

DINAMARCA Y EL CASO AJOS: LO QUE SE PERDIÓ EN MAASTRICHT Y LISBOA¹

HELLE KRUNKE

*Catedrática de Derecho Constitucional
Centro de Estudios Jurídicos Europeos y Legales
Universidad de Copenhague*

SUNE KLINGE

*Investigador en Derecho Constitucional
Centro de Estudios Jurídicos Europeos y Legales
Universidad de Copenhague*

SUMARIO

I. Introducción y estructura. II. Breve explicación del caso. III. Ajos a la luz de la práctica del TSD sobre el acceso a la UE. IV. Análisis comparado del caso Ajos. V. Observaciones finales.

I. INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA

La sentencia *Ajos* del TJUE abordó el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 (la directiva sobre el empleo en la UE), así como el principio general de no discriminación por razón de la edad², sumando una nueva decisión a la línea jurisprudencial del TJUE en el caso *Mangold* y *Kükükdeveci*. La importancia del caso desde la perspectiva del Derecho constitucional y de la integración europea no puede infravalorarse.

Los interrogantes en la cuestión prejudicial que plantea el Tribunal Supremo danés (en adelante TSD) al TJUE se referían al requisito de que los tribunales nacionales suspendieran el derecho nacional y descartaran la norma que infringiera

¹ Traducción realizada por S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Profesor Titular de la UNED), e I. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ (Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid).

² *Dansk Industri en nombre de Ajos A/S v. Estate of Karstern Eigil Rasmussen* (C-441/14) EU:C:2016:278 [2016].

el principio del Derecho europeo de no discriminación por razón de la edad, lo cual planteaba importantes cuestiones sobre la relación entre los derechos nacional y europeo. Al TSD le preocupaba la posible vulneración del principio de seguridad jurídica derivada de tener que inaplicar el Derecho nacional.

El proceso principal se inició ante el Tribunal Superior Marítimo y Comercial danés³, especializado en asuntos de Derecho laboral. El Tribunal Superior adoptó una perspectiva basada en tal Derecho, sirviéndose del principio de trato igual del derecho de la Unión y de una interpretación coherente del derecho nacional, fallando a favor del empleado, y disponiendo que la empresa tenía que pagar la indemnización por despido. El Tribunal Superior se remitió a ambos, al caso *Mangold* y al caso *Kükükdeveci*, así como al caso *Ole Andersen*, también planteados en forma de cuestión prejudicial⁴, en las que el TJUE entendió que la Directiva excluía las mismas normas nacionales que las cuestionadas en *Ajos*, solo que en una relación vertical; es decir, en un pleito contra un Estado miembro.

Ajos apeló al TSD, y este decidió plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, aunque ninguna de las partes lo había solicitado. Por lo tanto, *Ajos* se convirtió en un asunto de interés público que implicaba cuestiones tan importantes como la seguridad jurídica, la previsibilidad en la aplicación del Derecho, y el diálogo entre el TJUE y los tribunales constitucionales nacionales.

Este artículo se estructura de la siguiente forma. En primer lugar, se realiza una breve exposición del asunto *Ajos*. A continuación, se hace lo propio con la interpretación del fallo a la luz de la jurisprudencia del TSD previa al caso *Ajos* en lo que respecta al acceso a la UE y a la integración en la misma. Finalmente, la contextualización del fallo en el ámbito del Derecho comparado, sirviéndonos de la reciente jurisprudencia dictada por los tribunales italianos en el caso *Taricco II*, resuelto el 5 de diciembre del 2007. Este caso guarda muchas similitudes con *Ajos*, pero el TJUE escogió aquí otra vía en el diálogo con los tribunales constitucionales nacionales.

II. BREVE EXPLICACIÓN DEL CASO

1. La cuestión prejudicial ante el TJUE

El TSD planteó dos interrogantes al TJUE en *Ajos*. El primero, sobre la conformidad de las normas nacionales de ejecución de la Directiva y la aplicación del principio de no discriminación por razón de la edad. El segundo, sobre la ponderación de los principios. El TSD solicitó aclaración sobre si era posible ponderar el principio de igual trato (y la cuestión de su efecto directo) y el principio de

³ Véase el Case n.º F-0019-12 después de la remisión de acuerdo respecto al art. 227 de la Administration of Justice Act, a jueces expertos.

⁴ *Ingeniorforeningen i Danmark v. Región Syddanmark* (C-499/08) EU:C:2010:600 [2010].

seguridad jurídica, y llegar a la conclusión de que dicho principio debía prevalecer sobre el principio de la prohibición de la discriminación por razón de edad —y de ese modo no descartar la legislación nacional. El planteamiento de la cuestión por el TSD puede considerarse algo retórico, dado que pretendía resolver el caso refiriéndose al derecho de la Unión y eximir al empresario, de acuerdo con el derecho nacional, de la obligación de pagar la indemnización por despido. El TJUE desestimó claramente la solución dada por el TSD en su sentencia, y rechazó permitir que los tribunales nacionales ponderasen los principios y, en su lugar, proporcionó directrices claras sobre cómo resolver el caso. El TJUE dejó al TSD dos opciones. O bien aplicar el derecho nacional de manera coherente con la Directiva, o bien no aplicar disposición alguna del Derecho nacional contraria al Derecho de la Unión.

El TSD había propuesto también la opción de que el empleado pudiera demandar por daños y perjuicios al Estado miembro, con el fin de atenuar el resultado de no percibir la indemnización por despido, para lo que estaba legitimado a tenor con el derecho de la Unión. El TJUE descartó esta opción sin ulteriores argumentos, junto con la cuestión sobre la ponderación de los principios en conflicto respecto a la certeza del derecho. El TJUE manifestó tajantemente que: «Ni los principios de la certeza del derecho y de la protección de expectativas legítimas, ni el hecho de que sea posible para un particular, que considera que se le ha perjudicado por la aplicación del derecho nacional en desacuerdo con el derecho de la UE, iniciar procedimientos para determinar la responsabilidad del Estado miembro concernido por la infracción del derecho de la UE, pueden modificar esa obligación.»

2. El razonamiento del Tribunal Supremo

Después de que la decisión del TJUE se enviara al órgano jurisdiccional nacional, la argumentación del TSD se dividió en dos partes en su decisión final. La primera, relacionada con la cuestión de si era posible interpretar el derecho nacional de conformidad con la directiva. La segunda parte era si el principio de la UE de la prohibición de la discriminación por razón de la edad, un principio no escrito, podría primar sobre el derecho nacional.

2.1. *La interpretación de forma acorde con la Directiva*

El TSD mantuvo que la situación legal según el derecho danés era clara, y que no era posible llegar a una interpretación del derecho nacional que fuera conforme con la Directiva (tal y como se interpretó en *Ole Andersen* empleando los métodos de interpretación admitidos en Derecho danés). El TSD explicó en su fallo detalladamente que la situación según el Derecho danés era clara y no solo basada en una

jurisprudencia *consagrada* y en la propia interpretación del derecho nacional realizada por el mismo TSD. Este era el eje central en las respuestas suministradas en la cuestión prejudicial del TJUE, donde este dijo que⁵: «(...) el requisito de que el Derecho nacional se interprete de conformidad con el Derecho de la UE implica la obligación de los tribunales nacionales de cambiar su jurisprudencia reiterada.»

La postura nacional discutida era que un empleado no estaba legitimado para recibir una indemnización por despido cuando en el momento en que se produjo el despido, el empleado tenía derecho a una pensión de jubilación de una empresa, independientemente de si el empleado optaba por aprovecharse del derecho a tal pensión. El TSD subrayó que la postura había sido corroborada a lo largo de años desde que el Parlamento aprobó la norma en 1971, y había mantenido la misma literalidad en una modificación posterior en 1996. En consecuencia, no era solamente jurisprudencia consagrada, sino también la voluntad del Parlamento que se había pronunciado sobre la postura nacional respecto a la indemnización por despido.

El empleado esgrimía otro argumento en base a la *Ley de Prohibición de la Discriminación en el Mercado Laboral*, así como la aplicación de las reglas de la Directiva del Empleo sobre discriminación por razón de la edad en la Ley de 2004⁶. El argumento era que esta ley debía primar sobre la Ley de Empleados Asalariados debido a los principios «*lex posterior* y *lex specialis*»⁷.

El TSD rechazó ese argumento y estimó que durante los trabajos preparatorios⁸ se había asumido que las reglas de la Directiva no implicaba modificaciones en el artículo 2 de la Ley de los Empleados Asalariados. En consecuencia, el TSD consideró que la Ley no debía primar sobre la Ley más antigua sobre Empleados Asalariados, y concluyó que no podía aceptar la directriz del TJUE utilizando los métodos de interpretación admitidos en base a su Derecho nacional.

El TSD consideró que sería «*contra legem*» interpretar el artículo 2(3) de la Ley sobre Empleados Asalariados de conformidad con la Directiva, dado que la postura legal nacional era clara. En esta primera parte de la fundamentación, el TSD actuó unánimemente.

2.2. ¿Podría el principio de la prohibición de discriminación por razón de edad primar sobre el derecho nacional?

