrasaron nuestro continente. Sin embargo, el sueño de libertad, de democracia y de paz permaneció vivo en el corazón de millones de europeos y gracias a él, y al coraje de grandes líderes como De Gasperi, Schuman,

* *Sujeto a referencia.* Texto ampliado y corregido de la conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Valencia, el día 3 de diciembre de 2018, en el ciclo organizado con motivo del XL Aniversario de la Constitución de 1978.

** Catedrático de Derecho constitucional – Universidad de Valencia.

Adenauer, Spaak o Monnet, nació el más noble y valiente esfuerzo que hemos realizado nunca: la Unión Europea¹.

Europa dejó de ser un paraíso perdido o un *desiderátum* inalcanzable; ya no es ni siquiera un espejo en el que llegamos a mirarnos sin reconocernos. Europa es hoy una realidad, una casa común; es un futuro que ha llegado y, al mismo tiempo, un presente en constante cambio. Como dijo Ortega en célebre cita, “Europa es camino y no posada”. Es una realidad viva en la que participamos directamente y que a todos nos afecta en muchos aspectos de nuestra vida cotidiana, quizás sin que nos demos cuenta, y que se define a la perfección en el lema de la Unión, que tanto nos gusta a los españoles: “Unidad en la diversidad”

Pero Europa poseía, además de un contenido económico indudable. En esa época, la referencia al viejo continente constituía una suerte de invocación mágica, el anhelo de una llave que daba acceso al Estado del Bienestar que habríamos de levantar en aquellos años. Frente a un país enfrentado al reto de construirse, Europa emergía ya entonces como un modelo a seguir.

Hoy, más de treinta años después de nuestro ingreso en esta organización supranacional, podemos contemplar la obra con satisfacción y perspectiva.

Porque, efectivamente, desde su ingreso en las Comunidades Europeas -hoy UE- España ha experimentado un rápido y notable proceso de crecimiento económico, de modernización y de apertura al exterior, porque, como destaca Bar Cendón, ha sabido aprovechar las compensaciones económicas recibidas de las CCEE, principalmente a través de los fondos estructurales —el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, el Fondo Social Europeo y el Fondo de Cohesión—, que han servido para compensar tanto las pérdidas y las renunciaciones que se han tenido que acometer en varios ámbitos relevantes de su estructura económica —la pesca, la agricultura, la ganadería, la siderometalurgia, la construcción naval—, como los esfuerzos de adaptación que se han llevado a cabo en otros sectores económicos y políticos².

Pero es que además, en el orden político el Estado social y democrático de derecho -de construcción europea- cuenta con sólido arraigo en España, y gran parte de esa fortaleza se

¹ A. Tajani, *Acercar Europa a los ciudadanos*, en *El Mundo*, 9 de mayo de 2018.

² A. Bar Cendón, *España y la UE: un objetivo ideológico y proyecto político (1978-2018)*, en *Revista de Derecho Político*, n.101, enero-abril 2018, págs. 777-778.

la debemos a la Constitución de 1978, clave de bóveda de nuestro ordenamiento jurídico. Pero, si bien la transición de nuestro país a la normalidad democrática y la homologación con las naciones de su entorno puede darse por concluida, el proceso de construcción europea sigue avanzando. Se intentó dar un paso importante con la *non nata* Constitución Europea. Pero el proceso siguió adelante hasta el Tratado de Lisboa manifestación del principio de continuidad, apoyado en aquellas palabras del Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, Robert Schuman: "Europa no se hará de un solo golpe, sino en una construcción conjunta a través de realizaciones concretas, creando ante todo una solidaridad de hecho." En realidad, desde muy pronto, España hizo del proceso de integración europeo un objetivo ideológico y un proyecto político. Un objetivo ideológico que ha sido —que es aún hoy— compartido por la práctica totalidad de los partidos políticos mayoritarios. Y un proyecto político cuya realización —que sigue en curso— afecta no sólo al propio gobierno de la UE, sino también a la estructura y al modo del gobierno de España. Y, en verdad, el ingreso de España en las CCEE, en enero de 1986, supuso la realización de ese objetivo ideológico y de ese proyecto político.

El espíritu de la UE es el mismo que inspira el de la Constitución española, de la que este año celebramos el XL aniversario. Junto a los Tratados europeos, representa un gran consenso cívico que tiene un valor intrínseco, más allá de su letra, y que entre todos estamos llamados a preservar. Un ejemplo para el mundo de reconciliación, de solidaridad y de generosidad, que ha convertido a España en el país abierto, diverso, moderno y dinámico que es hoy³.

Pero nuestro ingreso en la UE supuso que le cedieramos el ejercicio de competencias derivadas de la CE como, nada más y nada menos, la producción de normas jurídicas hasta entonces reservado al Estado -y a las CCAA- en exclusiva, o la acuñación de moneda, actividades ambas características del Estado soberano

Muchas veces no somos conscientes de la importancia que en el desarrollo de nuestra vida cotidiana tiene el derecho europeo. No es difícil constatar la repercusión de Reglamentos y Directivas comunitarias en los textos normativos de las regiones o Comunidades autónomas, o en ámbitos como la función pública o la contratación administrativa.

A día de hoy —resulta obvio hacer esta constatación— son ya muchas y de indudable relevancia política las competencias cuyo ejercicio se ha cedido a las instituciones

³ A. Tajani, *Acercar Europa a los ciudadanos*, en *El Mundo*, 9 de mayo de 2018.

comunitarias. Hemos renunciado, para compartirlas con nuestros socios europeos -y también lo han hecho ellos- a las grandes decisiones sobre la política económica, al núcleo de la política monetaria, pero también a cuestiones que afectan nada menos que a la ciudadanía, a la seguridad, a la justicia, a la inmigración, a la política exterior...⁴.

Cada día cae en nuestras manos normativa o jurisprudencia europea que afecta a nuestro día a día. Algunos ejemplos recientes:

-La STJUE 14.XI.2018 dispuso que la normativa italiana que prohíbe a las empresas privadas ejercer una actividad de custodia de urnas funerarias es contraria al Derecho de la Unión. Esa normativa constituye una restricción injustificada de la libertad de establecimiento garantizada por el Derecho de la Unión

-La STJUE de 15.IX.2018 establece que las compañías aéreas que no expresen en euros las tarifas aéreas de los vuelos intracomunitarios deberán indicarlo en una moneda local vinculada objetivamente al servicio propuesto. Este es el caso, concretamente, de la moneda de curso legal en el Estado miembro en el que se encuentre el lugar de salida o el lugar de llegada del vuelo de que se trate.

-La publicación del Reglamento que establece las normas en virtud de las cuales un Estado miembro reconoce y ejecuta en su territorio resoluciones de embargo y resoluciones de decomiso dictadas por otro Estado miembro en el marco de procedimientos penales⁵.

-Por no hablar del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), Reglamento 2016/679, del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, que entró en vigor el 25 de mayo de 2016 y comenzó a aplicarse el 25 de mayo de 2018. La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) tuvo que publicar el 26 de enero de 2018 nuevos materiales y recursos con los que facilitar a las pequeñas y medianas empresas (PYMES) su adaptación a dicho Reglamento. Por cierto, que fue sorprendente que se adoptaran por Real Decreto-Ley las medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, cuando se ven afectados derechos fundamentales cuya regulación queda excluida de tales normas (Real Decreto-Ley 5/2018,

⁴Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se interesó del Consejo de Estado un Informe sobre la reforma de la Constitución.

