

ESTUDIOS

PRIMACÍA EUROPEA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LA OBLIGACIÓN ADMINISTRATIVA
DE INAPLICACIÓN

ALFREDO GALÁN GALÁN

PRÓLOGO DE JOAQUÍN TORNOS MAS



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret
Departament de Dret
Administratiu, Dret Processal
i Dret Financer i Tributari

THOMSON REUTERS

ARANZADI

DR. ALFREDO GALÁN GALÁN

PRIMACÍA EUROPEA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La obligación administrativa de
inaplicación

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2021

*El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas,
comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La*

presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2021 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Alfredo Galán Galán]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1346-212-7

DL NA 123-2021

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 - Pamplona

Prólogo

I. Presentar el libro de Alfredo Galán que el lector tiene en sus manos es un verdadero placer. Por un lado porque conozco a su autor desde que inició su brillante carrera universitaria en la Universidad de Barcelona, a lo largo de la cual nos ha ofrecido ya muchas muestras de su alta capacidad investigadora con una larga serie de publicaciones, sobre muy diversas materias, de gran rigor jurídico. El presente libro tiene su origen en el trabajo que presentó en el concurso para la obtención de la cátedra de derecho administrativo de la Universidad de Barcelona en julio de 2018. Un concurso en el que desarrolló dos excelentes ejercicios que, como he dicho, le dieron acceso con toda justicia a la cátedra que hoy ocupa.

Por otro lado me complace presentar este libro porque estamos ante una excelente obra, marca de su autor, sobre un tema de indudable interés dogmático y práctico. Como es habitual en los trabajos de Alfredo Galán el tema objeto de estudio se nos presenta con precisión, deslindando aquello de lo que va a tratar de aquellas cuestiones conexas que no serán objeto de su atención. A partir de este momento nos guía de forma clara sobre la cuestión que analiza, en este caso, la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo sobre el principio de primacía del derecho comunitario y el deber de las administraciones nacionales de inaplicar la norma interna contraria a este derecho comunitario. Doctrina conocida como doctrina Costanzo por la sentencia Fratelli Costanzo de 22 de junio de 1989, asunto 103/88. El autor precisa el alcance de esta sentencia, que extiende el deber de inaplicación a los casos en los que no existe una resolución judicial previa que haya

constatado la contradicción entre la norma interna y la norma europea. A partir de aquí se analiza la recepción de esta doctrina en el ordenamiento español, por el Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Consejo de Estado. Y finalmente formula algunas consideraciones sobre los problemas que plantea la aplicación interna de esta doctrina y las propuestas existentes para llevar a cabo una aplicación modulada de la misma.

Animo al lector a leer la obra que presento y dejarse llevar por la mano de su autor, pues irá siguiendo un camino perfectamente trazado, en la que cada paso se funda en lo que antes se ha fijado de forma sólida. Las tesis que se defienden están muy bien fundadas, como también lo están las propuestas finales que se formulan. El lector podrá tal vez discrepar de tesis y propuestas, pero seguro que habrá aprendido cosas y habrá disfrutado del proceso intelectual seguido con la lectura del libro.

II. ¿De qué trata este importante libro? El objeto general de reflexión es un tema importante y difícil de teoría general de las normas, en concreto los problemas de la aplicación de las normas en un ordenamiento complejo, con distintas fuentes de derecho, y entre ellas diversas fuentes con poder legislativo o de primer nivel. Problema que se analiza en el caso del ordenamiento comunitario, donde la cuestión es de mayor complejidad, al ser el ordenamiento comunitario un ordenamiento complejo en su propia estructura, no existir texto constitucional que establezca reglas generales sobre la eficacia de sus normas, ni existen mecanismos para imponer la aplicación de sus normas sobre las de los estados nacionales.

La construcción de Europa, una construcción basada en el derecho, requería dar fuerza al poder normativo de sus instituciones con el reconocimiento de su primacía. En esta

situación el problema de la colisión entre la norma comunitaria y el derecho interno se ha resuelto a favor del derecho comunitario apelando al principio, de construcción jurisprudencial, de primacía del derecho comunitario. Como se nos dice la aplicación preferente de la norma comunitaria sobre la estatal no encuentra justificación jurídica en los ordenamientos internos sino directamente en el ordenamiento comunitario. Con la consecuencia de que esta primacía tendrá lugar con independencia de lo que disponga cada estado en su propio ordenamiento. Por tanto, las autoridades internas, tribunales y administraciones públicas, deben aplicar el principio de primacía como obligación derivada del derecho comunitario y deben dar primacía a este derecho sobre el interno. Este principio y su alcance general es ya una realidad asumida por los estados comunitarios. El alcance del principio y su aplicación práctica, como veremos, ha suscitado muchos problemas y aún los sigue planteando.

