

# DE JUSTICIAS JUSTAS Y ABOGADOS DE LA UNIÓN: PROBLEMAS DE LA FUSIÓN DE LA APLICACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA DEL DERECHO A LA COMPETENCIA

Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2012,  
asunto Otis, C-199/11

MIGUEL SAMPOL PUCURULL

Abogado del Estado

Revista Española de Derecho Europeo 48  
Octubre – Diciembre 2013  
Págs. 103 - 124

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES. A. *La primera cuestión prejudicial: los abogados de la Unión. B. La segunda cuestión: la justicia debe ser justa.* III. APRECIACIÓN DEL ABOGADO GENERAL Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA. A. *Las conclusiones del Abogado General. B. La sentencia del Tribunal de Justicia.* IV. VALORACIÓN Y ALGUNAS CUESTIONES SUSCITADAS POR EL CASO. A. *La representación de la Unión en juicio. B. Reiteración de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la aplicación privada del derecho a la competencia. Un nuevo enfoque. Lecciones para las administraciones públicas españolas. C. La vinculación de los jueces nacionales por las decisiones en materia de competencia. D. ¿El derecho a un proceso justo o aparentemente justo?. E. El acceso a los expedientes de competencia e igualdad de armas.* V. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** La sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2012 es un hito relevante que al unir aspectos del Derecho público y del Derecho privado a la competencia plantea diversas cuestiones institucionales y políticas para los poderes públicos. Desde que en febrero de 2007, la Comisión Europea impuso la mayor multa hasta la fecha por un acuerdo anticompetitivo celebrado entre las principales compañías dedicadas a la instalación y mantenimiento de as-

**ABSTRACT:** The 6th of November 2012, the Court of Justice held a judgment which might be considered a relevant milestone tackling questions relating to the public and the private enforcement of EU competition law and policy choices. The European Commission adopted in February 2007 the highest fine ever imposed for an antitrust agreement affecting the leading companies in the installation and maintenance of elevators. Different actions were filed after

censores se han sucedido diversas acciones judiciales. Entre ellas, la Unión Europea decidió reclamar el perjuicio ocasionado a las instituciones por esos acuerdos y presentó su demanda ante los tribunales belgas. El *Rechtbank von koophandel de Bruselas* (tribunal mercantil de Bruselas) planteó una cuestión prejudicial no estrictamente sobre la aplicación de las normas de competencia, sino sobre dos cuestiones institucionales: el alcance de la representación de la Comisión Europea en nombre de todas las instituciones y si el papel de la Comisión como juez en el ámbito sancionador y parte en la reclamación de daños y perjuicios afectaba al derecho a un proceso equitativo y con ello al derecho a la tutela judicial efectiva. Igualmente, la sentencia invita a la reflexión sobre diversas cuestiones que son objeto de debate en el ámbito institucional, como la representación de la UE en los tribunales, o de normas recientemente aprobadas sobre las ayudas de Estado o propuestas legislativas como la Directiva que pretende armonizar ciertos aspectos de la aplicación privada del Derecho a la competencia.

**PALABRAS CLAVE:** Acuerdo anticompetitivo, instituciones, representación de la Unión Europea en los tribunales, ayudas de estado, derecho a la tutela judicial efectiva, teoría de las apariencias, derecho a un juez imparcial, principio de contradicción, derecho privado de la competencia, derecho público de la competencia, acceso a documentos confidenciales.

Fecha recepción original: 19 septiembre 2013

Fecha aceptación: 5 octubre 2013

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

En febrero de 2007, el colegio de Comisarios, como autoridad de competencia de la Unión Europea, dictó una decisión histórica en el ámbito del control de los acuerdos anticompetitivos, que afectó a los cinco grandes fabricantes e instaladores de ascensores (ThyssenKrupp, Otis, Schindler, Kone, Mitsubishi). La sanción económica se impuso como consecuencia de los acuerdos por los cuáles esas empresas establecían un sistema de fijación de precios y se repartían el mercado en Alemania, Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo<sup>2</sup>. Las sanciones

the decision. Among them, the UE brought an action before the Belgian courts for the damages suffered by the institutions due to the illegal agreements. The *Rechtbank von koophandel from Brussels* (commercial court in Brussels) filed for a preliminary ruling not strictly on the application of competition rules but on two institutional questions: the right of the European Commission to bring an action representing all EU institutions before a national court and the role of the Commission in this procedure. In particular, the national court considered that the principle of *nemo iudex in sua causa* could prevent the European Commission to have "double hat" being a judge as a competition authority and a party in another procedure asking for damages. The judgment raises awareness to some questions that are currently being discussed in the EU institutions, like the EU representation in other courts than national ones, or that affect new legal acts on state aid rules or proposals like the Directive pretending to harmonize some aspects from the private enforcement on EU competition rules.

**KEYWORDS:** Antitrust agreements, equality of arms, institutions, Representation of the EU before courts, State aids, doctrine of appearances, right to a fair trial, right to be heard, competition private enforcement, competition public enforcement, *nemo iudex in sua causa*, access to confidential documents.

1. Las opiniones del presente trabajo se realizan a título exclusivamente personal y sus errores o aciertos son únicamente imputables a su autor. Los datos de este artículo están actualizados a octubre de 2013.
2. Decisión C(2007) 512 final de la Comisión Europea de febrero de 2007, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 [CE] (Asunto COMP/E-1/38.823 – Ascensores y escaleras mecánicas) (*DOUE*, nº C 75, de 2008, p.19).

económicas alcanzaron un total de 992,3 millones de euros, la suma más alta impuesta hasta ese momento. Dado que las cuatro primeras empresas representaban cerca del 75% de la cuota de mercado<sup>3</sup>, no resulta extraño que entre los perjudicados se encontraran las instituciones europeas situadas en Bélgica y Luxemburgo. Como consecuencia de ello, en 2008, la Comunidad Europea inició ante los tribunales belgas una acción de reclamación de daños y perjuicios por un importe superior a los 7 millones de euros. En el proceso, se reclamaban los perjuicios que los acuerdos ilícitos habrían ocasionado a la Unión al haber afectado a los precios de los contratos de instalación, mantenimiento y renovación de los ascensores y escaleras mecánicas de distintos edificios de las instituciones.

Paralelamente, la Decisión de la Comisión fue recurrida ante el Tribunal General. Los recursos se desestimaron por sentencias de 13 de julio de 2011<sup>4</sup>, salvo uno de ellos en el que se rebajó parcialmente la sanción económica impuesta. Si bien las sentencias fueron recurridas en casación, el Tribunal de Justicia ha desestimado todos los recursos<sup>5</sup>.

En el marco del procedimiento judicial en el que la Unión reclamó los daños y perjuicios se suscitaban diversas cuestiones jurídicas, que fueron planteadas ante el Tribunal de Justicia y que serían resueltas por la sentencia de 6 de noviembre de 2012 (asunto C-199/11), objeto del presente comentario. La relevancia del asunto no ha pasado desapercibida en el mundo doctrinal y son diversos los comentarios de los autores especializados. La mayoría de esos estudios centran el análisis en los aspectos que afectan a la aplicación privada de las normas de Derecho de la competencia de la UE<sup>6</sup>. A nuestro juicio, también resaltan otros aspectos, como los relacionados con la representación de la Unión o las lecciones prácticas del asunto. El caso plantea diversas cuestiones relevantes desde un punto de vista institucional: en primer lugar, el papel del derecho a la tutela judicial efectiva en la aplicación privada del Derecho a la competencia,

3. Véase la noticia publicada por Bloomberg, el 21 de marzo de 2007.

4. STG de 13.07.2011, as. *General Technic-Otis y otros/Comisión* (T-141, 142, 145 y 146/07); as. *ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/Comisión* (T-144, 147 a 150 y 154/07); as. *Kone y otros/Comisión* (T-151/07); y, as. *Schindler Holding y otros/Comisión* (T-138/07).

5. Los recursos fueron inadmitidos por auto salvo dos de ellos que ha sido desestimados por STJ de 18.07.2013, as. *Schindler Holding* (C-501/11 P) y por STJ de 24.10.2013, as. *Kone* (C-510/11 P).

6. Pueden consultarse: VALLERY, A., «Otis: Can the Commission be a victim in addition to acting as a police officer a prosecutor and a judge?», *Journal of European Competition Law & Practice*, 26, 2013, pp. 1-5; BOTTA, M., «Commission acting as plaintiff in cases of private enforcement of EU competition law: Otis», *Common Market Law Review*, n° 50, 2013, pp. 1105-1117; CRISTINA TUDOR, E., «Legitimación de la Comisión Europea para ejercitar acciones de daños por ilícitos anticompetitivos», *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, n° 12, 2013; CANAPA, D. y HAGER, P., «Right of the European Union to claim compensation before a national court against the member of a cartel: Case C-199/11, "Europe Gemeenschap v. OTIS NV and Others", Judgement of 6 November, not yet reported», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, n° 1, pp. 113-119; BEUMER, A. E., «Interactie tussen fundamentele rechten en mededinging: het arrest Otis», *Bju Tijdschriften*, marzo 2013, pp. 7-13.

cuestión que no es nueva en este campo<sup>7</sup>, pero que en este asunto se extiende al particular papel de la Comisión, como autoridad de competencia y como representante de la Unión que reclama los daños y perjuicios sufridos; en segundo lugar, el alcance de la protección del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 47 de la Carta de Derechos fundamentales en relación no sólo con el doble papel o sombrero de la Comisión Europea, sino también con la vinculación por parte del juez nacional con respecto a las decisiones de la Comisión.

Finalmente, a nuestro juicio también es importante destacar que la resolución del asunto pone el acento en aspectos de reciente actualidad o que son objeto de discusión. Por ello, la reflexión sobre esta resolución judicial permite apuntar algunos interrogantes para el futuro.

## II. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

El órgano jurisdiccional belga plantea dos preguntas, siendo quizás la segunda de ellas, como indica el Abogado General, la más singular y comparativamente más compleja<sup>8</sup>.

### A. LA PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL: LOS ABOGADOS DE LA UNIÓN

La primera de las cuestiones se refiere al alcance de la representación de la Comisión respecto de la Unión, en relación con el artículo 282 del Tratado de la Comunidad Europea que estaba en vigor al tiempo de ejercitarse la acción de indemnización de daños y perjuicios. La cuestión se subdivide en dos puntos: un primer punto sobre la aplicación del principio *lex generalis speciales derogat*, concretándose en si el artículo 282 TCE<sup>9</sup> permitía ejercitar la acción directamente a la Comisión o si, por el contrario, por aplicación del nuevo artículo 335 TFUE<sup>10</sup> –en la redacción dada por el Tratado de Lisboa– y de las

7. Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el campo del Derecho de la competencia hay numerosos estudios que centran la cuestión desde la perspectiva de la naturaleza de las sanciones o de los derechos de las empresas. Entre los muy diversos trabajos, pueden destacarse: SLATER, D. THOMAS, S. y WAELBROECK, D., «Competititon law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform», *European Competition Journal*, April 2009, pp. 97-143; ANDREANGELI, A., *EU competition enforcement and human rights*, Edward Elgar, 2008; VAN BAELE, I., *Due process in EU competition proceedings*, Wolters Kluwer, 2011.

8. Conclusiones del Abogado General P. CRUZ VILLALÓN, as. *Otis* (C-199/11), presentadas el 26.6.2012, apdo. 3.

9. «La Comunidad gozará en cada uno de los Estados miembros de la más amplia capacidad jurídica que las legislaciones nacionales reconocen a las personas jurídicas; podrá, en particular, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles y comparecer en juicio. A tal fin, estará representada por la Comisión».

10. «La Unión gozará en cada uno de los Estados miembros de la más amplia capacidad jurídica que las legislaciones nacionales reconocen a las personas jurídicas; podrá, en particular, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles y comparecer en juicio. A tal fin, estará representada por la Comisión. No obstante, la Unión estará representada por cada una de las instituciones, en virtud de la autonomía administrativa de éstas, para las cuestiones relacionadas con el funcionamiento de las mismas.»

normas especiales de los artículos 103 y 104 TFUE, la iniciativa correspondía a cada una de las instituciones perjudicadas (Consejo, Comisión, Parlamento, etc. ...); en segundo lugar, si es necesario un mandato de representación de las instituciones a la Comisión para poder ésta defender sus intereses en juicio<sup>11</sup>.

## B. LA SEGUNDA CUESTIÓN: LA JUSTICIA DEBE SER JUSTA

En la segunda cuestión, el órgano judicial pregunta, en lo sustancial, si el artículo 47 de la Carta se opone a que, en nombre de la Unión, la Comisión ejercite ante un órgano jurisdiccional nacional una acción de indemnización del daño irrogado a la Unión, como consecuencia de un acuerdo o una práctica que hayan sido declarados contrarios al artículo 81 TCE [actual art. 101 TFUE] por una decisión de dicha institución.

En particular, el órgano jurisdiccional remitente cuestiona, en primer lugar, si en el marco de una acción de este tipo, el derecho a un proceso equitativo, consagrado en el artículo 47 de la Carta y en el artículo 6 del CEDH, resulta lesionado por el hecho de que, en virtud del artículo 16.1 del Reglamento nº 1/2003<sup>12</sup>, la decisión de la Comisión relativa al procedimiento de aplicación del artículo 101 TFUE sea vinculante para él. Finalmente, el órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide si, en el marco de una acción como la del pleito nacional, en la que el juez se ve vinculado conforme al artículo 16.1 del Reglamento citado, cabe apreciar que la Comisión es juez y parte en su propia causa, contraviniendo así el principio *nemo iudex in sua causa*.

## III. APRECIACIÓN DEL ABOGADO GENERAL Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Es interesante analizar la forma en que el Abogado General y el Tribunal de Justicia resuelven estos asuntos. Aunque en su argumentación difieren ligeramente, llegan a conclusiones sustancialmente similares.

### A. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

En primer lugar, el Abogado General analiza el problema de transitoriedad, ya que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el art. 282 TCE fue sustituido por el art. 335 TFUE, con una nueva redacción. El Abogado General desestima que el art. 335 TFUE sea aplicable al caso, al no existir una norma

11. Apdo. 27 de la sentencia.

12. «Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado [actuales arts. 101 y 102 TFUE] que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones que establece el artículo 234 del Tratado [actual art. 267 TFUE]».

específica en el *Protocolo sobre las disposiciones transitorias*<sup>13</sup>. Por otra parte, considera que no ha lugar a aplicar norma especial alguna bajo el principio *lex generalis speciales derogat*, al entender que las normas presupuestarias se refieren a ámbitos materiales diferentes a las normas de representación. Adicionalmente, argumenta que esta interpretación es la única que da sentido a la nueva redacción introducida por el Tratado de Lisboa en el artículo 335 TFUE. Para ello funda su opinión en la resolución que el Tribunal adoptó en el asunto *Región de Bruselas-Capital (C-137/10)*, en la que se interpretó de forma amplia la manera en que puede apoderarse una institución para ejercitar acciones judiciales en materias que son propias a su funcionamiento administrativo<sup>14</sup>.

Respecto a la cuestión, más complicada, sobre la posible vulneración del derecho a un proceso equitativo, el Abogado General deja claro que la Comisión actúa en el pleito nacional sobre los daños y perjuicios en nombre de la UE y no en nombre propio. Además, recuerda que todas las organizaciones político-administrativas reconocen el derecho a defender sus propios derechos e intereses legítimos en sede jurisdiccional. En el caso concreto, además, esa intervención se hace en la condición de particular que ha sufrido un daño y que actúa en el marco de lo que viene llamándose la aplicación privada del Derecho de la competencia<sup>15</sup>.

Al Abogado General no le parece que la cuestión relevante sea la posición de la Comisión como supuesto juez y parte. A su juicio, el auténtico problema jurídico reside en el alcance de la potestad jurisdiccional del órgano judicial que debe conocer del asunto y, por tanto, en la propia condición de ese órgano para poder resolver el asunto con plena jurisdicción. En este enfoque, se separa de la resolución del Tribunal de Justicia, que aborda el asunto desde la perspectiva del derecho al acceso a un tribunal. En otras palabras, para el Abogado General lo que estaría en juego es la imparcialidad del juez y del proceso. Las conclusiones se centran, por ello, en explicar la relación de las funciones que corresponden a las jurisdicciones nacionales y a la jurisdicción de la Unión y la manera en que el juez nacional se ve vinculado por la decisión de la Comisión en materia de competencia y cómo, aun estando obligado a su cumplimiento, puede cuestionarse la validez de esas decisiones mediante el recurso de anulación (art. 263 TFUE) o la cuestión prejudicial de validez (art. 267 TFUE). Para el Abogado General, la revisión por la jurisdicción europea de las decisiones de la Comisión en esta materia es completa y garantiza una tutela judicial plena. Aunque la jurisprudencia de Luxemburgo haya reconocido un margen de apre-

---

13. Conclusiones del Abogado General P. CRUZ VILLALÓN, as. *Otis* (C-199/11), presentadas el 26.6.2012, apdos. 18-22.

14. Conclusiones del Abogado General P. CRUZ VILLALÓN, as. *Otis* (C-199/11), presentadas el 26.6.2012, apdo. 21.

15. Puede consultarse al respecto JIMÉNEZ-LAIGLESIA, J. y MASÍA, J., «Examen de cuestiones de naturaleza práctica relativas a la aplicación privada del Derecho a la Competencia en España», *La Ley*, nº 30, 2012, p. 26; o, en el ámbito de las ayudas de Estado, como concepto más novedoso, BRANDTNER, B., BERANGER, T. y LESSENICH, C., «Private State Aid Enforcement», *European State Aid Quarterly*, 1, 2010, pp. 23-32.

ciación técnica a la Comisión, eso no significa que el control jurisdiccional sea un control de mínimos. A ello hay que añadir que la vinculación del juez nacional por la constatación del ilícito, impugnabile por diversas vías, no le impide analizar otras cuestiones, como son: la declaración, la extensión y cuantificación del daño y el nexo causal.