⁵ Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso (DOUE de 28 de noviembre de 2018)

de 27 de julio)⁶.

II. La compleja convivencia entre los ordenamientos europeo y nacional.

1. Los rasgos característicos de las normas europeas: en especial su primacía y su efecto directo.

La Comunidad Europea se configuró desde su inicio como una organización internacional *sui generis* con una estructura institucional productora de derecho directamente aplicable en sus Estados miembros. La Unión Europea hoy es una comunidad de derecho cuya esencia principal es la creación de un supraordenamiento jurídico para lo que los propios Estados han limitado sus competencias a favor de esta organización supranacional, ordenamiento jurídico que no va a buscar su parámetro de validez y eficacia en las Constituciones de los Estados miembros ni en las Leyes de transferencia de soberanía, sino directamente en sus Tratados constitutivos porque el Derecho Comunitario se transforma en un derecho autónomo⁷.

El sistema de la Unión Europea es ciertamente peculiar y no tiene parangón en el mundo actual. Un rasgo característico del Estado soberano es la producción de normas jurídicas de aplicación en su ámbito territorial y con efectos constreñidos, por lo general, al mismo. Ocurre que la singularidad de la organización supranacional, creada por Tratado Internacional, consiste en que, como los Estados soberanos, también crea derecho dirigido unas veces a los Estados miembros y otras a los ciudadanos de tales Estados, a los ciudadanos europeos.

Ello pudo atraer la curiosidad de los juristas de los años cincuenta del pasado siglo, y tiene su explicación en que, al constituir la Comunidad Europea -y posteriormente al integrarse en ella- los Estados impulsores o integrados le cedieron facultades soberanas cual la de producir derecho directamente aplicable en su territorio sobre materias previamente

⁶ En noviembre de 2017 el gobierno aprobó un proyecto de Ley Orgánica para cumplir con el Reglamento de 2016. Finalmente, las medidas se adoptaron mediante real decreto-Ley.

⁷ A. López de los Mozos Díaz Madroñero *La directiva comunitaria como fuente del derecho*. Edición Cuadernos del Congreso de los Diputados. Madrid 2010, p. 26.

determinadas, de obligado cumplimiento por los Estados y fuente de derechos y obligaciones para sus ciudadanos. En España lo permite el artículo 93 de la Constitución que autoriza a que, mediante Ley Orgánica, se puedan celebrar tratados por los que se atribuya a una institución u organización internacional el ejercicio de competencia derivadas de la Constitución.

Los problemas que plantea la aplicación del derecho europeo son notables pues, como veremos, se suceden los conflictos entre la normativa europea y la interna española, en parte quizás, aún, por el desconocimiento del derecho europeo y, desde luego, de los mecanismos de articulación de ambos sistemas jurídicos.

Téngase en cuenta que ese derecho creado por las Instituciones comunitarias goza de primacía, en caso de conflicto, sobre el derecho interno de cada Estado miembro, de suerte tal que desplaza a éste en su aplicación.

La creación de un nuevo ordenamiento jurídico se convierte, por tanto, en la característica principal de esta organización que cuenta con un Tribunal de Justicia, cuya jurisprudencia ha defendido, desde un primer momento, la primacía del derecho comunitario sobre el derecho de los Estados miembros, señalando la existencia de un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que tal ordenamiento es de obligado cumplimiento por y en los Estados. Así se señaló expresamente en la célebre Sentencia *Costa v. Enel*, de 15 de Julio de 1964 -que examinó el conflicto entre lo dispuesto por una norma del TCE y una ley italiana posterior a la entrada en vigor de aquel-, en la que se estableció que a diferencia de los Tratados Internaciones ordinarios el Tratado de la Comunidad Económica Europea creó un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado y que vincula a sus órganos jurisdiccionales⁸.

Por ello, los Estados miembros no pueden pretender que una de sus normas, elaborada de forma unilateral, aunque sea posterior, prevalezca sobre las normas del ordenamiento jurídico europeo, creadas por ellos mismos sobre la base de la reciprocidad⁹

Se puede decir que los Tratados Comunitarios constituyen la Carta Constitucional de la Unión europea y al igual que sucede con la Constitución en el ordenamiento interno, gozan

⁸ *Id.*, p. 27

⁹ P. Biglino. Campos, *La primacía del derecho comunitario: una mirada contrapuesta. La perspectiva española*, en *La Unión Europea en perspectiva constitucional*. Thomson Aranzadi, 2008, p. 37.

de prevalencia sobre el resto del Derecho Comunitario europeo y están dotados igualmente de una rigidez especial porque especial es el procedimiento para su reforma.

Y es que el derecho comunitario, -el derecho europeo- despliega todos sus efectos y de manera uniforme en todos los Estados miembros constituyendo una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos los afectados, sean Estados miembros o particulares. El ordenamiento europeo y el ordenamiento interno son considerados como sistemas jurídicos autónomos aunque integrados y coordinados, por lo que las normas europeas son consideradas respecto a las leyes nacionales no como superiores pero sí como especiales.

a). Autonomía del ordenamiento europeo respecto del nacional

Ambos ordenamientos coexisten en el interior de cada Estado miembro, ambos tienen los mismos destinatarios y deben ser aplicados por los mismos operadores jurídicos, por lo tanto, la autonomía es una de las características del ordenamiento comunitario.

b). Supremacía y primacía.

La segunda y quizás más importante característica es la primacía¹⁰. Es uno de los principios que rigen las relaciones entre el derecho europeo y el de los Estados miembros, que comporta la prevalencia del derecho comunitario europeo sobre el derecho interno de cada Estado en supuestos en que las normas de éstos sean contrarias a las comunitarias. Se produce, entonces, un desplazamiento del derecho nacional para dar paso a la aplicación del derecho supranacional.

Este principio es, como he subrayado, consecuencia de la cesión de soberanía de los Estados miembros, de la cesión de competencias a favor de las Instituciones europeas, e implica una reserva material a favor de la norma comunitaria.

Así, se dice que este es uno de los rasgos fundamentales del Derecho europeo: su primacía con respecto al derecho de los Estados miembros. Como ha señalado López de los Mozos, a quien sigo en esta introducción, la elaboración de este principio parte del argumento de

¹⁰ La primacía de las normas del ordenamiento comunitario sobre las disposiciones internas ha sido reconocida, entre otras muchas, por las antiguas Sentencias del Tribunal de Justicia europeo de 5 de febrero de 1963, caso *Van Gend and Loos* y de 15 de junio de 1964, caso, ya citado, *Costa contra Enel*, y por las del Tribunal Constitucional español 28/1991, 64/1991 y 130/1995.

que una vez cedidas por los Estados miembros sus competencias a la Comunidad, la actuación de ésta exige una uniformidad que no puede verse limitada por las Normas de los Estados miembros. Se trata de un principio que no viene expresamente regulado en los tratados constitutivos, sino que es consecuencia de la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Tribunal fundamenta tal principio en la voluntad común de los Estados miembros que originan los Tratados y que ha de prevalecer sobre las voluntades particulares y en el hecho de que la primacía tampoco se sustenta en la Constitución de los Estados sino en el propio Derecho europeo e Internacional¹¹.

El Tratado por el que se estableció una Constitución para Europa había supuesto la elevación a Norma del principio de primacía, no reconocido hasta entonces en ningún otro tratado. Así su artículo I-6, establecía que *“La Constitución y el Derecho adoptado por la Instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta, primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”*.