Consecuentemente con los problemas del principio de primacía, tras el estudio del mismo, el libro da un paso adelante y nos introduce en las consecuencias prácticas de su aplicación. ¿Qué medidas deben adoptarse en los ordenamientos internos para hacer realidad este principio? El Tribunal Europeo dice que deben adoptarse todas las medidas que sean necesarias para conseguir la finalidad indicada, esto es, la aplicación del derecho comunitario. Tratando de precisar un mandato tan genérico, Alfredo Galán señala que son tres las medidas fundamentales a tener en cuenta: la obligación de interpretación conforme de la norma interna, la depuración del ordenamiento interno eliminando la norma interna contraria y, en tercer lugar, llevando a cabo la inaplicación de la norma interna contraria al ordenamiento europeo.

De esta forma podríamos decir que el autor nos ha puesto en suerte el objeto de su estudio, pues nos lo identifica perfectamente. Se trata de profundizar en el estudio de esta tercera forma de hacer realidad la primacía del derecho europeo, consistente en inaplicar la norma interna contraria al ordenamiento comunitario.

Siguiendo con este camino perfectamente trazado el siguiente paso es distinguir dos posibles situaciones. Una primera se da cuando existe una sentencia del TJUE que declara la norma interna contraria al derecho comunitario. Esta sentencia declara el incumplimiento del estado miembro, pero no anula la norma interna, norma que no obstante deberá ser inaplicada internamente por los tribunales y por la administración.

Y llegamos de este modo al tema central del libro, cuyo objeto es el estudio de la aplicación del principio de primacía en los casos en los que pese a no existir una sentencia que declare la contradicción de la norma interna con el derecho comunitario, al existir esta contradicción, las autoridades internas deben dejar de aplicar la norma propia. Este es el caso que resolvió la sentencia *Fratelli Costanzo*, estableciendo que también en estos supuestos todas las administraciones internas tenían la obligación de aplicar la norma comunitaria, en el caso concreto una directiva que cumplía las condiciones para ser norma de directa aplicación. Esta doctrina ha sido refrendada por otras sentencias del mismo TJUE de las que se nos da cumplida cuenta en el libro que comentamos.

Una vez expuesta la doctrina *Constanzo*, se entra en la parte a mi juicio más rica del libro, en la que se pone de manifiesto la finura jurídica de su autor, al identificar los problemas que suscita esta doctrina y proponer algunas vías para modular su aplicación.

Los primeros problemas se manifiestan en la misma postura de las autoridades internas, y en concreto en la del Tribunal Supremo español. La jurisprudencia del TJUE, construyendo e interpretando el principio de primacía, no ha dudado en dotarlo de una gran fuerza expansiva, ya que el Tribunal asumía la función de dar efectividad al derecho de la Unión Europea, un derecho que no es el de un Estado que disponga de poderes internos para imponer su derecho propio. Por ello exige a los Estados que utilicen todos los medios para dar efectividad al derecho comunitario, entre ellos inaplicar su propio derecho. Pero este mandato entra en contradicción con principios jurídicos básicos de los estados miembros, así el principio de legalidad, la división de poderes, la seguridad jurídica. ¿Puede la administración interna dejar de aplicar una ley de su estado válida y vigente, y que no ha sido declarada contraria al derecho comunitario por la justicia comunitaria?

El Tribunal Supremo, en una conocida sentencia de 23 de mayo de 2012, Rúa de Vigo, que se analiza con detalle en el libro, concluyó que la administración no podía inaplicar la ley válida interna. Para nuestro alto Tribunal la administración, en virtud del principio constitucional de legalidad administrativa, no puede en ningún caso dejar de aplicar la ley. El juicio de colisión entre la norma interna y la europea corresponde únicamente realizarlo al poder judicial. El Tribunal interno defiende de este modo una postura frontalmente contraria a la del TJUE en la sentencia Fratelli Costanzo.

El Tribunal Constitucional, por su parte, si ha admitido la doctrina Costanzo. Si bien afirma que la obligación de inaplicar la norma interna contraria al derecho comunitario corresponde en principio a los órganos jurisdiccionales internos, reconoce que esta facultad de inaplicar la norma interna se ha extendido a las administraciones.

De acuerdo con lo expuesto se alcanza una primera conclusión. La doctrina Costanzo y su mandato dirigido a las administraciones para que inapliquen la normativa interna contraria al derecho comunitario, aún en el caso en que esta contradicción no haya sido declarada por sentencia judicial, plantea serios obstáculos jurídicos y prácticos en el momento de tener que llevarse a efecto. Obstáculos jurídicos que surgen por las exigencias del principio de legalidad y la división de poderes, y por el principio de seguridad jurídica.

¿Son insuperables estos obstáculos? Alfredo Galán ofrece algunos argumentos para demostrar que los obstáculos no son insuperables y que los problemas jurídicos no impiden de forma absoluta la aplicación de la doctrina Costanzo. Por un lado recuerda que la Constitución somete la administración no únicamente a la ley, sino de forma más amplia al derecho, al conjunto del ordenamiento jurídico, dentro del cual se incluyen las leyes internas y las comunitarias. Por otro lado, se señala que la inaplicación de la ley por parte de la administración no supone su declaración de nulidad, lo que sí está reservado al poder judicial, sino solamente su desplazamiento. No estamos ante un problema de validez, se nos dice, sino de selección de la norma aplicable. La inaplicación no afecta ni a la validez ni a la vigencia de la norma en cuestión. Por lo tanto, la decisión administrativa de inaplicar no presupone un juicio de validez de la norma nacional, sino únicamente la materialización de la regla existente para la resolución del conflicto normativo detectado.