En la segunda parte de la fundamentación, una mayoría de ocho de un total de nueve jueces estimó que el TSD no podía dejar a un lado el Derecho nacional.

5 *Dansk Industri (en nombre de Ajos A/S) v. Estate of Karsten Eigil Rasmussen* (C-441/14) EU: C:2016:278; [2016], para 33.

6 Ley n° 1417 de 22 de diciembre de 2004.

7 Véase Ugeskrift for Retsvaesen [Weekly Law Report, en adelante UfR, 2015.3827H (Skibby Supermarked)] relativa al acceso al empleo de personas con minusvalía.

8 Véase Folketingstidende 2005-5, colección 1, Anexo A, L 92, p.2701.

Así que, el TSD juzgó que el Acta de Adhesión Danesa (AAD) no confería soberanía hasta el punto exigido por el principio no escrito de la UE, que prohíbe que la discriminación por razón de la edad prime sobre el derecho nacional. El TSD introdujo la distinción entre el papel del TJUE como intérprete del Derecho de la Unión de acuerdo con la cuestión prejudicial del art. 267 (ex 234 EC) del TFUE, y la función de los tribunales nacionales al interpretar si cabe atribuir efecto directo al Derecho de la Unión, basándose en la AAD. De ese modo el TSD manifestó que corresponde al TJUE decidir si el Derecho de la Unión tiene eficacia directa y prima sobre una disposición nacional que esté en conflicto con aquel, incluyendo las disputas entre individuos, pero que compete a los tribunales nacionales dictaminar el efecto de esa decisión⁹. El TSD resolvió que: «La cuestión de si una norma de la UE puede tener eficacia directa en derecho danés, como exige el Derecho de la UE, depende primero y ante todo del Acta de Adhesión de Dinamarca a la Unión Europea.»

El razonamiento se centra en la ausencia de base legal en la AAD, que fija los límites de la soberanía conferida a la Unión en línea con el artículo 20 de la Constitución danesa y el artículo 5 del TUE (ex TEC, modificado). El TSD continuó realizando un profundo análisis de los *travaux préparatoires* de la AAD y de las modificaciones sucesivas de la AAD¹⁰. En ese sentido, el TSD decidió que los principios desarrollados y establecidos partiendo del artículo 6 (3) (ex 6(2) modificado) del TUE no han llegado a ser directamente aplicables en Dinamarca.

Después de examinar la jurisprudencia dictada en *Mangold* y en *Kiikükdeveci*, el TSD dictaminó que una situación como la de *Ajos*, en la que un principio consagrado en un tratado según el derecho de la Unión debe tener eficacia directa, podría crear obligaciones. Por lo tanto, la cuestión era si se permitía que primara sobre el derecho nacional contradictorio en un conflicto entre individuos, sin que el principio se fundamentara en una disposición concreta del tratado. El TSD sostuvo que esto no estaba previsto en la AAD, y, en consecuencia el principio no era aplicable en Dinamarca.

Considerando más adelante la cuestión temporal y el hecho de que *Mangold* fue dictada en el 2005, el TSD observó que el caso *Mangold* no se mencionó en los trabajos preparatorios durante la última enmienda de la AAD después del Tratado de Lisboa y, por lo tanto, no podía cambiar la interpretación de esta¹¹. Además, el TSD declaró que el TJUE en *Mangold* no ponderó la seguridad jurídica y la protección de las legítimas expectativas frente a la prohibición de la discriminación por razón de edad, lo que podría haber cambiado el resultado.

9 UfR 2017.824H Case 15/2014 6 diciembre de 2016.

10 Un análisis detallado del itinerario del acceso lo hizo LACHMANN, P., 'Grundlovens par. 20 og traktaer, der aenderer EU's institutioner', *Juristen*, nº 6, 2012, p. 259 antes de que se decidiera el caso de Lisboa sobre las reformas del Acta de Adhesión.

11 Que no confería soberanía, cf. Para. 20 de la Constitución de Dinamarca y el artículo 5 del TUE (ex 5 TEC, modificado).

Finalmente, comentar la alusión a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aunque fuera como *obiter dictum*. El TSD recordó que los hechos del caso (el despido del empleado) se produjo antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009. Por ello, el TSD destacó que la aplicación de la Carta no era legalmente vinculante, descartando de ese modo el argumento de que el empleado podía confiar en las disposiciones de la Carta. La Carta se mencionó ‘*en passant*’ en la cuestión prejudicial del TJUE: «[el principio del trato igual], consagrado ahora en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe considerarse como un principio general de derecho de la UE».

El TSD observó que las disposiciones de la Carta no podían invocarse en las relaciones horizontales. Esto puede acotarse como *obiter dictum* en casos futuros en los que el despido de un empleado haya tenido lugar después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa¹².

2.3. Conclusión

Después de concluir que el Acta de Adhesión no proporcionaba fundamento legal en una relación horizontal para otorgar prioridad a un principio de derecho de la Unión no escrito, el TSD añadió: «*El Tribunal Supremo se extralimitaría en el uso de sus competencias como autoridad judicial si dejara de aplicar la disposición en esta situación*», por lo que el tribunal nacional no podía dejar de aplicar el párrafo 2^a(3) de la Ley de Empleados Asalariados vigente entonces. *Ajos* podía, por tanto, basarse en la disposición nacional. En cuanto al alcance de la competencia del TSD, volveremos más tarde. Por su parte, el voto disidente emitido por el juez discrepante consideraba que había que seguir la directriz del TJUE, según la cual el Derecho de la Unión debería primar sobre el derecho nacional y que de acuerdo con la argumentación en los fallos daneses de Maastricht¹³ y Lisboa¹⁴, no existía conflicto con el Acta de Adhesión.

III. AJOS A LA LUZ DE LA PRÁCTICA DEL TSD SOBRE EL ACCESO A LA UE

Para entender la sentencia *Ajos* y su alcance, tenemos que referirnos a la práctica del TSD anterior a *Ajos*. El TSD muestra tradicionalmente una actitud

12 Véase también KRISTIANSEN, J. en UfR 2017B.75, ‘Graenser for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret — Om Hojesterets dom i Ajos-sagen’, p. 81-82, y Frölich, F en UfR 2017B.422/1 ‘Rets-sammenlignende perspektiver p Hojesterets kompetencekontrol I Ajossagen’.

13 UfR 1998.800.H

14 UfR 1999.841H (Tvind)

renuente y de contención vis-à-vis las instituciones políticas. Prueba de ello es que solo en una sentencia ha considerado inconstitucional una medida legislativa¹⁵.

Auto-restricción mantenida también en el campo de la integración europea. Esto resulta claro de dos fallos importantes en ese ámbito: las sentencias Maastricht y Lisboa. Ambas relativas a la revisión constitucional de la legislación referente a la adhesión danesa a los respectivos tratados de Maastricht y Lisboa. En los dos casos, el Tribunal Supremo concluyó que no se había violado la Constitución. Empero, la cuestión es si va a producirse un cambio de pensamiento. A fin de verificarlo habrá que analizar el enfoque del Tribunal Supremo, comenzando con la sentencia Maastricht, siguiendo con la sentencia Lisboa hasta el reciente fallo en el caso Ajos.

La hipótesis es que durante el periodo 1998-2016 podemos constatar el tránsito hacia un activismo mayor del Tribunal Supremo, que adquiere un papel creciente de protector de la Constitución, de los principios legales y del Pueblo.

Para empezar, presentaremos el escenario del contexto danés de la revisión constitucional. A renglón seguido someteremos a prueba la hipótesis mediante el análisis de la relación entre el TSD y el legislador danés, a la luz de las tres sentencias más importantes sobre la participación danesa en la cooperación con la UE: la *Sentencia Maastricht* (UfR 1998.800H); la *Sentencia Lisboa* (UfR 2013.1451H); y la *Sentencia Ajos* (UfR 2017.824H). En tercer lugar debatiremos las posibles razones y el alcance de esta evolución.

1. El fondo del contexto constitucional danés en lo que respecta a la revisión de la constitucionalidad de la legislación

Una clave para entender las sentencias en los tres casos mencionados se encuentra en la interpretación predominante de la separación de poderes entre las autoridades legislativa y judicial en el marco constitucional danés. La tradición constitucional consiste en contar con un parlamento fuerte y unos tribunales no activistas. Dinamarca no tiene tribunal constitucional. Sin embargo, los tribunales ordinarios pueden llevar a cabo una revisión constitucional aunque dicha competencia no esté directamente contemplada en la Constitución. Los tribunales daneses solo inaplicarán la legislación si ésta infringe claramente la Constitución. Los tribunales no realizan un control abstracto. Lo cual significa que un demandante debe tener un interés legal concreto para acudir a los tribunales. Esta tradición de un Parlamento fuerte y unos tribunales con *self-restraint* es común a otros países nórdicos, pero estos reforman sus constituciones

15 UfR 1999.841H (Tvind)

con mayor frecuencia, lo que deja un menor margen para la interpretación constitucional que en Dinamarca¹⁶.