Con motivo de la elaboración de dicho Tratado, el Tribunal Constitucional elaboró, a petición del Gobierno, la Declaración 1/2004 de 13 de diciembre, con el fin de dar su versión acerca de la compatibilidad o no de la Constitución Española con algunos preceptos de la futura Constitución Europea.

Para el Tribunal, *“la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. I-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución”*, como tampoco la contravienen los arts. II-111 y II-112, relativos a la Carta de derechos, *“a la vista de lo establecido en el art. 10.2 CE”*. En consecuencia, juzga *“suficiente”* el artículo 93 *“para la integración del Tratado en el Derecho español”*¹².

El Tribunal Constitucional refiriéndose a la primacía, indicó que no contradice la supremacía de la Constitución española al ser categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados: aquella, en la aplicación de Normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de formación. 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. 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 varias de ellas

¹¹ López de los Mozos, op. cit, pág. 40.

¹² Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se interesó del Consejo de Estado un Informe sobre la reforma de la Constitución.

tiene la capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente. O sea, la primacía no se sustenta sobre la jerarquía sino sobre las competencias.

Que la Constitución goza de supremacía sobre las normas de derecho europeo, incluso del derecho originario, lo pone de manifiesto lo que ocurrió en 1992, con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastrich. Ante la aparente contradicción entre dicho Tratado y la Constitución, el gobierno interesó la intervención del Tribunal Constitucional que emitió su Declaración 1/1992, de 1 de Julio, en la que indicó que los enunciados de la Constitución no pueden ser contradichos sino mediante su reforma expresa. Como condición previa a esa ratificación -dijo el Alto Tribunal- debía abordarse la reforma del art. 13.2 CE, que impedía extender a los extranjeros el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales (Declaración de 1 de julio de 1992), procediéndose consecuentemente a llevarla a cabo (28 de agosto de 1992).

En dicha Declaración, el supremo intérprete de la Constitución sostuvo que el artículo 93, puesto en conexión con el 95, faculta a las Cortes Generales *“para ceder o atribuir el ejercicio de ‘competencias derivadas de la Constitución’ ”*, pero no para *“disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una ‘competencia’ cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto”*.

La supremacía de la Constitución es, por tanto, compatible con los regímenes de aplicación que otorga preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional, siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto (que es lo que sucede en España, pues como se ha indicado el artículo 93 de la Constitución permite autorizar, mediante Ley Orgánica, la celebración de tratados por los que se atribuya a una institución u organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución y que, por tanto, permite aceptar la primacía del derecho comunitario en el ámbito que le es propio).

El Tratado de Lisboa ha supuesto un paso atrás en el sentido de que el principio de primacía no aparece en el articulado del texto, si bien se refleja en la Declaración 17 anexa al mismo, Declaración relativa a la primacía, en la que se establece que la Conferencia recuerda que con arreglo a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y la Legislación adoptada por la Unión sobre la base de los Tratados, primarán

sobre el Derecho de los Estados miembros, con arreglo a las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia. Además, se anexa a dicha Declaración el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre primacía, en el que se indica que este principio sigue rigiendo en los mismos términos en que la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia lo viene reconociendo.

Respecto del derecho infraconstitucional el principio no implica ningún tipo de relación jerárquico-normativa entre el derecho de la Unión y el derecho interno¹³, puesto que la contradicción de una norma de derecho interno con una comunitaria no la invalida, sino que simplemente la desplaza. El derecho europeo, tanto el originario como el derivado, prevalece sobre el derecho interno de los Estados miembros, pero no tiene el efecto de anularlo o invalidarlo sino solo de desplazarlo en su aplicación en caso de conflicto.

Y es que el derecho comunitario surge de la voluntad común de los Estados y es esta voluntad común la que debe prevalecer frente a cualquier tipo de particularidad. “*La primacía es la regla fundamental de la existencia de la Comunidad*”, dijo el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 17 de diciembre de 1980.

Hay numerosas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ponen de relieve el principio de primacía del Derecho Comunitario.

Por su peculiaridad es de cita la ya mencionada de 15 de Julio de 1964, *Costa contra Enel*, que tiene su origen en una Ley de nacionalización de la energía eléctrica aprobada en Italia. El señor Costa era un Abogado de Milán que impugnó un recibo de la luz ante el Juez de Paz de dicha Ciudad al considerar que la Ley italiana de nacionalización de la energía eléctrica, una Ley de 1962, era contraria al Derecho Comunitario. El asunto llegó hasta la Corte Constitucional, que conoció del conflicto mediante una cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Juez de Paz, y declaró la primacía de la Ley italiana. A pesar de haber presentado dicha cuestión ante la Corte, el Juez de Paz remitió también una copia testimonial de sus actuaciones al Tribunal de Justicia, en base a lo cual, éste dedujo que el Juez de Paz había presentado una cuestión prejudicial, relativa a la interpretación de los artículos del Tratado de la Comunidad Económica Europea. Sin embargo, el Gobierno italiano consideró que el Juez de Paz debía limitarse a aplicar la Ley

¹³ Aunque López de los Mozos opina que implícitamente, sin embargo, si se puede hablar de dicha relación en el sentido de que responde a una relación competencial horizontal, siendo consecuencia del principio de atribución de competencias

interna, la Ley ENEL, y por tanto no podía tener dudas acerca de la interpretación del Derecho Comunitario, afirmando que, en caso de haber incurrido Italia en incumplimiento, la única vía posible sería el recurso de incumplimiento.

Frente a todos estos argumentos el Tribunal de Justicia siguió adelante y declaró la primacía del Derecho Comunitario y el consiguiente incumplimiento del Estado italiano al afirmar que la integración en el Derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuentes comunitarias tiene como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado una medida unilateral posterior que no puede oponerse a dicho ordenamiento.

La consecuencia de este principio de primacía es que el Juez Nacional encargado de aplicar en el ámbito de su competencia las Disposiciones de Derecho europeo, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de dichas Normas, planteando, si considera que la Norma nacional es inválida, una cuestión prejudicial para conocer el alcance de la comunitaria. Pero para ello es preciso que el juez albergue una duda razonable acerca de la interpretación que haya de darse a una norma de derecho comunitario, y que sea necesaria para resolver el asunto sometido a su conocimiento.

En el caso de que efectivamente la norma nacional sea contraria a la comunitaria lo procedente es inaplicarla.

La primacía supone que, si una norma interna es incompatible y es anterior a la europea, ésta última hace inaplicable desde su entrada en vigor, cualquier disposición nacional contraria. Si la norma interna es posterior, la europea impide que se creen normas nacionales incompatibles, permitiéndose en ambos casos que el Juez nacional cumpla con su obligación de aplicar íntegramente el Derecho europeo, y todo ello independientemente de cual sea el rango de la norma de derecho interno.

Por tanto el principio de primacía se reconoce, tanto de la norma comunitaria posterior, sobre la nacional anterior y contraria, como de la norma comunitaria anterior respecto de la nacional posterior y contraria y en ambos casos independientemente de cual sea el rango de la norma nacional. Atención: he dicho que, con independencia del rango de la norma nacional, como ahora veremos.

Así, por ejemplo, la Sentencia de 11 de Enero de 2000, establece que la directiva de igualdad de trato de hombres y mujeres goza de primacía sobre el precepto de la Ley Fundamental de Bonn, que excluía a las mujeres de los empleos militares, lo que supuso

una modificación de la Constitución alemana, y además no hay que olvidar que dicha primacía es una obligación que afecta a todos los poderes públicos¹⁴.

