



## DINAMARCA CONTRAATACA: EL CASO *Ajos*, UN NUEVO DESAFÍO PARA EL DIÁLOGO JUDICIAL

DANIEL GONZÁLEZ HERRERA\*

ABSTRACT: On 6 December 2016, the Supreme Court of Denmark delivered its judgment in the *Ajos* case (no. 15/2014, *DI acting for Ajos A/S v. The estate left by A.*). The Danish Court surprisingly disregarded the guidelines provided by the Court of Justice in its preliminary ruling of April 19, 2016. With its decision, the Supreme Court rejected the principle of the primacy of non-written general principles of EU law over national law. Using a rather dubious legal reasoning, it has taken its own way in deciding how the EU law is to be applied in Denmark. But the Court of Justice may be held partially responsible for this situation, since it has not shown due respect for the role of the supreme courts in the Member States.

KEYWORDS: CJEU – Supreme Court of Denmark – general principle of non-discrimination on grounds of age – direct effect – judicial dialogue – national application of EU law.

### I. INTRODUCCIÓN

El pasado 6 de diciembre de 2016, el Højesteret (Tribunal Supremo de Dinamarca) emitió su esperada sentencia en el caso *Ajos*,<sup>1</sup> que versaba sobre una cuestión de Derecho laboral, y en concreto sobre indemnizaciones por despido. A pesar de tratarse de una sentencia interna danesa, el caso ha supuesto una cierta revolución en el panorama judicial europeo.

\* Profesor Asociado de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Salamanca, daniglez@usal.es.

<sup>1</sup> La sentencia original fue redactada, naturalmente, en danés, y puede consultarse en: *Sag 15/2014, DI som mandatar for Ajos A/S mod Boet efter A*, [www.hoejesteret.dk](http://www.hoejesteret.dk). Puede consultarse, asimismo, una traducción no oficial al inglés en [www.supremecourt.dk](http://www.supremecourt.dk). El caso toma el nombre de la empresa demandada en el litigio principal (véase *infra*, sección II.2). El asunto ha sido objeto de análisis en esta *Revista*: E. GUALCO, “Clash of Titans” 2.0. *From Conflicting EU General Principles to Conflicting Jurisdictional Authorities: The Court of Justice and the Danish Supreme Court in the Dansk Industri Case*, en *European Papers – European Forum, Insight* de 26 de marzo de 2017, [www.europeanpapers.eu](http://www.europeanpapers.eu), pp. 1-7.

En *Ajos*, el supremo intérprete de la legislación danesa ha declarado a quien estuviera dispuesto a oír que el Derecho escrito danés prima sobre los principios generales del Derecho de la Unión Europea tal como son enunciados por el Tribunal de Justicia de la Unión. Si bien Dinamarca se encuentra a menudo entre los “sospechosos habituales” que ponen en tela de juicio el proceso de integración,<sup>2</sup> lo cierto es que, hasta la fecha, su poder judicial no había participado de esta dinámica, y había ofrecido hasta ahora una mirada más bien constructiva hacia el Derecho de la Unión, aceptando de manera relativamente pacífica la arquitectura diseñada por los Tratados tal como son interpretados por los jueces luxemburgueses. Aparentemente, este ya no será necesariamente el caso.

## II. ANTECEDENTES Y HECHOS DEL CASO

### II.1. LA NORMATIVA DANESA Y LA JURISPRUDENCIA PREVIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El caso que aquí analizamos se sitúa en el contexto de la legislación laboral danesa, en concreto sobre la normativa aplicable en materia de trabajadores por cuenta ajena<sup>3</sup> y su regulación de las indemnizaciones derivadas del cese de la relación contractual. En la redacción que tenía en el momento de producirse los hechos controvertidos, la Ley contenía un art. 2 *bis* que enumeraba las pautas que debían regir la posible obtención de una indemnización en caso de despido.