Otra observación importante es que la Constitución danesa tan solo se ha modificado cuatro veces. La última reforma sustancial fue en 1953, y algunas de sus disposiciones conservan el mismo texto de 1849. La reforma de la Constitución es muy difícil, ya que exige que se celebren elecciones y un referéndum mayoritario y en el que participe al menos un 40% del electorado favorable a la reforma. Dado el contexto constitucional moderno en el que la Constitución debe aplicarse, la interpretación de la Constitución es transcendental. En la práctica, los tribunales se esfuerzan en *no* adoptar decisiones políticas o interferir en el proceso legislativo, de manera que dejan un amplio margen de actuación al gobierno y al parlamento. Esta relación entre el legislativo y los tribunales se refleja en varios párrafos de las sentencias de los casos *Maastricht* y *Lisboa*.

2. Análisis de la jurisprudencia: las sentencias de los casos *Maastricht*, *Lisboa* y *Ajos*

En la sentencia *Maastricht*, el Tribunal Supremo amplió el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva al atribuirlo a ciudadanos sin un interés legal específico. El Tribunal Supremo estableció los siguientes criterios para la legitimación procesal en los casos¹⁷ donde impliquen una transferencia de competencias legislativas en una serie de áreas generales e importantes de política pública; o supongan un impacto en las vidas de la gente y, por ende, en la población danesa en general.

Ello supuso un considerable desarrollo entonces. Inmediatamente después del acceso de Dinamarca a la Comunidad Europea en 1972 los ciudadanos quisieron cuestionar la constitucionalidad de la adhesión de Dinamarca a los Tratados de la Unión ante los tribunales¹⁸. Sin embargo, los tribunales decidieron que, puesto que los ciudadanos carecían de un interés específico, no podía abordar el fondo del asunto¹⁹.

Entrando en el meollo del caso, el Tribunal Supremo manifestó que la cesión de competencias al amparo del artículo 20 no debió significar que Dinamarca perdiera su condición de Estado independiente²⁰, y que el Tratado de Maastricht no había alterado esa situación pre-constitucional. Sin embargo, no definió el significado de la expresión 'Estado independiente'. El Tribunal afirmó que las limi-

16 Véase KRUNKE, H., «The Danish Lisboa Judgement: Danish Supreme Court», Case 199/2012, Judgement of 20 February 2013, *European Constitutional Law Review*, vol.10, issue 3, 2014, pp. 545-570.

17 UfR 1996.1300H.

18 Véase UfR 1973.694H

19 *Ibid.*

20 UfR 1998.800H

taciones a las transferencias según el artículo 20 deben basarse fundamentalmente en consideraciones de *carácter político*.

Los demandantes también sostenían la «excesiva» cesión de soberanía, hasta el punto de que la precondition constitucional para una forma democrática de gobierno había quedado reducida a nada. Según el Tribunal Supremo, cualquier transferencia de competencias legislativas implica cierta invasión en la forma de gobierno democrática danesa, pero eso se tuvo en cuenta cuando se redactó el artículo 20.

El Tribunal además declaró que: «corresponde al Parlamento danés decidir si la participación del Gobierno en la cooperación europea debe condicionarse a un mejor control democrático.»

Estas afirmaciones del Tribunal Supremo están en consonancia con el papel tradicional de los actores políticos al interpretar la Constitución danesa, en un marco constitucional en el que los tribunales tan solo consideran inconstitucional la legislación si viola de manera manifiesta la Constitución. Este entendimiento de la separación de poderes se basa en la idea de que la asamblea legislativa está legitimada por la elección popular, mientras que los tribunales carecen de dicha legitimidad democrática.

El caso *Lisboa*²¹ de 2013 resulta innovador en la medida en que, si bien el Tribunal confirmó la relación tradicional entre el legislativo y el judicial, destacó que los amplios poderes de los actores políticos están estrechamente relacionados con la responsabilidad. Respecto a la transferencia indirecta de competencias, el Tribunal dijo que las autoridades danesas deben asegurar que no hay una cesión creciente de competencias y garantizar que se respete la presunción constitucional de que la aprobación del Tratado de Lisboa no precisaba del procedimiento exigido en el artículo 20.

El Tribunal Supremo también hizo hincapié en que el TJUE no puede ampliar las competencias de la UE mediante sus interpretaciones: «El Tribunal de Justicia de la UE está encargado de resolver las disputas sobre la interpretación del derecho de la UE, pero ello no debe traducirse en una ampliación de los poderes de la Unión. Como se dijo antes, la aplicación por Dinamarca del Tratado de Lisboa se basó en una evaluación constitucional que no conllevara una delegación de competencias que requiera la aplicación del procedimiento del artículo 20, y las autoridades danesas están obligadas a asegurar se cumpla»²².

En otras palabras, los actores políticos están vinculados por las previas condiciones constitucionales para la evaluación y deben actuar como guardianes²³. Si

21 UfR 2013.1451H.

22 `Sentencia del Tribunal supremo de 20 de febrero de 2013, Caso nº 199/2012, p.15, UfR 2013, 1451H, p.1520.

23 Por lo que hace a los artículos 352 del TFUE y 6 (1) del TUE, ambos en los casos *Maastricht* y *Lisboa*, el Tribunal Supremo subrayó que el Gobierno debe evitar decisiones que conducirían a una ulterior cesión de soberanía.

no desempeñan adecuadamente esa función, el Tribunal Supremo, puede revisar la constitucionalidad del Derecho derivado de la UE en casos concretos.

Por otra parte, el Tribunal Supremo se refirió a su competencia para llevar a cabo el control jurisdiccional ‘si una ley o una resolución judicial que produzca un impacto real y concreto en los ciudadanos daneses, etc., suscita dudas sobre si está basada en una aplicación de los Tratados que va más allá de la cesión de soberanía de acuerdo con el Acta de Adhesión’. Lo mismo será de aplicación si se adoptan las normas de la UE o si el TJUE pronuncia resoluciones basadas en tales aplicaciones de los Tratados por referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales.

Finalmente, nos encontramos con la decisión del caso *Ajos*²⁴ de diciembre de 2016. Esta sentencia es muy interesante porque el Tribunal Supremo optó por apartarse del criterio del TJUE.

Las razones de la misma fueron básicamente dos. Por un lado, que no es posible en el marco del Acta de Adhesión otorgar la prioridad al principio no escrito de la UE sobre discriminación por la edad. Por otro, que el Tribunal Supremo actuaría sobrepasando los límites de su competencia como autoridad judicial, si dejara de aplicar la disposición nacional en esta situación.

Un juez disidente se refiere a la argumentación realizada en los casos de *Maastricht* y *Lisboa* y llega a la conclusión de que no existe conflicto alguno con la Directiva y de que el Derecho de la Unión debería primar sobre el derecho nacional²⁵: «En las sentencias de 6 de abril de 1998 (UfR 1998.800) sobre el Tratado de Maastricht, y de 20 de febrero de 2013 (UfR 2013.1451) sobre el Tratado de Lisboa, el Tribunal Supremo falló sobre esos dos tratados en relación, entre otros, con el artículo 20 de la Constitución acerca de las transferencias de soberanía mediante ley y dentro de límites específicos. En conexión con ello, se supone *inter alia* que no es en sí mismo incompatible con el requisito concreto del artículo 20 de la Constitución, o contrario a los presupuestos que forman la base de la Acta de Adhesión, que el TJUE, al interpretar el Tratado, atribuya también importancia a factores interpretativos, aparte de a la redacción de la disposición, como la finalidad del Tratado. Lo que a continuación se transcribe se dictaminó a propósito de la competencia del TJUE en la sentencia sobre el Tratado de Maastricht en el apartado 9.6 (y reiterado en la sentencia sobre el Tratado de Lisboa) en el apartado 9.7:9.6. Los apelantes han argüido que la jurisdicción del TJUE según el Tratado, a la luz del principio de la primacía del derecho comunitario, impide que los tribunales daneses impongan límites a la transferencia de soberanía que se ha producido por el Acta de Adhesión, lo cual debe ser tenido en cuenta a la hora de determinar si se ha observado lo establecido en artículo 20 (1) de la Constitución. El Acta de Adhesión atribuye al Tribunal de Jus-

²⁴ UfR 2017.824H.