El principio de primacía también ha sido objeto de atención por la jurisprudencia española. Si bien el Tribunal Constitucional por lo general no ha reconocido que el derecho europeo tenga relevancia constitucional en el ordenamiento español, el principio de primacía forma parte del acervo comunitario incorporado mediante la Ley Orgánica 10/1985, por la que España ingresó en las Comunidades Europeas.

Hay algunas Sentencias importantes al respecto.

La STC 130/95 proclama que España es un Estado miembro sujeto a las Normas del ordenamiento comunitario que posee un efecto directo para los ciudadanos y tiene primacía sobre las Disposiciones internas. También la STC 120/98, indica que el Reino de España se ha vinculado al derecho de las comunidades europeas, el cual constituye un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros que se impone a sus órganos jurisdiccionales.

La STC 58/2004 reafirma la primacía del derecho comunitario. La singularidad de esta Sentencia es que en ella se estima un recurso de amparo solicitado por la Generalitat de Cataluña al considerar vulnerado el artículo 24 de la Constitución, tutela judicial efectiva, por una Sentencia judicial no fundada en derecho porque inaplica una Ley autonómica vigente que establece un recargo tributario, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, ni cuestión prejudicial de derecho comunitario.

c). El efecto directo de las normas europeas.

El efecto directo es la tercera característica de las Normas de Derecho Comunitario: es un derecho directamente aplicable que pasa a formar parte del ordenamiento interno de los Estados.

*Reglamentos: directamente aplicables. Sus destinatarios son los ciudadanos europeos

*Directivas: sus destinatarios son, en principio, los Estados.

Pero resultan directamente aplicables cuando sus disposiciones sean *claras, precisas, e incondicionadas*.

Ejemplos:

¹⁴ *Idem*, pág. 55.

-La Directiva 2012/13/UE consagra el derecho de acceso, por la persona detenida y por su abogado, a los materiales del expediente que resulten “fundamentales” para poder impugnar de manera “efectiva” la legalidad de la detención, y fijaba como fecha límite para su transposición el 2 de junio de 2014. España no cumplió con esta obligación hasta la aprobación de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, que reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en vigor el 28 de octubre de ese mismo año). El TC declaró que resultó de aplicación desde la fecha límite para su trasposición (STC de febrero 2017).

-Las Directivas 2014/23,24 y 25, sobre contratación pública, su trasposición vencía el 18-4-2016. Son claras y precisas, pero no se traspusieron hasta la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (BOE 9.XI.2027), que entró en vigor a los 4 meses de su publicación, el 9 de marzo de 2018.

Una dificultad que presentan las normas europeas deriva del hecho de que en los Estados miembros de la Unión Europea existe una tipología variada de normas jurídicas, con denominación y estructura diferentes y con una forma de expresarse fruto de la evolución sociocultural en cada país, que no responde a patrones homogéneos en todos los casos. Y de ahí la distinta denominación de las normas del derecho europeo respecto del nacional español.

Por ello, es necesario un esfuerzo dirigido a homogeneizar la tipología y denominación de las normas en todos los Estados de la UE y en ésta, y también la presentación de su contenido, con estricta observancia de las modernas reglas de la técnica normativa, porque indefectiblemente ello es necesario para que el principio de seguridad jurídica, se cumpla, especialmente, en una época de inflación normativa que, desgraciadamente, conduce a una reducción de la calidad de las normas pues se elaboran normas apresuradamente.

Se intentó con la proyectada Constitución europea: el Reglamento pasaba a denominarse Ley; la Directiva, Ley Marco; y se creaba un Reglamento europeo de naturaleza igual al del derecho patrio.

Hay que recordar que, en marzo de 2000, los servicios jurídicos de las tres Instituciones aprobaron la *Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión dirigida a las personas que contribuyen a la redacción de los textos legislativos en las Instituciones comunitarias*¹⁵. Esta Guía práctica es de gran importancia pues pretendía que todos los textos normativos que nazcan de cualquiera de las Instituciones de la Unión con

¹⁵ Puede consultarse en la Revista Española de la Función Consultiva, nº 11 (2009), p. 299 y ss.

capacidad normativa observen, durante el procedimiento de su elaboración, los mismos criterios de estructura y redacción.

2. La primacía del derecho europeo en relación con normas del derecho interno con rango de ley.

Pero como vengo sosteniendo, la coexistencia de ordenamientos jurídicos que confluyen en un mismo ámbito objetivo y subjetivo siempre presenta problemas de pacífica convivencia. Ocurre en España, en el orden interno, donde son numerosos los conflictos que surgen en materia competencial entre las normas estatales y las autonómicas. Y ocurre, igualmente, al tener que aplicar el ordenamiento europeo -que forma parte de nuestro derecho interno- con el derecho nacional *stricto sensu*. Incluso podemos observar la existencia de conflictos entre las normas de un mismo ordenamiento, como así ocurre en el seno del ordenamiento estatal y de los ordenamientos autonómicos.

Menos mal que existen remedios para solucionar tales conflictos: Desde la cuestión de inconstitucionalidad, hasta el planteamiento de los conflictos positivos o negativos de competencia ante el Tribunal Constitucional, hasta la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En la aplicación del derecho europeo ya he hecho referencia a su primacía respecto del interno y no procede ahora abundar más en tal principio. Sin embargo, si estimo conveniente, porque es cuestión jurídicamente interesante, alguna reflexión sobre la posible contradicción entre una ley nacional y una norma de derecho comunitario.

a). El caso del Decreto-Ley 1/2012 por el que redujo la jornada de trabajo y la retribución de los funcionarios interinos de la Generalitat Valenciana¹⁶.

Se trata de un asunto resuelto por la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Segunda, de 9 de julio de 2014, en el recurso interpuesto por una pluralidad de funcionarios interinos

¹⁶ Que fue objeto de mi atención en mi trabajo *El acervo comunitario: primacía, técnica y estética*, en *Revista Valenciana de Estudios Autonómicos*, n. 60 (vol. I), pp. 270-305.

de la Administración autonómica en relación con la aplicación del Decreto-Ley 1/2012 del Gobierno Valenciano, de medidas extraordinarias de reducción del déficit público, que dispuso para tal colectivo de funcionarios una jornada reducida de 25 horas semanales, con una rebaja proporcionada de sus retribuciones.

Los afectados consideraron los actos administrativos de aplicación de estas medidas contrarios al principio de igualdad por suponer una discriminación respecto de los funcionarios de carrera, y además por contravenir la Directiva 1999/70/CE¹⁷, lo que hubiera comportado la inaplicación del citado Decreto-Ley 1/2012 en virtud del principio de primacía y aplicación directa de la referida Directiva comunitaria, cuya fecha de transposición al derecho interno era el 10 de junio de 2001, motivo por el cual habría desplegado su eficacia directa vertical.

La sentencia concluye que la prescripción del Decreto-Ley 1/2012 respecto de los interinos supone un tratamiento discriminatorio desde el momento en que para reducir el actual nivel déficit público de la Generalitat se les impone una reducción de jornada y correlativa disminución retributiva, sin que conste la adopción de una medida de similar naturaleza y objeto respecto de los funcionarios de carrera¹⁸.

Así, se dispone la aplicación directa de las previsiones de la mentada Directiva¹⁹. Téngase en cuenta que conforme al criterio del Tribunal Supremo, *“cuando no es posible proceder a una interpretación y aplicación de la normativa nacional conforme con las exigencias del derecho de la Unión, los órganos jurisdiccionales nacionales y los órganos de las Administración están obligados a aplicarlo íntegramente y a tutelar los derechos que éste concede a los particulares, así como a abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición contraria del derecho interno”*.