III. En todo caso, la doctrina Costanzo plantea problemas relevantes en el momento de tenerse que aplicar por los Estados de la Unión. La fuerza de sus principios constitucionales se ve afectada directamente por una doctrina que obliga a la administración interna a dejar de

aplicar una ley propia incluso en el caso en el que dicha ley no ha sido declarada contraria al derecho comunitario por ningún tribunal. La voluntad de reforzar la eficacia del derecho comunitario, dando especial contundencia al principio de primacía, suscita reacciones contrarias por parte de los tribunales internos, como vimos ha ocurrido en el caso español.

Consciente de esta realidad Alfredo Galán nos da cuenta, en la parte final de su libro, de las críticas y los obstáculos que plantea la aplicación de la doctrina Costanzo y, al mismo tiempo, de una serie de propuestas que se han ido formulando con el fin de reformular la obligación administrativa de inaplicación. Propuestas que no tienen como objetivo dejar sin contenido esta doctrina, sino más bien modularla, buscar una aplicación razonable que sea aceptada por las instituciones de los Estados que deben aplicarla. Unas propuestas que tienen como denominador común reformular la doctrina Costanzo para minorar su alcance, y a las que sin duda es bueno prestar atención.

Así, se da cuenta de la propuesta consistente en reducir la inaplicación en sentido subjetivo, de modo que sólo estuviera obligado a inaplicar quien de forma alternativa puede plantar el reenvío de la norma interna al juicio del Tribunal Europeo. También se ha defendido que la obligación de inaplicar la norma interna se limitara a los casos en los que la contradicción de la norma que se inaplica con el derecho comunitario sea clara y manifiesta. En esta misma línea de modular la doctrina Constanzo se ha sugerido que antes de inaplicar la norma interna se deba solicitar un dictamen preceptivo y vinculante de un órgano consultivo. Por último se ha apuntado la conveniencia de ampliar los legitimados para plantear la cuestión prejudicial, de modo que antes de inaplicar la ley se tuviera un pronunciamiento

judicial sobre la contradicción o no de la norma a inaplicar respecto del derecho comunitario.

Como vemos, apuntes finales del máximo interés y que demuestran la capacidad del autor del libro para ofrecernos todos los prismas jurídicos relevantes de la cuestión de la que se ocupa.

IV. Llegados a este punto, expuesto el contenido del libro, quiero aprovechar sus últimas consideraciones para hacer un excursus sobre una cuestión que me parece conexas y que se plantea dentro de nuestro ordenamiento interno, un ordenamiento también compuesto en el que conviven leyes estatales y autonómicas. El libro de Alfredo Galán me ha estimulado a volver sobre una cuestión a la que he dedicado unas páginas recientemente. Me refiero a la relación entre la ley estatal básica y la ley autonómica y la posible inaplicación de una ley válida y vigente por los tribunales y, en particular por la administración, en virtud del principio de prevalencia. ¿puede la administración española inaplicar una ley en principio válida y vigente, acudiendo para ello al principio de la prevalencia del artículo 149,3 CE?

Como es conocido, en los casos en los que en virtud de nuestro sistema de distribución competencial concurren dos legisladores en la regulación de una misma materia, y lo hacen de forma contradictoria, hay que determinar cuál es la norma aplicable. En principio la norma válida, y por tanto aplicable, es aquella que se dicta por el ente que posee la competencia, pero cuál sea el ente competente no siempre es tarea fácil de determinar.

Para la resolución de los problemas que pudieran surgir en la determinación de la norma aplicable la Constitución y la

ley orgánica del Tribunal Constitucional han establecido dos mecanismos, uno sustantivo y otro procesal.

El criterio sustantivo es el que se contiene en el artículo 149,3 de la Constitución. Dicho precepto establece que “las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de estas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”.

El planteamiento procesal se contiene en el artículo 163 de la Constitución y en el artículo 35 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional. El artículo 163 de la Constitución establece que “cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”. El artículo 35 de la LOTC reitera el precepto constitucional en términos prácticamente idénticos.

La interpretación inicial de estos dos preceptos llevó a dejar sin valor alguno a la cláusula de prevalencia del artículo 149,3 CE, ya que el Tribunal Constitucional afirmó que le corresponde el monopolio para decidir la norma aplicable. Consecuentemente se impuso al juez ordinario la obligación de acudir al Tribunal Constitucional si aprecia la existencia de un conflicto material entre dos leyes aplicables para la resolución de un caso concreto. Esta interpretación es la

que hasta hace pocos años era la mayoritaria dentro del Tribunal Constitucional. Así se venía estableciendo en sus sentencias, en concreto en las sentencias 156/199, 163/1995, 173/2002, 1/2003, 178/2004, 66/2011, 186/2012, 106/2014, 166/2014, 195/2015, 92, 93, 98, 113 y 115/2016.