²⁵ Véase la opinión disidente del Juez del Tribunal Supremo, Jytte Scharling en UfR 2017.824H.

ticia de la Comunidad Europea la jurisdicción para decidir sobre la legalidad y la validez de un acto legal de la Comunidad Europea. Esto significa que los tribunales daneses no pueden considerar inaplicable en Dinamarca un acto legal de la Comunidad Europea sin someter a una decisión del TJUE la cuestión de su compatibilidad con el Tratado. También significa que los tribunales daneses pueden presumir en general que las decisiones del TJCE sobre ese punto están dentro del ámbito de la soberanía transferida. El Tribunal Supremo, en cambio, estima que de la exigencia específica del artículo 20 (1), unida a la competencia de los tribunales daneses para decidir sobre la constitucionalidad de la ley, se deduce que los tribunales no pueden ser desposeídos de su jurisdicción para entender sobre la cuestión de si un acto legal de la CE traspasa los límites de la soberanía delegada mediante el Acta de Adhesión. Por lo tanto, si se diera la circunstancia extraordinaria de que un acto legal de la CE ratificado por el TJCE se basa en una aplicación del Tratado que queda fuera del alcance de la cesión de soberanía efectuada por el Acta de Adhesión, los tribunales daneses deben entender que el acto legal de la CE es inaplicable. Y lo mismo puede decirse de las normas y principios legales basados en la jurisprudencia del TJCE. (letra negrita, de los autores). 9.7. Teniendo en cuenta lo expuesto, el Tribunal Supremo estima que ni las competencias adicionales transferidas al Consejo en aplicación del artículo 235 del Tratado de la Comunidad Europea, ni la actividad creadora del derecho del Tribunal de Justicia de la Comunidad pueden considerarse incompatibles con la exigencia concreta del artículo 20 (1) de la Constitución. La actividad de creación e interpretación del Derecho por parte del TJUE eran conocidos cuando Dinamarca ingresó como miembro de la CE el 1 de enero de 1973. Estos sellos distintivos de la actividad del TJCE eran parte del debate antes de la decisión (y referéndum) sobre la entrada de Dinamarca a la CE. Así pues, la atención de la polémica se centró entre otros en el desarrollo del principio de la primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional: cfr. entre otros el caso 6/64 Costa v ENEL: EU:C:1964:66. Cuando el Tribunal desarrolló y sentó ese principio, la primacía del derecho comunitario no se mencionó en el Tratado. El Tribunal también ha desarrollado, en el periodo previo a las modificaciones más recientes del Derecho sobre la Adhesión, ese tipo de interpretación, sosteniendo, por ejemplo, que las disposiciones del tratado también pueden tener un efecto directo sobre los individuos, imponiéndoles deberes: vid. la sentencia de 8 de abril de 1976, 43/75, Defrenne, ECLI:EU:C:1976:56, en la que el Tribunal dispuso que el artículo 119 [del Tratado de la CEE] entonces en vigor, imponía un deber a los Estados miembros de ejecutar y defender el principio de salario igual por trabajo igual para hombres y mujeres. A la vista de lo expuesto, estimo que no se da tal situación extraordinaria que pueda mantenerse con la certeza exigida de que la aplicación de un principio general de derecho de la UE que prohíbe la discriminación por razón de la edad en el ámbito laboral queda fuera de la competencia otorgada al TJUE por el Acta de Adhesión (letra negrita, de los autores). Y de acuerdo con ello estimo que el Acta de Adhesión suministra la base necesaria para no aplicar

el artículo 2º(3) de la Ley de Empleados Asalariados en este caso, y, por lo tanto, los tribunales daneses no actúan por ello fuera de los límites de su jurisdicción».

Volviendo a la decisión mayoritaria en el pronunciamiento de Ajos, de un lado, el segundo argumento de la mayoría expresa el respeto del Tribunal hacia las instituciones políticas, entendiéndolo su papel más pasivo.

Además, sabemos, por la intervención del gobierno danés en la cuestión prejudicial, que solicitó que el TJUE le ofreciera la posibilidad de no otorgar efecto directo al principio no escrito de la UE sobre la discriminación por razón de la edad respecto a los principios del rule of law y de la seguridad jurídica²⁶. De esta forma, la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo resultó conforme con la percepción del gobierno danés, aunque los argumentos difirieran ligeramente. Asimismo, de esta forma se puede decir que la sentencia mostró respeto por las instituciones políticas.

Por otro lado, al mismo tiempo vemos a un Tribunal Supremo mucho más activo y confiado, que se atreve a rechazar la cuestión prejudicial. Un Tribunal Supremo que pone límites a la integración en la UE y defiende la Constitución, el Acta de Adhesión y los principios generales legales (aunque no se refiera directamente al Estado de Derecho y a la seguridad jurídica). El Tribunal asume el papel de protector de la Constitución, de los principios generales y del pueblo danés²⁷. De esta manera el Tribunal Supremo adquiere una nueva identidad. No es ya un Tribunal pasivo que —contrariamente, p.ej., al Tribunal Constitucional alemán— no establece límites o señala unos pocos al progreso de la integración de la UE, basándose en la Constitución danesa y en el Acta de Adhesión. El Tribunal indica a las instituciones políticas que tendrán que enmendar el Acta de Adhesión a la UE, no pudiendo permitir pasivamente que la integración vaya más allá de lo que permitía el Acta de Adhesión.

Esto parece conducir a una ligera paradoja ya que, de un lado, tenemos un tribunal que mediante sus resoluciones muestra respeto a la tradicional relación entre los órganos judiciales y el legislador según la separación de poderes danesa, pero, por el otro, parece inspirado por otros tribunales europeos más dinámicos y activos en la defensa de la Constitución de los principios legales y del Pueblo. La sentencia parece otorgar al Tribunal Supremo una legitimidad mayor en el ámbito nacional.

En otras palabras, formalmente el Tribunal respeta a las instituciones políticas, pero, al mismo tiempo, se convierte en un actor mucho más importante en la integración de la UE con la sentencia del caso Ajos, emitiendo señales claras

²⁶ Escrito dirigido por el Ministerio danés de Asuntos Exteriores de 19 de diciembre de 2014 al TJUE. Traducción de los autores.

²⁷ Vid. KRUNKE, H. 'Courts as protectors of the people: constitutional identity, popular legitimacy and human rights', en SCHEININ, M., KRINKE, H. and AKSENOVA, M. (eds.), *Judges as Guardians of Constitutionalism and Human Rights*, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 71-96.

tanto a los políticos daneses como a las instituciones de la unión europea, incluyendo al propio TJUE.

Las observaciones del juez disidente son muy interesantes. Reflejan que, a su juicio, el Tribunal Supremo no sigue la pauta marcada por él mismo en su trayectoria al decidir apartarse de la decisión prejudicial del TJUE en el caso de Ajos. Si seguimos esa línea de pensamiento, el fallo Ajos significa una ruptura con la práctica existente y, (quizás) por ello, una violación del mismo principio de seguridad jurídica que inicialmente pretendía proteger.

Es posible, sin embargo, apuntar a un vínculo entre la sentencia del caso Lisboa y la de Ajos, fijándose en las declaraciones del Tribunal Supremo en el fallo de Lisboa sobre los límites de la integración europea y la advertencia a los políticos daneses como *perros guardianes*, y al TJUE en relación con las interpretaciones dinámicas. Uno podría decir que el fallo alcanzado en *Ajos* es una continuación de esas declaraciones.

En conclusión, parece que el Tribunal Supremo ha dejado de ser un tribunal pasivo para: 1) ampliar el acceso a la tutela judicial en el caso Maastricht, 2) advertir a las instituciones políticas y al TJUE de sus responsabilidades y de los límites constitucionales a la integración europea en el caso Lisboa; y, finalmente, 3) convertirse en un Tribunal fortalecido, que ha trazado una línea respecto a los límites de la integración europea en el caso Ajos. Mientras que el Tribunal Supremo amplió por primera vez en los años 1990 la tutela judicial en materia de constitucionalidad de los tratados, fortaleciendo indirectamente el control jurisdiccional de la integración europea, en el caso Ajos en el 2016 estableció límites importantes a dicha integración.

III. POSIBLES RAZONES Y ALCANCE DEL DESARROLLO

1. La tradición legal danesa

A fin de comprender la sentencia es útil revisar la tradición legal danesa en lo que se refiere a las fuentes legales, al razonamiento legal en la jurisprudencia y al contenido de la Constitución. No es probablemente una coincidencia que sea un principio constitucional no escrito de la UE, lo que haya impulsado al Tribunal Supremo a apartarse de una decisión prejudicial. La Constitución danesa no establece directamente principios generales y valores. Aunque se recurre a algunos principios legales como fuentes, principalmente en Derecho privado, lo normal es que no se utilicen directamente como fuentes legales. Por lo que hace a los principios constitucionales, son pocos y considerados en general como indicaciones más amplias subyacentes en el texto constitucional, reflejadas en el texto escrito. Los tribunales no se muestran activos a la hora de definir principios constitucionales nuevos. En el ordenamiento jurídico danés el derecho escrito interpretado a la luz de sus *trabajos preparatorios*, ocupa un lugar prominente. Además,

como ya se dijo, los tribunales daneses suelen mostrarse reacios a emplear un estilo dinámico de interpretación. Por lo tanto, la idea de que principio constitucional no escrito creado por el TJUE pudiera dejar de lado a la ley escrita resulta en sí misma extraña para los jueces daneses. Más aún, el caso *Ajos* abordaba una relación horizontal ya que concernía a dos sujetos privados. En suma, esa interpretación dinámica del TJUE y su opinión sobre la naturaleza legal de fuente de los principios no escritos, son ajenos a la tradición legal danesa.

2. La identidad constitucional

En el procedimiento ante el TJUE en el caso *Ajos*, el gobierno danés envió las observaciones previas a la audiencia. En relación con el tema de la ponderación de principios, el gobierno se refirió al artículo 4(2) TUE y a la identidad constitucional nacional. Por otra parte, como veremos, otros tribunales supremos/constitucionales se han referido a la identidad constitucional nacional en casos sobre la relación entre el derecho de la UE y el derecho nacional, incluyendo casos relativos al efecto horizontal.