¹⁷ El objeto de la Directiva es la aprobación de un Acuerdo marco que garantice la igualdad de trato de trabajadores con contrato temporal, protegiéndolos contra la discriminación. Su cláusula cuarta prescribe que *“...no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”*.

¹⁸ La Sentencia del TSJ que comentamos fue objeto de un incidente de nulidad de actuaciones -que fue desestimado por Auto de 14 de octubre de 2014- y de un recurso de amparo, pendiente de ser resuelto por el Tribunal Constitucional.

¹⁹ La Sentencia contó con un voto particular del Magistrado Miguel Soler Margarit que estimó, aparte otras razones, que *“la aplicación de la cláusula cuatro de la Directiva no es tan nítida en este caso por la concurrencia de razones objetivas justificativas del trato diferente del personal interino, teniendo en cuenta que el régimen estatutario del personal funcionario de carrera y laboral fijo no permite aplicar análoga reducción”*. Y además, porque en su opinión, *“la aplicación directa de la Directiva exigía, de considerar la existencia de un tratamiento discriminatorio, a plantear la cuestión de inconstitucionalidad del art. 3.1 del Decreto-Ley, por posible vulneración de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución...”*.

Este asunto atrajo mi interés por dos razones. En primer lugar, porque estamos ante un Decreto-Ley, una norma, por tanto, con rango de Ley, cuyo enjuiciamiento le está vedado a la jurisdicción contencioso-administrativa porque corresponde, en exclusiva, al Tribunal Constitucional. Así se desprende de lo que dispone la propia Ley jurisdiccional administrativa y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Es sabido que los jueces y tribunales están obligados a aplicar las leyes vigentes postconstitucionales. Y es que las preconstitucionales que consideren contrarias a la Constitución pueden inaplicarlas por considerarlas abrogadas por inconstitucionalidad sobrevinida de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula derogatoria genérica de la propia Constitución. No hace falta hacer referencia a las normas de rango reglamentario sobre las que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativo tienen competencia para inaplicarlas y declararlas nulas por contradicción con el ordenamiento jurídico superior.

Y volviendo a las leyes postconstitucionales, el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución ha advertido que el constituyente quiso sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución, porque la depuración del ordenamiento jurídico legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al TC, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes, y de las normas con rango de ley (STC 17/1981, 311/2006 y 187/2012, entre otras muchas), y ello mediante el planteamiento ante el TC, por parte del juez que tiene que aplicar la norma legal, de una cuestión de inconstitucionalidad siempre y cuando albergue dudas razonables acerca de la validez constitucional de la norma que debe aplicar para resolver el asunto que tiene sometido a su conocimiento, y o haga de forma razonada señalando el particular normativo dudosamente constitucional y el artículo de la Constitución posiblemente contradicho.

Por ello, en el caso que ha centrado mi interés, lo primero que uno se plantea, habida cuenta que estamos ante unos actos administrativos que aplican lo dispuesto en un Decreto-Ley - y no se puede impugnar una ley indirectamente mediante la impugnación de los actos administrativos de aplicación- es que el Tribunal, en principio y por lo expuesto, debía aplicar tal Decreto-Ley o elevar cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, como, por cierto, defendió el magistrado discrepante del criterio mayoritario que formuló un voto

particular al respecto²⁰.

Pero claro, en casos como éste quizás no encontraríamos precepto constitucional alguno violado o contradicho por el Decreto-Ley, lo que impediría el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Además, en este caso, lo que se está ventilando es otro problema: el de la primacía del derecho comunitario sobre el nacional, problema en torno al cual he podido constatar que el criterio del Tribunal Constitucional ha sido zigzagueante, o si se prefiere, evolutivo, pero no firme ni indiscutido, a lo largo del tiempo.

Y ésta es la razón que, en segundo lugar, centró mi atención: qué hacer en caso de constatar la contradicción entre una Ley -o norma con rango de ley- con lo dispuesto en una norma de derecho comunitario, específicamente, con una Directiva comunitaria.

El TJUE en Sentencia de 26 de febrero de 2013 (que recuerda las de 17 diciembre de 1970 y 8 septiembre de 2010) señaló que “...*la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del derecho comunitario en el territorio de ese Estado...*”

Y ello nos lleva indefectiblemente a la cuestión prejudicial prevista hoy en el art. 267 del TFUE, pues el Tribunal Constitucional, en su STC 58/2004 expresó que la decisión de inaplicar derecho interno,-en este caso, constituido por una Ley del Parlamento de Cataluña-, por su supuesta contradicción con el derecho comunitario sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial, adoptada por un órgano judicial cuya resolución no es susceptible de ulterior recurso ordinario²¹ supone desconocer las garantías que integran el contenido del proceso debido.

Y es que, conforme a las disposiciones del Tratado, cuando un Juez nacional tenga dudas sobre la interpretación del derecho comunitario, podrá pedir al TJUE que se pronuncie sobre la misma, y deberá pedir tal pronunciamiento cuando la decisión a adoptar por el Juez nacional no se susceptible de ulterior recurso judicial de derecho interno. Y el TJUE está también obligado a pronunciarse (STUE 10 de septiembre de 2009).

²⁰ Ante reclamaciones similares de funcionarios interinos, varios Juzgados de lo contencioso-administrativo de la ciudad de Valencia suspendieron el procedimiento sabedores de que pendía ante el Tribunal Constitucional recurso de inconstitucionalidad formulado por más de cincuenta parlamentarios socialistas contra el Decreto-Ley autonómico 1/2012, hasta tanto se resolviera el meritado recurso de inconstitucionalidad.

²¹ Ello tiene por objetivo principal impedir que se consolide en un Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas de derecho comunitario (SSTCE 24 mayo 1977, 4 noviembre 1997) Vid. más ampliamente en Ayala Muñoz, J. M^a, “Reflexiones sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial en el recurso de casación contencioso-administrativo. En especial, el caso de las directivas comunitarias” Diario *La Ley*, nº 6801, de 17 de octubre de 2007.

Sin embargo, esta obligación de plantear la cuestión prejudicial desaparece, aun tratándose de órganos judiciales cuyas decisiones no sean susceptibles de recursos internos:

-cuando la cuestión a plantear sea materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de decisión prejudicial en caso análogo²² (doctrina del acto aclarado).

-cuando la correcta aplicación del derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada²³ (doctrina del acto claro).

-cuando no guarde una relación imprescindible para la resolución del asunto²⁴.

El Tribunal Supremo se ha hecho eco de esta jurisprudencia como muestra su STS 4 de abril de 2005. Pero como he señalado, el Tribunal Constitucional no ha coincidido siempre con este criterio, -singularmente, con el de la doctrina del acto claro-, como lo demuestra la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2004 a la que antes me he referido, y la posterior 194/2006, que, como se ha visto, entienden que no puede dejarse inaplicada una ley nacional sin proceder al previo planteamiento de la cuestión prejudicial²⁵. Pero el TC ha rectificado y clarificado su doctrina al respecto, como lo pone de manifiesto en sus Sentencias del Tribunal Constitucional 78/2010 y 145/2012 y en el ATC 86/2011.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2012 señala el Tribunal Constitucional que el principio de primacía del derecho comunitario permite un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del derecho interno con el derecho comunitario, facultad que, por cierto, se extiende también a las Administraciones Públicas.