A continuación, el Abogado General examina la cuestión de la igualdad de armas en relación con la posición que a la Comisión le otorga su condición de autoridad de competencia, que le permite acceder a información confidencial para preparar su acción. El Abogado General sostiene que se trata de una cuestión puramente factual y de prueba. Descarta que la posición de la Comisión en relación con el juez sea similar a los casos en los que, por una suma de circunstancias, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que se vulneraba el derecho al juez imparcial<sup>16</sup> o aplicó la doctrina de las apariencias. En el caso, queda acreditado que la información supuestamente confidencial no había sido aportada al órgano jurisdiccional nacional ni existían indicios de su uso ilícito. Por todo ello, el Abogado General concluye que tampoco el artículo 47 de la Carta se opone a que la Comisión pueda interponer una demanda de daños y perjuicios aunque haya tramitado un expediente de infracción cuya decisión haya servido para fundamentar la demanda.

## B. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

La sentencia del Tribunal de Justicia llega a las mismas conclusiones que el Abogado General, pero con un enfoque distinto en cuanto a la segunda cuestión<sup>17</sup>. Al igual que el Abogado General, el Tribunal también concede, si atendemos a la extensión que dedica a cada cuestión, una mayor relevancia a la segunda.

En relación con la primera cuestión prejudicial, el Tribunal prefiere abordar el análisis de la representación por la Comisión y, en segundo lugar, el problema de la transitoriedad que plantea la entrada en vigor del artículo 335 TFUE una vez iniciado el procedimiento judicial nacional. El Tribunal descarta que el artículo 282 TCE y las normas presupuestarias del Tratado (arts. 274 y 279 TCE) así como las normas de desarrollo del Reglamento financiero se refieran al mismo ámbito material. Esta circunstancia permite descartar la aplicación del principio general *lex specialis generalibus derogat*<sup>18</sup>. Por ello, responde con la negativa a la pregunta sobre si la regla general queda derogada por la especial y permite concluir que la Comisión está facultada para representar a la Unión ante el órgano jurisdiccional nacional. La cuestión sobre el derecho transitorio se resuelve por el Tribunal, a falta de una norma transitoria específica, aplicando

16. STEDH de 24.4.2003 as. Yvon c. Francia.

17. En la misma línea, BOTTA, M., «Commission acting as plaintiff in cases of private enforcement of EU competition law: Otis», *Common Market Law Review*, nº 50, 2013, p. 1108.

18. Apdos. 32 y 33.

la norma vigente –art. 282 TCE– al tiempo de incoación del procedimiento nacional<sup>19</sup>.

En la segunda cuestión prejudicial el Tribunal analiza el derecho de cualquier perjudicado a reclamar los daños y perjuicios que le pueda ocasionar un conducta anticompetitiva bajo la perspectiva del denominado Derecho privado de la competencia o *private enforcement*, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con el artículo 101 TFUE. Este derecho asiste igualmente a la Unión Europea siempre que se respeten los derechos fundamentales. El Tribunal reconoce que el órgano jurisdiccional se ve limitado por la obligación que le exige no adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión, pero vuelve a recordar, una vez más, que todo ello deriva de la obligación de cooperación leal y de la existencia de dos jurisdicciones distintas, la de la UE y la nacional, que se relacionan y conocen de cuestiones conexas. El Tribunal analiza entonces el control de legalidad que puede ejercerse sobre la decisión de la Comisión en materia anticompetitiva. En este punto estima que el control de legalidad por parte de la Unión de las decisiones anticompetitivas se ajusta al artículo 47 de la Carta de Derechos fundamentales, ya que ese control otorga al juez de la Unión la facultad de verificar cuestiones de hecho y de Derecho –incluso reconociendo que la Comisión goza de un cierto margen de maniobra en cuestiones económicas complejas–. Es más, ese control permite al juez de la Unión valorar pruebas y anular decisiones y gozar, además, de una competencia jurisdiccional plena sobre el importe de la multa. A ello hay que añadir que el juez nacional tiene plena libertad para analizar si existe daño y nexo causal, de manera que no puede considerarse que la Comisión sea juez y parte en su propia causa en el marco de un litigio como el de la cuestión prejudicial.

Para responder a la posible vulneración de la igualdad de armas por uso de información confidencial, el Tribunal de Justicia analiza si se ha producido un desequilibrio entre las partes. Al igual que el Abogado General, exige algún tipo de prueba o indicio por parte de quien invoca el perjuicio. El Tribunal pone de relieve que la información confidencial no consta que se haya facilitado al órgano jurisdiccional nacional belga, que, a su vez, confirma que sólo dispone de la información incluida en la versión pública de la decisión. Si se une a ello las garantías sobre el secreto profesional de los que intervienen en este tipo de procedimientos, contenidas en el Tratado y en el Reglamento 1/2003, el Tribunal manifiesta que no se vulnera la igualdad de armas.

A resultas de todo lo anterior, el Tribunal concluye que el artículo 47 de la Carta de Derechos fundamentales no se opone a que la Comisión Europea, en nombre de la UE, ejercite una acción de indemnización del daño irrogado como consecuencia de un acuerdo contrario al artículo 101 TFUE.

---

19. Apdo. 35.

#### IV. VALORACIÓN Y ALGUNAS CUESTIONES SUSCITADAS POR EL CASO

##### A. LA REPRESENTACIÓN DE LA UNIÓN EN JUICIO

En primer lugar, la cuestión de la representación procesal de la Unión se resuelve por el Tribunal con cierta facilidad con apoyo en el tenor literal del artículo 282 TCE y al afirmarse que el artículo 335 TFUE no es aplicable al caso por razones temporales. A nuestro juicio, la cuestión pendiente de resolver es cómo operará el artículo 335 TFUE si la Unión quisiera ejercitar una acción de daños y perjuicios similar. Aunque la probabilidad de un nuevo caso *Otis* no sea muy alta, habría que preguntarse por la interpretación del nuevo párrafo introducido por el artículo 335 TFUE. El inciso final de este precepto establece que *"la Unión estará representada por cada una de las instituciones, en virtud de la autonomía administrativa de éstas, para las cuestiones relacionadas con el funcionamiento de las mismas"*. No es claro si el ejercicio de las acciones por daños y perjuicios forma parte de esa autonomía administrativa o si escapa de ese ámbito material. En el asunto *Otis*, el Tribunal no ha dado criterios que permitan resolver la interpretación de ese nuevo inciso. A nuestro juicio, para responder a este interrogante parece útil recordar, como dice el Tribunal de Justicia, que redundaba en interés de una buena administración que *"las Comunidades estuviesen concretamente representadas [...] en las acciones entabladas ante los órganos jurisdiccionales nacionales, por la institución concernida por el acto o acción de que se tratara"*<sup>20</sup>. El Abogado General en el asunto *Región de Bruselas*, antes citado, desarrolló ampliamente por qué era más eficaz asegurar el derecho a comparecer en juicio con la titularidad de una potestad<sup>21</sup>. Si bien, la nueva redacción del artículo 335 TFUE pretende dar carta de naturaleza a una práctica reiterada y pacífica en las instituciones, con el ánimo de facilitar la posibilidad de que la representación directa de la Unión se otorgue a la institución concretamente concernida, lo cual en las controversias judiciales que afecten a contratos administrativos o civiles ciertamente tiene una finalidad clara<sup>22</sup>, en supuestos en los que se vean afectadas varias instituciones, como en el caso de autos, puede resultar más conveniente para los intereses de la Unión que la acción se ejercite por una sola institución en nombre de la Unión. Ello permitiría evitar otros problemas propios del ejercicio de varias acciones, como la contradicción de las demandas que pudieran presentar las instituciones o la división de la causa en diferentes órganos judiciales nacionales, que pudiera dar lugar a resoluciones contradictorias. Por tanto, si en el futuro se presentara un caso parecido, no debe descartarse que, en aplicación del artículo 335 TFUE, tuviera que apoderarse a la Comisión para poder ejercitar una acción única en nombre de todas las instituciones afectadas. En ese caso, no parece que pudiera discutirse

20. STJ de 5.5.2011, as. *Región de Bruselas-Capital* (C-137/10), apdo. 20.

21. Conclusiones del Abogado General P. CRUZ VILLALÓN presentadas el 13.1.2011, as. *Región de Bruselas-Capital* (C-137/10), apdos. 46-49.

22. Ese era el objeto del litigio en el asunto *Región de Bruselas-Capital*, que afectaba a una carga de urbanismo sobre la institución del Consejo de la UE.

el alcance de ese apoderamiento ante el tribunal nacional por parte de las empresas demandadas<sup>23</sup>.

Es verdad que algunos autores han propuesto que para que la Comisión pudiera ejercer la acción en nombre de la Unión sería necesario un cambio de Tratado<sup>24</sup>. Aunque el artículo 335 TFUE ha codificado una práctica existente anteriormente, la literalidad del artículo no parece impedir que las instituciones, cuando hayan de actuar de forma conjunta y coherente, puedan encomendar la representación a una única institución, como podría ser la Comisión<sup>25</sup>.

La discusión sobre la representación en este pleito recuerda otros elementos pendientes de aclaración, que ni la sentencia ni el caso *Otis* resuelven. En el ámbito de la Unión, la cuestión de la representación en juicio, al igual que en los Estados miembros, no es pacífica; lo demuestra el hecho que en el marco de las negociaciones de adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos esté pendiente, entre otros aspectos, decidir quién y cómo debe representar a la Unión, particularmente, cuando se discuta la conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de un acto adoptado por una institución. Es perfectamente legítimo preguntarse quién debe representar a la Unión: si la institución o instituciones que adoptan el acto o la propia Comisión.

De igual modo, el alcance de la representación se suscita en procedimientos internacionales judiciales o arbitrales, en los que la Unión pueda ser llamada, por ejemplo, como *amicus curiae*<sup>26</sup>. En este tipo de procedimientos internacionales, si se solicita la intervención de la Unión, no sólo es clave determinar quién representa a la Unión, sino también cómo se formula el contenido de esas intervenciones. Debe tenerse en cuenta que en determinados casos la posición expresada por la Unión puede tener efecto en las relaciones exteriores de la UE

---

23. Conclusiones del Abogado General P. CRUZ VILLALÓN, as. *Región de Bruselas-Capital* (C-137/10), presentadas el 13.1.2011, apdo. 57.

24. VALLERY, A., «*Otis*: Can the Commission be a victim in addition to acting as a police officer a prosecutor and a judge?», *Journal of European Competition Law & Practice*, 26, 2013.

25. Esta afirmación tendría su apoyo en la STJ de 5.5.2011, as. *Región de Bruselas-Capital* (C-137/10), apdos. 20 y 21.

26. Ese ha sido el caso del asunto *Kiobel*, relativo al ejercicio por parte de ciudadanos nigerianos residentes en EEUU de una acción contra diversas empresas petrolíferas europeas holandesas y británicas reclamando daños y perjuicios por las acciones realizadas en territorio nigeriano por dichas compañías. La acción se fundaba en la *Alien Tort Act*, norma norteamericana adoptada en 1789 que permitía reclamaciones privadas por violaciones de determinadas normas internacionales. En el marco del proceso ante el Tribunal Supremo de los EEUU fue solicitada la opinión de la Unión Europea en relación con la oportunidad de reclamar esos daños por violación del Derecho internacional en una jurisdicción «ajena» a los hechos y a los actores y víctimas de los daños. La Comisión presentó observaciones en condición de representante de la Unión. Para la resolución del caso véase Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 17.4.2013, *Kyobel y otros c. Royal Dutch Petroleum y otros*. Con anterioridad la Unión también actuó como *amicus curiae* en el Tribunal Supremo norteamericano en el asunto *Sosa c. Álvarez-Machain*, Sentencia de 29.6.2004 (542 US 692) y en el asunto *Atkins c. Virginia*, Sentencia del Tribunal Supremo de 20.6.2002 (536 US 304).

con uno o varios Estados terceros, lo que puede afectar a aspectos propios de la PESC. No puede descartarse, incluso, que la presentación de observaciones en esos tribunales pueda ser apreciado por terceros como una acción de la Unión en el ámbito internacional. De acuerdo con el Tratado, el Consejo tiene atribuida la función de definición de políticas y de coordinación (art. 16.1 TUE) y la Comisión asume la representación exterior de la UE, con excepción de la PESC (art. 17.1 TUE). De la literalidad del Tratado, no está claro que la representación exterior que corresponde a la Comisión otorgue igualmente el derecho a fijar el contenido de esas observaciones. Desde un punto de vista literal y material, el artículo 335 TFUE no soluciona quién debe representar a la Unión en estos casos y menos aún la manera en que debe determinarse el contenido de esas actuaciones. El precepto parece que se refiere exclusivamente a órganos judiciales de la Unión y no a órganos jurisdiccionales internacionales u órganos judiciales de terceros Estados. Dada la ausencia de un precepto específico en el Tratado, cabe preguntarse si el artículo 335 TFUE puede ayudar a solucionar esta cuestión. El asunto *Otis* no resuelve la duda ni da criterios al operador jurídico, pero, a nuestro juicio, el hecho que se reconozca la representación exterior no impide la obligación de analizar la competencia sustantiva afectada por la intervención ante la corte de arbitraje o el tribunal internacional o del tercer Estado<sup>27</sup>. Este puede ser un elemento clave al que debe atenderse cuando se susciten cuestiones de representación ante tribunales distintos de los referidos por el artículo 335 TFUE.

#### B. REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO A LA COMPETENCIA. UN NUEVO ENFOQUE. LECCIONES PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ESPAÑOLAS

El caso *Otis* es relevante porque confirma la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia, pero, a la vez, aborda un aspecto novedoso con consecuencias prácticas. Efectivamente, la sentencia del Tribunal de Justicia recoge la mayoría de los pronunciamientos relevantes en esta materia<sup>28</sup>, pero, al mismo tiempo, debe afrontar el problema que surge cuando se "fusionan" la aplicación pública y privada del Derecho a la competencia. La aplicación pública se refiere a la responsabilidad derivada de la ejecución y orientación de la política europea en materia de competencia, que los Tratados atribuyen a la Comisión<sup>29</sup>. La aplicación privada del Derecho de la competencia tiene su origen, si se quiere, en otro caso belga, que permitió al Tribunal de Justicia reconocer el efecto directo de los artículos 101 y 102 TFUE y la posibilidad de poder invocar estos preceptos ante los órganos judiciales nacionales<sup>30</sup>. Con posterioridad, el Tribunal de Justicia iría dando criterios

27. De modo análogo a lo defendido por el Abogado General Y. BOTT en las conclusiones presentadas el 12.9.2013, as. *Comisión c. Consejo* (C-63/12), apdo. 366.

28. En especial, en los apdos. 40-43 y 49-50.

29. STJ, de 28.2.1991, as. *Delimitis* (C-234/89), apdos. 44-45.

30. STJ, de 30.1.1974, as. *BRT SABAM* (127/73), apdos. 15-17 y 20.

orientativos a los órganos jurisdiccionales nacionales acerca del carácter fundamental y de orden público de ambas previsiones<sup>31</sup>, sobre cómo debe aplicarse su efecto directo o apreciar la nulidad de los contratos contrarios a las normas europeas de competencia, elemento previo a poder exigir una indemnización<sup>32</sup>, o sobre la legitimación de cualquier perjudicado por un acuerdo contrario a las normas de competencia a exigir la reparación del perjuicio ocasionado por ese acuerdo o contrato<sup>33</sup>, legitimación que se admite, incluso bajo ciertas circunstancias, cuando se es parte en los contratos ilícitos<sup>34</sup>.

La unión de los aspectos propios del ejercicio de la potestad pública del control de la competencia a los aspectos de la aplicación judicial privada convierten a este asunto en un caso único, ya que difícilmente, podrá darse un caso idéntico en el Derecho interno de los Estados miembros. Aunque no puede descartarse, las autoridades nacionales de competencia difícilmente estarán en posición de poder ejercer una acción de este tipo. Al configurarse como organismos independientes, lo normal es que el perjuicio de estos ilícitos, al menos el más sustantivo, lo sufran las administraciones públicas en los diferentes niveles territoriales (administraciones centrales, regionales o locales), a quienes les correspondería ejercer la acción indemnizatoria. Es precisamente la fusión de los dos aspectos lo que ocasiona las fricciones con los derechos fundamentales que dan origen a la cuestión prejudicial.