Es cierto que frente a la postura mayoritaria fueron surgiendo de forma reiterada votos particulares en los que se manifestaba la oposición a la tesis mayoritaria, defendiendo la posible aplicación de la cláusula de prevalencia en algunos supuestos concretos, en particular en los casos de contradicción del contenido de la norma autonómica con una ley de bases posterior. Más tarde estos votos lograron modular la postura mayoritaria, aunque de forma muy limitada. Lo defendido en los votos particulares se convierte en doctrina mayoritaria, de forma muy excepcional, en las sentencias 102/2016, 127/2016 y 204/2016. Así, en la sentencia 102/2016, de 25 de mayo, se aplica cláusula de prevalencia en el supuesto de leyes repetitae. Si la ley autonómica reprodujo el contenido de una ley básica estatal, y posteriormente esta se modifica y entra en contradicción con lo dispuesto en la ley básica, se entiende que lo dispuesto en la ley autonómica se desplaza de forma automática. En la sentencia 204/2016 se da un paso más. La cláusula de prevalencia se aplica en un caso de contradicción de la ley autonómica con ley básica posterior, pero el caso concreto se refiere a un supuesto en el que al dictarse la ley autonómica no existía ley básica. En todo caso, la sentencia 1/2017 de 16 de enero, parece volver a la doctrina tradicional sobre el valor de la cláusula de prevalencia. Esto es, el juez y los tribunales no pueden, en caso de conflicto entre la ley estatal y la ley autonómica, seleccionar la ley válida aplicable e inaplicar la que estimen no aplicable. Deben, plantear ante el Tribunal Constitucional en todo caso una cuestión de inconstitucional para que éste determine cual es la ley válida y aplicable.

Este largo excursus sobre la cláusula de prevalencia nos permite ya establecer la relación con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en particular, con la doctrina Costanzo. La doctrina Costanzo del Tribunal de Justicia determina que la administración interna debe inaplicar la ley interna contraria al derecho comunitario, aún en el caso de que no se haya declarado por los tribunales la contradicción de la ley interna con la comunitaria. La administración interna, que no puede plantear directamente la cuestión prejudicial, con el fin de hacer realidad el principio de primacía, está obligada a inaplicar la ley interna. Lo que no pueden hacer las administraciones estatales, inaplicar una ley interna contradictoria con otra ley interna, si deben hacerlo cuando se trata de inaplicar una ley interna contraria al derecho comunitario.

Y esta constatación nos lleva a las consideraciones de Alfredo Galán sobre la declaración de validez de una norma y su desplazamiento, su inaplicación ¿no sería posible admitir también en el caso de nuestro ordenamiento que el juez o tribunal lleve a cabo la selección de la norma aplicable cuando existe contradicción entre dos leyes válidas aplicables en relación al supuesto que debe enjuiciar? Y en relación más directa con la doctrina Costanzo, ¿no podría también inaplicar la norma interna la administración, que no dispone de la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, y que está obligada a resolver el caso con una norma determinada? Ni el juez que selecciona la norma ni la administración que la aplica determinan la inconstitucionalidad de la ley que no aplican, pero aplicando la regla de la prevalencia determinan la norma aplicable en un caso concreto. Y también siguiendo a Alfredo Galán podríamos plantear la modulación de la aplicación de la cláusula de prevalencia, minorar su alcance, pero no dejarla sin contenido. En este sentido se podría diferenciar su alcance en razón del sujeto que puede

aplicarla. El juez o tribunal, si tiene dudas sobre la constitucionalidad de la norma que selecciona, deberá plantear la cuestión de inconstitucionalidad, tal y como dice el artículo 35 de la LOTC. Pero en el caso de la administración, que se encuentra con dos leyes contradictorias, la ley autonómica y la ley básica ¿qué ley debe aplicar? ¿no es razonable recurrir a la regla de la prevalencia de la ley estatal, lo que no supone reconocer en todo caso la constitucionalidad de la ley estatal, sino tan solo determinar que esta será la ley aplicable en tanto no se declare su inconstitucionalidad por quien tiene el monopolio para hacerlo, el Tribunal Constitucional?

V. El libro que nos brinda Alfredo Galán es, por todo lo expuesto, una obra jurídica de construcción excelente, que además aborda un tema dogmático del máximo interés, dentro de la teoría de las fuentes y, en concreto, en la teoría de las fuentes del derecho comunitario.

El ordenamiento jurídico comunitario ofrece múltiples aspectos de reflexión debido a su originalidad. Una originalidad que se debe a la singularidad de la realidad jurídica del que es emanación, una unión de Estados sin Constitución común. El derecho comunitario ordena y brinda la forma de su actuación a esta singular y compleja realidad jurídica. El derecho originario y el derivado se proyectan sobre los Estados nacionales, que mantienen sus Constituciones, sus sistemas de fuentes y sus principios básicos ordenadores de los respectivos ordenamientos internos. Sin poder coercitivo para imponer la fuerza de sus normas, el derecho comunitario, ayudado por las sentencias del Tribunal de Justicia, ha debido ir logrando alcanzar su reconocimiento y eficacia. El principio de primacía ha sido uno de los pilares de esta lucha por el valor del derecho comunitario, y la doctrina Costanzo es una extensión del mismo a través de la jurisprudencia comunitaria.