En definitiva, y en virtud de la doctrina del acto aclarado o del acto claro, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana pudo, como hizo, estimar el recurso de los funcionarios interinos contra los actos de aplicación del Decreto-Ley 1/2012 de la Generalitat Valenciana, pero adoleció, a mi juicio, de un requisito esencial para aplicar tal doctrina, cual la de explicitar y justificar, bien que la cuestión prejudicial que pudo plantear resultaba improcedente porque era materialmente idéntica a otra que hubiera sido objeto de decisión prejudicial en caso análogo, bien que la Directiva 1999/70/CE podía ser

²² SSTJCE 27 marzo 1963 y 19 noviembre de 1991

²³ STJCE de 6 de octubre de 1982

²⁴ Idem.

²⁵ Al decir de Nicolás Martín Alonso, el TC asemejó los regímenes de la cuestión prejudicial y de la cuestión de inconstitucionalidad, siendo distintos. Vid. en "Contradicción entre los ordenamientos nacional y comunitario. El papel del juez nacional y la cuestión prejudicial", en <http://noticias.juridica.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/731>.

directamente aplicable con tal evidencia que no dejara lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada.

b). Los *sexenios* de los funcionarios interinos.

Otro caso resuelto al amparo de la citada Directiva 1999/70/CE es el relativo al derecho de los profesores interinos al cobro de los llamados “sexenios” -valoración de méritos correspondientes a un periodo de seis años- reconocidos a los que tienen la condición de funcionario de carrera.

El recurrente, profesor interino desde 1991, solicitó a finales de 2009 a la Comunidad de Madrid el reconocimiento de los complementos específicos de formación permanente del profesorado. Dichos complementos -que, como he indicado, se conocen popularmente como “sexenios”- están regulados por un acuerdo del Consejo de Ministros de 1991 en el que se especifica que están reservados para los “funcionarios de carrera”. El demandante de amparo invocó en su recurso la aplicación de la Directiva 1999/70/CE que, como se ha visto, prohíbe discriminar a los trabajadores interinos frente a los trabajadores fijos si no hay razones objetivas, diferentes a la duración del contrato, que lo justifiquen.

Igualmente alegó que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenía dicho que la normativa española es contraria a la europea en este aspecto. Un Juzgado de lo Contencioso Administrativo le dio la razón en primera instancia, pero la sentencia fue posteriormente revocada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia que fue anulada por la del Tribunal Constitucional, de 5-XI-2015, que estimó el recurso de amparo presentado por entender que vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

El Tribunal Constitucional explica que, si bien las normas del Derecho de la Unión Europea no tienen “rango y fuerza constitucionales”, el Tribunal Constitucional tiene el deber de valorar los actos de los poderes públicos sometidos a su enjuiciamiento, tanto cuando dichos actos aplican las normas de la UE como cuando se plantea que son contrarios a las mismas. Y, desde la perspectiva más concreta del derecho a la tutela judicial efectiva (art.24.1 CE), en su vertiente de derecho a un proceso con todas las garantías, el Tribunal debe velar por que los jueces y tribunales resuelvan “conforme al sistema de fuentes establecido”.

Entre esas “fuentes” está el derecho comunitario y es al Tribunal Constitucional a quien corresponde, como el propio Tribunal ha tenido ya ocasión de afirmar, “velar por el respeto del principio de primacía del derecho de la Unión” cuando, como ocurre en este caso, “exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. “El desconocimiento y preterición de esa norma de derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva”.

En este caso, el Tribunal Constitucional pone de relieve dos concretas circunstancias: 1) Antes de la deliberación que daría lugar a la sentencia del TSJM recurrida en amparo, el TJUE se había pronunciado en varias ocasiones, al resolver cuestiones prejudiciales planteadas por jueces españoles, sobre cuál es “la interpretación correcta del principio de no discriminación” contenido en la directiva 1999/70/CE. 2) Dicha jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia era conocida por el TSJM, “formaba parte del debate” porque el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo se basaba en la sentencia “Cerro Alonso” (de 2007) y porque el recurrente, nada más conocerlo, aportó el auto “Lorenzo Martínez” (de 2012), referido a un caso idéntico al suyo.

Pese a ello, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid “se limita a remitirse a un pronunciamiento anterior” de una de sus Secciones y a no considerar discriminatoria la denegación de los sexenios “por la singularidad de los funcionarios interinos respecto a los de carrera”, argumento que ya había sido rechazado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo como “razón objetiva” válida para justificar el “trato diferente” permitido por la Directiva 1999/70/CE.

“La Sala -afirma el Tribunal Constitucional en su sentencia- dejó de razonar sobre un alegato sustancial de la parte apelada (...)” y, al no hacerlo, añade, resolvió el recurso de apelación “con una selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso, en la medida en que prescindió por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación de la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, vulnerando con ello el principio de primacía del derecho de la Unión Europea”.

El mencionado “principio de primacía” del derecho de la Unión obligaba, señala el TC, a aplicar la Directiva tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la

Unión Europea “con preferencia sobre el derecho interno incompatible”. En este caso, además, la aplicación directa de la norma europea no precisaba “de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que se trataba de un acto “aclarado” por el propio Tribunal al resolver con anterioridad una cuestión prejudicial “materialmente idéntica” planteada en un “asunto análogo”. Por consiguiente, concluye el Pleno, “la inaplicación de la citada Directiva por la resolución judicial objeto de amparo, sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial, infringió el citado principio de primacía; incurrió, por ello, en una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso; y consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente”.

Por ello, el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo y acordó, como se ha dicho, anular la sentencia recurrida y retrotraer las actuaciones hasta el momento que permita al TSJM dictar otra resolución “respetuosa con el derecho fundamental vulnerado”. Otro caso en el mismo sentido es el que contempla la sentencia 77/2016, de 21 de marzo del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 5 de Valencia, que resolvió la impugnación de un funcionario docente interino de la Generalitat Valenciana, de la resolución por la que se le denegó el reconocimiento de sexenios en los mismos términos que los funcionarios de carrera, invocando para ello, la ya citada Directiva. 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada. La Administración invocó en su defensa la Disposición Final 28ª de la Ley 6/2013, de Presupuestos de la Generalitat, que reservaba el reconocimiento de sexenios a los funcionarios de carrera. Pero como ya hemos visto, la Directiva de aplicación prohíbe cualquier discriminación entre el personal de duración determinada (interinos) y el personal fijo (funcionarios de carrera) que no se fundamente en causas objetivas. El Juzgado estimó el recurso del docente interino al considerar que la Directiva de aplicación no había sido correctamente traspuesta y que su efecto directo, por su claridad, comportaba su aplicación directa por la prevalencia del derecho europeo sobre el nacional.

c). La carrera profesional de los funcionarios interinos.

El Juzgado de lo Contencioso nº 2 de Alicante falló en mayo de 2015 a favor del sindicato CCOO-PV su recurso tendente al reconocimiento del derecho a ingresar en el sistema de

Carrera Profesional al personal interino de larga duración de la Consejería de Sanidad en los mismos términos y condiciones que el personal fijo. La sentencia argumenta que "no hay razones objetivas que justifiquen la diferencia de trato que existe en materia de inclusión en el sistema de Carrera Profesional entre el personal fijo y el personal temporal", y se basó en la Directiva 199/70/CE sobre la no discriminación de los trabajadores temporales y en la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2014, que analiza estas cuestiones con relación a la Carrera Profesional del Servicio de Salud Castilla y León. Al respecto, el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de marzo de 2017 desestimó el recurso interpuesto por la Generalitat Valenciana contra la resolución de 21 de diciembre de 2015 del TSJCV que estimó parcialmente el recurso presentado por la asociación de interinos IGEVA UGT contra el Decreto del Gobierno Valenciano que reguló la carrera profesional de los empleados públicos.