Hay que recordar que el asunto *Otis* se enmarca, además, en un área en la que la Comisión ha sido especialmente activa en los últimos años, culminando con la presentación de una propuesta de Directiva sobre las demandas de daños y perjuicios<sup>35</sup>. En los diversos estudios encargados, pese a que todo apunta a que la aplicación privada del Derecho de la competencia debería coadyuvar a mejorar el cumplimiento de esas normas, lo cierto es que en la práctica siguen existiendo obstáculos para su aplicación. Por ello, quizás una de las lecciones importantes que se derivan del asunto *Otis* no sean los aspectos jurídicos, sino la elección política detrás del caso<sup>36</sup>. La sentencia *Otis* demuestra que las autoridades públicas pueden hacer uso de la acción de indemnización en supuestos de actuaciones colusorias. Si en el ámbito empresarial es algo poco corriente por múltiples razones<sup>37</sup>, en el caso de las administraciones públicas nacionales, al menos las españolas, no se conocen casos.

31. STJ de 1.6. 1999, as. *Eco Swiss* (C-126/97), apdos. 36 y 39, sobre el artículo 85 TCE.

32. Así se debió pronunciar en la STJ de 28.2.1991, as. *Delimitis*, C-234/89 (nulidad de un contrato contrario al artículo 85.2 TCE).

33. STJ de 13.7.2006, as. *Manfredi* (C-295 a 298/04).

34. STJ de 20.9.2001, as. *Courage* (C-453/99).

35. Es abundante la documentación recogida en la página electrónica de la DG Competencia sobre esta materia. Puede consultarse en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>

36. En términos parecidos, pueden leerse las conclusiones de BOTTA, M., «Commission acting as plaintiff in cases of private enforcement of EU competition law: *Otis*», *Common Market Law Review*, nº 50, 2013, pp. 1116-1117.

37. Sobre la situación en la Unión acerca del ejercicio de acciones privadas de indemnización de daños y perjuicios existen diversos estudios. Puede consultarse, en primer lugar, el estudio encargado por la Comisión Europea en el marco de las reclamaciones

En el caso español, revisando algunos de los asuntos investigados por la Comisión Nacional de la Competencia (actualmente integrada en la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), no parece difícil identificar algunos ejemplos en los que las administraciones públicas se han visto afectadas o se han podido ver afectadas por acuerdos contrarios a la libre competencia y en los que podría haberse ejercitado una acción indemnizatoria. A título de ejemplo, cabe citar el ámbito de las licitaciones de las carreteras<sup>38</sup>, los concursos públicos de vacunas antigripales<sup>39</sup> o la gestión de residuos sanitarios<sup>40</sup>. Es más, la propia Comisión Nacional de la Competencia, siguiendo las recomendaciones de la OCDE, incluyó en su Guía de la Contratación Pública diversas herramientas e indicadores para identificar casos en los que puede haber habido colusión entre licitadores<sup>41</sup>. Por todo ello, el asunto *Otis* marca un camino que las administraciones públicas españolas podrían aprovechar: la reclamación de los perjuicios causados por conductas anticompetitivas. Cuestión peculiar que excede del presente estudio es la forma de ejercitar esa acción, ya sea en el marco de la responsabilidad contractual o en el marco de la responsabilidad extracontractual<sup>42</sup>.

### C. LA VINCULACIÓN DE LOS JUECES NACIONALES POR LAS DECISIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA

Otro elemento que es oportuno destacar de la sentencia es la vinculación

---

de daños y perjuicios elaborado por Ashurst, «Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules», 31st August 2004, disponible en la página web de la DG Competencia. En 2012, el Parlamento Europeo publicó el estudio BUCCIROSSI, P. CARPAGNANO, M. y otros «Collective Redress in Antitrust», 2012, disponible en la página web del Parlamento Europeo. Finalmente, para una visión global de la práctica europea en esta materia pueden consultarse los estudios y listados de casos elaborados en el marco del proyecto «Comparative private enforcement & Consumer Redress in the EU» (<http://www.clcpecreu.co.uk/>). En los estudios por Estado miembro de este último proyecto se intenta identificar un listado de casos y la evolución jurisprudencial.

38. Resolución de la CNC de 19.10.2011 (EXP. S/0226/10 Licitaciones de carreteras) por el que se sancionaron a 47 empresas y se estimó que el perjuicio al erario público era de más de 14 millones de euros. Las infracciones consistían en acuerdos de reparto de licitaciones y fijación de precios de cara a concursos públicos para la conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas convocados en todo el territorio nacional.
39. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30.9.1998 (EXP. 395/97 Vacunas antigripales)
40. Resolución de la CNC de 18.1.2010 (EXP. S/0014/07 Gestión de residuos sanitarios) que analizó el reparto de concursos para la sanidad pública en varias CCAA desde 1994 hasta 2007 por cuatro empresas de gestión de residuos sanitarios.
41. Guía sobre contratación pública y competencia, 2011, parte 3, «La Colusión entre oferentes a licitaciones», pp. 30 ss.
42. El Tribunal Supremo en uno de los pocos casos en los que se ha pronunciado sobre el ejercicio de una acción de indemnización de daños y perjuicios ejercitada por empresas afectadas por el cartel del azúcar y que mantenían relaciones contractuales con la demandada dijo claramente, al analizar la prescripción de la acción que se trataba de una responsabilidad extracontractual. STS, Sala Primera, de 8.06.2012, nº 344/2012, fundamento de derecho 12º.

de los órganos jurisdiccionales nacionales por los actos de la Unión en materia de competencia, así como el grado o alcance de esa obligación jurídica. La solución del Tribunal y la propuesta por el Abogado General en el asunto *Otis* fundan el carácter vinculante de tales actos en la colaboración leal y en la distribución de potestades entre las jurisdicciones nacionales y la de la Unión<sup>43</sup>. La necesidad de seguir lo establecido por una decisión en materia de Derecho de la competencia en tanto no haya sido anulada vía un recurso de anulación o una cuestión prejudicial de validez es algo que resulta de la misma esencia de la construcción del sistema jurídico de la Unión. Sus bases se remontan al momento mismo en que la Unión se configura en una comunidad jurídica que crea derechos que deben ser protegidos por los tribunales nacionales<sup>44</sup> y la aplicación de esos derechos debe ser homogénea y coherente en todo el ámbito territorial de la comunidad. En el campo del Derecho de la competencia, el Tribunal tuvo muy pronto que resolver este problema y reconoció la supremacía de la norma europea en ese sector señalando que:

"la fuerza vinculante del Tratado y de los actos adoptados para su ejecución no puede variar de un Estado a otro, por efecto de actos internos, sin que se perturbe el funcionamiento del sistema comunitario y se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado" (asunto *Walt Wilhelm*)<sup>45</sup>.

En el caso *Masterfoods*, citado por el Abogado General y la sentencia<sup>46</sup>, el Tribunal concretó ese alcance, pero la esencia de ese razonamiento se encontraba en los primeros pronunciamientos y en la necesidad de garantizar la autonomía y las características propias del Derecho europeo. No parece que el Tribunal pudiera separarse de esta interpretación.

Mayores problemas plantea la cuestión de cuál es el grado de vinculación de la decisión de la Comisión. El artículo 16 del Reglamento 1/2003 se limita a señalar que los órganos judiciales nacionales no pueden dictar resoluciones incompatibles con la decisión y deben evitar resoluciones que puedan entrar en conflicto con esta última. La propia Comisión eludió determinar el grado de vinculación de su decisión en materia de competencia en el curso del procedimiento ante el Tribunal de Justicia, como recuerda el Abogado General<sup>47</sup>. Aunque el Tribunal no analizó esta cuestión, parece necesario concluir, con el Abogado General, que la constatación de la conducta ilícita se impone a los tribunales nacionales, ya que de otro modo no parece que se pudiera cumplir con lo estipulado en el Reglamento 1/2003 y la jurisprudencia *Masterfoods*. A idéntica conclusión parece haber llegado la Comisión en su propuesta de Directiva relativa a ciertas normas que regirán las demandas por daños y perjuicios de las

43. Apdo. 52 de la sentencia y apdo. 47 de las conclusiones.

44. STJ de 5.2.1963, as. *Van Gend an Loos* (26/62), apdos. 3 y 4.

45. STJ de 13.2.1969, as. *Walt Wilhelm* (14/68), apdo. 6.

46. STJ de 14.12.2000, as. *Masterfoods y HB* (C-344/98).

47. Conclusiones del Abogado General P. CRUZ VILLALÓN, as. *Otis* (C-199/11), presentadas el 26.6.2012, apdo. 47.

disposiciones de Derecho de la competencia, a la que se hará referencia posteriormente<sup>48</sup>.

Sobre el grado de vinculación del órgano judicial por la decisión, en la cuestión prejudicial las empresas demandadas interpretaron que la obligatoriedad era casi natural. En este sentido, afirmaron la falta de jurisdicción plena del órgano judicial nacional, que se vería prácticamente abocado a reconocer la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, el Tribunal de Luxemburgo desgranó las garantías existentes para desmentir esa afirmación. En primer lugar, hizo valer que es la Unión en su conjunto la que se vio afectada por la conducta anticompetitiva y no sólo la autoridad de competencia. En segundo lugar, el Tribunal reconoció la existencia de diversos filtros para asegurar el control de legalidad del acto sobre el que ha de basar su resolución el juez nacional, como son el recurso de anulación por parte de las empresas afectadas, así como la cuestión prejudicial de validez sobre la decisión que vincula al juez y, por último, la posibilidad que tiene la jurisdicción de la Unión de revisar en pleno esa decisión de competencia, controlando los hechos, en cuanto a la fiabilidad, la coherencia y la pertinencia<sup>49</sup>, controlando los motivos y la legalidad<sup>50</sup> y, en última instancia, con la facultad de revisar plenamente la cuantía de las multas<sup>51</sup>.

Analógicamente, uno puede preguntarse por el grado de vinculación de los órganos judiciales nacionales por decisiones de las autoridades de competencia del mismo Estado o de otros Estados miembros. El régimen jurídico no es nada homogéneo y depende de cada ordenamiento interno. En la mayoría de casos, la decisión de la autoridad nacional tiene un valor probatorio muy alto en cuanto a la constatación de la conducta ilícita<sup>52</sup>, pero no es jurídicamente vinculante. Sólo unos pocos Estados miembros aceptan una plena vinculación o, al menos, no permiten desviarse al órgano judicial de lo estipulado en la decisión de su autoridad nacional de competencia a los efectos de reclamar los daños y perjuicios<sup>53</sup>. Excepcionales son los ordenamientos que extienden el efecto vinculante a las decisiones de las autoridades nacionales de otros Estados miembros<sup>54</sup>.

En el caso español, ciertamente, la vinculación es menor que la que se desprende del artículo 16 del Reglamento 1/2003. El Derecho administrativo español otorga a ciertos actos de la Administración un valor de prueba determi-

48. Se trata de una propuesta aprobada por el Colegio de Comisarios de 11 de junio de 2013, documento COM(2013) 404 final, que en la actualidad es objeto de negociación.

49. Apdo. 59 de la sentencia.

50. Apdos. 60 y 61 de la sentencia.

51. Apdo. 62 de la sentencia.

52. Véanse los estudios encargados por la Comisión: Ashurst «Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules», pp. 67-70 y 109; o por el Parlamento Europeo: «Collective Redress in Antitrust», pp. 80-81.

53. Sería el caso del Reino Unido de acuerdo con la sección 58 A de la UK Competition Act, pero también, según el estudio de Ashurst, antes citado, también en la República Checa, Austria, Grecia –si la resolución es firme– o Eslovenia.

54. Art. 33.4 de la Ley de competencia alemana.

nante en sede jurisdiccional, como sería el caso de las decisiones de la autoridad nacional de competencia. En general, los tribunales mercantiles otorgarán un peso específico muy relevante a las decisiones de las autoridades de competencia, ya que desviarse de ellas requeriría una motivación amplia y una carga probatoria muy elevada. Sin embargo, no puede dejar de concluirse que existe la posibilidad de que se dicten decisiones contradictorias entre la aplicación pública y la aplicación judicial privada del Derecho de la competencia, al no existir una obligación jurídica para el juez nacional de seguir lo estipulado por la autoridad de competencia<sup>55</sup>.

En el marco de este análisis, hay que tener en cuenta que la vinculación será ampliada para el caso de decisiones adoptadas por las autoridades nacionales de competencia si se adopta la reciente propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a ciertas normas que regirán las demandas por daños y perjuicios de las disposiciones de Derecho de la competencia en los términos que prevé el artículo 9<sup>56</sup>. Este precepto extiende la vinculación a las decisiones de las autoridades nacionales de competencia de cualquier Estado miembro. Se trata de una propuesta de cambio importante en la legislación de muchos Estados, debiendo esperarse en cualquier caso al resultado final de las negociaciones para una valoración definitiva. Aunque el artículo propuesto no aclara totalmente hasta dónde se extiende la vinculación de esas decisiones, parece que lo que se pretende es llegar a un grado de vinculación parecido al que existe para las decisiones de la Comisión: la imposibilidad de dictar resoluciones que nieguen la constatación de la infracción.

Finalmente, merece la pena destacar que la cuestión de la vinculación de ciertas decisiones de la Comisión en materia de competencia se está proponiendo en otro asunto pendiente ante el Tribunal de Justicia, que afecta a las ayudas de Estado, por coherencia con el propio sistema de las normas del Tratado en la materia. El Abogado General ha presentado ya sus conclusiones<sup>57</sup> y en las mismas estudia con detalle cuál es la vinculación del órgano judicial nacional con respecto a la valoración preliminar que hace la Comisión en las aperturas de los procedimientos de investigación de ayudas. En sus conclusio-

55. En el mismo sentido, MARCOS, F., «Competition law private litigation in the Spanish Courts (1999-2012)», p. 38 y doctrina allí citada. El documento puede consultarse en [www.clcpecreu.co.uk](http://www.clcpecreu.co.uk).

56. Art. 9 de la Propuesta de la Comisión de 11.6.2013, COM (2013) 404 final, referencia interinstitucional 2013/0185 (COD) que establece: «Cuando, en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado o la normativa nacional de la competencia, los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien en relación con acuerdos, decisiones o prácticas que ya hayan sido objeto de una resolución de infracción firme por parte de una autoridad nacional de competencia o de un órgano jurisdiccional de revisión, los Estados miembros velarán por que estos órganos jurisdiccionales no puedan adoptar resoluciones contrarias a tales constataciones de infracción. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones en virtud del artículo 267 del Tratado.»

57. Conclusiones del Abogado General P. MENGOLZI, as. *Deutsche Lufthansa AG* (C-284/12), presentadas el 27.6.2013.

nes propone que los órganos judiciales están obligados a actuar conforme a la calificación provisional de la Comisión, salvo que no compartan esa conclusión provisional, en cuyo caso están obligados a plantear una cuestión prejudicial. Aunque la posición definitiva del Tribunal no se conoce, este nuevo asunto pone de manifiesto que la jurisprudencia para garantizar la aplicación coherente de las normas de ayudas de Estado es igualmente consistente con las otras normas del Tratado y con el asunto *Otis*: los órganos judiciales nacionales están especialmente vinculados por las decisiones de la Administración europea en tanto se presume su legalidad y ello no sólo para garantizar la uniformidad en la aplicación del Derecho europeo, sino también su control último de legalidad, concentrado en el Tribunal de Justicia.

#### D. ¿EL DERECHO A UN PROCESO JUSTO O APARENTEMENTE JUSTO?

En relación con la cuestión del derecho a la igualdad de armas por la supuesta posición privilegiada que gozaría la Comisión al haber tenido acceso a información confidencial, las soluciones propuestas por el Abogado General y el Tribunal se fundan en el principio de la carga de la prueba. El Abogado General aborda someramente el problema de la doctrina de las apariencias, pero rehúye analizar la cuestión desde esta perspectiva<sup>58</sup>. Por ello, se traslada a la parte que invoca un supuesto perjuicio una mínima carga probatoria, so pena de caer, como dice el Abogado General, en una *probatio diabolica* para la Comisión.

Ha habido quien ha criticado la solución propugnada por el Tribunal por no haber analizado la aplicación al caso de la doctrina de las apariencias<sup>59</sup>, es decir, sobre el derecho al juez imparcial objetivo (según los términos usados por el Tribunal Constitucional español)<sup>60</sup> o de acuerdo con el principio anglosajón, según el cual, *justice should not only be done but should manifestly and undoubtedly be done*<sup>61</sup>. A juicio de este sector de la doctrina del Tribunal, debería haber analizado más ampliamente la cuestión de la apariencia de justicia y haber tenido en cuenta alguna sentencia anterior, como fue el caso de los *Bancos*

58. Conclusiones del Abogado General P. CRUZ VILLALÓN, as. *Otis* (C-199/11), presentadas el 26.6.2012, apdos. 58-59.

59. VALLERY, A., «*Otis*: Can the Commission be a victim in addition to acting as a police officer a prosecutor and a judge?», *Journal of European Competition Law & Practice*, 26, 2013, pp. 1-5.