Así, el Gobierno danés encuentra relevante la identidad constitucional nacional, de igual modo que diversos tribunales nacionales a lo largo y ancho de Europa. Sea como fuere, el Tribunal Supremo danés no hace alusión a dicho concepto en su sentencia. Parece que da por hecho la inclusión de esa identidad en el artículo 4(2) TUE. La razón estriba en que el principio de seguridad jurídica (y/o el Estado de Derecho) son parte de la identidad constitucional nacional danesa. Podrían apuntarse diversas razones por las cuales se omite una referencia directa. La primera sería las dudas sobre si el principio de seguridad jurídica puede ser definido o no como un principio constitucional. La segunda, que el Tribunal Supremo es reticente a ello porque el modelo patrio de separación de poderes —con legisladores fuertes y limitación del poder jurisdiccional. La tercera sería la duda de si el artículo 4(2) TUE puede aplicarse mediante el efecto directo horizontal, entre dos partes privadas, implicando la no aplicación de la Directiva en el caso concreto²⁸. Nos centraremos en las dos primeras.

¿Es la seguridad jurídica un principio constitucional? Directamente, no se menciona en el texto fundamental. Aun así, tal principio existe porque así lo dicen diversas sentencias, y porque es la base de buena parte de previsiones constitucionales²⁹. En diversos casos los tribunales daneses aceptaron argumentos

28 Además de las razones sustantivas ya mencionadas, también cabría aducir razones formales, toda vez que las partes no la sacaron a colación dentro del proceso, motivo por el que el Tribunal Supremo no la aborda.

29 Así, pueden verse los artículos 3, 22, 43, 62-65, 71, y 77-79. Vid. KRUNKE, H. and BAUMBACH, T., 'The Role of the Danish Constitution in European and Transnational Governance', en ALBI, A. and BAR-DUTZKY, S. (eds.), *The Role and Future of National Constitutions in European and Global Governance*, Asser Press, 2018 (forthcoming).

basados en la seguridad jurídica, y en muchos de ellos esta sirvió de base para la interpretación de una normativa concreta. Además, la seguridad jurídica tiene una perspectiva general, no sólo como mera referencia en los trabajos preparatorios (que tienen un papel importante a efectos interpretativos en el sistema jurídico danés)³⁰. No solo eso: más reveladores son aquellas sentencias donde se proclama no solo su existencia sino también su rango constitucional. En el *caso Tvind*, el Tribunal Supremo estableció que la seguridad jurídica es el valor nuclear que está detrás de la separación de poderes del artículo 3 de la Constitución³¹. Esta sentencia es la única donde el Tribunal Supremo ha declarado la inconstitucionalidad de la norma. Incluso en casos donde no queda claro si se emplea como parámetro de interpretación o como fuente independiente de Derecho, la jurisprudencia deja la impresión de que es posible argumentar no sólo la existencia del mismo, sino su rango constitucional.

En el caso que nos ocupa, el empleador privado (Ajos), argumentaba que sería una violación del artículo 3 de la Constitución danesa, por vulnerar la separación de poderes y el principio de seguridad jurídica el hecho de interpretar la legislación danesa en base a la *doctrina Mangold*. En su sentencia, el Tribunal Supremo dejó dicho que dejar de aplicar la legislación nacional sería actuar fuera de los límites y competencias que tiene atribuidos como poder judicial. Dos observaciones al hilo de esto. Una, el Tribunal Supremo no alude a la seguridad jurídica. Dos, tampoco da cabida al mismo desde la óptica de las normas no escritas.

Sea como fuere, y tal y como se ha mencionado antes, en el *caso Tvind*³² el Tribunal Supremo se refiere al principio de seguridad jurídica como un valor subyacente, valor que debe presidir la interpretación del artículo 3 de la Constitución. El tribunal incluye aquí indirectamente dicho principio en su parecer, especialmente al declararse competente en base a diversas previsiones constitucionales, lo cual, si se trae al caso Ajós, da como resultado que el principio de seguridad jurídica también hace acto de presencia.

Mientras que el Tribunal Supremo danés se abstiene de basarse en la identidad constitucional, la Corte Constitucional italiana (CCI) se refiere a la relación entre dicho concepto y el artículo 4(2) en el *caso Taricco*, examinado más abajo. De todas formas, la doctrina ha resaltado que realmente la Corte ha acabado por minimizar el argumento de la identidad constitucional subrayando la importancia de las tradiciones constitucionales tanto a nivel nacional como a

30 Ver UfR 2015.1455V, UfR 2014.1724H, UfR 2014.914H and UfR 2012.2510Ø.

31 En la sentencia U 2000.1751H, art. 877.3 se decidió en base a dicho postulado. En la U 2008.2394H, la seguridad jurídica fue la base para mantener el artículo 37 de la Ley de Extranjería. Más allá, en la U 2014.914H, el Tribunal dijo que se violaría la seguridad jurídica si la Ley de Vacaciones se interpretaba en base a la Directiva 2003/88. En TfK 2015.1153, el Juez disidente fundó su voto sobre el art. 987.1, de la Ley de Administración de Justicia precisamente en base al principio de seguridad jurídica.

32 Ver nota 30.

nivel europeo³³. No obstante, las nuevas referencias preliminares sobre el TJUE, incluyen un argumento, que puede ser interpretado como una alusión a la identidad constitucional³⁴, aunque el término exacto no se emplea, como tampoco se alude al precepto arriba mencionado, «...incluso cuando la suspensión de la legislación contrastaría con los principios supremos del orden constitucional del Estado miembro o con los derechos humanos alienables, reconocidos bajo la Constitución del Estado miembro»³⁵.

Resulta interesante, como se ha dicho antes, destacar que el Gobierno danés en sus observaciones en *Ajos* hace hincapié en la ponderación entre los principios en juego, argumentando que «el Gobierno otorga un peso considerable a las condiciones básicas por la existencia de un Estado basado en la idea del Estado de Derecho, del imperio de la ley, y un sistema legal lo es; el principio de seguridad jurídica, el principio de protección de las expectativas legítimas, así como la posibilidad de los ciudadanos de conocer las obligaciones que deben cumplir. Este es el verdadero principio fundacional de un Estado de Derecho. Estos principios deben tener más peso que un principio que constituye una aplicación específica del principio de igualdad como derecho fundamental basado en las tradiciones constitucionales comunes»³⁶.

Si la cita anterior se combina con los párrafos 56 y 57, donde se realiza una referencia directa al artículo 4(2) TUE, defendiendo que el imperio de la ley, incluyendo la separación de poderes, forma parte del núcleo esencial del concepto³⁷.

«56. Se deduce del artículo 4(2) TUE, la Unión respeta la identidad nacional de los Estados Miembro, contenida en sus estructuras políticas y constitucionales.

57. El artículo 4 (2) TUE, por su propia naturaleza, no cambia el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, siendo su propósito relevante el incluir un caso que afecta el núcleo de los Estados miembros en lo que hace al entendimiento del estado de Derecho, incluyendo la división de responsabilidades entre el poder legislativo y judicial. La sentencia *Mangold*, EU: C: 2005:709, su recepción en los Estados miembros, en la doctrina y en los propios Abogados Generales del Tribunal, confirma, en opinión del Gobierno, que ahí hay razón y base suficiente para el acuerdo. En cualquier caso, la visión es la de dejar el concreto balance, el balance final, al tribunal nacional, que estudiará las circunstancias concretas del caso, incluyendo las consideraciones precedentes».

33 Ver FABBRINI, F.; y POLLICINO, O., «Constitutional Identity in Italy: European Integration as the Fulfilment of the Constitution», *EUI LAW Working Papers* (forthcoming), 2017, p. 14.

34 Vid. Order No. 24 Year 2017 of the ICC.

35 *Íbidem.*, p. 10f.

36 Escrito presentado por el Ministerio de Asuntos Exteriores de Dinamarca, de 19 de diciembre de 2014 al TJUE. Traducción de las autoras.

37 Ver KRISTIANSEN, J. en UfR 2017B.75, 'Grænser for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret — Om Højesterets dom i *Ajos*-sagen', p. 84.

Así, mientras que el Tribunal Supremo danés no se refiere a la identidad constitucional en su sentencia, el gobierno danés sí lo hace, entrando a definir parte de la identidad constitucional danesa. Hasta el momento, esto alejaba a Dinamarca de países como Alemania, donde el Tribunal Constitucional Federal alemán ha sido muy activo en definir la identidad constitucional del país teutón³⁸. En otras palabras: si el Tribunal Supremo hubiera definido la identidad constitucional danesa hubiera dado lugar a un activismo mucho más intenso que el demostrado en *Ajos*, siguiendo los pasos de otros Tribunales más dinámicos y *activistas*.