Así, este artículo disponía que el trabajador tenía derecho a recibir una indemnización equivalente a uno, dos, o tres meses de trabajo, dependiendo del tiempo que hubiere estado empleado por la empresa (doce, quince o dieciocho años, respectivamente).<sup>4</sup> La *ratio* de la norma era facilitar a los trabajadores con gran antigüedad un reingreso en el mercado de trabajo, habida cuenta de que su larga permanencia en su anterior puesto podía dificultar la contratación en otra entidad. Precisamente debido a esa finalidad de la norma, esta contenía una serie de excepciones en las que la indemnización no sería pagadera por el empresario. En primer lugar, no había lugar a la indemnización cuando el trabajador tenía derecho a una pensión de jubilación del régimen general al término de la relación laboral.<sup>5</sup> En segundo lugar, por lo que aquí interesa, si un empleado, antes de cumplir la edad de cincuenta años, había suscrito un plan de pensiones, no tendría derecho a la indemnización por despido si iba a recibir esa pensión.<sup>6</sup> El problema jurídico es-

<sup>2</sup> Piénsese, e.g., en las excepciones (*opt-outs*) a las se ha acogido Dinamarca en materia de defensa, de Espacio de Libertad, Seguridad de Justicia o en política monetaria, decidiendo conservar la corona como moneda en detrimento del euro.

<sup>3</sup> La norma en cuestión es la *lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer* o Ley de los trabajadores por cuenta ajena (en adelante, la Ley).

<sup>4</sup> Art. 2 *bis*, párr. 1, de la Ley.

<sup>5</sup> Art. 2 *bis*, párr. 2, de la Ley.

<sup>6</sup> Art. 2 *bis*, párr. 3, de la Ley.

triba en que el Tribunal Supremo danés había interpretado esta disposición en una jurisprudencia constante en el sentido de que la indemnización por despido no era pagadera tanto si el trabajador iba a cobrar efectivamente la jubilación derivada del plan de pensiones como si *tenía derecho a cobrarla*.<sup>7</sup> Es decir, aquellos empleados que decidieran continuar en el mercado de trabajo y, por ende, no recibieran todavía los ingresos de la jubilación, tampoco tendrían derecho a la indemnización.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ya se había pronunciado con carácter prejudicial sobre esta normativa tal y como era interpretada por la jurisdicción danesa. En el asunto *Ingeniørforeningen i Danmark*<sup>8</sup> el Tribunal de Luxemburgo había entrado a valorar la compatibilidad de la Ley de los trabajadores por cuenta ajena con la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. El caso versaba entonces sobre un empleado que fue contratado en su momento por lo que hoy es la Region Syddanmark (Región de Dinamarca Meridional), por tanto, una Administración pública. Tras ser despedido, el trabajador optó por no percibir la pensión de jubilación a la que tenía derecho, y en su lugar se inscribió como demandante de empleo. Al mismo tiempo, solicitó que se le ingresara la indemnización por despido correspondiente a tres meses de salario, que le fue denegada en aplicación del art. 2 *bis* de la Ley tal y como era aplicada por los tribunales daneses.

Con este trasfondo, el Tribunal de Justicia había dictaminado que la normativa nacional y su interpretación eran contrarias a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en la medida en que causaban un perjuicio desproporcionado a los empleados en tal situación y, por tanto excedía de lo necesario para alcanzar los objetivos de política social perseguidos por dicha regulación interna.<sup>9</sup> La conclusión lógica no era otra que la inaplicabilidad de la disposición y que la jurisdicción del país debía, en consecuencia, enmendar su exégesis de la misma.

Sin embargo, el Tribunal Supremo de Dinamarca había leído la resolución del asunto *Ingeniørforeningen i Danmark* en clave de efectos verticales de las directivas. Como es bien sabido, el Tribunal de Justicia mantiene desde su célebre sentencia en el asunto *Marshall*<sup>10</sup> que “una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, ser invocada,

<sup>7</sup> Entre otras, en sentencias de 4 de octubre de 1973, de 7 de diciembre de 1988, de 14 de febrero de 1991, de 9 de mayo de 2008 o de 17 de enero de 2014.