60. El Tribunal Constitucional se ha referido en algún caso al derecho a la imparcialidad objetiva para supuestos parecidos a los que el TEDH ha tratado bajo la doctrina de las apariencias, como la distinción entre funciones de instrucción y de resolución, por ejemplo, en las SSTC 60/95 de 17 de marzo, fundamento de derecho 4; 138/94 de 9 de mayo, fundamento de derecho 8; 372/93 de 13 de diciembre, fundamento de derecho 2).

61. Se suele atribuir esta máxima a Lord Hewart. Véase el voto particular del juez Martens en la STEDH de 30.10.1991, as. *Borgers c. Bélgica*. De igual modo, la sentencia de Lord Chief Justice Hewart que fundamentaba este principio R c. *Sussex Justices*, ex parte McCarthy (1924 1 KN 256 [1923] All ER Rep 233).

*españoles*<sup>62</sup>, aunque se reconozca que esa jurisprudencia quedó derogada por el Reglamento 1/2003.

Hay que recordar que la doctrina de las apariencias no es del todo clara e incluso algo tuiteante por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>63</sup>. Se fundaría en la idea de que un desequilibrio objetivo y abstracto en la posición de una de las partes en un proceso también puede dar lugar a la existencia de una vulneración del principio de igualdad de armas. Esta apreciación estaría justificada en la sensibilidad creciente del público sobre las garantías que exige una buena administración de justicia, lo que explica la importancia que debe atribuirse a las apariencias<sup>64</sup>.

No parece que en este caso estuviera justificado ni aplicar ni acudir a un análisis sobre la posible aplicación de esta doctrina, como pretendían las empresas recurrentes. Probablemente, la prudencia del Tribunal tiene mucho que ver con la voluntad de no abrir una vía cuyas consecuencias no son claras. En primer lugar, la teoría de las apariencias ha sido aplicada por el TEDH en relación con el principio de contradicción, fundamentalmente en los casos en los que se han analizado las figuras dirigidas a auxiliar y aconsejar al juez (ministerios públicos, comisarios de gobierno o abogados generales). Era la ausencia de la posibilidad de contradicción lo que se criticaba ante el TEDH. En el asunto *Kress*, el TEDH tiene especialmente en cuenta lo que viene a llamar "experimentar un sentimiento de desigualdad". Este sentimiento no deja de radicar en la idea de que las cosas no sólo deben ser, sino también parecer, algo que entronca con sentimientos muy remotos<sup>65</sup>.

En segundo lugar, es preciso tener en cuenta, como recuerda el Abogado General, que el Tribunal de Justicia no ha sido nada entusiasta con la teoría de las apariencias. Esta actitud del Tribunal se refleja incluso cuando se podría haber planteado su aplicación con mayor claridad<sup>66</sup>. Finalmente, tampoco es

62. STJ de 16.7.1992, as. *Dirección General de Defensa de la Competencia contra Asociación Española de Banca Privada y otros* (C-61/97).

63. Véase ALONSO GARCÍA, R., «El enjuiciamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del funcionamiento contencioso del Conseil d'État y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en concreto, del papel desempeñado, respectivamente, por el Comisario del Gobierno y por el Abogado General)», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 1, 2002, pp. 1 ss.; o, SANTAMARIA DACAL, A., «El Tribunal de Estrasburgo, el commissaire du gouvernement y la tiranía de las apariencias», *Revista de Administración Pública*, nº 157, 2002, esp. pp. 315-316. Ambos artículos han sido citados por el Abogado General P. CRUZ VILLALÓN en sus conclusiones. En ellos se pone de manifiesto las debilidades y ciertas contradicciones de la argumentación de la STEDH de 7.6.2001, as. *Kress c. Francia*.

64. STEDH de 7.6.2001, as. *Kress c. Francia*, apdo. 81 y de 30.10.1991, as. *Borgers c. Bélgica*.

65. Según Plutarco en la Vida de Cicerón, XXIX fue Julio César quien pronunció la célebre frase sobre la importancia de las «apariencias» refiriéndose a su mujer al afirmar que «La he repudiado porque la mujer de César debe estar libre, no sólo de cualquier acto vergonzoso, sino incluso de cualquier sospecha de ello».

66. Véase ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 147-148 al referirse al caso *Emesa Sugar*.

evidente que la citada teoría o la máxima anglosajona sea aplicada en términos idénticos en todos los Estados miembros de la Unión y del Consejo de Europa<sup>67</sup>. Como ya ha advertido la doctrina, la aplicación de unos principios tan abstractos puede dar lugar a resultados contradictorios e incluso difíciles de encajar<sup>68</sup>.

Parece claro que el Tribunal de Justicia ha querido evitar esta discusión y reproducir el complicado debate sobre la teoría de las apariencias, prefiriendo resolver el problema aplicando el principio de la carga de la prueba y en la determinación de si existe o no un desequilibrio.

De igual modo, el asunto *Otis* puede contribuir a la reflexión sobre el papel que pueda tener la Comisión Europea en el caso de ejercicio de acciones de indemnización de daños y perjuicios entre empresas demandantes y beneficiarios en el campo de las ayudas de Estado y en el que la cuestión de las apariencias o el derecho a un proceso justo podría igualmente discutirse. Desde agosto de este año está en vigor un nuevo artículo 23 bis del Reglamento 659/1999, que permite a la Comisión actuar como *amicus curiae* en estos procedimientos privados<sup>69</sup>. Nuevamente en este área habrá que ver el papel que la Comisión desempeñará en los procedimientos en los que, eventualmente, decidiera intervenir. Un elemento relevante será el momento en el que la Comisión presente sus observaciones, particularmente, si en ese momento existe ya una Decisión del colegio de Comisarios que ponga fin a un procedimiento de investigación, si existe solamente un acuerdo de incoación del procedimiento de investigación o si no existe acto formal de la Comisión con efectos jurídicos en la materia. Es previsible que en el procedimiento nacional en el que se presenten acciones de daños y perjuicios en el que pudiera intervenir la Comisión, las partes susciten la necesidad de respetar la igualdad de armas o la correcta aplicación del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A día de hoy, existen interrogantes que se pueden plantear de forma legítima: ¿qué papel tendrá la Comisión como *amicus curiae* en el procedimiento judicial nacional?; ¿de forma similar al caso *Otis*, no podría ser visto por una de las partes como un caso en el que experimentará un sentimiento de desigualdad cuando la Comisión

67. Basta leer el duro voto particular de siete magistrados en el as. *Kress c. Francia*, que en el apartado 8 afirman que la teoría de las apariencias no es admitida en el mismo grado por el conjunto de las culturas jurídicas representadas en el Consejo de Europa.

68. SANTAMARÍA DACAL, A., *op. cit.*, p. 316.

69. El artículo ha sido introducido por el Reglamento (UE) 734/2013, de 22 de julio, que en su apartado segundo dispone que «2. Cuando la aplicación coherente del artículo 107, apartado 1, o del artículo 108 del TFUE lo requiera, la Comisión, por propia iniciativa, podrá presentar observaciones por escrito a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros con competencias para aplicar las disposiciones sobre ayudas estatales. Con el permiso del correspondiente órgano jurisdiccional también podrá presentar observaciones verbales.

Antes de presentar formalmente sus observaciones, la Comisión comunicará su intención al Estado miembro interesado.

Solamente con objeto de preparar sus observaciones, la Comisión podrá solicitar al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro que le transmita toda la documentación a disposición del órgano jurisdiccional necesaria para evaluar el asunto».

intervenga defendiendo la existencia de una ayuda de Estado, pero no se haya formulado un acto jurídico formal externo por el colegio de Comisarios? Por todo ello, no sería de extrañar que en el campo de las ayudas de Estado, en un futuro próximo, el papel de la Comisión pueda ser discutido nuevamente desde la perspectiva del juez y parte o, más probablemente, desde la perspectiva de la posición que en el proceso ocupan ciertas instituciones dirigidas a auxiliar y aconsejar al juez, pudiendo hacer revivir la discusión sobre la doctrina de las apariencias del TEDH.

#### E. EL ACCESO A LOS EXPEDIENTES DE COMPETENCIA E IGUALDAD DE ARMAS

Finalmente, la sentencia en el asunto *Otis* pone de relieve la cuestión del acceso a la documentación a los expedientes de competencia cuando se quiere ejercitar una acción de daños y perjuicios. Quizás el Tribunal de Justicia podría haber entrado en un análisis más detallado de la relación existente entre los servicios de la Comisión encargados de tramitar el expediente sancionador y los servicios que prepararon la acción ante los tribunales nacionales, a los efectos de garantizar que no hubiera un uso inadecuado de la información obtenida en la fase de investigación. La existencia de murallas, procedimientos o sistemas adecuados entre esos servicios para impedir un mal uso de la información sería conveniente para evitar vulneraciones de derechos fundamentales y que, en su caso, las alegaciones de los demandados no deban resolverse, exclusivamente, desde la perspectiva de la ausencia de prueba del empleo de la información confidencial obtenida durante la investigación.

Algunas de las dificultades que genera esta situación son abordadas por la nueva propuesta presentada por la Comisión en el ámbito del ejercicio de acciones de daños y perjuicios. Buscando un difícil equilibrio entre las partes así como la igualdad de armas en el proceso, la nueva propuesta de Directiva establece los límites a la prueba de la que pueden disponer los demandantes<sup>70</sup>. Si bien no es una norma en vigor, resulta interesante observar cómo la Comisión propone que ciertos documentos no puedan servir como objeto de prueba o, como se indica en el texto, los órganos jurisdiccionales nacionales no puedan ordenar su exhibición a otra parte o a un tercero (art. 6.1 de la propuesta). Este tipo de documentos serían, por ejemplo, las declaraciones en programas de clemencia o las solicitudes de transacción. Es posible que haya que aclarar este precepto a la vista de que el Tribunal de Justicia ha declarado recientemente que el acceso universal a los programas de clemencia puede afectar a la eficacia para asegurar el debido cumplimiento de las normas sobre Derecho de la competencia, pero, igualmente, ha indicado que la denegación sistemática del acceso a los programas puede afectar al derecho a reclamar una indemnización por daños y perjuicios<sup>71</sup>. En otros casos, según la propuesta de Directiva, los órganos jurisdiccionales sólo podrían ordenar su exhibición una vez concluido el procedimiento ante la autoridad nacional de competencia o de la UE, como

70. Documento COM(2013) 404 final.

71. STJ de 6.6.2013, as. *Donau Chemie AG* (C-536/11), apdos. 42-44.

sería el caso de la información específicamente preparada para el procedimiento ante la autoridad, bien por una persona física o jurídica o por la autoridad de competencia en el curso de ese procedimiento (art. 6.2 de la propuesta).

Parece evidente que los asuntos *Otis* y *Donau Chemie* podrán ayudar a la reflexión en la negociación de la Directiva bajo el punto de vista de la necesidad de asegurar el equilibrio entre las partes, la eficacia de los planes de clemencia y el ejercicio efectivo de las acciones de indemnización.

## V. CONCLUSIONES

El asunto *Otis* es un caso relevante desde un punto de vista institucional, que va más allá de la aplicación privada de las normas de competencia y aporta una importante lección para que las administraciones públicas, incluidas las españolas, reclamen los perjuicios ocasionados por actuaciones colusorias.

La sentencia resuelve el debate específico sobre la representación de la Unión ante los tribunales nacionales ordinarios, pero no cómo habrá que interpretar el nuevo artículo 335 TFUE. Como se ha argumentado en este artículo, no parece que existan dificultades para encontrar una solución para el caso en que en el futuro las instituciones tengan que ejercitar una acción idéntica. Sin embargo, la sentencia del Tribunal no ofrece orientaciones que puedan ser aplicadas a la representación de la Unión y la determinación del contenido de sus observaciones ante tribunales extranjeros, particularmente, cuando se ejercita una acción susceptible de afectar a la PESC, o en ciertos tribunales internacionales, como el TEDH, cuando se cuestionen ciertos actos legislativos de la Unión.

En segundo lugar, el caso *Otis* constituye una vía a seguir para las administraciones públicas frente a actuaciones colusorias que perjudican los intereses financieros públicos. En el marco del presente estudio, se han identificado diversos ejemplos en los que el daño causado a las administraciones españolas podría ser en su conjunto bastante superior al que causó el cártel de los ascensores a las instituciones de la Unión.

En tercer lugar, el Tribunal parece descartar implícitamente una aproximación al derecho a la tutela judicial efectiva desde la teoría de las apariencias, como había sido planteado por las partes demandadas. La "experimentación de un sentimiento de desigualdad" no parece que sea el camino a seguir en este tipo de asuntos. El Tribunal permanece prudente sin querer abrir un debate adicional a la aplicación de la Carta de Derechos fundamentales con una jurisprudencia del TEDH ciertamente titubeante.

Finalmente, no sería de extrañar que el debate sobre el alcance del artículo 47 de la Carta de Derechos fundamentales y del artículo 6 del CEDH pueda resurgir en alguna cuestión prejudicial en el futuro en aspectos que el asunto *Otis* trata de forma directa o indirecta. En el ámbito del Derecho de la competencia, si finalmente se aprueba la nueva propuesta de Directiva sobre la reclamación de daños y perjuicios por acuerdos anticompetitivos, el acceso a los documentos del expediente para ejercitar la acción de indemnización o el grado de

vinculación de las decisiones para las autoridades nacionales de competencia pueden dar lugar a nuevos litigios por parte de las empresas litigantes. A mayor abundamiento, la reciente modificación del Reglamento 659/1999 abre una nueva vía en la aplicación privada de las normas sobre ayudas de Estado, en la que no puede descartarse que la conexión de la potestad pública y la aplicación judicial privada de las normas del Tratado sobre ayudas pueda desembocar en el planteamiento de nuevas cuestiones al Tribunal de Justicia.



# **Estudio sobre la aplicación del derecho de la UE en España**



# EL JUEZ ESPAÑOL COMO JUEZ DE LA UNIÓN EUROPEA

JUAN ANTONIO MAYORAL DÍAZ-ASENSIO

---

Investigador doctoral  
Instituto Universitario Europeo

DIMITRY BERBEROFF

---

Magistrado y miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea  
CGPJ

DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS

---

Magistrado y miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea  
CGPJ

Revista Española de Derecho Europeo 48  
Octubre – Diciembre 2013  
Págs. 127 - 152

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EXPECTATIVAS DE LA UE SOBRE LA APLICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO POR PARTE DE LOS JUECES NACIONALES. II. METODOLOGÍA DE LA ENCUESTA. III. ¿LOS JUECES ESPAÑOLES COMO JUECES EUROPEOS? UN ANÁLISIS EMPÍRICO. *A. Experiencia.* 1. ¿Con qué frecuencia tienen los jueces que decidir sobre derecho europeo?. 2. ¿Quién argumenta la aplicación del derecho europeo? ¿Jueces o litigantes?. *B. Conocimiento.* 1. ¿Qué nivel de conocimiento tienen los jueces del derecho europeo?. 2. ¿Qué fuentes, contactos y redes utilizan los jueces para informarse sobre la aplicación del derecho europeo?. *C. Actitudes hacia el derecho e instituciones europeas y su rol como juez de la unión.* 1. ¿En qué medida los jueces españoles aprueban su rol como jueces de la Unión Europea y los principios rectores del ordenamiento jurídico europeo?. 2. En caso de conflicto doctrinal entre el TJUE y el Tribunal Constitucional, ¿qué harían los jueces?. IV. CONCLUSIÓN.

**RESUMEN:** Los jueces nacionales deben asegurar la correcta aplicación del derecho de la Unión y deben proteger los derechos individuales que se derivan del conjunto de doctrinas y normas consignadas en los Tratados y desarrolladas e interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este sentido, el presente estudio trata de esclarecer si actualmente los jueces españoles se han adaptado a las exigencias creadas por el sistema legal de la Unión para la aplicación del derecho europeo. Para comprobar si los jueces españoles han asimilado su condición de jueces europeos, operando como verdaderos agentes del sistema legal de la Unión Europea, este trabajo presenta y discute, a partir de datos obtenidos de los protagonistas, en qué medida están preparados para operar en un sistema legal multinivel y cada vez más europeizado.

**PALABRAS CLAVE:** Juez nacional, juez europeo, derecho europeo, europeización, conocimiento, experiencia y actitudes, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE.

**ABSTRACT:** National courts must ensure the correct application of EU law and should protect the individual rights derived from the set of doctrines and rules contained in the Treaties and developed and interpreted by the Court of Justice of the European Union. In this sense, the present study tries to clarify whether Spanish judges have currently adapted to the demands created by the legal system of the Union for the implementation of European law. To test whether the Spanish judges have assimilated their role as EU judges, operating as true agents of the legal system of the European Union, this article presents and discusses, from data obtained from the protagonists, to what extent they are prepared to function in a multilevel legal system and increasingly Europeanized.