En su sentencia, la sección segunda de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana había declarado la nulidad de los artículos 1, 3, 5, 7 y 18 del Decreto 186/14 del Gobierno valenciano sobre el sistema de carrera profesional horizontal y la evaluación del desempeño del personal funcionario de carrera de la Administración de la Generalitat Valenciana.

La Sala había dejado sin efecto, igualmente, las disposiciones adicionales primera y segunda y la transitoria de dicho Decreto porque excluía a los funcionarios interinos con más de cinco años de antigüedad de la posible percepción del complemento retributivo de carrera profesional. La sentencia, basada en el derecho europeo, equiparó a funcionarios de carrera y a interinos únicamente a efectos retributivos.

d). La indemnización por cese de los interinos.

Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo social de 20 de julio de 2016, resolvió que los funcionarios interinos de las Comunidades autónomas tienen derecho a indemnización por cese de su relación laboral, casando, de este modo, la del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 4 de noviembre de 2014. Y como no podía ser de otro modo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 octubre de 2016, resolvió en el mismo sentido, que una funcionaria interina del Ministerio de Defensa tenía derecho a indemnización a la finalización de su contrato (por haberse

incorporado a la plaza el trabajador a quien sustituía), al ser directamente aplicable la Directiva 1999/70. Hay que advertir que previamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 14 de septiembre de 2015, había resuelto la cuestión prejudicial planteada en relación a la indemnización por finalización de contrato temporal.

e). El caso del límite de edad para acceder a la condición de auxiliar o agente de la policía local.

Otro caso de interés sobre el tema que estamos tratando en relación con la primacía del derecho comunitario está relacionado con los límites de edad -máximo y mínimo- que algunas normas, con rango de ley, establecen para el acceso a la función pública, y específicamente, a la condición de auxiliar o agente de la policía local. Sobre esta cuestión el Consejo Jurídico Consultivo -órgano equivalente al Consejo de Estado en la Comunidad Valenciana- emitió un dictamen al evacuar la consulta preceptiva que un Ayuntamiento le dirigió en un expediente de revisión de oficio de actos nulos instado a petición de parte²⁶. Estimaba la peticionaria de la declaración de nulidad que un determinado individuo no debió ser nombrado funcionario interino de determinado Ayuntamiento en 2007 por carecer de los requisitos necesarios para ello (no contaba con el título de Bachiller superior o equivalente), ni tampoco como funcionario de carrera en 2009, pues en aquella fecha contaba con más de 30 años de edad, -lo que contravenía la normativa de aplicación-, salvo que acreditara servicios previos prestados, que fueron los que desarrolló como funcionario interino.

Sin necesidad de entrar a considerar la regularidad del nombramiento como funcionario interino, el Consejo Jurídico Consultivo se centró en el análisis del requisito de no contar con más de 30 años de edad para acceder a la condición de policía local, establecida en el artículo 4,a) del Decreto 88/2001, de 24 de abril, del Gobierno Valenciano, por el que se establecen las bases y criterios generales uniformes para la selección, promoción y movilidad de todas las escalas y categorías de los policías locales de la Comunidad Valenciana. Dicho artículo establece como requisito para el acceso por turno libre a las categorías de Agente y Auxiliar “Tener cumplidos dieciocho años, sin exceder de la edad de treinta años [...]”.

²⁶ Dictamen 146/2015.

El requisito de la edad para el acceso a la función pública ha sido objeto de atención por los Tribunales Constitucional y Supremo, y también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que han examinado su procedencia y su posible entidad discriminatoria en relación con el derecho a la igualdad reconocido tanto en la Constitución Española como en la Carta Europea de Derechos Fundamentales²⁷.

Para el Tribunal Supremo la edad, pese a no figurar en el artículo 14 CE como causa en la que fundamentar diferencia de trato, es una circunstancia personal que ha de sumarse a las allí contempladas. En apoyo de su criterio invoca el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, que reproduce la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, cuyo artículo 21, intitulado “no discriminación” dispone que:

“1.- Se prohíbe toda discriminación, y en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.”

Es, por tanto, en la Carta Europea, que forma parte del ordenamiento jurídico interno, donde se contempla la edad como parámetro para determinar la existencia o no de conducta discriminatoria. De ahí que el Supremo Tribunal considere que solamente criterios que descansen en concretos intereses públicos podrán considerarse válidos para introducir excepciones²⁸.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha expresado su criterio en sentencia de su Sala Segunda, de 13 de noviembre de 2014, que tiene por objeto una

²⁷ Pueden consultarse al respecto las SSTC 75/1983, 37/2004, 200/2001, 59/2008 y 29/2012 y las SSTS de 31.1 y 28.6 de 2006, y 21.3.2011.

²⁸ En tal sentido, la STS 2187/2011, de 21 de marzo de 2011, donde se aprecia que no ha lugar a límite de edad en una convocatoria de plaza de Inspector del Cuerpo Nacional de Policía, coincidiendo que con posterioridad al referido pronunciamiento, se elimina el requisito en la escala básica del citado Cuerpo; y la STS 575/2014, de 3 de febrero de 2014 donde se falla que no ha lugar a recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra sentencia del TSJ de Andalucía recaída en recurso de apelación contra sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Sevilla que anuló el requisito de edad máximo de 35 años para el acceso al Cuerpo de Policía Local de dicha comunidad autónoma.

En otras ocasiones el TS ha considerado procedente el límite de edad para ingresar en determinados puestos públicos. Como muestra, la STS 5 de abril de 2017, confirma la resolución por la que se convocaron pruebas selectivas para el ingreso en los centros docentes de formación para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, y en la que se imponía el requisito de no haber cumplido ni cumplir treinta años dentro del mismo año de la convocatoria.

cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Oviedo, en relación con la interpretación de los artículos 2, apartado 2; 4, apartado 1; y 6, apartado 1 letra c), de 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, y del artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Considera el Tribunal europeo que la prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo. No obstante ello, en determinadas circunstancias justificadas se pueden establecer diferencias de trato por razones de edad, tal y como establece la mentada Directiva 2000/78/CE

Por ello considera el Tribunal que la Ley del Principado de Asturias, 2/2007 de 23 de Marzo, de Coordinación de los Policías Locales, que establece como requisito general para el ingreso en los Cuerpos de Policía Local “tener la edad mínima de 18 años y no sobrepasar los 30 años” afecta a las condiciones de contratación de dichos trabajadores. Y por los extensos razonamientos que expone, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea llega a la conclusión de que la Ley del Principado de Asturias 2/2007, al fijar dicho límite de edad, impuso un requisito desproporcionado, pues aunque como se ha indicado, en algunos supuestos justificados pueden explicarse límites de edad, en el caso español tal límite fue suprimido a nivel estatal para el acceso a la función de agente de Policía Nacional, y es evidente la disparidad existente en la regulación sobre agentes de Policía Local en la normativa de las diferentes Comunidades autónomas.

Por consiguiente, el Tribunal europeo concluye afirmando que la diferencia de trato resultante de una disposición como la asturiana indicada no puede estar justificada con arreglo a la Directiva 2000/78/CE, debiendo interpretarse ésta en el sentido de que se opone a la normativa nacional como la controvertida.