<sup>8</sup> Tribunal de Justicia, sentencia 12 de octubre de 2010, asunto C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark c. Region Syddanmark* [GS].

<sup>9</sup> *Ingeniørforeningen i Danmark*, cit., párr. 47.

<sup>10</sup> Tribunal de Justicia, sentencia de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84, *M.H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*.

en su calidad de tal, contra dicha persona".<sup>11</sup> Por tanto, para el Alto Tribunal danés, la contradicción entre la norma nacional y la Directiva solo haría inaplicable aquella en una relación contractual entre una persona física y una Administración pública (esto es, en relaciones verticales).

## II.2. LOS HECHOS DEL CASO Y LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Los hechos de este caso son parcialmente coincidentes a los de *Ingeniørforeningen*. El Sr. Rasmussen había trabajado durante veinticinco años (de 1984 a 2009) en la empresa danesa Ajos A/S. Al término de su relación laboral el antiguo empleado tenía derecho, en principio, a una indemnización equivalente a tres meses de salario. Sin embargo, al haber cumplido ya 60 años de edad, y puesto que antes de cumplir 50 años había suscrito el correspondiente plan de jubilación con su empleador, la normativa danesa, como hemos visto, excluía la posibilidad de cobrar la compensación por cese tanto si el trabajador iba a cobrar efectivamente la jubilación como si – tal era el caso – meramente tuviera derecho a ello. El Sr. Rasmussen había decidido no jubilarse todavía y se había hecho contratar por otra empresa.

El 14 de enero de 2014, el Tribunal de lo Marítimo y Mercantil de Copenhague estimó la demanda presentada por los causahabientes del Sr. Rasmussen – quien había muerto entretanto – contra Ajos. No obstante, la empresa recurrió esta decisión al Tribunal Supremo, que suspendió el litigio principal y elevó cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

En lo sustancial, el Tribunal Supremo de Dinamarca interrogaba a los jueces luxemburgueses, en primer lugar, sobre si el art. 2 *bis* de la Ley danesa, tal como era interpretado por el propio Tribunal Supremo, era contrario al principio general del Derecho de la Unión que prohíbe la discriminación por razón de la edad. En segundo lugar, si la respuesta a la primera cuestión era afirmativa, si era posible para los jueces nacionales ponderar el principio de no discriminación con otros como el de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima, situando a estos por encima de aquel.

El Tribunal de Justicia dictó su resolución de estas cuestiones el 19 de abril de 2016,<sup>12</sup> habiéndose pronunciado con carácter previo el AG Yves Bot.<sup>13</sup> En su decisión, el Tribunal de Luxemburgo comienza recordando que de acuerdo a su jurisprudencia – asuntos *Mangold*<sup>14</sup> y *Kücükdeveci*<sup>15</sup> – la prohibición de la discriminación por razón de la

<sup>11</sup> *Ibid.*, párr. 44.

<sup>12</sup> Tribunal de Justicia, sentencia de 19 de abril de 2016, asunto C-441/14, *Dansk Industri (DI) c. Sucesion Karsten Eigil Rasmussen* [GS]. El asunto fue objeto de análisis en esta *Revista*: E. GUALCO, L. LOURENÇO, "Clash of Titans". *General Principles of EU Law: Balancing and Horizontal Direct Effect*, en *European Papers*, 2016, Vol. 1, No 2, www.europeanpapers.eu, pp. 643-652.

<sup>13</sup> Conclusiones del AG Bot, presentadas el 25 de noviembre de 2015, asunto C-441/14, *Dansk Industri (DI) c. Sucesion Karsten Eigil Rasmussen*.