**KEYWORDS:** Spanish judge, European judge, European law, Europeanization, Knowledge, experience and attitudes, Court of Justice of the European Union, CJEU.

Fecha recepción original: 8 julio 2013

Fecha aceptación: 29 octubre 2013

## I. INTRODUCCIÓN: EXPECTATIVAS DE LA UE SOBRE LA APLICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO POR PARTE DE LOS JUECES NACIONALES<sup>1</sup>

Los jueces que ahora mismo ejercen sus funciones en España han desarrollado la práctica totalidad de su carrera en un régimen democrático, bajo la vigencia de la Constitución de 1978 y formando España parte de la Unión Europea (UE). Este dato se verifica crucial por cuanto si, en cierta medida, la Constitución transformó a los jueces ordinarios en jueces constitucionales en el sentido de vincularles a sus dictados en el ejercicio de la función que tienen encomendada, por otro lado, la integración en la Unión Europea dotó a estos mismos jueces de una visión y de unas herramientas hasta el momento inéditas.

En este tiempo de más de 30 años se ha producido un cambio acelerado del juez, que ha adquirido una relevancia social inusitada y que ha tomado una nueva conciencia de su poder como consecuencia de la necesidad de utilizar

1. Los autores agradecen el apoyo institucional de la Red de Expertos de Derecho Europeo del Consejo General del Poder Judicial y de la Escuela Judicial con la encuesta. Quisiéramos reconocer especialmente la inestimable ayuda con el impulso del proyecto de José Miguel García Moreno, Carmen Rodríguez-Medel Nieto, Aida Torres Pérez, Rosa M<sup>a</sup> Freire Pérez, Rafael Bustos Gisbert, Montserrat Comas d'Argemir, Carlos Uribe Ubago, Francisco Javier del Burgo Pradillo, Isabel Álvarez Álvarez, Javier Díez Hochleitner e Itziar Gómez Fernández. También agradecemos la labor de los evaluadores de la revista que ha ayudado a mejorar la calidad de este artículo. Los errores y omisiones son de la exclusiva responsabilidad de los autores.

un lenguaje especial de los derechos fundamentales, de interpretar las normas en un contexto de una economía abierta y competitiva, y de ejercer sus funciones en una sociedad democrática.

Del mismo modo, el conjunto de los poderes públicos ha experimentado también una transformación, toda vez que si, tradicionalmente, sus relaciones jurídicas con el derecho europeo se construían, esencialmente, sobre la base del principio de cooperación leal expresado en el art 4.3 TUE (anterior artículo 5 TCE), auténtico marco jurídico de la autonomía institucional, en los últimos tiempos, las administraciones nacionales han dejado ya de considerarse exclusivamente como simples «terminales» o instrumentos de implementación del derecho europeo, experimentando una progresiva transformación, al pasar a desempeñar la función de auténticos catalizadores del orden jurídico europeo. Incluso, los efectos primarios de los principios de autonomía institucional y procesal de los Estados miembros adquieren una nueva significación, desde el momento que dichos principios se subordinan a que no se ponga en peligro la aplicación efectiva del derecho europeo y, más en general, el funcionamiento de la Unión.

Por estos motivos, en cualquier caso ya no podría entenderse a un juez español sin tener en cuenta la dimensión europea. La integración de España en Europa ha significado una renovación sustancial del marco económico, constitucional y legislativo pero también ha afectado a la propia estructura judicial. La actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea supone en la práctica la aplicación de unos procedimientos de control de la actividad judicial y de cooperación con los jueces españoles.

Por una parte, las sentencias de los jueces españoles quedan sometidas a la revisión en clave de derechos humanos por el Tribunal de Estrasburgo; pero también la labor judicial española puede erigirse en parámetro jurídico a valorar en un eventual recurso por incumplimiento contra España que debe dilucidar y, en su caso, ejecutar forzosamente el Tribunal de Luxemburgo. Por otra parte, la colaboración de los jueces españoles con el Tribunal de Justicia a través del reenvío prejudicial ha alterado el tradicional esquema jerárquico entre los jueces ordinarios (de instancia, apelación y casación) e incluso las relaciones entre los jueces ordinarios con el Tribunal Constitucional, especialmente a partir de la creciente iusfundamentalización de la interpretación del derecho de la Unión Europea como consecuencia de la inequívoca vigencia desde el 1 de diciembre de 2009 de la Carta de Derechos Fundamentales con el mismo valor jurídico de los Tratados<sup>2</sup>.

---

2. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, p. 1), tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo (DO C 303, p. 1), que ha de ser completada con la declaración incorporada por el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, en el artículo 6 TUE: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.»

En definitiva, el juez español ha asistido como un protagonista de excepción a la *constitucionalización* del Derecho de la Unión<sup>3</sup>, fenómeno que se evidencia por la generación directa de derechos –con las correlativas obligaciones– en el patrimonio jurídico de todos los ciudadanos de la Unión, y por la imposibilidad de que las leyes e, incluso, las constituciones de los Estados miembros puedan enervar su primacía y su directa aplicación. Y es aquí cuando emerge la vocación del derecho de la Unión Europea para erigirse en el marco supremo normativo, y la constatación de la dimensión constitucional del Tribunal de Justicia, relativizando la consideración de ley fundamental o «*prima lex*» de las constituciones nacionales<sup>4</sup>.

En este escenario, más concretamente, según el ordenamiento jurídico europeo, los jueces nacionales, como jueces de la Unión Europea<sup>5</sup>, deben asegurar la correcta aplicación del derecho de la Unión y deben proteger los derechos individuales que se derivan de éste. Existe un conjunto de doctrinas y normas consignadas en los Tratados y desarrolladas e interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que enseñan cómo el derecho europeo debe ser aplicado por los jueces nacionales en virtud de la cooperación leal como ocurre con los principios de primacía<sup>6</sup>, de interpretación de la ley nacional en conformidad con el derecho europeo<sup>7</sup>, de aplicación *ex officio* del derecho europeo<sup>8</sup> o con la facultad u obligación (según los casos, de acuerdo con el artículos 267 TFUE) de remitir cuestiones prejudiciales al TJUE<sup>9</sup>.

La Unión Europea necesita inexorablemente la colaboración de los jueces nacionales para poder cumplir sus funciones y realizar sus objetivos. En efecto, desde la creación de las Comunidades Europeas se ha optado por instaurar un modelo de aplicación preferentemente descentralizada del derecho de la Unión Europea. Por eso resulta tan trascendental la figura de las directivas como instrumentos legislativos europeos por antonomasia<sup>10</sup>. En suma, en España parece

- 
3. De lo que tímidamente da cuenta en la sentencia STJ, de 23.4.1986, as. *Les Verts*, (294/83 a 297/83).
  4. BERBEROFF AYUDA, D. «La ejecución del Derecho de la Unión por la jurisdicción contencioso administrativa en España», en FERNÁNDEZ LIESA, C., MOREIRO GONZÁLEZ, C., y MENÉNDEZ REXACH, E. (dir.), *Libro Homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*, CGPJ y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2011.
  5. RUIZ-JARABO COLOMER, D. *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid, 1993. ALONSO GARCÍA, R. *El juez español y el Derecho comunitario. Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. CIENFUEGOS MATEO, M. «Juez nacional – Tribunal de Justicia: la cuestión prejudicial», en MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J. y BECERRIL ATIENZA, B. (coord.), *Sistema jurisdiccional de la UE*, tomo 5 de BENEYTO PÉREZ, J. (dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 549-624.
  6. STJ, de 15.7.1964, as. *Costa v. Ente Nazionale per L'Energia Elettrica (ENEL)* (C-6/64).
  7. STJ, de 10.4.1984, as. *Von Colson v. Land Nordrhein-Westfalen* (C-14/83).
  8. STJ, de 7.6.2007, as. *J. Van der Weerd y otros v. Minister van Lanbouw, Natuur en Voedselkwaliteit* (C-222/05 a C-225/05).
  9. STJ, de 6.10.1982, as. *CILFIT v. Ministero della Sanità* (C-283/81).
  10. ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La ejecución del Derecho comunitario europeo en España*, Civitas y Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1993.

haber asumido sin mayor problema que el juez español es un verdadero juez de la Unión Europea. Esta percepción coincide con el papel esencial que el derecho de la Unión encomienda a los jueces y que en los últimos estadios de la integración europea se ha visto reforzado por las instituciones europeas, particularmente por la Comisión Europea, y, en menor medida, por los Estados miembros. Cuestión aparte es la de si en la práctica, el juez español ha interiorizado esa percepción, lo cual será objeto de análisis en este estudio.

La literatura académica ha ofrecido diversas justificaciones teóricas y normativas sobre la recepción, impacto e implicaciones que el derecho europeo proyecta en los sistemas jurídicos nacionales y sobre los jueces en particular. Sin embargo, el modo en que los jueces nacionales perciben y aplican el derecho europeo es una cuestión diferente que reclama un enfoque más empírico para su indagación. Esta necesidad ha venido determinada por la diferencia constatable entre, por un lado, la correcta metodología de aplicación del derecho europeo exigida por la jurisprudencia del TJUE para los tribunales nacionales, y, por otro lado, la práctica y capacidades reales de los jueces para atender a dichas exigencias. Esta disociación desemboca en muchos casos en una incorrecta aplicación del derecho europeo, en la existencia de múltiples y a veces contradictorias interpretaciones de una misma norma, y en el desconocimiento y desconfianza en el uso de las cuestiones prejudiciales, lo que ha conducido tanto a la comunidad académica como a instituciones judiciales a preocuparse sobre la experiencia de los jueces nacionales con el derecho europeo, su grado de conocimiento, y la manera en que perciben su influencia sobre áreas del derecho tradicionalmente nacionales<sup>11</sup>.

En esta línea, el presente trabajo trata de esclarecer si actualmente los jueces españoles se han adaptado a las exigencias creadas por el sistema legal de la Unión para la aplicación del derecho europeo. Para comprobar si los jueces españoles han asimilado su condición de jueces comunitarios, operando como verdaderos agentes del sistema legal de la Unión Europea, este estudio presenta y discute, a partir de datos obtenidos de los protagonistas, en qué medida están

11. Para más información sobre estos estudios consultar: BOBEK, M., «Learning to Talk: Preliminary Rulings, the Courts of the New Member States and the Court of Justice». *Common Market Law Review*. nº 45, 2008, pp. 1611-43. BOBEK, M. «On the Application of European Law in (Not Only) the Courts of the New Member States: "Don't do as I say"?, en BARNARD, C. (ed.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2007-2008*, vol. 10. Hart Publishing, United Kingdom, 2008, pp. 1-34. JAREMBA, U., *National Judges as EU Law Judges: The Polish Civil Law System*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2014. NOWAK, T., AMTENBRINK, F., HERTOOGH, M., and WISSINK, M., *National Judges as European Union Judges Knowledge, Experience and Attitudes of Lower Court Judges in Germany and the Netherlands*. Eleven International Publishing, The Hague, 2011. PARLAMENTO EUROPEO, European Parliament resolution of 9 July 2008 on the role of the national judge in the European judicial system, 2007/2027(INI), 2008. PARLAMENTO EUROPEO y ACADEMIA DE DERECHO EUROPEO (ERA), «Formación Judicial en los Estados Miembros de la Unión Europea». EP Studies, 2011. WIND, M., «The Nordics, the EU and the Reluctance Towards Supranational Judicial Review». *Journal of Common Market Studies*, nº 48, 2010, pp. 1039-1063.

preparados para operar en un sistema legal multinivel y cada vez más europeizado.

Y para determinar el grado de europeización de los jueces y de su actividad son tres los aspectos que se analizan: 1) sus experiencias diarias con la aplicación del mismo, 2) su conocimiento del derecho europeo, y 3) sus actitudes individuales hacia el derecho de la Unión Europea y sus instituciones. Estos tres ámbitos nos ayudarán a establecer el modo en que los jueces españoles perciben y entienden su función como jueces de la Unión. El análisis de estas cuestiones a través de la metodología de encuesta ofrece un novedoso enfoque de análisis de los problemas de aplicación judicial del derecho europeo en España y, lo que es aún más importante, pretende extraer conclusiones sobre el grado de europeización de los jueces españoles.

## II. METODOLOGÍA DE LA ENCUESTA

En este trabajo se utilizan datos a nivel individual obtenidos a través de encuestas realizadas en el marco del proyecto de una investigación doctoral «The Politics of Judging EU law»<sup>12</sup>, bajo el auspicio del Instituto Universitario Europeo. Los datos fueron recopilados entre marzo y noviembre de 2012 en colaboración con la Red de Expertos de Derecho Europeo del Consejo General del Poder Judicial, la Escuela Judicial y diversos académicos, obteniéndose respuestas de jueces de todas las jurisdicciones (e.g. penal, civil, social y contenciosa-administrativa), y tribunales dentro de la jerarquía judicial, incluido el Tribunal Supremo.

Desde el punto de vista metodológico, la muestra utilizada para el análisis no puede considerarse una muestra probabilística que represente con exactitud la población de los jueces en España. Dicha tarea no fue posible debido al acceso limitado y escasa disponibilidad de los jueces. Sin embargo, durante la recopilación de datos, se ha trabajado para reducir cualquier tipo de errores de la encuesta relacionados con la falta de respuesta y de autoselección. Para ello se ha controlado y aproximado a jueces de las diferentes jurisdicciones y niveles dentro de la jerarquía judicial para evitar que solamente contestaran aquellos jueces que están más informados y familiarizados con las cuestiones de derecho de la Unión Europea, evitando la excesiva representación de los jueces con más conocimientos y la escasa de aquéllos que no están interesados en cuestiones del derecho de la UE. Como resultado de la distribución, se recibieron 145 cuestionarios. No obstante, tal como se verá durante el análisis, no todos los cuestionarios fueron completamente contestados por los jueces encuestados, con lo que las respuestas a las preguntas realizadas oscilan entre 110 y 134 respuestas.

La muestra de jueces está compuesta por más hombres que mujeres

---

12. MAYORAL DÍAZ-ASENSIO, J. A., *The Politics of Judging EU law: A new approach to national courts in the legal integration of Europe*, Tesis, Instituto Universitario Europeo, Florencia, 2013.

(56,25% de hombres) y se distribuyen entre distintas edades 29-34 (24,74%), 35-40 (15,46%), 41-50 (41,24%) y 50 o más (18,55%). De entre estos jueces un 53,1% trabaja en la jurisdicción civil o mercantil, el 23,45% en la penal, un 6,9% en la social y un 15,86% en la contencioso-administrativa, mientras que el 0,69% restante corresponde a jueces en formación. Finalmente, el 71,72% de los jueces encuestados sirven en juzgados de primera instancia o similares, el 25,52% en un tribunal intermedio de ámbito provincial o autonómico (Audiencia Provincial o Tribunal Superior de Justicia) y el 2,76% en tribunales de circunscripción nacional como el Tribunal Supremo o la Audiencia Nacional.

### III. ¿LOS JUECES ESPAÑOLES COMO JUECES EUROPEOS? UN ANÁLISIS EMPÍRICO

La influencia del derecho europeo en los jueces españoles es probablemente mayor de lo que estos hayan podido advertir y ha ido calando imperceptiblemente en un contexto social muy propicio, durante los últimos 30 años y que solo hasta hace poco, de manera coyuntural y debido a la crisis económica, se ha visto debilitada.

Por una parte, a la europeización de la judicatura española ha contribuido, sin lugar a dudas, la renovación generacional del Tribunal Supremo, la maduración de su posición institucional por parte del Tribunal Constitucional y el atrevimiento de algunos Tribunales superiores y de algunos Juzgados a cuestionar aspectos que hasta hace bien poco resultaban en términos jurídicos y en nuestra tradición casi sacrosantos. Por otra parte, es notoria la mejora de la cultura judicial española por influjo del derecho europeo y, en definitiva, por la brecha abierta en el rígido principio de la jerarquía judicial por el juego combinado de la independencia de los jueces y de la cooperación judicial en Europa<sup>13</sup>.

Tal como se ha indicado en la introducción, a continuación se abordan tres aspectos para determinar el grado de europeización de los jueces españoles y su actividad judicial.

#### A. EXPERIENCIA

##### 1. *¿Con qué frecuencia tienen los jueces que decidir sobre derecho europeo?*

Los jueces son cada vez más conscientes de la importancia y de la necesidad de recurrir a la legislación de la UE y a las normas relativas a su aplicación. El uso frecuente del reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia puede actuar como un incentivo para que los jueces intenten mejorar su preparación en derecho europeo. Dado que muchos de ellos adquieren sus conocimientos de la legislación y jurisprudencia europeas por la práctica, más que por la docencia recibida sobre el particular, la experiencia juega un papel crucial en el proceso

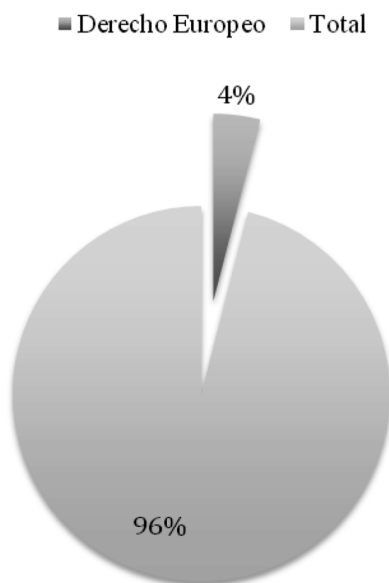
13. ALTER, K., *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*. Oxford University Press, Oxford: New York, 2001.

de mejorar el conocimiento del derecho europeo y, por ende, en la europeización de los jueces españoles.