3. El contexto de la sentencia Ajos

Es interesante dedicar espacio al contexto en el que se produjo el caso. Diversos Tribunales Supremos/Constitucionales europeos estaban manteniendo un diálogo crítico con el TJUE³⁹. El Tribunal Supremo danés celebró una conferencia sobre «Confianza pública en los Tribunales» en la primavera de 2016. El antes Presidente del mismo, Børge Dahl, así lo aseveró en el Congreso FIDE en 2014, desde la óptica de la seguridad jurídica y el Estado de Derecho en relación con la jurisprudencia del TJUE⁴⁰. El contexto político en el que se publica la *sentencia Ajos* es en un momento con el Brexit encima de la mesa y un creciente populismo en buena parte de los Estados miembro de la Unión. Finalmente, Dinamarca consiguió la presidencia del Consejo de Europa el año siguiente y en la agenda política estaba en marcha la reforma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la luz del principio de subsidiariedad, incluyendo el enfoque de la interpretación dinámica creado por este y atendiendo a las circunstancias nacionales especiales. Tales objetivos fueron expresados en el programa de la presidencia danesa⁴¹:

«Un diálogo fortalecido entre los Estados miembro, tribunales nacionales, y tribunales europeos, especialmente el TEDH a la hora de interpretar el Convenio, incluyendo el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación, harán el Tribunal más fuerte a la larga. Un objetivo clave para la presidencia

38 Sobre la relación entre la separación de poderes y la identidad constitucionales, véase KRUNKE, H., 'The Danish Lisbon Judgment: Danish Supreme Court, Case 199/2012, Judgment of 20 February 2013', *European Constitutional Law Review*, vol. 10, issue 3, 2014, pp. 545-570; y KRUNKE, H., Constitutional identity — seen through a Danish lens, *Retfaerd*, vol. 37, 2014, pp. 24-40.

39 Así, por ejemplo, para el caso alemán ver BVerfG, Judgment of the Second Senate of 21 June 2016 — 2 BvR 2728/13 — paras. 1-220 (OMT); y para el caso italiano, la Italian Constitutional Court Order No.24/2017 (*Taricco*).

40 Vid. DAHL, B., 'Keynote Address' in Neergaard, U. & Jacqueson, C. (eds.), *Proceedings: Speeches from the XXVI FIDE Congress*, 2014 Congress Publications Vol. 4, DJØF Publishing, 2014, pp. 26-36.

41 Vid. *Priorities of the Danish Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe* (15 November 2017-18 May 2018).

danesa es encontrar nuevas formas de asegurar conjuntamente un diálogo sólido sobre los desarrollos de la jurisprudencia del Tribunal; un diálogo en el cual la sociedad civil desempeñe un papel clave. Nuestra meta es un sistema que tenga una vigencia real sobre el entendimiento de las necesidades y condiciones locales (...). Será una prioridad para la presidencia danesa arrojar luz sobre cómo manejamos el hecho de que el TEDH, a través de sus sentencias, influye en las políticas nacionales y en sus ciudadanos. Debe asegurarse que el diálogo se mantenga en todas sus fases y elementos en lo que a derechos humanos hace. Esto incluye, entre otras, la interpretación dinámica del Convenio y la necesidad de tener en cuenta el principio de subsidiariedad y su herramienta, el margen de apreciación».

4. El alcance de la sentencia Ajos

Finalmente, debemos hacer alusión al alcance del caso, porque plantea diferentes cuestiones de interés tanto para el Derecho nacional danés como para el Derecho de la Unión Europea.

El voto particular que se acompaña a la sentencia considera que si el criterio de Maastricht se hubiera aplicado aquí no hubiera habido conflicto entre la Directiva comunitaria y la legislación danesa, imponiéndose así el Derecho de la UE. La mayoría del Tribunal observó que no existía base legal suficiente en el Acta de Adhesión a la Unión que permitiera que un principio comunitario no escrito primara sobre la norma nacional en el marco de una relación *inter-privatos*. ¿Significa esto que el criterio Maastricht no tiene ya cabida? ¿Tenemos ahora un criterio más permisivo, más amplio? El Tribunal Supremo, basándose en este, considera que tanto en el *caso Maastricht* como en el *caso Lisboa*, los principios constitucionales no escritos de la UE definidos por el TJUE —tales como el de supremacía y el de efecto directo— entraban dentro de las competencias comunitarias, también de las del propio Tribunal, por su carácter dinámico. Por ello no es extraño plantearse que el Tribunal Supremo danés ha cambiado su enfoque, apartándose de criterio Maastricht. Otra interpretación de la sentencia sería que dicho criterio sigue vigente como punto de partida, cambiando su aplicación por la relevancia que en el caso particular tiene el estar ante una relación entre dos actores privados.

Otro aspecto interesante es que el Tribunal Supremo danés conoce del efecto directo en relación con la Carta Europea de Derechos Fundamentales, cuestión que ha sido abordada por diferentes Tribunales constitucionales/europeos⁴². Y

⁴² Así, la Corte Constitucional Italiana, en su sentencia 24/2017 (caso Taricco), y el Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso *Chester v. Secretary of State for Justice* y en el caso *McGeoch v. The Lord President of the Council and another* [2013] UKSC 63.

subraya que la Carta, incluyendo su artículo 21, no tiene efecto directo en la UE. Lo mismo cabe decir, en su opinión, de los principios contenidos en el artículo 6.3 TUE. De esta manera parece que el Tribunal Supremo está sentando las bases de casos futuros que tengan que ver con la Carta.

Finalmente, debemos hacer alusión al impacto del caso en la relación de los tribunales internos, Supremos y Constitucionales, con el Derecho de la Unión y las legislaciones nacionales. En este texto hemos presupuesto que el Tribunal Supremo danés no ha seguido la vía preliminar, lo cual puede llevar a que otros tribunales similares hagan lo mismo. De todos modos, la pregunta de relevancia es si esta decisión entra o no dentro del ámbito delimitado por el TJUE. Según la normativa comunitaria, la no discriminación por motivo de edad es un principio constitucional con efecto directo pero el Derecho de la UE no puede ser aplicado en un sentido *contra-legem*. Visto así, el Tribunal Supremo danés ha seguido tanto la norma comunitaria como la decisión preliminar, en el sentido de que no ha aplicado el Derecho de la UE contra la ley. A su favor, de esta interpretación puede decirse que la UE no ha emprendido las acciones correspondientes contra Dinamarca por vulneración de los Tratados. En contra, puede argüirse que el Tribunal Supremo danés no acepta que el principio constitucional de la no discriminación por razón de edad —ni tampoco alguno de los principios enunciados en el artículo 6.3 TUE ni en el Carta de Derechos Fundamentales de la UE— tenga(n) efecto directo en el ordenamiento nacional. Aun es más: la propia doctrina ha señalado que existían vías alternativas, mediante las cuales el Tribunal Supremo danés podría haber interpretado la legislación danesa de acuerdo con el Derecho de la UE sin crear ninguna situación *contra-legem*⁴³.

Aunque no pueda darse una solución definitiva, el caso Ajos expone a las claras el impacto que podría tener para la relación entre el Derecho de la UE y el Derecho danés (en una nueva dirección), y en general para las relaciones entre el Derecho de la UE y el resto de Derechos nacionales. Por ello resulta necesario exponer qué ha sucedido en otros casos similares en Europa, en concreto en aquellos decididos por Tribunales Supremos y/o Constitucionales.

IV. ANÁLISIS COMPARADO DEL CASO AJOS

Tal y como hemos dicho arriba, el caso Ajos se inserta en el marco comparado dentro del contexto europeo, especialmente en el marco del diálogo judicial entre los tribunales nacionales y el TJUE. Aquí abordaremos dos cuestiones. Por un lado, se estudia si otros tribunales nacionales se han ocupado de la cuestión de

43 Vid. NIELSEN, R; y TVARNØ, C.D., 'Danish Supreme Court Infringes the EU Treaties by its Ruling in the Ajos Case', *Europaetisk Tidsskrift*, 2017(2), pp. 303-326; y NIELSEN, R; y TVARNØ, C.D., en UfR 2016B.269, "Ajos-sagens betydning for rækkevidden af EU-konform fortolkning i forhold til det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination".

la seguridad jurídica en relación con sus propios ordenamientos, sobre todo para saber si la combinación de la jurisdicción de los tribunales nacionales y la separación de poderes, se emplean tales principios constitucionales para limitar el efecto directo del Derecho de la UE. Por otro, se estudia el ejemplo de otros tribunales nacionales europeos, que están invocando ciertas reservas constitucionales junto al principio de cooperación leal, apostando por un diálogo más abierto con la UE (lo cual guarda mayor similitud con el caso *Ajos*).

1. Defendiendo la seguridad jurídica a nivel nacional

En *Ajos*, el Tribunal Supremo danés optó por resaltar la discusión planteada por los Abogados Generales del TJUE, en relación con la doctrina de la aplicación horizontal de los principios generales de la UE por parte del TJUE. Aquél acudió al *caso Ole Andersen*, para saber si podría aplicar el mismo enfoque a un supuesto de dos actores privados, o si ello quebraría la seguridad jurídica.