<sup>14</sup> Tribunal de Justicia, sentencia de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm* [GS].

edad es un principio general del Derecho de la Unión inspirado en diversos textos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. La Directiva 2000/78/CE constituiría, entonces, una concreción de ese principio en materia de empleo. Del mismo modo, recuerda su sentencia en el asunto *Ingeniørforeningen*, y reafirma que el art. 2 *bis*, párr. 3, de la Ley de los trabajadores por cuenta ajena es contrario a la Directiva, en cuanto supone un trato menos favorable en razón de la edad.<sup>16</sup>

Por lo que hace a la segunda cuestión planteada por el Tribunal danés, el Tribunal de Justicia comienza recordando que, aunque las directivas no sean normas que puedan aplicarse directamente *inter privatos* – esto es, excluyendo su efecto directo horizontal –, de su jurisprudencia se desprende la obligación de interpretar el Derecho nacional de manera conforme con las disposiciones de las directivas.<sup>17</sup> Esta exigencia de interpretación conforme incluye también la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar su jurisprudencia si resulta necesario.<sup>18</sup> Pero, continúa el Tribunal de Justicia, si tal exégesis acorde a la directiva no fuera posible, el principio general de no discriminación por razón de la edad haría inaplicable cualquier norma nacional que se opusiera al mismo. Ni el principio de seguridad jurídica ni su corolario, el principio de confianza legítima, permitirían aplicar la disposición nacional contraria al principio general de la Unión de no discriminación.<sup>19</sup>

### III. DINAMARCA CONTRAATACA

#### III.1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DANÉS

Finalizado el incidente de reenvío prejudicial, el caso volvió a manos de los juzgadores daneses que debían resolver el litigio principal, partiendo, en principio, de las directrices marcadas por el Tribunal de Justicia. La sentencia resultante fue dictada, como hemos dicho,<sup>20</sup> el 9 de diciembre de 2016 y fue adoptada por una amplia mayoría, de ocho jueces contra uno.<sup>21</sup>

En su sentencia, la mayoría comienza reconociendo que el Tribunal de Justicia tiene competencia para decidir sobre aquellas cuestiones relativas a la interpretación del De-

<sup>15</sup> Tribunal de Justicia, sentencia de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG* [GS].

<sup>16</sup> *Dansk Industri*, cit., párrs. 21-27.

<sup>17</sup> Tribunal de Justicia, sentencia de 10 de abril de 1984, asunto 14/83, *Sabine von Colson y Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*.

<sup>18</sup> *Dansk Industri*, cit., párr. 33.

<sup>19</sup> Sobre la respuesta a la segunda cuestión, *ibid.*, párrs. 28-43.

<sup>20</sup> Véase *supra*, nota 1.

<sup>21</sup> El magistrado disidente, Jytte Scharling, emitió un voto particular discrepante con el razonamiento de la mayoría. Véase la sentencia del Tribunal Supremo danés, cit., traducción no oficial, p. 48 *et seq.*

recho de la Unión Europea.<sup>22</sup> Sin embargo, la cuestión de si a una norma del Derecho de la Unión puede otorgársele efecto directo en el ordenamiento jurídico danés depende fundamentalmente del Acta de Adhesión del Reino de Dinamarca a las Comunidades Europeas (hoy, Unión Europea).<sup>23</sup>

A renglón seguido, el Tribunal Supremo afirma que el principio que prohíbe la discriminación por razón de la edad no está basado en ninguna disposición de los Tratados de la Unión. Sí admite, en cambio, que este principio puede inferirse o desarrollarse sobre la base del art. 6, párr. 3, TUE, así como del art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.<sup>24</sup> No obstante, los magistrados daneses concluyen, haciendo un análisis interpretativo de los *travaux préparatoires* del Acta de Adhesión, que los principios derivados del art. 6, párr. 3, del TUE, así como de las disposiciones de la Carta carecen de efecto directo en Dinamarca según lo previsto en el Acta de Adhesión. Por lo tanto, los principios generales del Derecho de la Unión no pueden prevalecer sobre una norma escrita clara y terminante del ordenamiento danés, como sería el art. 2 *bis*, párr. 3, de la Ley controvertida. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo afirma que estaría actuando más allá de sus competencias en tanto que parte integrante del poder judicial si inaplicara una norma interna en esta situación.<sup>25</sup>