El gráfico n° 1 muestra el volumen de casos sobre derecho europeo que han sido enjuiciados por todos los jueces de la muestra. Tal como se puede comprobar, este porcentaje solamente supone, de media, un 4% de los litigios decididos por los jueces. Cabe, en consecuencia, preguntarse si ese escaso porcentaje responde a lo que podríamos denominar la realidad jurídica del litigio o, en otras palabras, si en la controversia subyacía algún vínculo europeo que no emergió porque ni el juez ni las partes fueran capaces de discernirlo.

Mientras que la media anual de asuntos juzgados se sitúa en 543 casos/año, en los asuntos sobre derecho europeo la media es de 22,6 casos/año. Ahora bien, no puede dejar de constatarse que la percepción generalizada es de escasísima influencia del derecho europeo; solamente un 4% de los casos tendrían que ver con el derecho europeo, insistimos, a los ojos de los jueces preguntados.

Gráfico 1: Porcentaje de casos sobre derecho europeo sobre el total de litigios anuales



n= 120 y 125 (Promedios: 543 casos anuales y 22,6 casos anuales sobre derecho europeo).

Si analizamos más en detalle los datos anteriores, podremos concluir cómo la intervención de los jueces en asuntos de derecho europeo depende en gran medida del ámbito jurisdiccional y de su especialización. Si comparamos el promedio de casos decididos por los jueces de distintas jurisdicciones se puede apreciar que los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa son los que más asuntos de derecho europeo conocen con un promedio de 44,95 casos al año, seguidos de los jueces de lo social con 32,5 casos al año, civil y mercantil con 21,36 casos europeos al año, y 5,9 para los de penal. Por otra parte, puede

señalarse el ámbito contencioso-administrativo como el más propicio para la aplicación del derecho de la Unión Europea al incidir en una parte importante de sus sectores más significativos (Derecho público de la competencia, fiscalidad, extranjería, etc.). Además, en el ámbito administrativo, la intervención de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en el control de legalidad de la potestad reglamentaria del Gobierno afecta en gran medida a la transposición del derecho de la Unión a través de numerosos Reales Decretos adoptados por el Gobierno central. Ya a más distancia se atisban los tribunales de lo social aplicando los Reglamentos relativos al régimen europeo de la Seguridad Social y las Directivas tuitivas de armonización de las legislaciones sociales. Y casi a la par los jueces de lo civil y mercantil, especialmente preocupados por la protección de los consumidores y sus efectos transformadores sobre el derecho privado y el derecho procesal civil. En el caso de los jueces penales la influencia del derecho de la Unión ha sido muy limitada pero es previsible que los futuros desarrollos del espacio de libertad, seguridad y justicia, en particular la armonización de legislaciones penales y la cooperación policial y judicial penal, así como los efectos expansivos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, ofrezcan nuevas y reforzadas posibilidades de aplicar el acervo jurídico de la Unión y, consecuentemente, de solicitar en vía prejudicial, la interpretación del Tribunal de Justicia.

## 2. *¿Quién argumenta la aplicación del derecho europeo? ¿Jueces o litigantes?*

Es preciso subrayar, en primer lugar, que la invocación del derecho europeo no es tanto un problema de formación o de información como de confianza en la efectividad del derecho de la Unión. En este sentido, una sentencia como la dictada en el asunto *Aziz*<sup>14</sup> ha tenido un gran efecto mediático y ha supuesto la reforma de la legislación hipotecaria y de la Ley procesal española, gestada y concluida en solo dos meses desde el citado fallo.

A los efectos de la recepción de los principios y obligaciones europeas, no han faltado quienes propugnen que el juez nacional debe adecuar el ejercicio de sus poderes para lograr la eficaz protección de los derechos derivados del ordenamiento de la Unión, incluso, a través de instrumentos que no se encuentran reconocidos en su derecho interno, como se ha inferido a partir del artículo 19 apartado 1, segundo párrafo del TUE, disposición que plasma a nivel de derecho originario, determinadas consignas del Tribunal de Justicia en lo que se refiere al principio de efectividad de la norma comunitaria, y a la aplicación de oficio de la misma con el consiguiente desplazamiento del obstáculo procesal interno que la perturbe<sup>15</sup>.

14. STJ, de 14.3.2013, as. *Mohamed Aziz / Catalunya caixa* (C-415/11). La reforma legislativa española ha sido ejemplarmente rápida a la vista de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE nº 116, de 15 de mayo de 2013).

15. HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., «Las implicaciones constitucionales del incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Una aproximación post-Lisboa», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 39, 2011, pp. 273-411.

De hecho, y por lo que se refiere a los propios jueces, se observa cómo los de instancia o apelación pueden referirse a la interpretación del Derecho de la Unión y, en su caso, acudir a la vía prejudicial cuestionando la fundamentación de las doctrinas jurisprudenciales del Tribunal Supremo o del propio Tribunal Constitucional<sup>16</sup>. Asimismo, cada jurisdicción discurre sobre normas procesales sensiblemente distintas en cuanto a la argumentación y a la alegación (lo que tiene mucho que ver con el principio dispositivo), resultando afectado el distinto ámbito material: consumidores, medio ambiente, derecho procesal, derechos de los empleados, etc. De este modo se puede comprobar estadísticamente que unos pocos jueces de lo civil están contribuyendo a la transformación del derecho privado español produciéndose una renovación desde abajo, en contraste con unos tribunales de apelación más conformistas y con excepciones tan notorias como demuestra la labor de la Sección 15ª de la AP de Barcelona o la Sección 28ª de la AP de Madrid.

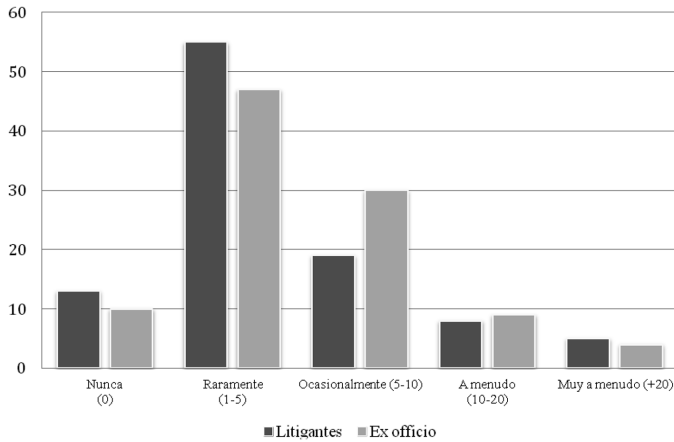
En cambio, en el contencioso-administrativo la recepción del derecho europeo ha sido más bien de arriba hacia abajo debido a la tarea de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo donde algunos magistrados especialmente bien formados en el derecho europeo han servido de acicate para la depuración «europea» del derecho español (fundamentalmente, respecto de normas reglamentarias aprobadas en virtud de Reales Decreto) siendo especialmente activos en la colaboración prejudicial con el Tribunal de Justicia.

En cualquier caso el gráfico nº 2 muestra cierta equiparación entre el juez y los abogados de las partes a la hora de invocar el Derecho de la Unión. La única diferencia sustancial radica en que los jueces argumenten basándose en el derecho europeo de manera más ocasional que las partes litigantes.

---

16. STJ, de 12.12.2002, as. *Rodríguez Caballero* (C-442/00) y STJ de 18.3.2004, as. *Merino Gómez* (C-342/01) en relación con la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Y la STJ, de 8.7.2011, as. *Rosado Santana / Junta de Andalucía* (C-177/10) y la STJ de 22.12.2010, as. *Gavieiro Gavieiro* (C-444/09 y C-456/09) sobre antigüedad de los funcionarios interinos, respecto de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

Gráfico 2: Invocación del derecho europeo en los litigios por las partes litigantes y jueces (%)



n= 132 y 134

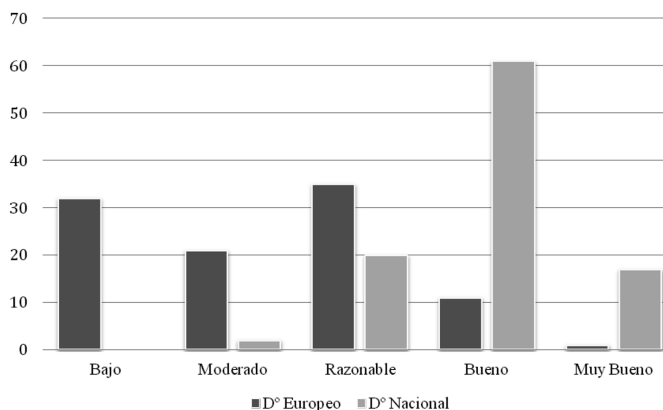
## B. CONOCIMIENTO

### 1. ¿Qué nivel de conocimiento tienen los jueces del derecho europeo?

En términos generales, los jueces españoles consideran que su conocimiento del derecho de la Unión es menor que el del derecho nacional. Mientras que un 78% de los jueces han respondido tener un «buen» o «muy buen» conocimiento del derecho nacional, solamente un 12% afirman lo mismo sobre su conocimiento del derecho europeo. Asimismo, más de la mitad de los jueces españoles expresan tener un conocimiento «bajo» o «moderado» (53%) del derecho europeo si se compara con un escaso 2% en relación al derecho nacional. Las perniciosas consecuencias de un reducido dominio de ese derecho debilita, sin duda, la integración alcanzada, alertando el Abogado General Ruiz-Jarabo de que *«el desconocimiento por parte de los Estados miembros de las obligaciones que les impone el Derecho Comunitario es uno de los mayores riesgos para la subsistencia misma de las Comunidades Europeas»*<sup>17</sup>.

17. RUIZ-JARABO COLOMER, D., «Cuestiones prejudiciales planteadas en relación con el Derecho Comunitario», *Cuadernos de Derecho Judicial* (Ejemplar dedicado a: Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea), nº 21, 1996, CGPJ, pp. 83.

Gráfico 3: Nivel de conocimiento de los jueces españoles del derecho europeo y nacional (%)



n= 131 y 133

Quizás sean dos, en esencia, los factores determinantes del escaso conocimiento del derecho de la Unión por los jueces en nuestro país: el manejo exclusivo de conocimientos primigenios del derecho europeo (que no debe ser identificado en ningún caso con conocimiento superficial) y la visión abstracta y aislada que del mismo se tiene<sup>18</sup>. Por otra parte, es posible detectar ciertas líneas de razonamiento o de argumentación judicial que, en sí mismas, pueden denotar ciertos conocimientos de derecho europeo, pero que olvidan que el juez ordinario, como juez europeo que es, ha de interpretar el derecho interno de conformidad con las normas europeas, y no al revés, como en ocasiones parece haber ocurrido.

Para analizar más en profundidad estas carencias, es importante tener en cuenta la posición de los jueces en la jerarquía judicial. El conocimiento del Derecho de la UE podría estar ligado a la ubicación del juez/a en el sistema nacional de la jerarquía judicial. Los tribunales superiores están mejor equipados, en términos de personal y recursos legales (e.g. *expertise* o asistencia legal), para hacer frente a los casos de derecho de la UE que los tribunales inferiores<sup>19</sup>. Por lo tanto, es posible esperar que los jueces de los tribunales superiores sean mejores conocedores de la legislación europea. En este sentido, los datos muestran cómo efectivamente los jueces de tribunales inferiores acreditan en prome-

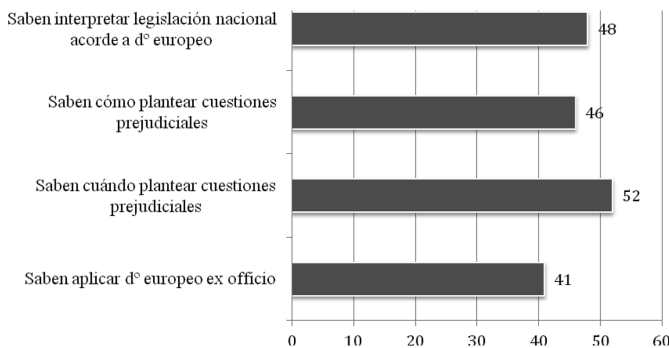
18. BERBEROFF AYUDA, D., «El juez ordinario y la cuestión prejudicial», en RIPOL CARULLA, S. (dir.), *España ante los Tribunales Internacionales Europeos: Cuestiones de política judicial*, Instituto Vasco de Administración Pública, 2008.

19. CHOI, S. J., GULATI, M. and POSNER, E. A., «What do Federal District Judges Want? An Analysis of Publications, Citations and Reversals». *The Journal of Law, Economics, & Organization*, n.º. 28 (3), 2012, pp. 518-49. DRAHOZAL, C. R. «Judicial Incentives and the Appeals Process». *Southern Methodist University Law Review*, Vol. 51, 1998, pp. 469-503. HAIRE, S. B., SONGER, D. R. and LINDQUIST, S. A. (2003) «Appellate Court Supervision in the Federal Judiciary: A Hierarchical Perspective». *Law & Society Review*, n.º 37(1), 2003, pp. 143-68.

dio un conocimiento más bajo (1,16), que los miembros de tribunales intermedios (1,47) y superiores (2,25)<sup>20</sup>. De modo que los jueces españoles que sirven en tribunales superiores se evalúan a sí mismos como mejores conocedores del derecho europeo.

Más concretamente, podemos observar la respuesta de los jueces respecto a su conocimiento en el uso de ciertas doctrinas e instrumentos legales como es, por ejemplo, el planteamiento de cuestiones prejudiciales. En primer lugar, se muestra cómo un 48% de los jueces saben interpretar la legislación nacional de conformidad con el derecho europeo. En segundo lugar, un 41% de los jueces son capaces de aplicar el derecho europeo de oficio. Finalmente, los jueces españoles responden de manera similar cuando se les pregunta si saben cómo (46%) y cuándo (52%) plantear una cuestión prejudicial. De todo ello, se puede extraer que no más de la mitad de los jueces se encuentran familiarizados con algunas de las aplicaciones más comunes y relevantes relacionadas con el derecho europeo, con las consecuencias que esto comporta.

Gráfico 4: Conocimiento de ítems legales concretos (%)



n= 125, 120, 126 y 127.

Cabe constatar, con la memoria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea correspondiente al año 2012, que los órganos jurisdiccionales españoles, considerados en su conjunto, habían planteado hasta el 31 diciembre 2012 la nada despreciable cifra de 287 cuestiones prejudiciales. En comparación con otros Estados miembros, dicho número queda muy lejos de los 1953 reenvíos efectuados por los jueces alemanes o los 1165 de los italianos; obviamente, una multitud de factores pueden incidir sobre diferencias de tal magnitud, comenzando por la circunstancia de que Alemania e Italia han formado parte de la Comunidad Europea desde su creación o por el número de jueces que ejercen en dichos Estados. Sin embargo, el número de cuestiones prejudiciales procedentes de nuestro país ya no resulta, quizás, tan justificable, si acudimos a los datos que ofrece la estadística respecto de Estados miembros más pequeños, como Países Bajos (833) Bélgica (713) o Austria (410) que, como es sabido,

20. El nivel de conocimiento del derecho europeo se comprende entre los valores 0 a 4, donde 0 se refiere a un «bajo» conocimiento y 4 a un conocimiento «muy bueno».

entró a formar parte de la Comunidad en el año 1995 (esto es, 10 años después de España).

En cualquier caso, la estadística sobre el grado de implicación del juez español, basado en su fertilidad a la hora de dirigirse a Luxemburgo, si bien destila cierta trascendencia, no debe agotar, empero, el análisis de lo que podría denominarse la actitud (y por qué no decirlo, la aptitud) de los integrantes del poder judicial con relación al Derecho de la Unión. En efecto, importa más identificar y estudiar aquellos asuntos en los que debiéndose haber planteado la remisión prejudicial, los mismos fueron resueltos finalmente sin ella: lo que importa no es la poca acción en el planteamiento de la cuestión, sino la abundante omisión, de la que son testigos mudos un desconocido número de asuntos y sus causas<sup>21</sup>.