En dicho caso, la Abogada General Kokott⁴⁴ cuestionó que el TJUE se hubiera basado directamente en el principio legal general de la prohibición de discriminación por razón de edad, alegando que debía ser el tribunal nacional el que debe inaplicar cualquier previsión legal nacional que entre en conflicto con dicho principio. En el párrafo 22 de su escrito dejó dicho que «parecía existir un acuerdo temporal para resolver asuntos de discriminación en relaciones legales entre individuos, donde la Directiva 2000/78 no es directamente aplicable y no puede reemplazar la norma nacional civil o laboral».

La Abogada General Trstenjak insistió en la idea de que una reconsideración minuciosa y en profundidad acerca del efecto directo horizontal, de los principios generales, o de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales no era necesaria para resolver el caso en litigio, toda vez que el asunto principal tenía que ver con una relación jurídica vertical. En otro caso —el *caso Domínguez*— aquél manifestó sus reservas en base al principio de seguridad jurídica referido a individuos y también acerca de la inconveniencia de mezclar las fuentes del Derecho, tratando a las Directivas como norma derivada y a los principios generales como Derecho originario⁴⁵. Debido a la ausencia de seguridad jurídica en el marco de relaciones individuales-privadas, enfatiza en el párrafo 164: «el principio de seguridad jurídica requiere que las reglas que impliquen consecuencias negativas para los individuos sean claras y precisas y su aplicación predecible. De todos modos, como nunca será posible para un individuo privado estar seguro de la aplicación de una norma no escrita, estás traerán siempre cierta inseguridad, sean normas nacionales sean Directivas».

⁴⁴ Opinión de la Abogada General Kokott en *Ingeniørforeningen i Danmark v Region Syddanmark* (C-499/08) EU:C:2010:600 [2010].

⁴⁵ Opinión de la Abogada General Trstenjak en *Maribel Domínguez v Centre informatique du Centre Ouest Atlantique and Préfet de la région Centre* (C-282/10) EU: C:2012:33 [2012].

El Tribunal Supremo danés compartió las mismas preocupaciones y al enviar el caso Ajos al TJUE querían encontrar una solución a través de la ponderación de los principios en conflicto. Al rechazar la solución propuesta por aquél, el TJUE no ofreció otra salida al tribunal nacional más que aplicar el Derecho de la UE conforme su interpretación. El Tribunal Supremo no procedió como se esperaba; más bien los jueces daneses encontraron su propio modo de resolver el problema, garantizando la seguridad jurídica del Derecho danés del modo explicitado arriba.

1.1. *El caso Taricco II. La seguridad jurídica y los límites al poder de los tribunales*

En el caso *Taricco II*⁴⁶ la Corte Constitucional planteó cuestión prejudicial al TJUE sobre la extensión que implica para los tribunales nacionales italianos cumplir con la obligación, establecida en *Taricco y Otros* el 8 de septiembre de 2015⁴⁷ de inaplicar, en los procesos penales pendientes, las reglas contenidas en el último párrafo del artículo 160 y en el penúltimo párrafo del artículo 161, ambos del Código Penal. El caso *Taricco II* planteaba si el artículo 325 TFUE (antiguo 280) primaba sobre las normas penales nacionales a la hora de computar los plazos para perseguir delitos fiscales, tal y como el TJUE sugirió en *Taricco y Otros*⁴⁸. Según la Corte Constitucional, esto violaría el principio constitucional de legalidad, principio con mucho peso en el ámbito penal. La primera cuestión prejudicial fue recogida en la sentencia abajo referida, que acabó con el planteamiento de una nueva al TJUE. En la misma, la Corte Constitucional alude explícitamente a la previsibilidad y nivel de certeza para los individuos. La Corte también se refiere a los límites que tiene el poder jurisdiccional en base a la separación de poderes⁴⁹. Enfatiza la Corte que este no puede realizar recomendaciones discrecionales en política criminal, máxime teniendo en cuenta el sistema constitucional en el que se incardinan el resto de Estados miembros que siguen el *civil-law*. Así, dirá que: «Esto no garantiza a los tribunales el poder de crear nuevas normas penales en lugar de la legislación aprobada por el Parlamento, ni tampoco de colmar objetivos allá donde la ley no especifica en qué manera y con qué fines debe hacerse».

Acto seguido, dirá que: «la conclusión excedería los límites aplicables al ejercicio de los poderes jurisdiccionales dentro de todo Estado de Derecho, al menos teniendo en cuenta la tradición continental, lo cual tampoco se compadecería con el principio de legalidad regulado en el artículo 49 de la Carta de Niza».

En sus conclusiones generales el Abogado General Y. Bot sostuvo que el TJUE debía abordar la cuestión dando en buena medida la respuesta ya dada en

46 *M.A.S.*; y *M.B.* (C42/17) EU:C:2017:936 [2017].

47 *Taricco y Otros* (C-105/14) EU:C:2015:555 [2015].

48 ICC Order No. 24/2017.

49 *Íbidem.*, p. 5, 9, y 11.

Taricco y Otros. Ninguno de los argumentos de la Corte le parecieron lo suficientemente convincentes como para cambiar el criterio, defendiendo que el artículo 325 TFUE debía ser interpretado en el sentido de que el tribunal nacional debe inaplicar la limitación absoluta plasmada en la norma nacional. El caso guarda similitudes con *Ajos*, aunque también presenta notables diferencias (básicamente, la naturaleza penal y laboral, respectivamente).

Los argumentos dados por la Corte sobre los artículos 49 y 53 de la Carta de Derechos Fundamentales tampoco son secundados por el Abogado General, lo que igualmente sucede respecto de las alegaciones en torno al artículo 4(2) TUE⁵⁰. El Abogado General defiende que la protección de un derecho fundamental no debe confundirse con un ataque a la identidad nacional o, más específicamente, la identidad constitucional de un Estado miembro. Aunque en *Taricco I* estábamos ante un derecho fundamental protegido por la Corte Constitucional, ello no supuso la no observancia del artículo 4(2) TUE. Se podría decir que si se hubiera argumentado igual en *Ajos* por parte del Tribunal Supremo danés (como hizo el gobierno), el Abogado General Bot lo hubiera rechazado de igual modo.

En *Taricco II* el TJUE siguió el criterio del Abogado General acerca del artículo 325 TFUE, defendiendo que debía interpretarse en aras de requerir al tribunal nacional, en procesos penales relacionados con el IVA, la inaplicación de la norma nacional sobre los límites, incluso si formaba parte del derecho sustantivo. En cambio, y al contrario de lo que sostuvo Bot, el TJUE sentenció que la obligación de proteger los intereses financieros de la UE no era absoluta. En suma, las reglas debían inaplicarse: «(...) salvo que ello supusiera una quiebra del principio de que los delitos y sus penas deben ser definidos con precisión por la ley, así como de la irretroactividad de las normas penales, y del no endurecimiento a posteriori»⁵¹. El TJUE dejó sin resolver la tercera cuestión, sobre la identidad constitucional, toda vez que la respuesta ya dada a las dos primeras sirvió de base suficiente para ponderar la seguridad jurídica plasmada en la Constitución italiana y la efectividad del Derecho Comunitario. Esta era la misma tarea que el Tribunal Supremo danés estaba intentando resolver, infructuosamente y bajo el paraguas de la legislación europea en *Ajos*. Este combinó la jurisdicción de los tribunales nacionales y la separación de poderes constitucionales para limitar el efecto directo de aquélla en el ordenamiento danés.

2. Enfoques diferentes en el diálogo existente entre los tribunales nacionales y el TJUE

El Tribunal Supremo danés eligió un camino que se puede tildar de desobediente o, al menos, de escéptico respecto de la jurisprudencia dictada por el TJUE

⁵⁰ Ver *supra*, apartado 3.3.2.

⁵¹ *M.A.S.*; y *M.B.* (C42/17) EU:C:2017:936 [2017], parr. 62.

sobre el principio de no discriminación por razón de edad. A continuación aportamos diversos enfoques sobre asuntos similares, donde se aprecia un diálogo judicial reseñable.

2.1. El caso alemán *Honeywell* después de *Mangold*⁵²

En el caso *Honeywell* el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA) tuvo que decidir sobre si el caso *Mangold*, tal y como lo interpretó el TJUE, se adecuaba o no a los parámetros constitucionales nacionales, y si el TJUE se había extralimitado en sus competencias en materia de no discriminación por razón de edad. El TCFA realizó su tarea teniendo muy presente el criterio *ultra-vires*.

Honeywell ha sido examinado con anterioridad por voces autorizadas⁵³. Aun así, cuando se le compara con *Ajos*, el problema que se plantea es el mismo: el análisis de si el TJUE está extralimitándose en sus funciones, a tenor de la interpretación doctrinal sobre el encaje en la Constitución alemana. El resultado final es diametralmente opuesto al que se llega en *Ajos*. El TCFA sostuvo que la revisión *ultra-vires* por el Tribunal sólo cabe si se demuestra que existe una ruptura de la competencia suficientemente cualificada. Este criterio/umbral no era nuevo, dado que ya había sido empleado con anterioridad en los asuntos *Maastricht* y *Lisboa*.

«Así, ante la extraordinaria situación, donde el TJUE apoya una norma comunitaria basándose en una aplicación del Tratado que se sitúa fuera de la delegación realizada en su día mediante el Tratado de Adhesión, los tribunales daneses deben inaplicar dicha norma en Dinamarca»⁵⁴.