Por ello, el estudio completo y riguroso de esta jurisprudencia tiene un interés muy relevante, y nos abre la reflexión hacia temas conexos. Animo por ello al lector a iniciar ya la lectura de este libro y, como decía al principio, dejarse guiar por la mano de su autor. Seguro que este camino será muy provechoso.

JOAQUÍN TORNOS MAS

*Catedrático de derecho administrativo. Universidad de
Barcelona.*

Introducción

La incidencia del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho Administrativo de los estados miembros y, en concreto, sobre las administraciones públicas internas constituye hoy un hecho incuestionado. La conexión entre ellos está siendo analizada desde muchos y diversos puntos de vista, si bien es un camino del que resta un buen trecho por recorrer. Una de esas perspectivas consiste en examinar el impacto que tienen sobre esas administraciones los principios rectores de las relaciones interordinamentales que se traban entre el Derecho de la Unión y los ordenamientos internos. En particular, destacadamente, la incidencia del principio de primacía.

El principio de primacía proyecta su eficacia sobre todas las autoridades de los estados miembros de la Unión. Siendo ello cierto, sin embargo, también lo es que lo habitual hasta hoy ha sido centrar la atención en la eficacia sobre el juez nacional. Como consecuencia, las administraciones han quedado relegadas a un segundo lugar, poco atendidas no solamente por la jurisprudencia, sino incluso por la doctrina científica. El presente trabajo pretende contribuir a corregir este estado de cosas, girando el foco para iluminar ahora a las autoridades nacionales de naturaleza administrativa: lo que se persigue es, en definitiva, estudiar las consecuencias de la primacía del Derecho de la Unión sobre las administraciones públicas internas.

Las consecuencias de la incidencia del principio de primacía, en su vertiente aplicativa, sobre las administraciones públicas de los estados miembros de la Unión son diversas, todas ellas de gran relevancia y de un indudable interés,

tanto teórico como práctico. Entre ellas, la obligación de estos entes administrativos de interpretar las normas internas de conformidad con el ordenamiento europeo; el poder-deber del que también son titulares de inaplicar las normas internas contrarias a las normas europeas; la posibilidad que tienen de revisar sus actos administrativos firmes contrarios al ordenamiento europeo; o bien la responsabilidad patrimonial del estado por incumplimiento del Derecho de la Unión, cuando tiene su origen en una actuación de las actuaciones administrativas.

El trabajo que aquí se introduce ciñe su objeto a la segunda de las consecuencias arriba indicadas, a saber: la facultad y, a la vez, la obligación de toda administración pública de todos los estados miembros de asegurar la aplicación efectiva del Derecho de la Unión mediante el desplazamiento de la norma interna contraria a la norma europea, dicho de otra manera, a través de su inaplicación al caso concreto. Poder-deber que tiene su origen, con fundamento en el principio de primacía, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, autora de la conocida como doctrina Costanzo, en referencia a su famosa Sentencia de 1989 dictada en el caso Fratelli Costanzo. Precisamente por esa razón, la obligación administrativa de inaplicación que nos ocupa es frecuentemente denominada obligación Costanzo.

Con este hilo conductor, el lector encontrará en esta obra, para comenzar, un breve estudio introductorio sobre el principio de primacía del Derecho de la Unión. A continuación, un estudio detallado de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la obligación administrativa de inaplicación, diferenciando los supuestos en los que hay y en lo que no existe una resolución judicial previa que constate la existencia de la contradicción entre la norma interna y la norma europea. Seguidamente, se aborda el estudio de la recepción en el ordenamiento español de la

doctrina del Tribunal de Justicia sobre la obligación administrativa de inaplicación, en concreto, su acogida en la doctrina del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Consejo de Estado. Por último, la exposición se cierra con una valoración sobre el acierto de la obligación administrativa de inaplicación, haciendo un especial énfasis en la exposición y posterior crítica de los obstáculos esgrimidos contra ella, así como de las propuestas de reformulación que se han sostenido.

Quiero concluir destacando que la investigación que aquí se presenta tiene su origen en el ejercicio de cátedra que defendí hace ya un tiempo en la Universidad de Barcelona, en el mes de julio del año 2018, ante una comisión formada por los profesores Luís Martín Rebollo, Joaquín Tornos Mas, Fernando López Ramón, Tomás Font i Llovet y Concepción Barrero Rodríguez. A todos quiero agradecer las valiosas observaciones que formularon en aquel momento y que han servido para enriquecer el trabajo, así como el magisterio que de ellos he disfrutado a lo largo de mi vida académica. Al profesor Joaquín Tornos, además, su amabilidad al prologar el libro. La versión final del texto es tributaria también, en los aciertos que pueda tener, de las generosas aportaciones de buenos compañeros en la senda universitaria, particularmente, de los profesores Eduard Roig Molés, Mercé Darnaculleta i Gardella y Juan Carlos Covilla Martínez. A ellos va también mi agradecimiento.