Por otro lado, quizás las consecuencias de un indebido manejo de la cuestión prejudicial han forjado ciertos cambios en la mentalidad de los jueces españoles, al menos de quienes conocen las enseñanzas del asunto *Köbler*<sup>22</sup> que resume la posición del Tribunal de Justicia sobre las consecuencias de una actuación de un órgano judicial nacional generadora de un daño para un particular, mediando infracción del derecho europeo que, en línea con la jurisprudencia anterior, recuerda que el principio de la responsabilidad de un Estado miembro por las violaciones del derecho de la Unión resulta aplicable ante cualquier supuesto de infracción independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se impute esa vulneración, lo que incluye también a los órganos jurisdiccionales. En relación con este tema, los jueces fueron preguntados sobre si el principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho europeo es un principio beneficioso para el cumplimiento del derecho europeo por parte de 1) Gobierno y administración y 2) de los jueces. Mientras que el 79,66% de los jueces encuestados estaba de acuerdo o muy de acuerdo con la idea de que el principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho europeo por parte del gobierno o administración es un principio beneficioso, en el caso de que este principio afectase al incumplimiento de los jueces hizo disminuir el grado de acuerdo al 68,38%. Lo que muestra cierta reticencia de los jueces a ser monitorizados por las instituciones de la Unión, al mismo tiempo que denota la preferencia de los jueces del uso del principio de responsabilidad como instrumento para forzar el cumplimiento con la normativa europea por parte de la administración.

## 2. *¿Qué fuentes, contactos y redes utilizan los jueces para informarse sobre la aplicación del derecho europeo?*

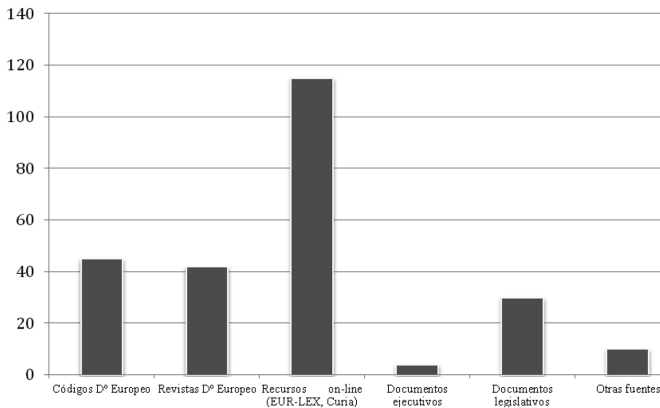
Respecto al modo de adquirir o contrastar su conocimiento sobre el derecho europeo, en primer lugar, cabe mencionar las fuentes legales que los jueces utilizan para informarse sobre la legislación europea y su aplicación. El gráfico nº 5 muestra cómo gran parte de los jueces hacen uso de los recursos y bases

21. BERBEROFF AYUDA, D., «El juez ordinario y la cuestión prejudicial», obra citada.

22. STJ, de 30.9.2003, as. *Köbler* (C-224/01).

de datos disponibles en línea, resaltando la importancia de los avances telemáticos para la aplicación del derecho europeo. Esta práctica es apoyada por el uso de códigos de derecho europeo, documentos legislativos (por ejemplo, legislación nacional de transposición de la legislación europea) y artículos académicos.

Gráfico 5: Fuentes de información de derecho utilizadas por los jueces (frecuencias)



n=125

Más relevante, si cabe, es el uso de contactos o redes para el intercambio de información y la difusión del conocimiento<sup>23</sup>. En estos estudios, el intercambio formal e informal de la información en comunidades de conocimiento es vista como una parte esencial de la difusión y mejora del conocimiento. Jueces con extensas redes institucionales, profesionales o personales tienen mayor acceso y oportunidades de contrastar su conocimiento sobre derecho europeo, y, en consecuencia, de mejorarlo. En algunos tribunales estas redes están institucionalizadas en forma de reuniones periódicas de los jueces que tratan sobre los últimos desarrollos en el campo del derecho europeo o en la especialización de un juez formalmente designado que proporciona información sobre la legislación de la UE a sus compañeros (por ejemplo, el coordinador de derecho europeo en los Países Bajos). Además, en Europa los jueces nacionales pueden dialogar con los colegas de otros Estados miembros en las redes europeas e internacionales en las que se trata de mejorar los conocimientos sobre otros sistemas jurídicos e intercambiar experiencias e ideas sobre el derecho de la UE<sup>24</sup>.

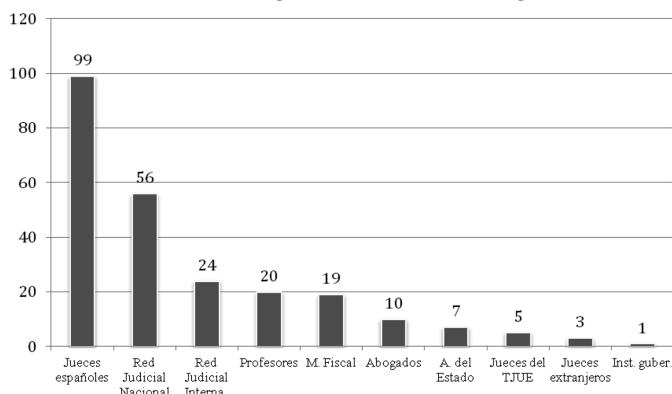
Explicada la utilidad de estas redes y actores, es preciso preguntar cuáles son las más recurrentes entre los jueces españoles para consultar la aplicación del derecho europeo. Tal como se puede observar en el gráfico nº 6, la mayoría

23. COWAN, R. and JONARD, N., «Network Structure and the Diffusion of Knowledge». *Journal of Economic Dynamics and Control*, nº 28(8), 2004, pp. 1557-75. KADUSHIN, C., *Understanding Social Networks. Theories, Concepts, and Findings*. Oxford University Press, Oxford, 2012.

24. CLAES, M. and DE VISSER, M., «Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks». *Utrecht Law Review*, nº 8(2), 2012, pp. 100-14.

de los jueces acude a sus propios compañeros jueces para resolver sus dudas o sus carencias sobre derecho europeo. También es destacable el uso de redes judicial nacionales como la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea, seguida del uso de las redes judiciales internacionales, colegas académicos y el ministerio fiscal<sup>25</sup>. También se puede destacar la existencia, aunque escasa, de contactos europeos con jueces de otros Estados Miembros y con los miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, máximo referente para la aplicación del derecho de la Unión.

Gráfico 6: Actores consultados para la resolución de derecho europeo (frecuencias)



n=130

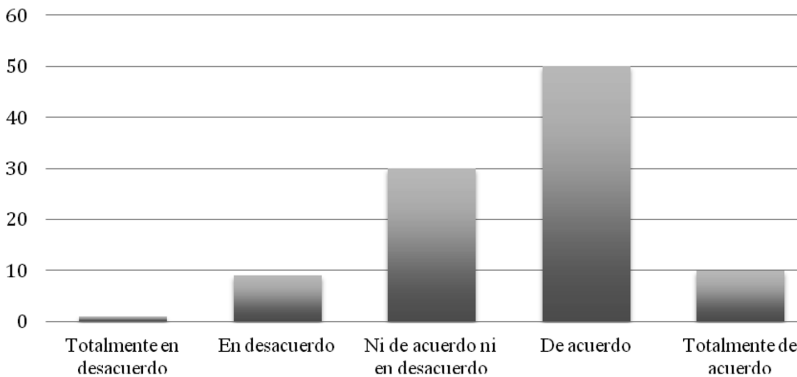
### C. ACTITUDES HACIA EL DERECHO E INSTITUCIONES EUROPEAS Y SU ROL COMO JUEZ DE LA UNIÓN

#### 1. *¿En qué medida los jueces españoles aprueban su rol como jueces de la Unión Europea y los principios rectores del ordenamiento jurídico europeo?*

En último lugar, corresponde revisar cómo entienden los jueces la relación del ordenamiento nacional con el ordenamiento jurídico europeo y su propia posición dentro del sistema judicial europeo. Su postura o actitud hacia estos temas pueden condicionar, en cierta medida, su comportamiento y decisiones a la hora de aplicar el derecho europeo. En este sentido, jueces contrarios a identificarse con el proyecto europeo o que nieguen la primacía del derecho europeo sobre el nacional en materias propias de la Unión, podrían condicionar la aplicación del *acquis europeo*. En primer lugar, analizaremos la propia percepción de los jueces españoles como jueces europeos. El gráfico n° 7 muestra la mayoría de los jueces, un 60%, que se identifica con este rol, mientras que el resto, un 40%, lo rechaza o se muestra indiferente, siendo esta una cantidad de jueces nada despreciable.

25. ALONSO MOREDA, N., *La dimensión institucional de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: magistrados de enlace, Red Judicial Europea y Eurojust*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010.

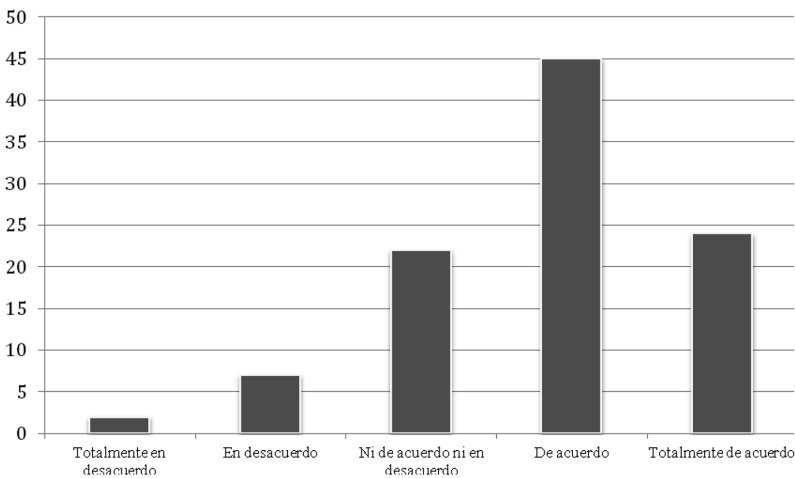
Gráfico 7: Identificación de los jueces españoles como jueces europeos (%)



n=128

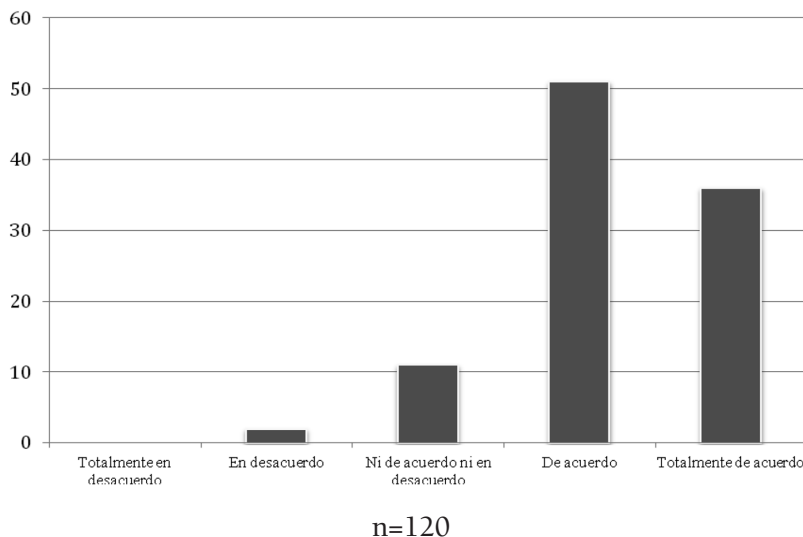
Una aceptación similar se observa respecto del principio de primacía del derecho de la Unión Europea (gráfico nº 8) y con relación a la compatibilidad de los principios jurídicos europeos con los nacionales (gráfico nº 9). En ambos casos observamos una aceptación mayoritaria de la primacía (69%) y de la compatibilidad entre ordenamientos (87%). Es en este último caso donde la aprobación por los jueces españoles es casi unánime, lo que da entender la escasa dificultad que podrían tener los jueces españoles para aplicar, compatibilizar e integrar el derecho europeo en el ordenamiento interno.

Gráfico 8: Nivel de acuerdo de los jueces con la primacía del derecho europeo (%)



n=122

Gráfico 9: Nivel de acuerdo de los jueces con la compatibilidad de los principios jurídicos del derecho europeo con los nacionales (%)



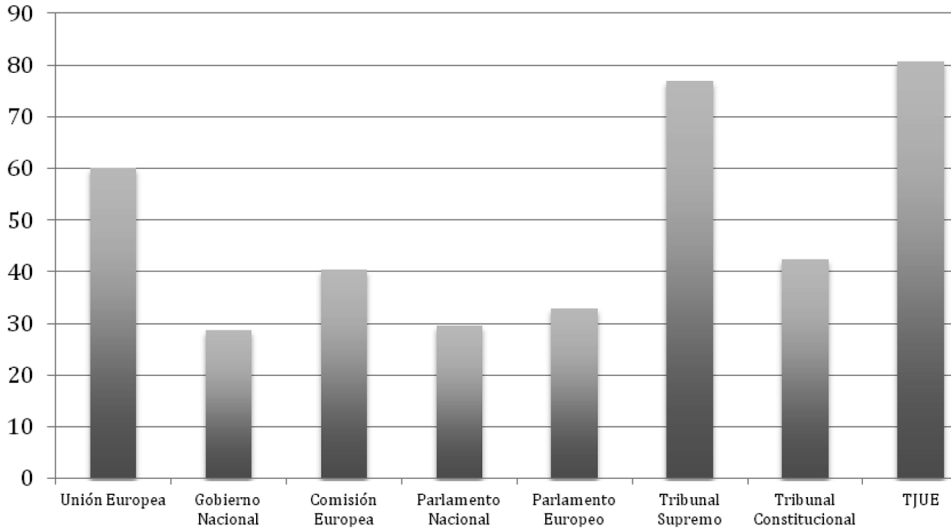
Por último, los jueces valoran y aplican en mayor medida el derecho europeo y la jurisprudencia del TJUE cuando confían en instituciones, tanto judiciales como políticas, relacionadas con su desarrollo e interpretación<sup>26</sup>. Por ejemplo, los jueces aplicarán con mayor probabilidad los instrumentos europeos cuando confíen en las decisiones del TJUE, concretamente cuando creen que las decisiones del Tribunal de Justicia no socavan los principios jurídicos fundamentales de su ordenamiento jurídico nacional. Asimismo, los jueces nacionales harán un mayor uso de la normativa e materiales europeos, como la jurisprudencia del TJUE, cuando desconfían en sus autoridades judiciales nacionales supremas (e.g. Tribunal Constitucional o Tribunal Supremo), ya sea porque duden de su independencia o por desacuerdos con las decisiones tomadas por estos tribunales nacionales, con la intención de desafiar la jurisprudencia de estos tribunales o poder.

En este sentido, dada la relevancia de la confianza institucional para la aplicación del derecho europeo destacada, es necesario plantearse en qué medida los jueces españoles confían en las diversas instituciones judiciales y políticas a nivel tanto nacional como europeo. Si prestamos atención al gráfico nº 10 se extraen dos interesantes conclusiones. En primer lugar, que los jueces por regla general confían más en las instituciones políticas y judiciales europeas (UE, TJUE, Comisión y Parlamento Europeo) que en sus homólogos nacionales (Gobierno y Parlamento nacional, Tribunal Supremo y Constitucional). En segundo lugar, se aprecia cómo los jueces, por puro sentido corporativo, confían más en instituciones judiciales que en las políticas. En esta misma línea, es

26. MAYORAL DÍAZ-ASENSIO, J. A., *The Politics of Judging EU law: A new approach to national courts in the legal integration of Europe*. Obra ya citada.

destacable la poca confianza en el Tribunal Constitucional comparado con el Supremo, lo cual puede venir explicado por la mayor politización institucional del primero.

Gráfico 10: Confianza en instituciones nacionales y europeas (%)



n=124-128

## 2. *En caso de conflicto doctrinal entre el TJUE y el Tribunal Constitucional, ¿qué harían los jueces?*

Con carácter previo a responder de forma concreta el interrogante formulado, resulta conveniente encuadrarlo mediante una breve exposición de la evolución de nuestro Tribunal Constitucional en torno a la aplicación e interpretación del derecho de la Unión Europea. De otra manera, puede resultar difícil comprender los resultados de la encuesta sobre este particular

La ingente labor consistente en convertir el derecho de la Unión Europea en marco supremo de referencia y de contraste de la normativa nacional debería desarrollarse de manera natural y sin estridencias; sin embargo, se ha visto empañada en nuestro país por la reiterada postura del Tribunal Constitucional relativa a que la tarea de garantizar la recta aplicación del derecho europeo por los poderes públicos nacionales es una cuestión de carácter infraconstitucional y, por tanto, excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales.

Esta posición descansa en que para nuestro Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al derecho de la Unión Europea compete exclusivamente a los órganos de la jurisdicción en cuanto aplicadores de ese ordenamiento de la Unión Europea y, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>27</sup> y, por tanto, la eventual

27. STC 64/1991, de 22.3.1991, y STC 180/1993, de 31.5.1993, entre otras muchas.

infracción del Derecho de la Unión por leyes estatales o autonómicas no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas no constitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria<sup>28</sup>. Obviamente, estos argumentos del Tribunal Constitucional han precipitado cierto sentimiento de «apatía europea» en los jueces ordinarios, pues si para el máximo intérprete de la Constitución una infracción del derecho europeo no pasaba de ser una mera cuestión de legalidad ordinaria, la motivación del juez ordinario en considerar con plenitud el derecho de la Unión resultaba, en cierta medida, desnutrida.