### III.2. ANÁLISIS JURÍDICO: ¿EL DIÁLOGO JUDICIAL EN RIESGO?

Lo primero que sorprende del *iter* del caso *Ajos* es la propia formulación de las cuestiones prejudiciales remitidas en reenvío al Tribunal de Justicia. En particular, la segunda de las cuestiones estaba redactada de tal manera que ofrecía la respuesta a la pregunta misma que el Alto Tribunal danés parecía formular a Luxemburgo. En efecto, al señalar la posibilidad de que los jueces nacionales establecieran una ponderación entre el principio de no discriminación por razón de la edad, por una parte, y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, por otra, lo que hacía era ofrecer al Tribunal de Justicia una salida al conflicto que le planteaba. En definitiva, más que interesarse por la aclaración interpretativa a su duda, lo que el Tribunal Supremo danés parecía querer era oír su propia opinión con otro timbre de voz, por así decirlo. Sin embargo, los jueces de la Unión no se dejaron atraer por esta posibilidad, como hemos visto *supra*.

Llegados a este punto cabe plantearse cuáles eran las opciones que tenía el Tribunal Supremo. Lo primero que parece evidente es que, a diferencia de lo que acontecía en *Ingeniørforeningen*, aquí no era posible recurrir al efecto directo de la Directiva 2000/78/CE.

<sup>22</sup> Art. 267 del TFUE.

<sup>23</sup> Documentos relativos a la adhesión a las Comunidades Europeas del Reino de Dinamarca, de Irlanda, del Reino de Noruega y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

<sup>24</sup> Recuérdese que, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta tiene el mismo valor jurídico vinculante que los Tratados de Derecho originario, a los que se incorpora por referencia (art. 6, párr. 1, del TUE).

<sup>25</sup> Véase la sentencia del Tribunal Supremo danés, cit., traducción no oficial, pp. 44-48.

Desde el asunto *Marshall*, el Tribunal luxemburgués ha mantenido de manera inconvencible la doctrina allí sentada en una jurisprudencia constante. Ni entonces ni ahora se ha avenido a conceder efecto directo horizontal a las directivas que no han sido transpuestas correctamente o en plazo, a pesar de las voces doctrinales,<sup>26</sup> y la opinión de algunos AG,<sup>27</sup> que han insistido en que la distinción se ha ido volviendo cada vez más arbitraria.

Lo siguiente que cabe analizar, por tanto, es la posibilidad de recurrir a una interpretación conforme con las directivas, en la línea de la jurisprudencia *von Colson y Kamman*. Esta es precisamente la solución que había sugerido el AG Bot en sus Conclusiones. En estas, el jurista francés sostiene que la adopción por parte del tribunal danés de una interpretación de su Derecho nacional acorde a la Directiva 2000/78/CE era plenamente posible y, además, el instrumento idóneo para resolver el conflicto entre normativa interna y europea.<sup>28</sup> No obstante, los jueces daneses parecían haber excluido esta posibilidad ya en el planteamiento de la cuestión señalando que al obrar de tal manera estarían incurriendo en una interpretación *contra legem*. Evidentemente, la obligación de interpretar el Derecho nacional de manera conforme con una directiva tiene un límite claro: tal interpretación debe caber dentro de la literalidad de la norma interpretada. Como ha reconocido el propio Tribunal de Justicia, el margen de maniobra de los jueces nacionales en estos casos no es tan amplio como para suplantar con su labor el papel del poder legislativo.<sup>29</sup> Ahora bien, ¿se enfrentaba realmente el Tribunal Supremo a una interpretación *contra legem*? En nuestra opinión, este no era el caso. Según la literalidad del art. 2 *bis*, párr. 3, de la Ley danesa, tal como es traducida en las Conclusiones del AG Bot, en la sentencia del Tribunal de Justicia y en la sentencia del Tribunal Supremo queda perfectamente claro que lo que dispone este artículo es que no se pagará la indemnización por despido al trabajador que *va a cobrar* una pensión de jubilación.<sup>30</sup> La extensión de la excepción a las personas que no van a cobrar la pensión, pero que tienen derecho a ella no deriva, por ende, de la estricta letra de la ley, sino de la interpretación constante que de la misma había realizado la jurisdicción danesa.<sup>31</sup> Es humanamente comprensible que al máximo órgano judicial de un país que ha mantenido una jurisprudencia consolidada en un sentido determinado le resulte una píldora amarga de tragar cambiar radicalmente su doctrina a resultas de la decisión de un tribunal supranacional. Sin embargo, no se trata en absoluto de una situación inédita. El