Capítulo I

El principio de primacía

. EL SIGNIFICADO DE LA PRIMACÍA

La primacía implica que, en caso de contradicción entre una norma interna de un estado miembro y una norma de la Unión Europea, debe darse preferencia a la aplicación de esta última. Por lo tanto, en su aplicación a ese caso concreto, prevalece la norma europea sobre la norma estatal¹.

. EL PRESUPUESTO DE LA PRIMACÍA: LA CONTRADICCIÓN NORMATIVA

2.1. LAS CONDICIONES DE LA CONTRADICCIÓN NORMATIVA

El presupuesto de la aplicación del principio de primacía es la existencia de una contradicción normativa. Dicho al revés: si no existe tal contradicción, no entrará en juego ese principio. Por este motivo, su operatividad requiere la concurrencia de las siguientes condiciones:

a) La existencia simultánea de dos normas, una interna y otra europea. Dicho en términos más precisos, que ambas normas estén vigentes al mismo tiempo.

A diferencia de la vigencia, la validez de esas normas, en la práctica, no es un condicionante para que pueda producirse la contradicción. La validez de toda norma

se presupone, mientras no se declare formalmente lo contrario por la autoridad competente. La declaración de su invalidez conlleva su anulación y, por tanto, su eliminación del ordenamiento jurídico correspondiente. De anularse, claro está, perderá su vigencia y ya no se cumplirá la condición de la existencia simultánea de las dos normas.

b) La aplicabilidad simultánea de las dos normas a un caso concreto. Tanto la norma interna como la norma europea deben ser aplicables en un mismo supuesto. Lo que no significa, por supuesto, que tengan el mismo ámbito territorial de aplicación.

La primacía se predica de la totalidad de las normas europeas frente a la totalidad de las normas internas. Es más, suele afirmarse que dicha primacía es un atributo que tiene el Derecho europeo, considerado en su conjunto, sobre el Derecho interno, también considerado globalmente. A pesar de ello, algunos efectos de la primacía y, destacadamente, el efecto de desplazamiento, como más adelante examinaremos, requiere que la norma europea sea directamente aplicable. Es en este sentido que se imbrican íntimamente los principios de primacía y de efecto directo.

c) La contradicción entre las dos normas. Lo establecido en la norma interna y en la norma europea debe entrar en contradicción, de manera que no sea posible su aplicación conjunta a ese supuesto.

Por esta razón, como también veremos más adelante, la contradicción se convierte en solamente aparente cuando es posible realizar una interpretación conforme, esto es, cuando cabe interpretar la norma

interna de manera conforme con la norma europea. No existirá en este caso una contradicción real.

2.2. LA PRIMACÍA COMO SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LA CONTRADICCIÓN NORMATIVA

Dadas las condiciones expuestas en el apartado anterior, el principio de primacía constituye la solución que el ordenamiento europeo ofrece al problema indicado de colisión entre normas: la contradicción se resuelve dando preferencia a la aplicación de la norma europea sobre la norma interna. De esta manera, el principio de primacía aparece como respuesta a un problema de selección o identificación de la norma aplicable.

Conviene advertir que el conflicto normativo, presupuesto de la aplicación del principio de primacía, esconde un conflicto de intereses: entre el interés perseguido por la norma interna y el que mueve a la norma europea. Visto así, resulta que la decisión acerca de la norma a aplicar con preferencia implica decidir el interés que prevalece. La afirmación de la primacía del Derecho de la Unión, por tanto, supone hacer prevalecer el interés común del conjunto de la Unión, encarnado en la norma europea, frente al interés particular del estado miembro, representado en la norma interna. En la medida en que toda norma obedece a una decisión política concreta, debe destacarse también la transcendencia de la primacía desde esta perspectiva política.

2.3. LA CONTRADICCIÓN NORMATIVA COMO SUPUESTO DE INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Tendremos ocasión más adelante de estudiar el concepto de incumplimiento en el Derecho de la Unión Europea. Baste

ahora con adelantar que esta noción no está definida expresamente en los Tratados que integran el Derecho originario de la Unión. Ni siquiera en los artículos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que regulan específicamente el recurso por incumplimiento. No obstante, la doctrina científica y, sobre todo, la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, han contribuido a delimitar progresivamente la extensión de este concepto.

En lo que ahora interesa destacar, del análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deriva la nota de la amplitud como uno de los rasgos característicos: ha perfilado una noción muy amplia de incumplimiento. En concreto, puede calificarse de incumplimiento cualquier infracción del ordenamiento jurídico europeo, siendo irrelevante, a estos efectos, el tipo o naturaleza de la infracción. De ello se derivan, al menos, las siguientes tres consecuencias:

a) La infracción puede consistir en una acción o bien en una omisión. En otras palabras, el incumplimiento puede traer causa tanto de una acción como de una omisión del estado infractor. El incumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados puede tener lugar no únicamente mediante una actuación indebida, sino también mediante una abstención existiendo obligación de actuar.