Ahora bien, esa situación experimentó un giro cuando se abordaron las consecuencias derivadas del no planteamiento de una cuestión prejudicial –pese a la procedencia de su remisión–, pues en la Sentencia 58/2004, de 19 abril, el Tribunal Constitucional parece modificar su apreciación al entender que, en un asunto donde el propio órgano judicial viene a separarse de toda la doctrina judicial interna recaída sobre la materia –formada sobre la base del criterio sustentado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diversas Sentencias–, supone desconocer las garantías que integran el contenido del proceso debido.

Sin embargo, la STC 194/2006 no matizó la anterior doctrina, generando cierta confusión sobre la apreciación del derecho de la Unión: podríamos decir que el Tribunal Constitucional se extralimitó por cuanto en ejecución de la expresada Sentencia obligó al juez ordinario (a la Sala de lo Contencioso Administrativo de las Palmas), a plantear una cuestión prejudicial –la que dio lugar al asunto *Club Náutico de Gran Canaria* (C-186/07)– que fue despachada mediante Auto de 16 abril 1998 con una clara respuesta de inadmisibilidad, al no advertir los jueces de Luxemburgo la conexión comunitaria del caso enjuiciado. En suma, resulta curioso que el Tribunal Constitucional otorgase el amparo al Gobierno canario, entre otras razones, por la circunstancia de que la Sala de las Palmas resolviera un recurso sin el previo diálogo con el Tribunal de Luxemburgo y, luego, este último rechazase un enjuiciamiento de fondo al constatar la improcedencia de la remisión prejudicial.

Sin embargo, nuevos horizontes ha abierto el «histórico» planteamiento de la primera cuestión por parte de nuestro Tribunal Constitucional, a través de un Auto fechado a 9 junio 2011, que ha dado lugar a la Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013<sup>29</sup> (asunto *Melloni*) en el que, a propósito de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente, dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, interrogó al Tribunal de Justicia sobre una cuestión de extraordinario calado, como es la relativa a la posibilidad de aplicar un determinado estándar de interpretación nacional (un específico nivel de protección) de un derecho fundamental previsto en la Carta, más elevado o más tuitivo que el que resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a los fines de evitar una exégesis

28. STC 28/1991, de 14.2.1991.

29. STJ, de 26.2.2013, as. *Melloni* (C-399/11).

limitativa o lesiva de ese derecho fundamental tal y como es reconocido por nuestra Constitución y por el propio Tribunal Constitucional.

Más desapercibido ha pasado otro pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en el que subyace una clara vocación de modificar su tradicional posición. Nos estamos refiriendo a la STC 145/2012, de 2 julio que, en síntesis, estimó un recurso de amparo al considerar que el juez ordinario incurrió en vulneración del artículo 24 CE *al proceder a una selección irracional y arbitraria de las normas jurídicas aplicables* como consecuencia de confirmar una resolución sancionadora dictada en aplicación de una Ley que había sido declarada contraria al Tratado constitutivo en virtud de una Sentencia del TJUE.

Al respecto, cabría enfatizar que, tomando como punto de partida de su argumentación el principio de primacía del derecho de la Unión Europea, el Tribunal Constitucional reconoce los efectos *ex tunc* de las Sentencias dictadas por el TJUE en los recursos de incumplimiento recordando, finalmente, como obligación inherente al principio de primacía la de los jueces nacionales de inaplicar la disposición nacional –posterior o anterior– contraria al derecho de la Unión.

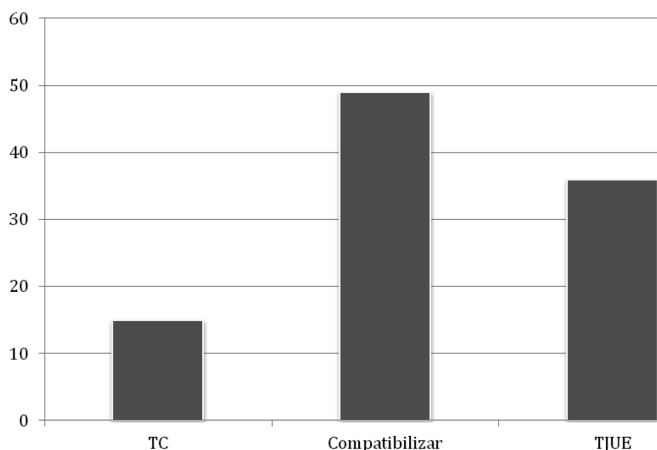
La trascendencia de esta última doctrina adquiere mayor dimensión si se contrasta con un pronunciamiento anterior (por escasos días) de la Sala Tercera, Sección 7ª, del Tribunal Supremo de 23 mayo 2012. A los efectos de determinar las consecuencias de una Sentencia del TJUE que declaró un incumplimiento contra España, la sentencia se sitúa en una órbita diferente a la que traza la referida STC 125/2012 al proclamar, primero, que *«la nulidad de una norma con rango de Ley sólo puede producirse, en su caso, por contradicción con la Constitución (artículo 93 CE), y es claro que en nuestro sistema legal el ordenamiento comunitario, ni originario ni derivado, tiene rango constitucional»*; segundo, que *«la plena validez de la Ley 4/1999... no queda afectada por la STJUE»* (pese a que la declaración de incumplimiento se fundamentó precisamente en la expresada Ley); tercero que *«la Administración por imperio del artículo 103.1 CE, dada su plena sumisión a la ley, no podría dejar de aplicar en el caso concreto la Ley 4/1999»*; y, en cuarto lugar, *«que el hecho de que la Ley 4/1999 fuese contraria al Derecho de la Unión Europea, no determina de por sí una carencia de los requisitos esenciales para la concesión, estando ésta, como estaba, cubierta por la Ley nacional»*. Implícitamente, y de manera desafortunada, este *corpus* argumental conduce a negar efectos *ex tunc* a la STJUE que declaró el incumplimiento de las obligaciones comunitarias de España sobre la base, precisamente, de la Ley 4/1999.

Como último indicador de la europeización de los jueces, nos preguntamos cuál sería su comportamiento en el caso de que una decisión del TJUE y otra del Tribunal Constitucional español entraran en conflicto en alguna materia de derecho europeo. No se trata de una hipótesis de laboratorio, al existir ejemplos de cierta tensión –en el plano de los principios y de sus efectos jurídicos– entre los pronunciamientos de algún Tribunal Constitucional y las normas y

jurisprudencia de la Unión. Así, en el asunto *Filipiak*<sup>30</sup>, bajo la égida de la primacía del derecho europeo, el TJUE habilitó a un juez nacional a dejar de aplicar de modo inmediato una Ley contra la doctrina de su propio Tribunal Constitucional, toda vez que, no obstante haber sido declarada esa Ley contraria al principio de igualdad y también al derecho europeo, el Tribunal Constitucional nacional había limitado –y pospuesto a partir de una determinada fecha– los efectos de su pronunciamiento de inconstitucionalidad. Además, ante la disyuntiva del juez de plantear primero cuestión prejudicial ante Luxemburgo o, en su caso, una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, ciertas pautas pueden derivarse, entre otras, de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Arcelor*<sup>31</sup> y *Melki*<sup>32</sup>.

En principio, como es sabido, los jueces españoles como jueces europeos están obligados a seguir la interpretación del Tribunal de Justicia en caso de conflicto. No obstante, *de facto* podemos constatar que los jueces podrían actuar de manera muy diversa. Si observamos el gráfico n° 11 se puede apreciar que un 36% de los jueces españoles seguirían la interpretación del TJUE tal como se espera. Sin embargo, existe un 15% de los jueces que optarían por apoyar la opinión del Tribunal Constitucional. Asimismo, es curiosa la posición adoptada por parte de un 49% de los jueces que optarían por una posición intermedia en la cual se compatibilizan ambas opiniones. Dicha decisión puede venir fundamentada para evitar desautorizar al TC al mismo tiempo que mantiene su obligación de aplicar el derecho europeo.

Gráfico 11: Resolución por parte de los jueces de conflictos doctrinales entre el TJUE y el TC (%)



n=110

A tenor de estos resultados, podría resultar de gran interés subrayar la experiencia comparativa que puede tener un juez español o que pueda percibir este

30. STJ, de 19.11.2009, as. *Filipiak* (C-314/08).

31. STJ, de 16.12.2008, as. *Arcelor* (C-127/07).

32. STJ, de 22.6.2010, as. *Melki* (C-188/10 y 189/10).

juez para el caso de acudir al Tribunal Constitucional o de hacerlo al Tribunal de Justicia. A tal efecto, esta comparación puede ilustrarse a partir de dos asuntos muy similares de los que conocen los jueces españoles y que muy recientemente acaban de ser resueltos siguiendo procedimientos distintos por el Tribunal de Justicia (asunto *Elbal Moreno*)<sup>33</sup> y por el Tribunal Constitucional español (asunto *Soneira Fraga*)<sup>34</sup>.

El asunto *Elbal Moreno* llegó al Tribunal de Justicia como consecuencia de una cuestión prejudicial planteada en 2011 por un Juzgado de lo Social de Barcelona y fue resuelto por el Tribunal de Justicia en 2012. En el asunto *Soneira Fraga* fue el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el que en 2003 planteó una cuestión de inconstitucionalidad que no fue resuelta hasta el 2013 por el Tribunal Constitucional. Los dos asuntos se refieren a la misma cuestión de fondo vinculada al cálculo de la pensión de trabajadoras a tiempo parcial y a las que se les había denegado la pensión de jubilación por no haber alcanzado un periodo de cotización mínimo de 15 años. En el caso de la Sra. Isabel Elbal Moreno, limpiadora de una comunidad de propietarios durante 18 años, a jornada parcial de 4 horas a la semana, y en el caso de la Sra. María Soneira Fraga había cotizado a tiempo parcial de 1988 a 1999 con una jornada del 18,4% de la jornada habitual de la empresa.

Ante hechos prácticamente idénticos la estrategia de los dos tribunales que conocen de ambos asuntos, el Juzgado catalán y el Tribunal gallego, son distintas y respecto de las mismas quisiéramos destacar solo tres aspectos que son determinantes: la accesibilidad a estos dos tribunales, europeo y constitucional español, el tiempo de los procedimientos del reenvío prejudicial y de la cuestión prejudicial y los resultados de las sentencias dictadas en Luxemburgo y en Madrid.

En cuanto a la accesibilidad, no hay duda de que, si bien ambos tribunales aplican determinadas normas frente al abuso o a la falta de fundamentación del reenvío prejudicial o de la cuestión de inconstitucionalidad, lo cierto es que procedimentalmente el reenvío al Tribunal de Justicia es sumamente sencillo y no plantea otros problemas que no estén vinculados al fondo o, excepcionalmente, para los supuestos de utilización inadecuada del reenvío prejudicial (cuestiones hipotéticas, datos incompletos o fundamentación muy defectuosa); además el Tribunal de Justicia solo de manera excepcional inadmite un reenvío prejudicial. En cambio, la cuestión de inconstitucionalidad, sin perjuicio de ser muy sencilla, requiere ineludiblemente un procedimiento previo y cumplir inexcusablemente con un trámite de audiencia a las partes que el Tribunal aplica rígidamente; e incluso cuando se cumplen los requisitos procedimentales la evolución posterior del ordenamiento jurídico determina la pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión<sup>35</sup>. Pero, de manera especial, la regla general, de modo particular a partir de la reforma de 2007, es que solo de manera excepcional

33. STJ, de 22.11.2012, as. *Elbal Moreno* (C-385/11).

34. STC 61/2013, de 14.3.2013, as. *Soneira Fraga*.

35. STC 23/2013, de 29.1.2013.

responderá el Tribunal Constitucional y de modo habitual utiliza su doctrina sobre «cuestión notoriamente infundada»<sup>36</sup>. Por tanto, la comparación arroja un saldo muchísimo más favorable a Luxemburgo que a Madrid por ser más accesible el Tribunal de Justicia de la Unión que el Tribunal Constitucional español.

Por lo que se refiere al tiempo ya hemos subrayado que la cuestión prejudicial tiene una duración en el caso *Elbal Moreno* de unos 15 meses (desde el 4 de julio de 2011 en que dicta el auto el juez barcelonés hasta el 22 de noviembre de 2012 en que se pronuncia el Tribunal de Luxemburgo). En el caso *Soneira Fraga* la cuestión de inconstitucionalidad se demora casi diez años desde que el tribunal gallego dicta el 13 de septiembre de 2003 el auto planteando la cuestión de inconstitucionalidad hasta la sentencia de 14 de marzo de 2013, es decir, 114 meses. Los 99 meses de diferencia en asuntos tan sensibles socialmente (la Sra. Soneira Fraga había visto rechazada administrativamente su pensión de jubilación en 1999) resultan inaceptables.

Y, en fin, los efectos que se producen como consecuencia de utilizar una u otra vía son, desde luego, determinantes de seguir la estrategia de Luxemburgo o la estrategia de acudir a Madrid. Esquemáticamente y desde la perspectiva del juez español se puede decir que el resultado de una cuestión prejudicial será la anulación de una norma reglamentaria o la inaplicación de una norma con rango de ley. En cambio, el resultado de la cuestión de inconstitucionalidad es la anulación del precepto legal contrario a la Constitución y cuya nulidad declara el propio Tribunal Constitucional.

En el caso de la cuestión prejudicial de la sentencia *Elbal Moreno* la respuesta del Tribunal de Justicia es que la Ley General de la Seguridad Social española resulta, en cuanto se refiere al cálculo de la pensión de jubilación, contraria al artículo 4 de la Directiva 79/7 sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social en la medida en que la normativa española «exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada» (apartado 38).

En virtud de la sentencia *Soneira Fraga* el Tribunal Constitucional anula la DA 7<sup>a</sup>.1.2 de la Ley General de la Seguridad Social en la medida en que «vulnera el art. 14 CE, tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo» (FJ 6). Además, el Tribunal Constitucional se apoya expresamente en la sentencia *Elbal Moreno* para llegar a la conclusión de la inconstitucionalidad y consiguiente anulación de la norma con rango de ley; a tal efecto, el Tribunal Constitucional subraya: «Dentro, pues, de estos parámetros, es indudable la relevancia que adquiere el

36. Auto TC 237/12, de 11.12.2012 (FJ 2).

criterio seguido en la ya referida STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto *Elbal Moreno*, relativa, como se ha dicho, a los mismos elementos normativos que son objeto de consideración en la cuestión de inconstitucionalidad que ahora nos ocupa» (FJ 5).

#### IV. CONCLUSIÓN

Los resultados han mostrado unos jueces españoles cuya europeización es mayoritaria a la hora de aceptar su papel como juez europeo y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este nivel de europeización se manifiesta a través del conocimiento y aceptación de las consecuencias que comportan la aplicación del derecho europeo en los jueces, y en el ordenamiento y estructura judicial. Aunque el reconocimiento del rol como juez europeo es generalizado, dicha identificación parece reforzarse en ciertas circunstancias específicas, como son la actividad de los jueces en jurisdicciones donde las normas aplicadas están altamente armonizadas (como ocurre en la jurisdicción contencioso-administrativa). Asimismo, se ha observado la necesidad de otros actores e instituciones (por ejemplo, las redes judiciales) y recursos telemáticos para capacitar o facilitar a los jueces su labor como juez descentralizado del sistema judicial de la UE.

No obstante, tal como se ha podido identificar, existen todavía dinámicas nacionales que limitan el grado de europeización del juez nacional y su labor como juez de la Unión encargado de integrar, de manera descentralizada, el derecho europeo en el ordenamiento jurídico nacional. Entre ellas destaca la posición ambigua del Tribunal Constitucional hacia la integración del derecho de la Unión a nivel nacional. En este sentido, el Tribunal Constitucional, que fue desde el primer momento un adalid de la europeización del derecho español, parece haberse quedado en los últimos años más atrás que los jueces ordinarios, encerrado en discusiones bizantinas, sufriendo un irremediable colapso institucional y manteniendo una mal entendida supremacía que el planteamiento de la ya citada cuestión prejudicial en el asunto *Melloni* parece haber suavizado<sup>37</sup>. De modo que, el Tribunal Constitucional, autolimitado en su diálogo con los tribunales ordinarios españoles y con grandes dificultades para cooperar con los tribunales europeos, resulta relegado en esta tarea de transformación y cambio del derecho y de los jueces españoles.

Los indicadores manejados en este trabajo muestra el grado de implicación europea de los jueces españoles. Ahora bien, en una Europa de 28 miembros, las incertidumbres y los retos que presenta la correcta aplicación del derecho de la Unión Europea por los jueces, quizás no sean tan diferentes según en el Estado al que pertenezcan.

La información, la responsabilidad por una adecuada formación y, en defi-

---

37. ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Derechos fundamentales, Derecho comunitario y Tribunal Constitucional español: "o cómo salir del laberinto"», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 2003, pp. 1578-1595.

nitiva, la correcta asimilación de los principios desarrollados pretorianamente por el Tribunal de Justicia a lo largo de sus más de 50 años de historia, ofrecen las claves para que el juez nacional asuma con naturalidad el protagonismo que está llamado a desempeñar en la aplicación del Derecho de la Unión Europea.