Todo lo expuesto condujo al Consejo Jurídico Consultivo a considerar que el límite de 30 años para el acceso a la condición de Policía Local establecido en la Bases de la Convocatoria y en el Decreto del Gobierno Valenciano 88/2001, resultaba ilegítimo por discriminatorio y era contrario a la Directiva 2000/78/CE, cuya aplicación había de prevalecer sobre la norma española que pueda contrariarla, como es el caso del citado Decreto autonómico o de una norma con rango de ley que pudiera establecer tal requisito.

Y por ello, no estimó procedente la declaración de nulidad de las resoluciones municipales de nombramiento como funcionario interino (en 2007) y como funcionario de carrera (en 2009) sobre la base del límite de edad alegado por la peticionaria de la revisión.

En ocasión más reciente, el TJUE (sentencia de 15 de noviembre de 2016) consideró que la normativa comunitaria que protege la igualdad de trato en la ocupación no se opone a que se establezca un límite de edad para los candidatos a agente de policía que han de asumir funciones operativas o ejecutivas. Resolvía el Alto Tribunal europeo una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en proceso derivado de impugnación de un aspirante a Ertzaintza que fue excluido del proceso selectivo por el contrario con más de 35 años.

Para el TJUE la directiva sobre igualdad de trato no se opone al límite de edad que pueda fijarse en determinados casos, pues no tiene carácter discriminatorio cuando una característica vinculada a la edad, como la posesión de capacidades físicas específicas, constituya un requisito profesional esencial y determinante. En tal sentido el TJUE apuntó que las funciones relativas a la protección de las personas y bienes, la detención y custodia de los autores de hechos delictivos y las patrullas preventivas pueden requerir el empleo de la fuerza física, y que los fallos físicos pueden tener consecuencias graves para los agentes y para el orden público.

Por ello, concluye la sentencia, el hecho de poseer unas condiciones físicas específicas para poder cumplir las misiones esenciales de la Ertzaintza puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante para el ejercicio de dicha profesión.

En sentencia más reciente -5 de julio de 2017- el TJUE considera, sin embargo, válida, la edad límite de 65 años para poder pilotar aviones de líneas comerciales. Según el Tribunal de Justicia, es cierto que el límite de edad controvertido establece una diferencia de trato por razón de edad. No obstante, esta diferencia de trato está justificada por el objetivo de garantizar la seguridad de la aviación civil en Europa, pues las capacidades físicas necesarias para ejercer la profesión de piloto disminuyen con la edad. Y el límite de edad controvertido permite excluir que la disminución de las capacidades físicas después de los 65 años sea la causa de accidentes, sin que ello vulnere el principio de proporcionalidad.

3. Consecuencias del incumplimiento del derecho europeo.

Pero el sistema de relaciones entre los ordenamientos europeo y nacional no acaba con la aplicación preferente de aquel sobre éste. En el supuesto de que internamente no se reconozca la primacía del derecho comunitario sobre el interno, puede surgir la responsabilidad del Estado²⁹ consecuencia del incumplimiento del derecho de la Unión Europea, que se ha identificado como una modalidad de la llamada responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, reconocida por primera vez, aun de forma somera, en el art. 139.3 de la antigua Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y ahora, de forma más detallada, en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuyo artículo 32.3 dispone que “...*los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen*”.

Y añade que la responsabilidad del Estado legislador podrá surgir cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Además, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

Esta suerte de responsabilidad nace, por tanto, cuando un Estado miembro vulnera el derecho de la Unión en aquellos casos en los que incurre en un incumplimiento de sus

²⁹ Sobre el tema, vid. V. Garrido Mayol, *La responsabilidad patrimonial del Estado. Especial referencia a la responsabilidad del estado legislador*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1993.

obligaciones de transposición de las directivas europeas, infringe normativa europea con efecto directo, o cuando en el ejercicio de sus competencias comete una transgresión del derecho primario de la UE consagrado en los Tratados.

El detonante más explícito del nacimiento de responsabilidad del Estado se produce cuando el TJUE declara la existencia de tal vulneración del derecho comunitario a través, bien sea, del recurso por incumplimiento usualmente instado por la Comisión al amparo de las previsiones de los arts. 258 y 259 de TFUE, bien, a partir del planteamiento de una cuestión prejudicial interpretativa por parte de un órgano jurisdiccional nacional ante el TJUE al albur de lo indicado en el art. 267 del TFUE, de la que resulte la incompatibilidad de una norma nacional con el derecho de la UE.

En enero de 2018 la Comisión Europea daba un ultimátum al Gobierno español para que en el plazo de dos meses corrigiera legislación que dificulta la reclamación de indemnizaciones al Estado por infracciones del derecho de la Unión Europea, bajo apercibimiento de llevar el caso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Un simple apunte para concluir: le responsabilidad, en un Estado políticamente descentralizado como el nuestro, debe imputarse al ente público territorial responsable del incumplimiento del derecho europeo, bien sea el Estado, bien una Comunidad autónoma, en función del sistema interno de distribución de competencias.

A tal efecto se dictó el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, en cuyo preámbulo se advierte que *“...de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias, cada Administración es responsable de cumplir internamente con las obligaciones europeas, tal y como ha reiterado ampliamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que conlleva que la Administración General del Estado pueda repercutir a la Administración que corresponda la responsabilidad derivada del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea”*.

Excede de este trabajo entrar a considerar de forma detallada el régimen previsto, pero se ha considerado oportuno dejar constancia, siquiera sea por mera referencia, de la regulación existente.

Abstract: La Unión Europea es una comunidad de derecho cuya esencia principal es la creación de un supraordenamiento jurídico para lo que los propios Estados han limitado sus competencias a favor de esta organización supranacional, ordenamiento jurídico cuyo parámetro de validez y eficacia descansa directamente en los Tratados constitutivos. Rasgo característico del ordenamiento europeo es -respetando la supremacía de las Constituciones- el de su primacía sobre el derecho interno, lo que ha sido defendido desde un primer momento por el TJUE. Ello se manifiesta especialmente en relación con las leyes y las normas con rango de ley, que pueden ser inaplicadas por los tribunales nacionales si contradicen las normas de derecho europeo. Éste, no deroga el derecho nacional, sino que lo desplaza. En el supuesto de que no se reconozca la primacía del derecho comunitario sobre el interno, puede surgir la responsabilidad del Estado consecuencia del incumplimiento del derecho de la Unión Europea.

Abstract: The European Union is a community of law based on the ‘rule of law’ principle, whose main essence is the creation of a supranational legal system for which the Member States themselves have limited some of their own powers in favour of this supranational organisation - a legal order whose parameters of validity and efficacy are directly based on the founding Treaties. A characteristic feature of the European order is its primacy over Member State’s domestic law while respecting the supremacy of the Constitutions - which has been defended from the outset by the Court of Justice of the European Union (CJEU). This is particularly evident when it comes to laws and regulations with the status of law that can be overruled by national courts if they contradict the rules of European law. EU law does not revoke national law, but rather displaces it. Whether the primacy of Community law over national law is not recognised, State’s liability may arise as a result of a breach of European Union law.

Palabras clave: derecho europeo – supremacía de la Constitución – primacía del derecho europeo – aplicación directa – responsabilidad por incumplimiento.

Key words: European law – Constitution’s supremacy – primacy of European law – direct implementation – liability for breach.