<sup>26</sup> S. PRECHAL, *Remedies after Marshall*, en *Common Market Law Review*, 1990, pp. 451 *et seq.*, especialmente p. 456.

<sup>27</sup> Así, e.g., Conclusiones del AG Lenz, presentadas el 9 de febrero de 1994, asunto C-91/92, *Faccini Dori*, párrs. 43-73, desarrolló los motivos por los que, en su opinión, debería permitirse el efecto directo horizontal de las directivas. Su argumentación se centraba en el principio de igualdad o no discriminación, y en una aplicación uniforme y eficaz del Derecho de la Unión.

<sup>28</sup> Conclusiones del AG Bot, *Dansk Industri*, cit., párrs. 65 y 66.

<sup>29</sup> Tribunal de Justicia, sentencia de 15 de abril de 2008, asunto C-268/06, *Impact c. Minister for Agriculture and Food et al.* [GS], párr. 100.

<sup>30</sup> "Will receive" en las traducciones al inglés, "vil oppebære" en el original en danés.

<sup>31</sup> Véase *supra*, nota 7.

propio Tribunal Constitucional español, sin ir más lejos, se vio enfrentado al mismo dilema en el conocido asunto *Melloni*,<sup>32</sup> donde hubo de sustituir su bien establecida doctrina debido a la respuesta recibida de Luxemburgo en la única ocasión que aquel ha planteado una cuestión prejudicial,<sup>33</sup> en un espíritu mucho más proclive al diálogo y más colaborativo que el ahora mostrado por el Tribunal Supremo de Dinamarca.

Rechazada la posibilidad de interpretar el Derecho nacional según lo preceptuado por la Directiva 2000/78/CE, le restaba al Tribunal Supremo la posibilidad de inaplicar la norma nacional por contradicción con el principio de no discriminación por razón de la edad, en tanto que principio general del Derecho de la Unión. La mayoría del Tribunal falló que la aplicación de preceptos no escritos del Derecho originario en perjuicio de la normativa escrita interna no está cubierta por las disposiciones del Acta de Adhesión de Dinamarca. Este razonamiento tampoco nos convence. El papel del TJUE como supremo intérprete del Derecho de la Unión era conocido y fue pacíficamente aceptado cuando Dinamarca ingresó en las Comunidades Europeas en 1973. El efecto directo del principio de no discriminación por razón de la edad ya había sido apuntado por el Tribunal de Justicia en el asunto *Mangold*.<sup>34</sup> Del mismo modo, el argumento empleado por el Tribunal Supremo de que la última modificación del Acta de Adhesión<sup>35</sup> es posterior a *Mangold* y, por tanto, sus redactores pudieron prever *expressis verbis* la aplicabilidad directa de esta doctrina no puede sostenerse. O mejor dicho, idéntico argumento puede defenderse en sentido contrario: de haber querido excluir el efecto directo de un principio ya establecido, Dinamarca pudo fácilmente haber negociado e introducido una reserva en ese sentido en la reforma del Acta, cosa que, evidentemente, no hizo.