Lo dicho es también aplicable a los incumplimientos normativos. En efecto, constituye incumplimiento tanto la aprobación de una norma interna incompatible con otra norma europea (acción) como la no reforma - derogación o modificación- de una norma interna incompatible (omisión)².

b) La infracción puede ser directa o indirecta. Dicho de otra manera, el incumplimiento puede ser directo o bien

indirecto³. Lo habitual es que el incumplimiento consista en una actuación (acción u omisión) del estado miembro que suponga una violación directa o flagrante del ordenamiento jurídico europeo. No obstante, el Tribunal de Justicia también ha considerado como incumplimiento actuaciones que solamente de manera indirecta se oponen a la norma europea, por la vía de dificultar su aplicación mediante el establecimiento de limitaciones u obstáculos.

El incumplimiento indirecto también puede tener su origen en la actividad normativa del estado miembro. Lo que supone admitir que la contradicción de la norma interna con la norma europea no necesariamente debe ser directa, sino que también puede ser indirecta. Tal cosa sucederá, como acabamos de apuntar, cuando la norma interna no contradiga formalmente la europea, pero dificulte su aplicación mediante el establecimiento de las indicadas limitaciones u obstáculos⁴. Todavía más, puede afirmarse que esa contradicción puede llegar existir en aquellos casos en los que la norma interna no garantice suficientemente la consecución del objetivo perseguido por la disposición europea, puesto que, en esta hipótesis, no se está asegurando la aplicación efectiva del Derecho de la Unión.

c) Por último, basta con que la infracción sea potencial para su calificación como incumplimiento. Ya veremos que existe una interesante discusión acerca del carácter real o potencial que deba tener la infracción para su calificación como incumplimiento. La duda que se suscita es si basta con la sola existencia de la norma interna o, en cambio, es preciso algo más, esto es, que se dicte un acto de aplicación de dicha norma a un caso concreto. En otras palabras, la cuestión estriba en determinar si la calificación de incumplimiento requiere únicamente la aprobación de la

norma interna contraria a la norma europea o, además, su concreta ejecución. A esto se alude cuando se plantea la discusión sobre el carácter real o potencial de la infracción⁵.

Se observa aquí una notable evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En sus primeras sentencias, parece decantarse por la segunda y más restrictiva de las opciones indicadas: para que haya incumplimiento se requiere la existencia de actos de aplicación de la norma interna contraria a la norma europea. En este sentido, habitualmente, el Tribunal declaraba el incumplimiento constatando la aplicación o ejecución de la norma interna a casos concretos⁶. El cambio jurisprudencial se produce, sin embargo, con una sentencia de 4 de abril de 1974 ⁷, a partir de la cual va a considerar suficiente, de manera ya reiterada, el mero mantenimiento de la norma interna contraria, con desconexión respecto a la existencia o no de actos concretos de aplicación⁸.

. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA PRIMACÍA

El correcto entendimiento del fundamento jurídico del principio de primacía debe hacerse sobre la base de las dos siguientes afirmaciones. Primera: ese fundamento se encuentra en el Derecho de la Unión y no en el Derecho de los estados miembros. Y segunda: dentro del Derecho de la Unión, el fundamento jurídico no es tanto normativo como jurisprudencial.

3.1. EL FUNDAMENTO JURÍDICO SE ENCUENTRA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN

El principio de primacía resuelve el conflicto que suscita la existencia de una contradicción entre dos normas

pertenecientes a ordenamientos distintos: el europeo y el interno de un estado miembro. Lo que nos planteamos aquí es cuál de estos dos ordenamientos es el que debe recoger dicho principio. En realidad, lo que nos estamos preguntando es a cuál de ellos compete decidir la regla para solucionar el conflicto normativo.

De manera resumida, dos son las tesis que pueden sostenerse al respecto. La primera afirma que corresponde a cada estado miembro decidir cómo se resuelve el conflicto entre una norma interna y otra norma europea, de conformidad con su propio ordenamiento constitucional. En este caso, la regla de solución del conflicto normativo puede variar en función del estado tomado en consideración. Incluso puede variar dentro de un mismo estado, por ejemplo, podría ser distinta en atención al tipo de norma, interna y europea, que entrase en colisión. Así, cabría que se admitiera con una cierta facilidad la primacía de la norma europea sobre las normas internas infraconstitucionales, pero no sobre la constitución estatal. La segunda tesis, por el contrario, mantiene que la solución del conflicto normativo debe darse directamente desde el ordenamiento de la Unión. Lo que hace posible garantizar que sea la misma solución para todos los conflictos, con independencia del estado involucrado y el tipo de norma en colisión.

Desde la perspectiva del ordenamiento europeo y, en particular, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la respuesta al interrogante planteado es que el fundamento jurídico de la primacía debe buscarse dentro del Derecho de la Unión. Por lo tanto, no en el interior del ordenamiento de los estados miembros. En concreto, no se encuentra en las constituciones internas. En otras palabras, la aplicación preferente de la norma europea sobre la norma estatal no encuentra su justificación jurídica en los ordenamientos internos, sino directamente en el ordenamiento europeo.