Por otro lado, en *Ajos*, el Tribunal Supremo no acudió a una política de mínimos respecto al criterio de la «cualificación suficiente» señalado arriba. Eso hubiera sucedido si la mayoría se hubiera alineado con los criterios que aparecen en el voto particular de la Magistrada discrepante. Obviamente, la diferencia de criterios y de resultado tuvo y tiene mucho que ver con las muchas diferencias entre las Constituciones alemana y danesa. Tal y como dijo el TCFA: «*Die Ultra-vires-Kontrolle darf nur europarechtsfreundlich ausgeübt werden*»⁵⁵. O, como se diría en español, «la revisión *ultra-vires* sólo podrá llevarse a cabo de manera diferente respecto al Derecho de la UE». Un principio similar de interpretación que enfatiza en la integración europea no es reconocido plenamente en la legislación danesa. La posición teutona refleja de alguna manera el principio comunitario de

52 Nos referimos al caso *Mangold* (C-144/04) EU:C:2005:709 [2005].

53 Ver PAYANDEH, M., «Constitutional Review of EU Law after *Honeywell*: Contextualizing the Relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice», *Common Market Law Review* 48 (2011) p.9-38; y *Common Market Law Review* 50: 925-930, 2013.

54 UfR 1998.800H, para. 9.6.

55 Ver: BVerfG, *Orden del Segundo Senado*, de 6 de julio de 2010, 2 BvR 2661/06 — para 58.

la cooperación leal, que implica respeto mutuo y un cierto tender puentes entre unos y otros.

2.2. *El caso Taricco II*

Volviendo al asunto Taricco II, se puede observar un acercamiento muy parecido en relación con el Derecho Comunitario. En no pocos lugares se alude a la cláusula de la identidad (para. 8): «Este Tribunal quiere señalar (...) que no compromete los requisitos de aplicación uniforme del Derecho de la Unión, siendo una solución que descansa en el principio de cooperación leal y de proporcionalidad»⁵⁶. El tono y el lenguaje en la decisión italiana es de alguna forma respetuoso para con el TJUE y simplemente alude a algunas dificultades que para los tribunales constitucionales nacionales plantea el hecho de obedecer y cumplir con el Derecho Comunitario. Este estilo de diálogo puede ser interpretado en contraste con el del Tribunal Supremo en Ajos, lo cual se aborda en el siguiente apartado.

2.3. *El caso Ajos a la luz de una visión aperturista pro-europea*

Después de analizar las dos referencias comparadas respecto de Italia y Alemania, abordamos aquí cómo se refiere el Tribunal Supremo al TJUE. A la luz de las posiciones de estos, parece ciertamente cándida la postura de aquél cuando sugiere que este no está siendo respetuoso para con su propia jurisprudencia (por ejemplo, en el para. 9.6)⁵⁷. Así sucede con la referencia al *caso AMS*⁵⁸, para. 36, donde el TJUE recordó que de acuerdo con jurisprudencia reiterada, incluso en el caso de que una Directiva contenga una previsión clara, precisa e incondicional atribuyendo derechos o estableciendo obligaciones para los ciudadanos, no puede ser aplicada cuando se trata de procesos entre partes privadas, como sucedería de aplicarse, según el Tribunal Supremo danés, la doctrina del caso *Kücükdıveci*.

También cabe apuntar razones más allá del Derecho para entender porqué el Tribunal Supremo danés argumenta como lo hace, tal y como ilustrarían las diferencias culturales manifestadas por los juristas daneses —jueces incluidos— a la hora de redactar y defender sin demasiados rodeos y con claridad meridiana los argumentos en liza. Por lo demás, antiguos jueces del Tribunal Supremo, una vez dejaron ya de serlo, fueron de la opinión de que los Tribunal europeos —también

⁵⁶ Ver ICC Order No.24/2017, para. 8.

⁵⁷ UfR 2014.3667H.

⁵⁸ *Association de médiation sociale* (C176/12) EU:C:2014:2 [2014].

el TJUE— llevaron al principio de separación de poderes y al principio de seguridad jurídica a una situación harto comprometida⁵⁹.

Aunque el Tribunal Supremo se mostraba reticente a plantear cuestiones prejudiciales al TJUE⁶⁰, sí lo hizo en Ajos, independientemente de que ninguna de las partes lo solicitó. Y desde luego que si lo hizo para que el TJUE «se lo pensase dos veces» en aras de su jurisprudencia anterior, no parece haber dado resultado. En futuros casos se puede tener en mente las lecciones aprendidas del caso italiano, sobre todo a la hora de explicar las dificultades que plantean obedecer y cumplir con el Derecho de la UE. Puede que este enfoque coseche más éxitos en el marco del diálogo judicial.

V. OBSERVACIONES FINALES

En estas notas se ha realizado un breve repaso al caso Ajos, y se ha trazado una línea desde Maastricht hasta Lisboa, pasando por Ajos, basándonos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo danés. Aquí, el énfasis ha recaído sobre el hecho de que los tribunales daneses pusieron el *idem* en los trabajos preparatorios y en el deseo del legislador de actuar conforme los dictados del Derecho Comunitario.

Ajos ha sido ya interpretado de diversas formas⁶¹. Se ha visto como un duelo entre el monismo y el dualismo, como una lucha entre culturas legales diferentes o como una competición entre instituciones, tanto a nivel nacional como a nivel internacional. Hemos analizado el caso desde una perspectiva constitucional, haciendo hincapié en la separación de poderes y en el contexto temporal en el que el caso Ajos se decidió.

En base a esa sentencia, hemos abordado diferentes puntos, que da como consecuencia que la misma pueda verse como una ruptura con el *criterio Maastricht*, una relación horizontal *inter-privatos* o una cuestión en consonancia con el Derecho de la UE y la cuestión prejudicial. La implicación más clara de *Ajos* es

59 Por ejemplo, ver DAHL, B., 'Keynote Address' in Neergaard, U. & Jacqueson, C. (eds.), *Proceedings: Speeches from the XXVI FIDE Congress*, 2014 Congress Publications Vol. 4, DJØF Publishing, 2014, pp. 26-36; y MELCHIOR, T., «Er grundloven ændret?» in *Festskrift til Jens Peter Christensen*, 2016, p. 239.

60 WIND, M. (2010). The Nordics, the EU and the Reluctance Towards Supranational Judicial Review. *Journal of Common Market Studies*, 48(4), 1039-1063 contrary to Broberg, M., Fenger, N., & Hansen, H. (2017). «Den strukturelle faktors betydning for nationale domstoles præjudicielle forelæggelser for EU-Domstolen: En statistisk analyse». *Juristen*, (5), 182-195, quienes basan su análisis en las estadísticas y sugieren explicaciones adicionales, en base a la población, la bonanza económica, y/o el tiempo de membresía, entre otros).

61 SPIERMANN, O., 'En højesteretsdom om EU-tiltrædelsesloven' en UfR 2017B.297; KRISTIANSEN, J., 'Grænser for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret' en UfR 2017B.75, NIELSEN, R. & TVARNØ, C.D., 'Danish Supreme Court Infringes the EU Treaties by its Ruling in the Ajos Case', *Europarætslig Tidsskrift*, 2017(2), pp. 303-326; y RASK MADSEN, M., PALMER OLSEN, H. and SADL, U., 'Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities', *iCourts Working Paper Series*, No. 85, 2017.

que el Tribunal Supremo danés establece una línea muy clara para casos futuros donde se ventilen cuestiones relacionadas con la Carta.

Visto a través de la perspectiva comparada hemos analizado *Ajos* en base a *Taricco II*, lo cual nos ha llevado a concluir que hay varios Tribunales Constitucionales que también emplean el argumento-fuerza de la seguridad jurídica a nivel nacional, aunque cada uno lo haga desde posiciones distintas. Acabamos por concluir que los criterios empleados en *Honeywell* y en *Taricco* pueden ser interpretados como más abiertos, más favorables, respecto del Derecho de la Unión, que los criterios sentados en *Ajos*.

TITLE: *The Danish Ajos-Case: The Missing Case From Maastricht And Lisbon*

ABSTRACT: *The text analyze the ajos judgment, dealing with the case-law line followed in Mangold and Küçükdeveci by the CJEU. We try to shed light on the implications of it within national danish-law and within the european union law, giving also further comparative arguments and cases.*

RESUMEN: *El texto analiza la sentencia recaída en el caso Ajos, resolución dictada por el TJUE y que se inserta en una línea jurisprudencial anterior en la que destacan «Mangold» y «Küçükdeveci». Intentamos arrojar algo de luz sobre las implicaciones del mismo tanto desde la perspectiva del Derecho Danés como desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, aportando algunos casos relevantes desde la óptica comparada.*

KEY WORDS: *Denmark, Ajos, Landmark Decision, CJEU.*

PALABRAS CLAVE: *Dinamarca, Ajos, Sentencia de Referencia, TJUE.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 05.09.2017

FECHA DE ACEPTACIÓN: 08.02.2018