Por otro lado, en cuanto a la *ratio decidendi* de la sentencia danesa, así como de la redacción de las cuestiones prejudiciales elevadas al Tribunal de Justicia, parece claro que el interés que el Tribunal Supremo quiere defender en el caso de autos sería la seguridad jurídica y su corolario, el principio de protección de la confianza legítima. Aquí, la confianza por parte del demandado, Ajos, de que la normativa danesa era aplicable tal como estaba publicada en el *Lovtidende*, el boletín oficial de Dinamarca y según era interpretada por los jueces nacionales. El Tribunal Supremo se hacía eco de este modo

<sup>32</sup> Tribunal de Justicia, sentencia de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal* [GS].

<sup>33</sup> Tribunal Constitucional español, sentencia de 13 de febrero de 2014, n° 26/2014. El intérprete constitucional español había sostenido de manera constante que no debía procederse a la extradición de una persona que había sido condenada en contumacia en otro país a menos que se le ofreciera la posibilidad de que su causa fuera revisada y la persona oída. El Tribunal de Justicia, por su parte, le indicó en su respuesta a la cuestión prejudicial que semejante interpretación, aplicada a la *euroorden*, contravenía el Derecho de la Unión Europea. El Tribunal Constitucional decidió enmendar, en consecuencia, una jurisprudencia que había sostenido desde el año 2000.

<sup>34</sup> *Werner Mangold*, cit., párr. 75.

<sup>35</sup> La última modificación tuvo lugar en 2008, para incorporar las modificaciones derivadas del Tratado de Lisboa.

de ciertas opiniones de algunos AG, que han manifestado en ocasiones sus reservas sobre las implicaciones que tendrían para la certeza jurídica al mezclar los principios del Derecho de la Unión en tanto que Derecho primario y las disposiciones de la directivas como Derecho secundario.<sup>36</sup> Pero cabe preguntarse si incluso este objetivo – por lo demás loable – ha sido realmente alcanzado. Si bien es verdad que la aplicación de principios no escritos puede poner en riesgo la seguridad jurídica, la actitud del Tribunal Supremo no presenta menor incertidumbre. Al elegir qué directrices emanadas del Tribunal de Justicia quiere seguir y cuáles no, cada tribunal de última instancia de la Unión crearía su propia versión del Derecho de la Unión,<sup>37</sup> y la situación terminaría siendo, en un balance global, mucho peor y más insegura para los justiciables.

Finalmente, tampoco hay que descargar al Tribunal de Justicia de su propia responsabilidad en este resultado. Como señala acertadamente Daniel Sarmiento, Luxemburgo se ha limitado en este caso a reafirmar su jurisprudencia: "*Mangold means Mangold*".<sup>38</sup> Convencida de su propia autoridad, la curia europea ha desaprovechado las oportunidades para explicar adecuadamente cómo y por qué su razonamiento era el apropiado en este y otros casos semejantes. Esto es particularmente importante cuando el Tribunal de Justicia lidia con otros tribunales (supremos y constitucionales) que se consideran, igualmente, la cúspide jurisdiccional en su propio ordenamiento constitucional, lo que ha generado la notable problemática de la protección de los derechos individuales en un entorno europeo multinivel.<sup>39</sup> En este sentido, es muy significativa la decepcionante actitud adoptada en su día en el Dictamen 2/13,<sup>40</sup> sobre la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos. A la vez que espera la fidelidad de los tribunales nacionales en materia de Derecho de la Unión, rechaza para sí el escrutini-

<sup>36</sup> Así, e.g., Conclusiones de la AG Trstenjak, presentadas el 8 de septiembre de 2011, asunto C-282/10, *Maribel Dominguez*. En el mismo sentido, véase S. KLINGE, *Dialogue or disobedience between the European Court of Justice and the Danish Constitutional Court? The Danish Supreme Court challenges the Mangold-principle*, en *EU Law Analysis*, 13 de diciembre de 2016, eulawanalysis.blogspot.com.