Con la consecuencia de que esa primacía tendrá lugar con independencia de lo que disponga cada estado en su propio ordenamiento. O bien de que no disponga nada al respecto. Lo contrario supondría atribuir al principio de primacía un fundamento variado y variable, incompatible con la necesidad de garantizar una aplicación eficaz e íntegra del Derecho de la Unión en el territorio de todos los estados miembros. Esta ha sido la posición mantenida por el Tribunal de Justicia. Según este Tribunal, en efecto, el principio de primacía deriva directamente de la naturaleza y características específicas de la Unión y de su ordenamiento. Como luego veremos más detenidamente, la primacía se erige en una condición para la existencia misma del Derecho de la Unión.

Debe advertirse, sin embargo, que es práctica frecuente, en los tribunales constitucionales o en las cortes supremas de los estados miembros, buscar un apoyo constitucional interno al principio de primacía del Derecho de la Unión. Esto es, buscarle un fundamento normativo interno, que suele ser de rango constitucional, en la medida en que dicho principio se engarza con algún precepto de la respectiva constitución estatal. Lo que no supone negar que la primacía tenga también un fundamento directo en el ordenamiento europeo (concretamente: en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia). En definitiva, al obrar de este modo se dota al principio de un doble fundamento jurídico: uno interno que acompaña al otro europeo. Lo que se traduce, en realidad, no en una dualidad de fundamentos, sino en una multiplicidad de ellos, si se tiene presente la existencia de una pluralidad de estados miembros: junto al único y común fundamento europeo coexistirán tantos fundamentos internos -constitucionales- como ordenamientos internos haya⁹.

La práctica descrita en el párrafo anterior es discutible, al menos en la medida en que pueda generar confusión. Reiteramos que el principio de primacía deriva directamente del ordenamiento europeo, sin necesidad de mediación de ninguna norma interna, ni siquiera de rango constitucional. Las autoridades estatales, principalmente los tribunales internos, aunque también las administraciones públicas, deben aplicar dicho principio por una obligación derivada directamente del Derecho de la Unión, con independencia de lo que al respecto pueda establecer su ordenamiento interno. En este sentido, operan como garantes del Derecho europeo y no de su propio Derecho estatal.

La consecuencia de lo dicho es que la inexistencia de norma interna que reconozca expresamente el principio de primacía no debe impedir que las autoridades internas lo apliquen en los términos configurados por el ordenamiento de la Unión. Y lo mismo debe afirmarse, aunque de bien seguro generará inseguridad jurídica, en la hipótesis de que la recepción del principio haya tenido lugar en el ordenamiento interno, pero en términos distintos a como lo ha configurado, en cada momento, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En este último caso, hemos de entender que estamos ante un supuesto de contradicción normativa, que deberá ser resuelto mediante la aplicación preferente de la disposición comunitaria. Así sucedería, por ejemplo, si el ordenamiento interno contuviera una prohibición normativa expresa dirigida a todas sus autoridades estatales o a algún tipo de ellas, por ejemplo, las administrativas, de inaplicar las leyes estatales en caso de contradicción con normas de la Unión. Paradójicamente, dichas autoridades estatales, en virtud del mandato propio del principio de primacía derivado directamente del ordenamiento europeo, deberán inaplicar la norma interna prohibitiva para hacer posible la preferencia de la norma de

la Unión y, con ello, asegurar la efectividad y uniformidad de su aplicación.

3.2. EL FUNDAMENTO JURÍDICO ES PRINCIPALMENTE JURISPRUDENCIAL: LA LABOR DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Moviéndonos dentro del ordenamiento de la Unión, el fundamento jurídico de la primacía no es normativo, sino jurisprudencial. En otras palabras, esta primacía no ha estado nunca recogida expresamente en los tratados que integran su Derecho originario, sino que es un principio creado y desarrollado por el Tribunal de Justicia. Si bien es cierto que, en esta labor, el Tribunal se ha apoyado en algunos preceptos de los Tratados originarios¹⁰.

3.2.1. La creación jurisprudencial del principio de primacía

Como en otros tantos aspectos, en el que ahora nos ocupa también es imprescindible tener en cuenta la labor realizada por el Tribunal de Justicia: es obra suya tanto la creación del principio de primacía como su configuración jurídica, así, por ejemplo, la determinación de su alcance y de sus efectos. Esta labor, por lo demás, ha sido llevada a cabo no sólo en una única sentencia, sino, por el contrario, a través de muchas de ellas, dictadas a lo largo de los años, en las que va reiterando la doctrina asentada en las anteriores, pero en las que, también, en ocasiones, aprovecha para introducir matizaciones o aclaraciones relevantes¹¹.

La Sentencia *Costa contra ENEL*, del año 1964¹², es considerada como la primera del Tribunal de Justicia en relación con el principio de primacía, sentando las bases de su posterior doctrina en la materia. La sentencia afirma la primacía de la norma europea sobre la estatal: “esta