<sup>37</sup> M.R. MADSEN, H.P. OLSEN, U. ŠADL, *Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: The Danish Supreme Court's Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation*, en *iCourts Working Paper Series*, n° 85, 2017, pp. 14–15, jura.ku.dk. Véase de los mismos autores, *Legal Disintegration? The Ruling of the Danish Supreme Court in AJOS*, en *Verfassungsblog on matters constitutional*, 30 de enero de 2017, verfassungsblog.de.

<sup>38</sup> D. SARMIENTO, *An Instruction Manual to Stop a Judicial Rebellion (before it is too late, of course)*, en *Verfassungsblog on matters constitutional*, 2 de febrero de 2017, verfassungsblog.de.

<sup>39</sup> En este espacio conviven, efectivamente, la protección dispensada por los Tribunales Constitucionales aplicando la Constitución nacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos defendiendo el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que conjuga su tradicional protección pretoriana de los derechos fundamentales con la que ahora dispensa la Carta de los Derechos Fundamentales. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo judicial europeo*, en ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (ed), *Tribunal Constitucional y diálogo entre Tribunales, TC-CEPC*, Madrid, 2013, p. 161 *et seq.*

<sup>40</sup> Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 18 de diciembre de 2014.

nio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que todos los demás aceptan. Esta decisión, con un razonamiento jurídico muy criticable – y, de hecho, criticado – puede suponer fácilmente la puerta de entrada para actitudes como la del Tribunal Supremo danés aquí expuesta. Puede verse fácilmente cómo el rechazo a la adhesión al Convenio de Roma – ordenada por el Derecho originario –<sup>41</sup> y, consecuentemente, a someterse al control del TEDH puede llevar a los jueces nacionales a preguntarse sobre su propio seguimiento a un Tribunal que por su parte se resiste a ser controlado por una autoridad pacíficamente aceptada por los tribunales nacionales.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Definitivamente, la decisión del Tribunal Supremo de Dinamarca en el caso *Ajos* constituye un pequeño terremoto en el universo jurídico del Derecho de la Unión. Al desoír deliberadamente las instrucciones del Tribunal de Justicia ha alterado el *statu quo* en una relación que, al menos a nivel judicial, se había mostrado pacífica hasta el momento. De cualquier manera, como creemos haber demostrado, las razones dadas por el Alto Tribunal danés tampoco se han revelado como excesivamente convincentes. Efectivamente, había suficientes razones jurídicas de peso para aceptar una interpretación conforme con la Directiva 2000/78/CE y, en su defecto, para inaplicar la normativa nacional controvertida. Al obrar de modo diferente, ha abierto la puerta a un escenario de consecuencias por ahora imprevisibles. Ni siquiera podemos saber cuál será la reacción de las instituciones de la Unión, ya que incluso un recurso por incumplimiento podría mostrarse políticamente poco sensato, toda vez que la normativa que debía inaplicarse de acuerdo a la cuestión prejudicial ya ha sido enmendada por el poder legislativo danés para hacerla concordar con la sentencia *Ingeniørforeningen*.<sup>42</sup>

Pero tampoco el Tribunal de Justicia ha sido parte inocente. Al negarse a mostrar la debida empatía hacia otros Altos Tribunales nacionales, puede haberse situado en curso de colisión con ellos. El Tribunal de Justicia parece haber olvidado que debido a su naturaleza de jurisdicción supranacional, sin una estructura estatal para respaldarlo, solo puede sobrevivir en la medida en que lo haga su autoridad moral y jurídica, y esto se consigue únicamente a través de sentencias bien fundamentadas y de calidad. Con la toga y sin la espada.

<sup>41</sup> Art. 6, párr. 2, TUE.

<sup>42</sup> Véase la p. 17 de la sentencia del Tribunal Supremo danés, cit., traducción no oficial. En todo caso, la norma, que ha sido reformada para eliminar las excepciones a las indemnizaciones por despido, carece de efecto retroactivo y no sería aplicable a los hechos del caso *Ajos*.